

Ewa Łętowska, Jan Woleński

Czy prawo zatruwa wolność?

Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów, wyboru tekstu dokonał i wstępem opatrzył Leszek Balcerowicz, Zysk i S-ka 2012, ss. 1027

Słowa kluczowe: aksjologia, państwo, przymus, liberalizm, swoboda umów, ochrona słabszych przez prawo

1. Wprowadzenie

Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów – książka Leszka Balcerowicza (jest on nie tylko autorem obszernego, 60-stronicowego wstępu¹, ale i sam zdecydował o doborze tekstów źródłowych i ich redakcji) ma wyrazistą tezę, nieukrywającą retoryczno-perswazyjnego kontekstu, widocznego w drugiej części tytułu. Zarówno tekst Balcerowicza, jak i antologia poruszają bardzo szerokie spektrum problemów, obejmując kwestie filozoficzne, polityczne, socjologiczne, antropologiczne, ekonomiczne, psychologiczne i prawne. Nie zamierzamy pisać recenzji tego ważnego i imponującego dzieła. Ograniczymy się do uwag na temat relacji pomiędzy prawem i wolnością, a o niektórych innych kwestiach wspomnimy tylko o tyle, o ile mają one związek z centralnym zagadnieniem, które zamierzamy poruszyć. Nie ukrywamy, że nasza intencja jest polemiczna. W szczególności, nasza odpowiedź na tytułowe pytanie jest negatywa. Znaczy to, że prawo nie musi zatruwać wolności i może być receptą na racjonalne korzystanie z niej. Modalne kategorie „nie musi” i „może” traktujemy poważnie, a nie jako retoryczne ozdobniki. To, że prawo nie musi być trucizną wolności, a może pełnić rolę terapeutycznego przepisu dla niej, nie znaczy, iż wykluczamy przeciwny stan rzeczy. Jest oczywiste, że

¹ Będziemy posługiwać się skrótem WOW na oznaczenie wstępu od redaktora: L. Balcerowicz, *Wstęp. Odkrywając wolność. Przeciw zniewoleniu umysłów*, s. 9–61.

prawo może ograniczyć wolność na tyle, że praktycznie zostanie ona zniewolowana. Argumentując przeciwko tezom Balcerowicza, mamy nadzieję, że nie demonstrujemy zniewolenia naszych umysłów. W samej rzeczy, drugą część tytułu (jest ona powtórzona w nazwaniu wstępu do antologii) uważamy za niefortunną. Trudno bowiem przystać na pogląd, że polemika z odkrywaniem wolności drogą Leszka Balcerowicza świadczy o zniewoleniu umysłów.

2. Trzy kwestie ogólne

Nie zamierzamy dyskutować odwiecznej kwestii filozoficznej, mianowicie tego, czy ludzie są wolni, czy też nie. Przyjmujemy za pewnik, że to, co czynią, nie jest w pełni zdeterminowane przez przeszły stan świata i terażniejsze okoliczności zewnętrzne². Tak rozumiana niezależność od czynników eksternalnych jest tzw. wolnością od czegoś (wolnością negatywną). Jest ona warunkiem wolności do czegoś (wolności pozytywnej), tj. swobody wybierania celów i sposobów ich realizacji³. Organizacja ładu społecznego nie musi interesować się stopniem wolności od czegoś, o ile w grę nie wchodzi specjalne okoliczności, które mogą przesądzać o przypisaniu odpowiedzialności za taki lub inny czyn. Inaczej jest w przypadku wolności do czegoś. Sposób korzystania z niej czy też jej urzeczywistniania stanowi fundamentalny problem każdej ludzkiej zbiorowości.

Teoretycy (filozofowie) prawa i państwa od czasów starożytnych do nam współczesnych z jednej strony wykluczają stan totalnej wolności do czegoś jako skutkujący globalną anarchią (Hobbes obrazowo ujął to w metaforze *bellum omnium contra omnes*), a z drugiej strony wskazują na potrzebę jakichś ograniczeń swobody działania. Owe limitacje mają na celu uczynienie ludzkich sposobów zachowania się regularnymi, powtarzalnymi i przewidywalnymi. Jest to jedno z zadań systemu kontroli społecznej, zwłaszcza prawa jako elementu filtrującego zachowania się z punktu widzenia ich legalności⁴. Jasne, że uzgodnienie wolności do czegoś jako takiej i restrykcji nałożonych na jej urzeczywistnianie nie jest automatyczne. Niemniej jednak jest nieodzowne z uwagi na racjonalne ułożenie biegu spraw w grupie społecznej. Nawet jeśli przyjmujemy pesymistyczne stanowisko (wiele racji za nim przemawia), że wprowadzenie ograniczeń rodzi swoisty efekt epidemiczny, tzn. jedne limitacje

² Jeśli kogoś razi, że zbyt łatwo przechodzimy do porządku dziennego nad kwestią stosunku determinizmu i wolności, niech zgodzi się, że „wolnościowy” aksjomat jest powszechnie akceptowany.

³ Balcerowicz zajmuje się przede wszystkim wolnością do czegoś. Jego odróżnienie praw negatywnych i praw pozytywnych (WOW, s. 34) nie pokrywa się z dystynkcją pomiędzy wolnością pozytywną i wolnością negatywną.

⁴ Jeszcze wrócimy do tej kwestii.

rodzaj inne, w tym także bezzasadne czy też zbyt kazuistyczne, nie stanowi racji dla odrzucenia jakichś uregulowań limitujących wolność do czegoś. Aczkolwiek nie twierdzimy, że Balcerowicz nie jest świadom tej kwestii, to jednak sądzimy, że przecenia wagę zagwarantowania swobody realizacji interesów w stosunku do potrzeby nałożenia na nią ograniczeń. Problem nie polega bowiem na wyborze któregoś z członów alternatywy: „wolność do czegoś lub jej ograniczenia”, ale na poszukiwaniu rozsądnego kompromisu pomiędzy nimi. Ma to szczególnie istotne znaczenie w społeczeństwach akceptujących porządek demokratyczny. To, że gwarantują one wolności obywatelskie, jest rzeczą oczywistą, natomiast rzeczą sporną jest, jak ich urzeczywistnianie ma być unormowane.

Ponieważ współcześni ludzie żyją w organizacjach państwowych, natychmiast pojawia się kwestia roli państwa jako twórcy i gwaranta prawa w kreowaniu i urzeczywistnianiu wolności do czegoś. Balcerowicz wyróżnia dwa typy państw, mianowicie państwo Webera i państwo Nozicka⁵. Pierwsze jest określone jako instytucja egzekwująca reguły społeczne przy pomocy przymusu, natomiast drugie (tzw. państwo minimalne) – jako agencja chroniąca ludzi przed agresją ze strony innych członków danej społeczności. Balcerowicz powiada, że każde państwo Nozicka jest państwem Webera, ale nie na odwrót. Ta uwaga jest o tyle trafna, że państwo minimalne, jak każde, jest dysponentem przymusu, natomiast państwo Webera nie musi używać przymusu w stopniu ograniczonym. Wszelako uwagi Balcerowicza na temat państwa więcej zaciemniają, niż wyjaśniają. Koncepcje Webera i Nozicka opierają się na tak różnych ideach, że trudno je porównywać i sprowadzać do jakiego klarownego wspólnego mianownika.

Pojęcie państwa było dla Webera jednym z typów idealnych. Nie był on, zgodnie z programem socjologii formalnej i jej neokantowskim rodowodem, zainteresowany stopniem przymusu realizowanego przez państwo. Traktował dysponowanie przymusem jako właśnie formalny atrybut państwa, a nie empirycznie kwantyfikowany stan rzeczy. Państwo Webera może być minimalne lub nie – a to, jakie jest, zależy od wielu okoliczności, w tym historycznych. Natomiast Nozick proponuje koncepcję państwa opartą na skrajnym libertariańskim i takimż indywidualizmie. Jest to merytoryczna, a nie formalna definicja organizacji państwowej. W gruncie rzeczy, Balcerowicz nawiązuje do starego sporu pomiędzy pojmowaniem państwa jako tzw. stróża nocnego a jego rozumieniem jako instytucji pełniącej funkcje organizacyjne z punktu widzenia potrzeb danego społeczeństwa jako całości (interwencjonizm państwowy). Gdyby chcieć rzutować problem dyskutowany przez Balcerowicza w związku z odróżnieniem państwa Webera i państwa Nozicka, bardziej właściwe byłoby

⁵ WOW, s. 11–15.

odwołanie się do współczesnego sporu komunitarianizmu i indywidualizmu (libertarianizmu). Omawianie tej kwestii znacznie przekracza ramy niniejszej polemiki. Zwrócimy uwagę tylko na to, że postulaty liberalizmu znajdują swoje miejsce w obu tych projektach społecznych, chociaż niekoniecznie w tym samym stopniu. Wbrew Leszkowi Balcerowiczowi, weberowskie rozumienie państwa wcale nie prowadzi do jego deifikacji. Nie jest też tak, że libertarianizm musi zaprzeczać organizacyjnym funkcjom państwa. W sumie aparat pojęciowy wprowadzony w WOW nie jest wystarczająco czuły, aby adekwatnie ująć wszystkie subtelności związane z rolą państwa we współczesnym świecie. Nie chcemy sugerować, że koncepcja państwa Webera ma same plusy. Jest np. krytykowana za uznanie monopolu państwowego w sferze stosowania przymusu, co od razu delegalizuje prywatne formy regulowania czynów czy obrony przed agresją. Pod tym względem libertarianizm jest bardziej plastyczny. Wszelako znajdujemy tutaj szczególny przypadek potrzeby uzgodnienia wolności do czegoś ze standaryzacją normatywną.

Uwagi o państwie i jego roli natychmiast prowadzą do kwestii funkcjonowania prawa. Balcerowicz przyjmuje (lub takie wrażenie można odnieść z jego rozważań), że regulacja prawna wyczerpuje się w nakazach i zakazach. Jest to jednak zdecydowanie nieadekwatny obraz systemu prawa, wielokrotnie krytykowany przez wielu autorów, m.in. przez H.L.A. Harta⁶. Uważa on, że prawo stanowi kompleks reguł pierwotnych i wtórnych. O ile pierwsze redukują się do imperatywów formułujących nakazy i zakazy, drugie określają rozmaite kompetencje, np. co do stanowienia prawa, oraz możliwości prawne nadane jednostkom. Przepisy regulujące takie możliwości (przepisy dyspozytywne w innej terminologii) podpadają pod schemat „jeśli pragniesz uczynić to a to, masz to uczynić w taki a taki sposób”. Imperatywność przepisów dotyczących możliwości prawnych jest wyraźnie warunkowa. Aplikując język przyjęty przez nas, powiemy, że mamy tutaj do czynienia ze sposobem normatywnej standaryzacji wolności do czegoś w tym jej zakresie, w którym podmiot działania ma na uwadze spowodowanie skutków prawnych w takiej lub innej dziedzinie. Z czysto logicznego punktu widzenia każdy czyn jest nakazany, dozwolony lub indyferentny (rozważamy tylko kwalifikację prawną). Jeśli A nie jest nakazane lub zakazane, znajduje się w sferze indyferencji (dozwolone jest A i dozwolone jest $\neg A$). W tym sensie logika uprawomocnienia zarówno domniemanie wolności, jak i domniemanie zakazu lub nakazu⁷. Z powodów praktycznych (lista

⁶ Por. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 11–77 (angielskie wydanie tej książki ukazało się w 1960 r.).

⁷ Ponieważ zdania „ A jest nakazane” i „ $\neg A$ jest zakazane” są logicznie równoważne, wystarczy powiedzieć, że system prawny dzieli ogół czynów na nakazane (zakazane) i nie-nakazane (nie zakazane), czyli indyferentne. Z powodów intuicyjnych, wygodnie jest wprowadzić podział na trzy sfery: nakazaną, zakazaną i indyferentną.

czynów indyferentnych nie jest dana w postaci skończonego wykazu) wygodnie jest przyjąć zasadę „to, co nie jest nakazane lub zakazane, jest dozwolone (indyferentne)”⁸.

Powyższe ustalenia pomagają w analizie klauzuli domniemania wolności, związanej przez Balcerowicza z formułą „co nie jest zakazane, jest dozwolone”⁹. Niemniej jednak, autorowi na pewno nie chodzi o prosty fakt logiczny. Zaraz dodaje, że „ciężar dowodu powinien spoczywać na tych, którzy chcą wolność ograniczyć”. Klauzula wolności polega więc na powinności udowodnienia konkretnego zmniejszenia listy dozwoleń przez poszerzenie wykazu zakazów (nakazów). Nie jest jednak jasne, co ma podlegać dowodowi. Jeśli to, do jakiej sfery należy dany czyn, sprawa nie nastęrcza problemów, pominiawszy ewentualne, nawet poważne, kwestie interpretacyjne dotyczące zakresu regulacji normatywnej i sensu przepisów prawnych. Balcerowicz ma na myśli zapewne dowód, że ograniczenie wolności w takim lub innym wypadku jest zasadne. Rzecz dotyczy więc nie samej zasady „to, co nie jest zakazane, jest dozwolone”, ale kształtu obu tych sfer, w szczególności ich granic. Ogólny tenor rozważań Balcerowicza jest taki, że sfera wolności (tego, co nie jest zakazane) powinna być jak najobszerniejsza, a w szczególności nie powinna być zmniejszana. Wszelako są to kwalifikacje relatywne, ponieważ zależne od jakiejś wyjściowej listy czynów dozwolonych. W każdym razie taka lista była, jest i zapewne zawsze będzie przedmiotem kontrowersji. Skoro tak, wracamy do punktu wyjścia. W szczególności, nie jest znany żaden algorytm wolnościowy, dany raz na zawsze. Tedy rozwiązanie dylematu „wolność do czegoś lub jej ograniczenia” zawsze wymaga jakiegoś kompromisu i uzasadnienia (dowodu), że jest on rozsądny. Fakt, że prawo obejmuje także reguły wtórne, znacznie komplikuje sytuację. Wprawdzie warunki inicjujące możliwości prawne są opcjonalne co do ich powstania, ale dalszy bieg spraw nimi zaczętych jest i musi być standardowy.

3. Konkretny problem wolności w perspektywie prawnej

Zdaniem Balcerowicza, wolność, zwłaszcza w życiu gospodarczym, jest ustawicznie zagrożona, bowiem „antywolnościowa presja” „różnych grup (nie tylko związanych z państwem)” prowadzi do jej znacznego ograniczenia, a nawet odebrania. Wymaga to ciągłej uwagi i aktywności, zadania podstawowego „w ramach obywatelskich swobód i społeczeństwa obywatelskiego”, gdyż:

⁸ Gdy przyjmujemy trzy sfery, pojęcie dozwolenia jest dwuznaczne. Raz znaczy brak zakazu (nakaz lub indyferencję), a innym razem tylko indyferencję (brak zakazu i nakazu).

⁹ WOW, s. 19–21.

Zasada wolności umów stanowi podstawę wolności w zdecydowanie najważniejszej sferze ludzkich działań – w interakcjach. Dlatego prawna erozja tej zasady, jaka następuje w ciągu ostatnich stu lat, jest tym samym erozją wolności. Chodzi tu zwłaszcza o faktyczną likwidację wolności umów między kontrahentami na rynku. Nie chodzi tu o socjalizm, który będąc z natury antyrynkowy, wolność umów zastąpił nakazem i rozdzielnikiem. Chodzi tu o kraje, gdzie nie zniesiono formalnie własności prywatnej i rynku, nazywane popularnie „kapitalistycznymi”. Główną ideologiczną podstawą wspomnianej erozji jest paternalistyczne założenie, że w pewnych rodzajach transakcji jedna ze stron jest immanentnie słabsza niż inna, więc prawo musi ją chronić ograniczając wolność umów. Ten prawny paternalizm, związany z rozciągnięciem pojęcia przymusu, jest chyba najmocniej widoczny w przypadku umów o pracę, czyli w prawie pracy. W tym wypadku doktryna słabej strony wyraźnie odbija wpływy marksizmu...¹⁰

A dalej czytamy: „oczywiście nie każdy zdaje sobie sprawę z tego, że mówi Marksem. Jawne czy podświadome wpływy marksizmu są jednak nadal silne, szczególnie wśród wielu intelektualistów humanistów”¹¹.

Podzielamy obawy Balcerowicza o los wolności w naszym świecie (temporalnym i geograficznym) i zgadzamy się zarówno co do konieczności widzenia problemu w kategoriach dynamicznych („walka o wolność nigdy się nie skończy”), jak i z tym, że „obronę wolności ogranicza też ogromne myślowe zamieszanie związane z podstawowymi pojęciami, takimi jak państwo, prawa, własność, sprawiedliwość i sama wolność. Ten zamęt dezorganizuje myślenie, a przez to – działanie”. Jednak właśnie w imię tego drugiego postulatu, aby uniknąć zamieszania myślowego, należałoby jasno postawić relację między wolnością i prawem (regulacją). Trzeba eliminować obiegowe stereotypy o prawie, aby nie budować na nich strategii praktycznych działań. Wprawdzie bowiem z fałszywych założeń mogą wynikać prawdziwe wnioski, ale po pierwsze, bynajmniej nie jest to regułą, gdyż równie dobrze mogą się zdarzyć fałszywe konkluzje, a po drugie, nawet gdy mamy do czynienia z poprawnymi następstwami, to jednak aplikowanie niewłaściwego założenia, czyli tzw. błąd materialny w argumentacji, podważa legitymizację całego wniosku i zaszczerpa nieufność co do innych projektów jego autora.

Mechanizm kształtowania przez prawo ludzkich interakcji, a więc i relacja między prawem i wolnością, jest, z uwagi na skomplikowaną strukturę systemu prawnego, bardziej złożony i wielopostaciowy, niż przedstawiono to we „Wstępie”. Tedy krytyka prawa jako nieuniknionego zagrożenia dla wolności powinna opierać się na trafnych przesłankach. Polemizując z Balcerowiczem w konkretnych kwestiach, czynimy to nie z umiłowania prawniczej pedanterii, lecz w przekonaniu, że prawo nie jest tu trucizną, ale przepisem

¹⁰ WOW, s. 26

¹¹ WOW, tamże, przyp. 11.

na lekarstwo. Niemniej jednak trzeba korzystać z prawnego instrumentarium w świadomy i kompetentny sposób. Aby prawo było skutecznym instrumentem *governance* (a o to chodzi w relacjach między prawem i ekonomią czy prawem i zarządzaniem), trzeba dobierać właściwe narzędzia, będąc świadomym ich istnienia, a poza tym we właściwej kolejności i kombinacjach, nadto zaś wiedzieć, w jakich warunkach które z nich może zadziałać, a kiedy w danym otoczeniu prawo zamienia się w zbiór papierowych zaklęć lub działa wręcz kontrproduktywnie. Dobór udatnego instrumentu regulacyjnego zależy jednak od świadomości, co zawiera prawnicza skrzynka narzędziowa, kiedy i co z niej należy wyciągnąć, chcąc rozwiązać konkretne zadanie. Jest to warunek *sine qua non* dla poszukiwania racjonalnego kompromisu pomiędzy wolnością do czegoś a jej ograniczeniami.

Podważyliśmy już ogólne założenia dotyczące prawa i państwa przyjęte przez Balcerowicza. Teraz przychodzi kolej na bardziej konkretne przesłanki obecne we „Wstępie”. Pierwsza z nich wyraża się w twierdzeniu, że idea ochrony słabszego przez prawo (współcześnie zwłaszcza ochrona konsumenta, czy wyraźnie wymieniane przez Balcerowicza prawo pracy) wynika z – mającego jawnie pejoratywny wydźwięk – „myślenia Marksem”¹². W rzeczywistości „ochrona słabszego” jako taka nie jest patologią prawa, lecz immanentną, strukturalną cechą *każdej* regulacji prawnej w ogóle, i to niezależnie od epoki i miejsca. Zagrożenie dla wolności przez „ochronę słabszego”, jeśli wymaga więc krytyki, to nie regulacji *en bloc*, „w ogóle”, lecz (co jest jednak znacznie trudniejsze) krytyki czynników sytuacyjnych uwzględnionych w decyzji regulacyjnej (akcie tworzenia prawa) ustawodawcy: wyboru sytuacji, zakresu, intensywności czy sposobu regulacji.

Przesłanka druga jest jeszcze ważniejsza. Wedle Leszka Balcerowicza, zawsze, każda regulacja prawna jest ograniczeniem swobody umów (zagrożenie swobody umów jest kwalifikowane jako spowodowane „rozciągnięciem przymusu”) i pochodzi z nieprawidłowo odczytanej relacji między prawem i swobodą umów. Tymczasem w regulacjach „relacyjnych” dotyczących obrotu, a więc wymiany, umów służących cyrkulacji towarów i usług, reżim prawny właściwy dla danej sytuacji w znacznej mierze wyznaczają także przepisy innego typu niż nakaz lub zakaz, czyli właśnie reguły ustalające możliwości prawne (przepisy dyspozytywne). Jeśli formułują nakazy lub zakazy, czynią to kondycyjnie. Nie dyktują zachowaniem się stron ani nie mówią, co strony mają robić, albo czego im robić nie wolno. Przepisy te mówią, co się stanie, gdy strony jakiejś kwestii w umowie nie podejmą, nie uregulują jej w umowie w ogóle. Operują one w sferze objętej *désintéressement* stron umowy, w sferze carbonnierowskiego *non-droit*, sferze wolnej od normowania, stanowią-

¹² WOW, s. 26, przyp. 11.

cej naturalny, wolnościowy „matecznik” obrotu¹³. Istnienie takich przepisów przesądza o błędności wniosku, jakoby każda regulacja była ograniczeniem wolności. Aplikacja przepisów dyspozytywnych to konsekwencja, a nie ograniczenie swobody umów. Co więcej, ich działanie wzmacnia skutki swobody umów (o czym jeszcze będzie mowa)¹⁴. Istnienie przepisów dyspozytywnych pomaga bowiem uratować umowę (a przynajmniej to, co w niej wyraźnie strony powiedziały) jako efekt zgodnej decyzji stron przed bezskutecznością (która by groziła bytowi umowy wskutek istnienia paraliżujących ją luk będących wynikiem nieprzezorności stron)¹⁵. Konstatacje te są oczywiste, o ile tylko wziąć pod uwagę, że zasada swobody umów nie implikuje dowolności ich zawierania i respektowania.

4. Ochrona słabszego przez prawo cechą uniwersalną

Ponieważ przypisujemy kwestii ochrony słabszego fundamentalne znaczenie, poświęcimy temu zagadnieniu dodatkowe uwagi. Każda prawna regulacja jest wyrazem „jakiejsz” aksjologii – nawet jeśli nie jest ona *expressis verbis* wyrażona w treści projektu ustawodawczego, nie jest ujawniana w czasie prac legislacyjnych, a czasem i uświadamiana przez decydujących o treści ustawy. Każda ustawa, prawo, regulacja jest w procesie swojego powstawania nieustającym łańcuchem wyborów i decyzji, historią odrzucania ujęć konkurencyjnych, ostatecznie pozostawianych poza treścią prawa. Ustawa już uchwalona i obowiązująca będzie wygodna, korzystna lub sprzyjająca czymś interesom, jakiejś grupie potencjalnych wierzycieli lub dłużników. Ich interesy są z natury rzeczy sprzeczne (przynajmniej co do niektórych kwestii łączącego ich zobowiązania). Każda zatem regulacja dotycząca tych treści staje się wyrazem preferencji ustawodawcy dla jakiejś grupy uczestników obrotu, którzy mają wspomniane interesy preferowane. Istniejąca regulacja musi być odczytywana jako wyraz preferowanego przez ustawodawcę (uważanego przez niego za proporcjonalne) rozłożenia praw, obowiązków, ryzyk, ciężarów i korzyści. Preferencje ustawodawcy (i te założone, i te istniejące w rzeczywistości, stanowiące potencjał obowiązującej regulacji) wymagają odkrycia i ujawnienia, a kryteria ich wyboru przez ustawodawcę mogą okazywać się błędne (z punktu widzenia przyjętych założeń) lub nawet kontrproduktywne (społecznie, politycznie, z techniczno-prawnego punktu widzenia). Oczywiście preferencje te podlegają krytyce. Ochrona słabszego, często jako cnota niezawiniona ustawodawcy,

¹³ J. Carbonnier, *Flexible droit*, Paris 1969, s. 269.

¹⁴ F. Möslin, *Dispositives Recht*, Tübingen 2011, s. 151.

¹⁵ Umowa bowiem jest źródłem relacji ukształtowanej zarówno przez to, co w niej strony powiedziały, jak i przez następstwa wynikające ze zwyczajów, zasad współżycia społecznego oraz wiązane z umową danego typu – przez prawo.

istnieje w prawie powszechnie, częściej, niż skłonni bylibyśmy przypuszczać obserwując tylko prawo pracy czy prawo konsumenckie.

Jeszcze niedawno choćby Kodeks Napoleona ograniczał kobiety co do zawierania niektórych umów i dysponowania majątkiem. Kodeksy cywilne przewidują ograniczoną zdolność uczestnictwa w obrocie i zawierania umów dla niepełnoletnich i ubezwłasnowolnionych. Temu samemu służą (oczywiście nie wyłącznie) przepisy o formie czynności prawnej, o wadach oświadczeń woli, o rozkładzie ciężaru dowodu (przykłady można by mnożyć). Zresztą czasem ta ochrona jest nienowocześnie rozumiana i źle operacjonalizowana¹⁶. Bywa także udzielana przez prawo wbrew woli chronionych. Tradycyjnie instytucjonalizowana, w miarę upływu czasu staje się albo niewystarczająca, albo przestarzała, nie uwzględniając zmian otoczenia prawnego. Ochrona słabszego jest jednak immanentną cechą każdego prawa – bo każde prawo jest jakimś wyważeniem kompromisu przez ustawodawcę. W tej sytuacji nieukontentowanie faktem, że prawo chroni słabszego, jest zarzutem wobec prawa w ogóle. Błędem jest uznawanie cechy uniwersalnej za zjawisko związane z Marksem lub marksizmem, zarówno historycznie, jak ideowo. Aprobując fakt jej uniwersalnego istnienia w prawie, bynajmniej nie musimy przy tym aprobować wyboru: czy to grupy chronionej, czy kryteriów jej wyodrębnienia, rozmiarów, sposobu i zakresu udzielanej ochrony itd. Jeżeli zatem chce się krytykować niepożądany paternalizm prawa (prowadzący do erozji wolności), to nie dlatego, że danej regulacji stawiamy zarzut ochrony słabszego (bo ten zarzut można postawić każdej prawnej regulacji), ale dlatego, że coś w prawnym reżimie tej ochrony jest wadliwe (nie te kryteria, nie ta grupa chroniona, nie te niebezpieczeństwa, nie ta intensywność ochrony itd.). Oczywiście w takim wypadku trzeba by było to wskazać, a pogląd uzasadnić. Jest to jednak znacznie trudniejsze, bo wtedy tak zagregowany zarzut paternalizmu musi być rozłożony na czynniki pierwsze.

Sprawa ma ważne konsekwencje dla neoliberalizmu i optymalizacji prawa, której on patronuje. Niniejsza polemika nie dotyczy krytyki poszczególnych przedsięwzięć deregulacyjnych propagowanych przez neoliberalnych obrońców wolności. Zakwestionowanie tezy o sporadycznym i odmarksowskim występowaniu paternalizmu w postaci ochrony słabszego przez prawo ujawnia natomiast błąd metody dyskursu neoliberalnego. Obalenie tezy, jakoby ochrona słabszego w prawie była „mówieniem Marksem”, utrudnia zarazem sytuację

¹⁶ Tradycyjnie ubezwłasnowolnienie działało totalnie, we wszystkich sferach ubezwłasnowolnionego, a to w intencji jego lepszej ochrony. Obecnie pod wpływem ochrony praw człowieka (sprawa *Alajos Kis vs. Węgry*, 2010, w Trybunale Praw Człowieka w Strasburgu) uważa się, że ubezwłasnowolnienie powinno dotyczyć tylko tego, co konieczne. Reliktem paternalistycznego, zdezaktualizowanego ujęcia jest nasz art. 62 Konstytucji, pozbawiający wszystkich ubezwłasnowolnionych, niezależnie od przyczyny – prawa głosu.

zwolennikom deregulacji¹⁷. Powołanie marksowskiej proweniencji w celu obrzydzenia przeciwnika zastępuje bowiem żmudne wykazywanie, która regulacja, dlaczego, z uwagi na jakie zagrożenia, jakie cechy chroniące słabszych i których słabszych – powinna być zniesiona. Efektowność molierowskiej metafory (nieświadome mówienie prozą) kryje sobą bardzo utylitarny zabieg erystyczny. Deregulacja *tout court*, bez bliższej specyfikacji, oznacza albo walkę z każdą prawną regulacją, jako powodującą erozję wolności – albo arbitralność deregulatora: bo tylko on sam, bez wskazywania przyczyn, mocą woli miałby przecież decydować, co jest paternalizmem szkodzącym wolności, a co np. jeszcze sensownym wymogiem kwalifikacyjnym zapewniającym dostęp do zawodu tym, którzy są w stanie go wykonywać, bez wyrządzania szkody innym (np. egzamin z topografii miasta dla taksówkarza). Zarówno pierwszej (każde prawo szkodzi wolności), jak drugiej ewentualności (arbitralność decydowania przez deregulatora) nie daje się pogodzić z jednoczesną aprobatą tezy, że ochrona wolności dokonuje się w ramach państwa prawa i społeczeństwa obywatelskiego. To zaś deklaruje Leszek Balcerowicz. Ujawnia to konsekwencje ahistorycznego przypisywania prawu paternalizmu ochronnego.

5. Swoboda umów i prawo – *equal bargaining power*

Archetyp prawa umów nakazuje nam je widzieć jako prawo z gruntu demokratyczne, bo oparte na równości stron względem prawa i względem siebie. Uczestnik obrotu jest suwerenny: w ramach oferty rynkowej i posiadanych pieniędzy. Umowy zaś wiążą go jako wyraz jego własnej woli. W początkach XIX w. (powstanie Kodeksu Napoleona) postulat równości i sprawiedliwości był budowany w opozycji do programowej, stanowej nierówności ludzi względem prawa, istniejącej z uwagi na feudalne przywileje urodzenia. Wystarczyło tu czysto formalne sformułowanie równości: adresem jej postulatu w początkach XIX w. był raczej sędzia niż ustawodawca. Nasi pradziadowie nie byli ludźmi nieuczciwymi ani naiwnymi. Nigdy jednak przy tym nie sądzili, iż problemy realnej, ekonomicznej, socjalnej nierówności nie są warte uwagi. Sądzili, że zagwarantowanie równości formalnej w połączeniu z wolną konkurencją (w postaci istniejącej w początkach XIX w.) wystarczy, aby zapewnić równowagę szans uczestników obrotu – aby mogli oni wypertraktować kompromis możliwy do przyjęcia przez obie strony umowy. Chodzi o równowagę na wejściu, nie zaś o *equilibrium* na wyjściu, tj. rezultatu osiągniętego w treści umowy. I w początkach XIX w. to wystarczało. Iluzoryczność tego założenia ujawniała się jednak w miarę rozwoju gospodarki, postępu technicznego,

¹⁷ Nawiasem mówiąc, jesteśmy zdziwieni, że Balcerowicz podciąga socjalizm w rozumieniu Marksa i socjalizm w sensie socjaldemokratycznym pod jeden strychulec.

umasowienia obrotu, zwłaszcza monopolizacji gospodarki i profesjonalizacji świadczenia dóbr i usług. Używając języka współczesnego, prowadziło to do *unequal bargaining power* uczestników rynku. Dlatego Otto von Gierke, dziewiętnastowieczny niemiecki prawnik-klasyk, niebędący ani marksistą, ani socjaldemokratą, piszący sto lat po Kodeksie Napoleona, jest autorem słynnej frazy: „Wir brauchen aber auch ein Privatrecht, in welchem trotz aller Heilighaltung der unantastbaren Sphäre des Individuums der Gedanke der Gemeinschaft lebt und webt. Schroff ausgedrückt: in unserem öffentlichen Raum muß ein Hauch des naturrechtlichen Freiheitsraumes wehen und unser Privatrecht muß ein Tropfen sozialistisches Öl durchsickern”¹⁸. Zmiany gospodarcze (monopolizacja gospodarki), których nie dostrzegali twórcy Kodeksu Napoleona, były bowiem już widoczne dla twórców BGB (niemiecki kodeks cywilny z 1896 r.). Liberalizacja ma sens tylko przy demokracji polegającej na równości szans. Jest jej warunkiem koniecznym, ale nie wystarczającym. W przeciwnym razie sama liberalizacja jest działaniem na rzecz najsilniejszych grup gospodarczych. Równość szans jest historycznie zmienna, będąc wypadkową regulacji dotyczących danego typu umowy i zmieniającej się pod wpływem warunków rynkowych siły negocjacyjnej stron (nie oczywiście stron konkretnych, lecz stron jako należących do określonej grupy aktorów rynkowych). Umowa jest instrumentem demokratycznej współpracy kontraktowej, ale sama jej stronom nie zapewnia. Zaś *equal bargaining power* zależy od rynkowego położenia grupy, do której należą wierzyciel lub dłużnik *in spe*. Konsumentów na rynku charakteryzuje (współcześnie) trwały deficyt wiedzy o transakcji i o towarze – w porównaniu z jego partnerem-profesjonalistą. Nie tyle więc np. w ochronie słabszego-konsumenta chodzi o to, aby ustawodawca bezpośrednio ingerował w treść umowy, ile o wpływanie (różnymi środkami: politycznymi, wychowawczymi, a *last but not least* prawnymi) na powiększenie siły negocjacyjnej grupy słabszej. Rzecz nie dotyczy zatem bezpośredniej regulacji kształtującej treść lub skutki umów (uszczerpienie wolności), lecz oddziaływania na strukturalnie słabszą grupę, aby była ona w stanie sama świadomie i aktywnie korzystać z wolności. Oczywiście np. zwiększenie obowiązków informacyjnych (zresztą trudnych do wyegzekwowania w prawie umów) ciążących na profesjonalistach oznacza ingerencję w swobodę umów i podnosi koszty transakcyjne¹⁹. To z punktu widzenia neoliberalnego jest godne krytyki. Ale nie można tu ustawodawcy stawiać zarzutu ingerencji w treść umów. Jest to raczej działanie na rzecz powiększania wolności grupy dowartościowywa-

¹⁸ O. von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt/M. 1943 (przedr. z wydania Berlin 1889), s. 10.

¹⁹ Niemożność egzekwowalności w prawie prywatnym przepisów (licznych w prawie unijnym) wprowadzających obowiązki informacyjne wobec konsumentów usprawiedliwia traktowanie ich jako rodzaju papierowego tygrysa.

nej, aby *unequal* stali się bardziej *equal* na etapie, *zanim* powstanie umowa, w zakresie własnych decyzji o kształtowaniu treści przyszłej umowy, aby strony mogły suwerennie korzystać ze swobody umów.

6. Umowa subsydiarna względem prawa – nie; prawo subsydiarne względem umowy – tak

Między umową a regulacją przez prawo istnieje funkcjonalna interakcja w kształtowaniu obrotu. Swoboda umów nie jest przyznawana czy okrojowana przez prawo. Strony mogą zawrzeć umowę dowolnej treści i o dowolnym celu; jednak obowiązujące prawo, zasady współżycia społecznego, a także natura stosunku prawnego – nie mogą być naruszone. Przy czym ta wyrażona w art. 353 polskiego kodeksu cywilnego zasada ma swe zakotwiczenie konstytucyjne (przede wszystkim przepis generalny o wolności jednostki – art. 31 i mówiący o wolności gospodarczej art. 22 Konstytucji: „ograniczenie działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”). Wynika z tego, że w zakresie zawierania umów, po pierwsze, domyślna (to jest szczególna klauzula domniemania wolności) jest wolność stron, po drugie, statuowanie jej ograniczeń w ustawie stawia wymagania – podlegające kontroli konstytucyjności – aby ograniczenie m.in. było proporcjonalne i uzasadnione ważnym interesem publicznym.

Ograniczenia (przez działające imperatywne przepisy prawa) swobody określania treści umowy przez same strony – przybierają różną postać. Mogą polegać na wskazaniu, co (albo jak) strony muszą w umowie powiedzieć albo czego powiedzieć im nie wolno (umowa będzie wadliwa lub nie powstanie); prawo może także przewidywać nadanie (przypisanie) zachowaniom strony czy temu, co strony w umowie wyraziły – określonego przez prawo znaczenia, niezależnie od tego, czy strony tego rzeczywiście chcą. Cechą wspólną tych wszystkich sytuacji jest, że to wola ustawodawcy, przepisy, decydują, a nie wola stron. Regulacja – zajmuje arbitralnie miejsce tego, co strony miałyby zdziałać same. Ich wola musi ustąpić przed wolą ustawodawcy. Umowa jest tu subsydiarna względem prawa; ono ma decydujący głos w ukształtowaniu konkretnych transakcji wymiany. I tu pełna zgoda z ocenami Balcerowicza. Taka postać ograniczeń zawsze pozostaje w konflikcie z wolnością jako taką. Prawo jest tu trucizną wolności, decydując o jej erozji.

Inaczej jednak działają przepisy dyspozytywne. Ich rola w obrocie, w przeciwieństwie do przepisów imperatywnych (bezwzględnie obowiązujących, kogentnych) – jest subsydiarna względem umowy. Przepisy dyspozytywne to przepisy obowiązujące (jako mające moc prawną) identycznie jak przepisy imperatywne. Umowa nie powoduje ich uchylecia. Przymus państwowy towa-

rzyszający prawu ma dwojakie znaczenie, które nie powinno podlegać konfuzji. Każde prawo ma cechę przymusu. To jest cecha prawa jako takiego. Ale to nie znaczy, że przymus wyklucza subsydiarne działanie prawa w odniesieniu do konkretnych transakcji. Prawo obowiązujące jest tu subsydiarne względem umowy, i to jest cecha przepisów dyspozytywnych. Przepisy dyspozytywne obowiązują nadal. Natomiast zastosowanie przepisów dyspozytywnych w konkretnych transakcjach zależy od tego, czy strony jakiejś kwestii inaczej w umowie nie uregulowały. Przepisy imperatywne działają w każdym wypadku, dla którego zostały przewidziane. Przepisy dyspozytywne – zadziałają natomiast tylko wtedy, gdy strony nie postanowią inaczej. Gdy to zrobią (umowa działa tu *opt-out*), gdy strony w umowie coś wyraźnie powiedzą, uregulują – wówczas przepisy dyspozytywne regulujące daną kwestię w ogóle nie będą stosowane do tej transakcji. Umowa jest subsydiarna wobec przepisów imperatywnych, natomiast relacja umowa–ustawa jest kierunkowo odmienna w wypadku przepisów dyspozytywnych. To one – są subsydiarne względem umowy. Dlatego nie następuje tu rozciągnięcie zakresu pojęcia przymusu, tak bardzo krytykowane przez Balcerowicza.

Przepisy dyspozytywne dotyczące umów są doceniane jako nieinwazyjny instrument sterowania, koordynacji i w ogólności *governance*. Z tego punktu widzenia wart jest uwagi ze strony ekonomistów. Funkcja przepisów tego rodzaju jest trojaka. Po pierwsze, chronią autonomię woli: strony bowiem, chcąc się związać umową, niekoniecznie muszą być dostatecznie przenikliwe, aby w samej umowie umieścić wszystko, co niezbędne do funkcjonowania porozumienia – a to powoduje konieczność angażowania sądów. Przepisy *default* chronią zatem przed lukami i ewentualnością marnowania czasu i pieniędzy na spory. Oczywiście także przepisy dyspozytywne są wyrazem jakiejś aksjologii. Jest to zazwyczaj aksjologia opierająca się na wyważeniu typowego kompromisu i przez to przepisy te mogą pełnić rolę wzorca instruktazowego (druga funkcja). Po trzecie, oczywiście *ius dispositivum* jest instrumentem państwowego sterowania obrotem (jak i inne parametry zewnętrzne), ale nie dyrygowania tym obrotem.

Prawo umów jest głównym ośrodkiem, gdzie regulacja poprzez przepisy dyspozytywne występuje szczególnie często (choć i w innych działach prawa da się je odnaleźć). Co więcej, ich występowanie tu akurat jest motywowane istnieniem kultury wolności, m.in. szacunku dla autonomii uczestników obrotu²⁰. Rola przepisów *default* zwiększa się w miarę komplikowania świata, w jakim dokonuje się wymiana, jej globalizacji, skomplikowania przebiegu towarów i pieniądza, rozwoju techniki i skomplikowania (technicznego i technologicznego) przedmiotów transakcji. Wszystkie te czynniki bowiem

²⁰ F. Möslin, *Dispositives Recht*, dz. cyt., s. 129.

podnoszą ryzyko występowania luk w zawieranych umowach. Dlatego m.in. ekonomiści (i to nawet liberalnie nastawieni) powinni widzieć w regulacjach tego typu raczej pożywkę niż truciznę dla wolności. Nie chcemy przez to powiedzieć, że ta ostatnia uwaga tyczy się dowolnej regulacji prawnej. Jasne, że jakość prawa, w szczególności jego dopasowanie do normowanej materii, ma zasadnicze znaczenie. Każdy, kto pamięta o ideach Leona Petrażyckiego w zakresie polityki prawa, uznaje wymaganie dostosowania treści prawa do tego, co jest przedmiotem unormowania, za oczywiste.

7. Kilka dalszych uwag o liberalizmie, libertarianizmie, indywidualizmie, komunitarianizmie, aksjologii i sprawach pokrewnych

Jeśli Leszek Balcerowicz domaga się formułowania raczej minimalnych warunków ograniczających wprowadzane reguły działania społecznego niż maksymalnych kodeksów w tym zakresie, w pełni zgadzamy się z takim postulatem. Uważamy to za rozwiązanie racjonalne z punktu widzenia poszukiwania rozsądnych kompromisów w kwestii uzgodnienia wolności do czegoś z jej limitacjami. Stanowiska maksymalistyczne to uniemożliwiają. Weźmy np. radykalny komunitarianizm sprzężony z wysokimi wymaganiami dotyczącymi ochrony słabszych jednostek²¹. Musi on preferować wspólnotę wobec jednostki, i co za tym idzie, ograniczać liberalizm, libertarianizm i indywidualizm. Z drugiej strony, umiarkowany komunitarianizm jest do pogodzenia z liberalnym, libertariańskim i indywidualistycznym łańcem publicznym, o ile nie są one pojmowane maksymalistycznie. Nasze sformułowanie pryncypiów ochrony słabszych idzie po linii aksjologii raczej minimalistycznej niż maksymalistycznej.

Niemniej jednak możliwe zależności nie są proste, nawet w odniesieniu do pojęć należących do tej samej rodziny. Liberalizm dostarcza instruktywnego przykładu w tym względzie. Odróżnia się (co najmniej) liberalizm ekonomiczny, liberalizm polityczny i liberalizm kulturowy. Każdy z nich zaleca wolność w jakiejś dziedzinie: gospodarczej, w stosunkach między władzą a rządzonymi czy w sferze obyczajowej. Łatwo jednak zauważyć, że niezbędna jest dalsza analiza, ponieważ czasem chodzi o wolność do czegoś, np. gospodarowania, czasami wolność od czegoś, np. niezależność od presji politycznie silniejszych – a na ogół o jedną i drugą. Rozmaicie też układają się relacje pomiędzy poszczególnymi odmianami liberalizmu, np. zdarza się, że liberalizm ekonomiczny występuje przy braku liberalizmu politycznego (współczesne Chiny jako przykład klarowny). Jeśli zaś powiada się, że liberalizm sprzę-

²¹ Taki program przedstawia np. H. Khatchadourian, *Community and Communitarianism*, Wipf & Stock, Eugene 2011.

żony z ładem demokratycznym winien być maksymalny, tzn. wszechobecny w gospodarce, polityce i kulturze (w szerokim rozumieniu), to od razu pojawia się kwestia, czy poszczególne składowe globalnej wolności nie kolidują ze sobą, przynajmniej w pewnych obszarach. Leszek Balcerowicz zdaje się sądzić, że ich uzgodnienie nie przedstawia zbytnich trudności, my uważamy, że kolizje są nieuniknione i wymagają rozwiązania, np. w postaci wprowadzenia interwencjonizmu państwowego. Kwestia ochrony słabszego dobrze ilustruje kwestię rozważaną w tym miejscu. Balcerowicz sądzi, że słabszych można wspierać przy pomocy środków dobrowolnie przekazywanych przez silniejszych. My, mniej lub bardziej akceptując liberalizm we wszystkich jego postaciach, jesteśmy skłonni do pesymizmu w tej materii. Nie umniejszamy znaczenia akcji charytatywnych czy filantropijnych, jesteśmy gotowi do bardzo wysokiej oceny moralnej tych, którzy świadczą pomoc innym, ale nie wierzymy w globalną skuteczność prywatnych i dobrowolnych poczynań na rzecz tych, którzy wymagają społecznej protekcji. Nie jesteśmy zresztą zbyt oryginalni w tym mniemaniu, zważywszy fiasko socjalizmu filantropijnego, nie bez powodu nazywanego utopijnym.

Ten ostatni przykład wskazuje na potrzebę rozpatrywania teorii społecznych w ich historycznym kontekście. I tutaj liberalizm dostarcza instruktywnego przykładu. Klasyczny liberalizm ma dobrą prasę od dłuższego czasu. Mało kto jednak pamięta, że John Locke postulował wprawdzie wolność, ale nie wobec ateistów i papistów. Liberalizm ojca tej koncepcji, i to kwalifikowanej jako klasyczna, był wyraźnie zdeterminowany angielskim horyzontem politycznym. John Stuart Mill walczył z poddaństwem kobiet (w książce napisanej wraz ze swoją żoną Harriet Taylor Mill w 1869 r.), aczkolwiek kraj, do którego odnosił postulaty uwolnienia niewiast, uchodził za najbardziej liberalny w świecie. Jakoż brytyjskie panie musiały czekać na prawa wyborcze do 1928 r., czyli przez prawie 60 lat od ukazania się rzeczzonego dzieła państwa Millów. Balcerowicz słusznie chwali Jamesa Madisona, współtwórcę Konstytucji USA i jednego z pierwszych prezydentów tego kraju, za wezwanie do antydespotycznej czujności. Niemniej jednak tenże klasyczny liberał nie kwestionował niewolnictwa Murzynów, a zdecydowana większość tych, którzy podzielali jego idee, nie miała nic przeciwko cenzusowi majątkowemu przy korzystaniu z praw wyborczych. Nie jesteśmy ekonomistami i trudno nam polemizować z bardzo ostrą krytyką teorii ekonomicznych J.M. Keynesa, obecną w wielu tekstach zamieszczonych w antologii *Odkrywając wolność*. Z drugiej strony, przypuszczamy, że ocena tych teorii może być inna z punktu widzenia współczesnych radykalnych liberałów w porównaniu z opiniami wyrażanymi przez tych, którzy doświadczyli skutków Wielkiego Kryzysu z drugiej połowy lat 20. XX wieku. Jeszcze raz powtarzamy, że nie ma algorytmu dla rozwiązania dylematu „wolność do czegoś lub jej ograniczenia” oraz że jednostronne pro-

jekty nie są racjonalnymi kompromisami w tym zakresie. Wprawdzie wiele nauczyliśmy się z lektury „Wstępu” i tekstów zamieszczonych w antologii Balcerowicza, ale nie mamy wrażenia, że czytaliśmy opracowanie przedstawiające odnośną problematykę całkowicie *sine ira et studio*. Uważamy, że jedną z przyczyn tego stanu rzeczy jest abstrahowanie przez autora od historycznego kontekstu liberalizmu. Niemniej jednak uważamy, że liberalizm zasługuje na aprobatę w punkcie wyjścia przy teoretyzowaniu na temat demokratycznego ładu społecznego. Było bowiem tak, że każda historycznie znana wersja liberalizmu formułowała jakiś katalog wartości i cnót obywatelskich, który w danej epoce stawał się narzędziem ulepszania zbiorowej kondycji. Aczkolwiek twórcy takich katalogów z reguły sądzili, że ich postulaty są ostateczne, dalszy rozwój teorii i praktyki społecznej prowadził do uznawania ich za minimalne warunki wyjściowe w danej epoce. My od razu zwracamy uwagę na minimalizm (aczkolwiek w rozsądnych granicach) liberalizmu także dlatego, iż globalizacja świata stawia nowe wyzwania. Jakoż wdrażanie zasad liberalizmu było znacznie prostsze w wymiarze lokalnym niż w skali globalnej, nawet gdy kwalifikacje „lokalny” i „globalny” nie są rozumiane dosłownie.

Nie ma wątpliwości, że Leszek Balcerowicz kieruje swoje rozważania także do kreatorów współczesnej polskiej polityki społecznej, w szczególności gospodarczej. Jak już zaznaczyliśmy, podzielamy postulaty liberalizmu. Niemniej jednak uważamy pytanie o warunki ich praktycznego wdrażania za zasadne i intrygujące. To samo dotyczy rzecz jasna ograniczeń liberalizmu. Tę drugą kwestię Balcerowicz znakomicie ilustruje przywołaniem bardzo negatywnych skutków wprowadzenia prohibicji w Stanach Zjednoczonych. My jesteśmy jednak bardziej zainteresowani, przynajmniej w tym miejscu, warunkami realizacji liberalnego modelu społeczeństwa w takiej sytuacji, w jakiej Polska znalazła się po 1989 roku. Balcerowicz zdaje się sądzić, że rozmaite rodzime kłopoty są efektem odstępowania od liberalizmu, np. w kwestii wysokości podatków, socjalnych obciążeń państwa czy przeprowadzenia tylko częściowej prywatyzacji. Jesteśmy jak najdalej od apologetycznej postawy wobec polityki wewnętrznej Polski po tzw. Jesieni Ludów. Byłoby też rzeczą nad wyraz arogancką, gdyby prawnik (Ewa Łętowska) i filozof (Jan Woleński) silili się na formułowanie recept, jak naprawić błędy (bo takie były) i kontynuować sukcesy (bo takie też były). Z drugiej strony, nie możemy oprzeć się wrażeniu, że szybka i bezwarunkowa aktywacja zasad liberalizmu, w szczególności ekonomicznego, w warunkach polskich napotyka trudności i skutkuje negatywami. Mamy na uwadze dwie niezaprzeczone okoliczności dotyczące Polski. Po pierwsze, jesteśmy krajem ciągle jeszcze na dorobku ekonomicznym, a po drugie, stan świadomości społecznej nie jest optymalny z punktu widzenia sprawnego funkcjonowania modelu liberalnego. Leszek Balcerowicz i autorzy wielu tekstów obecnych w antologii pod jego redakcją słusznie zwracają

cają uwagę na to, że interwencjonizm państwowy grozi przerostem biurokracji i marnotrawstwem zasobów materialno-produkcyjnych. Trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że rodzimy liberalizm przyniósł podobne efekty. Oto przykład ilustrujący ten stan rzeczy. System zamówień publicznych jest niewątpliwie przejawem liberalizmu gospodarczego. Wszelako jego funkcjonowanie sprawiło, że pojawił się zgoła rozbudowany mechanizm kontrolny, a ten generuje potrzebę „meta-kontroli” itd. Innymi słowy, ów mikroliberalizm, bo dotyczący bardzo szczegółowej dziedziny, przeradza się w swe zaprzeczenie. Bylibyśmy nader ostrożni przy upatrywaniu jedynej przyczyny w niewłaściwym zaprojektowaniu mechanizmu zamówień publicznych. Wprowadzenie centralnego rozdzielnictwa rozmaitych zasobów nie jest oczywiście rozwiązaniem alternatywnym. Potrzebna jest dyskusja nad tym, jak zharmonizować prawo wyboru kontrahenta i minimalną kontrolę procedur w ramach systemu zamówień publicznych. Potrzeba diagnozy barier w tym względzie jest niezaprzeczalna. A na sam koniec zauważymy, że sztuczny liberalizm ma ten skutek, co rzeczywisty totalitaryzm, mianowicie kryzys zaufania społecznego. Wiele wskazuje na to, że jest to jedna z największych bolączek obecnego społeczeństwa polskiego²².

Streszczenie

Artykuł jest polemiką z poglądem Leszka Balcerowicza, że prawo ogranicza wolność w sposób prowadzący do jej unicestwienia. Autorzy argumentują, że właściwe ujęcie relacji prawa do wolności musi brać pod uwagę odróżnienie wolności pozytywnej i wolności negatywnej, a także potrzebę ochrony słabszych jednostek. Bez tej perspektywy spór pomiędzy komunitaryzmem i indywidualizmem jest trudno zrozumiały.

²² Neoliberalizm, także w wersji Leszka Balcerowicza, został ostatnio poddany krytyce przez Andrzeja Walickiego; por. A. Walicki, *Od projektu komunistycznego do neoliberalnej utopii*, Universitas, Kraków 2013; A. Walicki, *Dwa liberalizmy*, wykład na posiedzeniu plenarnym Wydziału I PAN w dn. 7 listopada 2013 r., A. Walicki, *Radykalizacja prawicy przyspiesza* (wywiad miesięca), „Kultura Liberalna” 2013, nr 46 (254) [przypis dodany w korekcie].

