

O monopoli egzekwowania reguł

Autor: **Anthony de Jasay**

Źródło: journal.apee.org

Tłumaczenie: **Tomasz Kłosiński**

Tłumaczenie artykułu, który pierwotnie został opublikowany na łamach Journal of Private Enterprise, 23(2), 2008 r., str. 135-148, za zgodą Association of Private Enterprise Education.

Nota od redakcji Journal of Private Enterprise

Mamy zaszczyt opublikować poniższy artykuł [Anthonego de Jasaya](#), którego [James M. Buchanan](#) opisał jako myśliciela oferującego „solidną, fundamentalną analizę, ugruntowaną w zrozumieniu teorii ekonomii, wspartą znajomością filozofii politycznej oraz głębokim zmysłem historycznym”¹, a o którym Gerard Radnitzky wyraził się jako o „jednym z najważniejszych filozofów społecznych naszych czasów”². Wzrok Anthonego de Jasaya nie jest już taki, jak niegdyś, więc poprosił, abym dostarczył czytelnikom bibliografię innych autorów, którzy podjęli się odpowiedzi na niektóre z pytań postawionych w tym artykule. Prywatne egzekwowanie prawa było omawiane przez takich autorów, jak [Anderson](#) i [Hill](#)³, [Friedman](#)⁴, [Rothbard](#)⁵, [Benson](#)⁶, [Ellickson](#)⁷, oraz [Ekelund](#) i

¹ Buchanan, James M., "From Redistributive Churning to the Plantation State." Public Choice, 51: 241-43, 1986.

² Radnitzky, Gerard, "[Anthony de Jasay — życie w służbie wolności](#)"

³ Anderson, Terry, oraz P. J. Hill, "[Amerykańskie doświadczenie z anarchokapitalizmem: Dziki Zachód nie tak bardzo dziki](#)".

⁴ Friedman, David, *The Machine of Freedom, Guide to Radical Capitalism*, 2nd ed. La Salle, IL: Open Court, 1989.

⁵ Rothbard, Murray, *O nową wolność. Manifest libertariański*.

⁶ Benson, Bruce L., *The Enterprise of Law: Justice without the State*. San Francisco, CA: Pacific Research Institute for Public Policy, 1990.

⁷ Ellickson, Robert C., *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

Dorton⁸. Dla przeglądu literatury zob. pracę [Stringhama](#)⁹. Punkt widzenia de Jasaya na ten temat jest wyjątkowy, dlatego też jesteśmy zadowoleni, mogąc go tutaj opublikować. Jak ujął to [Roderick Long](#): „Każdy, kto interesuje się filozofią, ekonomią, teorią polityki lub analizą racjonalnego wyboru, zyska na uważnym przeczytaniu i długim rozważaniu argumentów de Jasaya”¹⁰.

I. Wydarzenia

Mężczyzna podróżujący nocą nowojorskim metrem zostaje zaatakowany przez pięciu młodych mężczyzn wymachujących długimi śrubokrętami. Sięga po broń, raniąc wszystkich pięciu, w tym jednego poważnie. Jego powołanie się na prawo do samoobrony zostaje unieważnione wobec niewspółmiernego użycia siły. Oskarżony i skazany na długi wyrok więzienia, toczy długotrwałą batalię prawną finansowaną z datków i ostatecznie zostaje uniewinniony w postępowaniu odwoławczym.

We francuskiej szkole nastoletni chłopiec zachowuje się niegrzecznie, zakłóca zajęcia, a w końcu zaczyna kopać wszystkich w zasięgu wzroku, włączając w to nauczyciela. Zastępca dyrektora zabiera go do swojego gabinetu i daje mu klapsa. Dyrektor szkoły natychmiast zawiesza w obowiązkach swojego podwładnego, który trafia przed sąd na mocy ustawy zakazującej kar cielesnych. Zostaje uniewinniony, ponieważ nie upokorzył chłopaka (do czego by doszło, gdyby złał mu tyłek przed całą klasą).

Po zamachach terrorystycznych na londyńską komunikację publiczną w lipcu 2005 r. policja zastrzeliła niewinnego obcokrajowca, biorąc go za terrorystę. W rozpętanej burzy zgorszenia policja jest surowo obwiniana za nieustalenie intencji jej ofiary. Artykuł w *The Economist* omawiający sprawę jest zatytułowany [„Przepraszam, ale czy nie jesteś zamachowcem-samobójcą?”](#).

⁸ Ekelund, Robert, oraz Cheryl Dorton, „*Criminal Justice Institutions as a Common Pool: the 19th Century Analysis of Edwin Chadwick.*” *Journal of Economic Behavior and Organization*, 50: 271-294, 2003.

⁹ Stringham, Edward, red., *Anarchy and the Law: The Political Economy of Choice*. Somerset, NJ: Transaction Publishers, 2007.

¹⁰ Long, Roderick, „*Review of Justice and Its Surroundings by Anthony de Jasay.*” *Independent Review*, 8(1): 120, 2003.

II. Monopol egzekwowania

1. Egzekwowanie reguł jako dobro publiczne

Szeroko znanym problemem dóbr publicznych jest fakt, iż ponieważ bardzo trudne, bądź moralnie niedopuszczalne, jest wykluczanie jakiegokolwiek członka społeczeństwa z korzystania z takich dóbr, jeśli w ogóle dobra te są dostarczane, każdy członek społeczności wybierze korzystanie z nich bez ponoszenia wkładu w ich dostarczenie. Innymi słowy, każdy wybierze jazdę na gapę¹¹. Oczywiście, jeśli wszyscy próbują zostać gapowiczami, żaden wkład nie zostanie wniesiony i dobro publiczne w ogóle nie zostanie zapewnione. Zatem, logicznie rzecz ujmując, wszyscy nie mogą być gapowiczami. Pewna — co najmniej minimalna, krytyczna — liczba osób musi ponieść wkład na rzecz dobra publicznego, tak aby wszyscy, zarówno ponoszący jego koszty, jak i gapowicze, mogli się nim cieszyć.

W świecie, w którym każda osoba byłaby motywowana dobrem innych, przypuszczalnie wszyscy zgodziliby się ponosić koszty. Problem dóbr publicznych nie zaistniałby. W świecie, w którym każdy człowiek dąży głównie do osiągnięcia własnej korzyści, istnieją dwa rozwiązania.

Jednym z nich jest władza wsparta wystarczającą siłą — aparatem państwowym — aby zmusić niektórych bądź wszystkich do wnoszenia wkładu przez opodatkowanie ich na jakiś zasadach. Anielska wersja teorii demokracji zakłada, że wszystkie jednostki wręcz życzą sobie, aby być zmuszonym, ponieważ przymus gwarantuje, że każdy będzie wnosić równy wkład. Dojrzała wersja teorii demokracji mówi nam, że większość ludzi zaakceptuje przymus pod warunkiem, że większa część opodatkowania spadnie na mniejszość, dzięki czemu większość będzie mogła przynajmniej częściowo pozostać gapowiczami.

Innym rozwiązaniem jest stan natury, w którym państwo nie interweniuje (albo nawet nie istnieje), a każdy wkład w produkcję dóbr publicznych jest dobrowolny. Powszechna opinia w ekonomii głównego nurtu utrzymuje, że dobrowolne wkłady byłyby nieracjonalne; stąd dobro publiczne albo nie mogłoby być wyprodukowane w ogóle, albo tylko do poziomu poniżej optymalnego. Kryteria optymalności są podważalne, ale nie jest to miejsce na roztrząsanie tego

¹¹ Formalne polskie tłumaczenie zwrotu „free rider problem” to [„efekt gapowicza”](#) (przyp. tłum.).

problemu. Dla bieżących potrzeb wystarczy nam luźniejsze spojrzenie na powszechną opinię utrzymującą, iż dobrowolne wkłady będą z pewnością albo niewystarczające, albo zerowe. Niewłaściwym rodzajem rozumowania *a priori* byłoby negowanie możliwości istnienia jednostek, które przywiązują do dobra publicznego wystarczająco wysoką „użyteczność”, aby raczej ponieść wkład w jego koszt, niż pozwolić mu zupełnie zaniknąć, zakładając wymagane prawdopodobieństwo, że wystarczająca liczba innych osób poniesie wkład z tego samego powodu. Sekretem tego dobrowolnego rozwiązania jest opieranie się każdego z ponoszących wkład na wzajemnym prawdopodobieństwie¹², że każdy dostosowuje się w odpowiedni sposób do zachowania każdego innego — na prawdopodobieństwie służącym jako podstawa równowagi koordynacyjnej bądź konwencji.

Zamiast dowolnego dobra publicznego w ogóle, rozważmy następnie konkretne dobro publiczne egzekwowania korzystnych dla wszystkich reguł, zwłaszcza reguł przeciwko deliktom oraz reguł grzeczności. Prawdą jest, że w przypadku utrzymywania w mocy wielu tego typu reguł, pojawia się pokusa, aby je naruszyć, albo przynajmniej żeby nie ponieść wkładu w ich egzekwowanie i zamiast tego zostać gapowiczem. Egzekwowanie ich albo poprzez wymierzanie kar albo wiarygodną groźbę kary jest więc konieczne. Możemy założyć, że reguła jest samoegzekwująca się, tzn. panuje stan równowagi, jeśli są spełnione warunki powstania dobrowolnych wkładów w koszt i wysiłek egzekucji.

Jednym z takich warunków jest to, iż osoba ponosząca wkład musi uzyskać większą korzyść z ukarania i zapobieżenia naruszenia danej reguły, niż wynosi koszt ukarania osoby ją łamiącej. Dwa rodzaje korzyści mogą odgrywać

¹² Każdy członek grupy, która ceni dobro publiczne, będzie albo wnosił wkład w jego koszt, albo będzie próbował „jechać na gapę” na koszt reszty, w zależności od jego oczekiwań odnośnie do odsetka członków grupy, który zdecyduje się wziąć udział w finansowaniu dobra. Jeśli spodziewa się bardzo niskiego odsetka, jego wkład byłby daremny; jeśli oczekuje wysokiego odsetka, nie będzie musiał ponosić wkładu. Jeśli nie spodziewa się ani wysokiego, ani niskiego odsetka osób ponoszących wkład, jego własny wkład mógłby mieć wystarczające prawdopodobieństwo, aby być kluczowym dla dostarczenia danego dobra, a ryzyko jego niedostarczenia wydawałoby się wystarczająco wysokie, aby zniechęcać do „jazdy na gapę”. W tym przedziale, prawdopodobieństwo wybrania przez niego poczynienia wkładu byłoby maksymalne. W stanie równowagi każda faktyczna osoba ponosząca koszt dobra publicznego byłaby skłonna raczej kontynuować udział w kosztach, niż zaprzestać i narażać się na ryzyko niepowodzenia wytworzenia dobra.

tutaj rolę. Pierwszą z nich jest obrona przez kogoś własnego życia, ciała i własności przez zastrzelenie intruza, który grozi mu dźgnięciem długim śrubokrętem; pościg i złapanie złodzieja, który ukradł komuś teczkę; wywieranie nacisku wobec niesumiennego dłużnika; dawanie nauki sąsiadowi, który zachowuje się nieznośnie. W tym wypadku egzekwowanie zasad jest jak nabycie jakiegoś dobra prywatnego, w pełni wartego swojej ceny.

Inna potencjalna korzyść wynika z egzekwowania reguł jako takiego, co może okazać się dla danej jednostki korzystne w przyszłości, ale co jest z całą pewnością pomocne dla innych osób przestrzegających zasad, których podobne działania okazałyby się korzystne dla niej. Korzyści są obustronne. W tym wypadku egzekwowanie funkcjonuje jako dobro publiczne. Z formalnego punktu widzenia jednostka stojąca w obliczu problemu dóbr publicznych w stanie natury, może wybrać jedną z dwóch par możliwych alternatyw: ponieść koszt wytworzenia dobra, albo tego nie robić. Poniesienie wkładu wiąże się z dwoma możliwymi rezultatami: skutecznym wytworzeniem dobra publicznego we współpracy z innymi ponoszącymi jego koszty lub porażką. Brak wkładu może pozwolić na „jazdę na gapę”, jeśli inni wyprodukują owo dobro publiczne, albo może spowodować porażkę samego procesu produkcji. W pełni racjonalny wybór zależy od prawdopodobieństw i „użyteczności” poszczególnych z czterech alternatywnych wyników. Prawdopodobieństwa z kolei zależą od oczekiwanego zachowania innych.

Jestem jednakże daleki od sugerowania, że w praktyce takie subiektywne szacunki prawdopodobieństwa są rzeczywiście czynione, a kalkulacje w istocie na nich bazują. Rzeczywiste zachowanie bardziej przypomina prowizoryczne domysły i dostosowanie się do tego, co robią inni znajdujący się w pobliżu. Jasne jest jednak, że dobrowolny wkład w egzekwowanie reguł jest logiczną i spójną alternatywą, która jest zgodna z racjonalnością. O tym, że we właściwych okolicznościach może być realistycznym wynikiem świadczy fakt, iż z tego co mówi znana nam część historii, reguły egzekwowane poprzez spontaniczne działania obywatelskie w dużej mierze poprzedzały wyspecjalizowane jednostki zajmujące się egzekwowaniem, takie jak państwo.

2. Monopol egzekwowania: państwo hołduje efektowi gapowicza

Spoglądanie na wystarczające warunki dobrowolnego egzekwowania reguł w stanie natury dostarcza, w rzeczy samej, pewnych spostrzeżenia dotyczących konsekwencji interwencji państwowej.

Szeroko używana definicja państwa przypisuje mu [monopol prawomocnego użycia siły](#)¹³. Definicja ta jest bezsensowna, gdyż w jej świetle siła jest prawomocna wtedy i tylko wtedy, jeśli używa jej państwo, zatem warunek, iż państwo ma monopol używania siły jest spełniony z definicji (to tak, jakby zdefiniować Nestle jako monopolistycznego producenta czekolady Nestle). Państwo jest państwem z racji swojego monopolu (Nestle jest Nestle z racji bycia producentem czekolady Nestle). Mniej bezsensowna definicja uznałaby, iż państwo (1) posiada wystarczającą siłę do odstraszenia koalicji o porównywalnej lub większej sile uformowanej w społeczeństwie obywatelskim, oraz (2) używa tej siły do pozbawienia podmiotów działających w społeczeństwie obywatelskim wszelkiej siły, jaką wciąż mogą posiadać, i karać ich za używanie jej.

Jeśli państwo ponosi koszt dóbr publicznych w ogóle, a zwłaszcza egzekwowania reguł, przez nakładanie podatków, zwalnia tym samym jednostki z konieczności dokonywania wyborów w tej sprawie. Jako że i tak muszą płacić podatki, a dobra publiczne są i tak dostarczane, to wszystko, co im pozostaje, to wdzięcznie przyjąć wygody jazdy na gapę, jedyną opcję, jaką państwo może zostawić otwartą, jeśli chce utwierdzenia swojego monopolu egzekwowania reguł.

Przez pozbawienie swoich poddanych środków zastraszania i używania siły (za wyjątkiem tak ograniczonych środków, jak broń palna licencjonowana przez policję) oraz przez karanie nieuprawnionego przez państwo prywatnego egzekwowania (za wyjątkiem ostrożnie określonych i restrykcyjnych warunków), państwo pozornie uwalnia swoich poddanych od obciążenia. Przyjmuje również odpowiedzialność, której z natury nie jest w stanie wypełnić.

3. Dlaczego dążyć do monopolu?

Różne przyczyny kierują państwo do ustanowienia i obrony swojego monopolu. Najbardziej oczywiste służą jego własnemu przetrwaniu jako instytucji, konsolidacji władzy dyskrecyjnej przekraczającej tę, której

¹³ Monopol posiadania siły jest bardziej istotny niż jego właściwe użycie. Jeśli ktokolwiek poza państwem może prawowicie posiadać siłę, to może w wiarygodny sposób grozić jej użyciem, bez różnicy czy byłoby ono w jakikolwiek sposób prawomocne.

potrzebuje użyć aby jedynie „utrzymać się przy władzy”, oraz w celu rozrostu swojego zwierzchnictwa ponad to, które zostało nabyte przez samo posiadanie wielkiej koncentracji materialnej siły.

Kiedy egzekwowanie reguł było rozproszoną, zdecentralizowaną funkcją, kary inne niż cielesne przybierały głównie postać grzywien na rzecz ofiary oraz oskarżyciela. Królowie dostrzegli oczywistą korzyść w kierowaniu strumienia dochodów od ofiar i oskarżycieli do swojego skarbcza. Pozbawienie społeczeństwa obywatelskiego funkcji egzekwowania reguł pozbawiło je także uzasadnienia dla posiadania broni i utrzymywania zorganizowanych form stosowania siły. To umożliwiło znaczącą redukcję siły, jaką państwo potrzebowało do ochrony siebie w ramach społeczeństwa obywatelskiego lub, alternatywnie, umożliwiło ogromny przyrost przestrzeni, nad którą mogło wywierać swoją wolę, opierając się na posiadanym kapitale siły. Wreszcie, dzięki efektywnemu odgrywaniu roli wyłącznego twórcy i interpretatora prawa, wyłącznego sędziego ponad stronami oraz wyłącznej mocy egzekwowania prawa państwo zyskało autorytet moralny, który dotychczas był rozproszony wyłącznie wśród elit społecznych.

Choć bardziej otwarte na dyskusję, inne rodzaje przyczyn państwowego monopolu mogą mieć większą wagę niż te „oportunistyczne”, wymienione wyżej. Najważniejszą można wywieść z głęboko zakorzonej zasady bezstronności, która mówi, iż wszystkie jednakowe sprawy muszą być traktowane jednakowo, a prawdopodobnie nie będą traktowane jednakowo, jeśli strona może być sędzią w swojej własnej sprawie i może egzekwować swój własny wyrok. Sądownictwo i policja, będąc częścią państwa w pewnym, choć dość niejasnym, sensie stoi ponad społeczeństwem obywatelskim, ma większą szansę być obiektywnym w wydawaniu wyroku i sprawiedliwym w jego realizacji. Wiele można powiedzieć o dobrych i złych stronach tego argumentu, ale nie można zaprzeczyć, że na ogół uważa się z wielkim przekonaniem. oraz wpaja się ludziom od młodego wieku poprzez system edukacji, iż poszanowanie prawa powinno być identyfikowane z szacunkiem dla państwa, jako wyłącznej i prawomocnej instytucji egzekwującej prawo. W tej pracy nie będę się jednak zajmował słusznością argumentu „strony i sędziego” ponad odnotowanie wagi, jaką ze sobą niesie, ale raczej końcowym efektem, jaki moim zdaniem posiada on dla samej możliwości rozsądnego efektywnego egzekwowania reguł. Jednakże tym, którzy nie mają zastrzeżeń wobec władzy państwa i obowiązku posłuszeństwa politycznego, wydaje się prawdziwą anomalią sytuacja, w której prywatne jednostki odgrywałyby role

swoich własnych policjantów i sędziów. Promowanie tego przekonania nie tylko leży w instytucjonalnym interesie państwa i jego agencji policyjnych oraz sądowniczych; z całą pewnością jest to także głęboko zakorzenione przekonanie grupy, którą luźno możemy nazwać klasą polityczną.

Rozpatrywane razem, przyczyny te wydają się w pełni wystarczające — czego dowiodły w ciągu ostatnich dwóch lub trzech stuleci historii Zachodu — aby skłonić państwo do zapewnienia sobie monopolu egzekwowania reguł. Dążyło ono do ograniczenia uprawnień społeczeństwa obywatelskiego do podejmowania się takich zadań, tłumiąc ostatnie pozostałości tego stanu rzeczy poprzez karanie wszelkich prywatnych inicjatyw, oraz uczyniło wiele, aby umiejętności egzekwowania reguł w społeczeństwie uległy atrofii w wyniku nieużywania. Ogólnie rzecz biorąc współcześnie istnieje jednoznaczny podział pracy. Egzekwowanie reguł jest wyłączną odpowiedzialnością i przywilejem wyspecjalizowanych agencji państwowych. Z umiarkowaną przesadą możemy rzec, że osoby prywatne i nieformalne grupy obywateli łamią prawo, gdy tylko próbują utrzymać je w mocy.

III. Niemożność karania

1. Powstrzymywanie monopolisty

W średniowiecznej Europie istniało lokalne, oddolne egzekwowanie reguł przez członków społeczeństwa obywatelskiego na poziomie zwykłych ludzi, ale zarówno funkcje policyjne, jak i sądownicze były wypełniane także przez konkurujące ze sobą wyspecjalizowane agencje. Spory mogły być przedstawiane i rozwiązywane przez panów feudalnych, miasta czy władze kościelne lub królewskie. Krok po kroku, agencje monarchy wypierały konkurencję, a począwszy od XVII wieku państwowy monopol w Europie stawał się coraz bardziej skuteczny. Można było się spodziewać, że wraz z ustanowieniem monopolu wkrótce pojawią się żądania jego powściągnięcia i regulacji. Oczekiwania te wkrótce się spełniły. Nieuniknionym było, że państwa, będąc mniej lub bardziej zależne od przyzwolenia swoich poddanych, spełniły te popularne żądania, tym bardziej, że regulacja monopolu *pari passu* zwiększała jego autorytet moralny i zaufanie w jego umiarkowanie i bezstronność.

Ograniczenie monopolu, stające się coraz bardziej surowe i drobiazgowo pod presją wschodzącego zgiełku „[prawizmu](#)” (*rightism*), niesie ze sobą wiele

poniejszych konsekwencji, w tym dwie zasadnicze. Jedna z nich uderzyła w policję, druga zaś w sądownictwo.

Zanim doszło do nałożenia ograniczeń, obowiązkiem i prerogatywą policji było utrzymanie porządku publicznego oraz poszanowania systemu reguł przy użyciu takiej siły, jaka była uznana za konieczną. Teoretycznie, mogło to upoważniać policję do strzelania do demonstrantów ostrą amunicją, albo torturowania podejrzanych kryminalistów w celu wydobywania informacji o ich współpracownikach, choć uciekanie się do tego typu użycia siły już od dawna przestało być normą w świecie zachodnim. Zapewne ważniejszą prerogatywą policji było rozstrzyganie sporów na miejscu oraz [wymierzanie sprawiedliwości w trybie doraźnym](#), a także natychmiastowe karanie w przypadku pospolitych wykroczeń. Oczywiście, niosło to ze sobą ryzyko błędu, nadużycia, brutalności czy arbitralności ze strony policji. Słusznie byłoby dodać, że w mniej cywilizowanych krajach, gdzie władza policji jest w teorii ograniczona konstytucyjną retoryką, ale w praktyce jest nieograniczona, zachowanie policji często bywa skandaliczne.

Sprzeciw wobec tych praktyk stał się niemal jednogłośnie wraz z rozwojem „prawizmu”. Nigdy całkowicie nie zrozumiano, że ryzyko związane z uprawnieniami policji, niezależnie od ich rozmiarów, nie może zostać zniwelowane przez ich ograniczenie, ale może zostać jedynie przekształcone i przeniesione, często z niewinnych ofiar nadużyć policji na nie mniej niewinne ofiary osób łamiących reguły, które nie zostały zatrzymane w wyniku braku odpowiednich uprawnień policji. Który ze zbiorów niewinnych osób powinien zostać poświęcony? — na to pytanie teoria moralna nie potrafi udzielić odpowiedzi. Jest to przykra kwestia arbitralnego osądu, zabarwionego osobistymi preferencjami względem takiego, a nie innego typu społeczeństwa. Bądź co bądź, ostatecznym rezultatem restrykcyjnego definiowania obowiązków i prerogatyw policji jest to, że jej główną funkcją stało się nie ujęcie i ukaranie złego zachowania na miejscu, ale dostarczanie podejrzanych, wraz z dowodami wspierającymi oskarżenie, przed sąd.

Podsumowując, można stwierdzić, że monopol funkcji policyjnej prowadzi do dylematu: danie policji wolnej ręki jest zbyt niebezpieczne, jednak gdy ma ona związane ręce, traci sporą część swojej użyteczności.

Druga z ważnych konsekwencji powściągnięcia monopolu państwa wpływa na sądownictwo, które dostosowało się i udzieliło pomocnej dłoni w postępowej deformacji rzetelnego procesu sądowego.

Z moralnego punktu widzenia zasada mówiąca, że — przy pozostałych czynnikach niezmiennych — jest większym złem skazać niewinnego, niż pozwolić winnemu uniknąć kary, jest dość pociągająca. Pod wpływem „prawizmu” uniknięcie osądzenia niewinnej osoby stało się ważniejsze od wszystkiego i warte poniesienia każdych kosztów — nie ważne, czy w wyniku tego więcej winnych niż w innym przypadku uniknie kary. Doprowadziło to do narastającej ekspansji prerogatyw obrony w sprawach kryminalnych, w szczególności do bujnego rozrostu procedur apelacyjnych w celu zmniejszenia wymiaru kary lub uchylenia wyroku. Częściowo odpowiada za to mnożenie dopuszczalnych podstaw do apelacji, a częściowo fakt, iż bez względu na to, jak błahe są podstawy apelacji, koszt procesu apelacyjnego spada głównie na podatnika. Apelacja stała się grą typu „reszka — ja wygrywam, orzeł oni przegrywają”¹⁴, źródłem utrzymania prawników oraz główną przyczyną spowolnienia systemu wymierzania sprawiedliwości.

W prawie cywilnym, monopol państwa stworzył nierozwiązywalną więź pomiędzy jurysprudencją a polityką — polityką w najbardziej elementarnym sensie, dyktowaną wyborczą koniecznością. Wolności i prawa związane z własnością oraz swoboda zawierania umów stały się w ogromnym zakresie podporządkowane czemuś, co zostało uznane przez sądy za interes publiczny. Pogląd sądów na interes publiczny stał się z kolei blisko związany z punktem widzenia większości elektoratu oraz z tym, czego „postępowa” opinia publiczna domagała się od większości. Jednym z produktów ubocznych tego elektoralizmu, szczególnie ostrym w Stanach Zjednoczonych, było i pozostaje traktowanie przez sądy korporacji oskarżonych w sprawach deliktowych, czego najbardziej widocznym dowodem są naprawdę ekscentryczne odszkodowania przyznawane powodom. Jeśli wymiar sprawiedliwości musi być państwowym monopolem, przynajmniej niech nikt nie będzie mógł powiedzieć, że nie chroni on słabego przed silnym — jak gdyby to, zamiast ochrony sprawiedliwych przed niesprawiedliwymi, było jego głównym zadaniem.

¹⁴ W oryginale „heads I win, tails they lose” to angielskie powiedzenie, które w tym kontekście oznacza, że w każdej sytuacji zgłaszający apelacje zyskuje na tym, a społeczeństwo na tym zawsze traci — przyp. tłum.

2. Karanie nie może krzywdzić

Kara wymierzana przez państwo musi wypełnić dwie równoległe funkcje. Po pierwsze, musi pokazać całemu społeczeństwu, że z państwem jako jego odpowiedzialnym i efektywnym strażnikiem, panuje sprawiedliwość. Kara w niektórych przypadkach ma także służyć uniemożliwieniu przestępcy popełnienia przestępstwa ponownie przez jakiś czas (jeśli zostaje uwięziony) bądź permanentnie (jeśli zostaje stracony). Po drugie, musi odstraszać od łamania reguł. Ponad podstawowym poziomem, na którym te dwie funkcje mogą się wzajemnie dopełniać, szybko zaczęły one ze sobą rywalizować; promowanie jednej z nich zakłada spadek znaczenia drugiej. Im usilniej sprawiedliwość stara się być nienaganna, tym bardziej stępiony zostaje jej potencjał do zniechęcania do popełniania przestępstw poprzez wymierzanie kar.

Oczywistym jest, że efekt odstraszenia związany z karą staje się silniejszy, im jest ona bardziej natychmiastowa, teatralnie spektakularna, bardziej brutalna i bezlitosna. I na odwrót, efekt odstraszenia nie może nie ulec osłabieniu, jeśli kara staje się bardziej humanitarna, klinicznie beznamiętna i dyskretna. Kara śmierci jest dobrym tego przykładem. Jej oponenti twierdzą, że nie ma ona żadnego efektu odstrasżającego czy też, mówiąc precyzyjnie, nie odstrasza bardziej niż wyrok dożywocia.

Żaden argument nie jest w stanie przeważać szali na jedną bądź drugą stronę. Ponieważ nie jest to problem, który można by poddać kontrolowanemu eksperymentowi, w którym potencjalni mordercy byliby narażeni na karę śmierci lub karę dożywocia wobec czego reagowaliby albo popełnieniem, albo niepopełnieniem zaplanowanego morderstwa, należy przyjąć pogląd agnostyczny. Jednakże to nie abstrakcyjna śmierć czy abstrakcyjne dożywotnie uwięzienie odstrasza, lecz wszystko to, co niosą za sobą takie wyroki. Współczesny wyrok śmierci zwykle zostaje wykonany dopiero po notorycznie długim procesie apelacyjnym, który rozciąga się nawet do kilku dekad. Być może za takim stanem rzeczy stoją istotne powody, jednakże skutkiem tego jest wyparcie odstrasżającego efektu śmierci i sprowadzenie wyroku śmierci do długiego wyroku pozbawienia wolności. Na jego końcu nie ma żadnego wieszania na szubienicy w miejscu publicznym; nie ma miejsca żadne dramatyczne ścinanie głów. Zamiast tego egzekucja jest przeprowadzona tak dyskretnie i bezboleśnie, jak to tylko możliwe. Ma ona bez mała mniejszy wpływ na pamięć i wyobraźnię ludności niż wieszanie i ścinanie w starym stylu.

Szybkość wymierzania kary jest zdecydowanie kluczowym czynnikiem w odstraszeniu od wszelkiego łamania reguł, czy to pomniejszych wykroczeń, czy poważnych zbrodni. Najbardziej prawdopodobna hipoteza wyjaśniająca to zjawisko mówi, że różnego typu osoby łamiące reguły mają tendencję do częstszego lekceważenia przyszłości niż osoby postępujące według reguł lub systematycznie zaniżają prawdopodobieństwo zostania złapanym, a gdy już są złapani nie doceniają prawdopodobieństwa zostania skazanym. Jeśli hipoteza ta jest bliska prawdy, to podkreśla ona skuteczność doraźnego wymierzania kary na miejscu, oraz zmiękczający wpływ, jaki ma na odstraszenie odwlekany proces sądowy.

Jednakże doraźny tryb wymierzania sprawiedliwości niemalże siłą rzeczy wiąże się z karaniem cielesnym. Maksymalizacja efektu odstraszenia, jak zasugerowałem na wstępie tej sekcji, wymaga kary, która nie tylko jest natychmiastowa — jak dostanie po łapach — ale także brutalna. Musi boleć fizycznie i poniżać psychicznie. Klaps dla rozrabiającego ucznia może dać mu nauczkę, ale klaps przed całą klasą nauczy czegoś również resztę uczniów. Umniejszy także jego pozycję w oczach rówieśników. Wandale, liderzy młodych gangów i łobuzy z sąsiedztwa mogą utracić swój prestiż, jeśli postawieni zostaną pod pręgierzem.

Wreszcie, kara straci wiele ze swojego efektu odstraszenia, jeśli jest łagodzona ze względu na dzieloną odpowiedzialność. Klasycznym tego przykładem jest traktowanie przestępcy pobłażliwiej, ponieważ odpowiedzialność za jego przestępstwo jest współdzielona przez społeczeństwo, które źle go traktowało, nie było w stanie go wykształcić i nie zaoferowało mu żadnej godnej przyszłości. Przestępstwo nie jest zatem całkowicie winą przestępcy, w związku z czym sądenie go tak, jak gdyby tak było, jest niesprawiedliwe. Jednakże oczywiste jest, że jeśli kara nie ma służyć głównie odstraszeniu, ale pokazaniu, że sprawiedliwości staje się zadość, to nie można sobie pozwolić na szybkość i brutalność działania. Kara powinna być łaskawa albo przynajmniej humanitarna. Doraźne wymierzanie sprawiedliwości musi zostać zastąpione procesem sądowym, kary cielesne muszą zostać zniesione całkowicie jako pogwałcenie praw człowieka, nie wolno dawać klapsów czy w inny sposób upokarzać dzieci w szkole, a wywołujący zamieszki muszą zostać rozproszeni bez wyrządzenia im krzywdy cielesnej. Więzienia muszą być zdrowe, więźniowie muszą mieć

możliwość ćwiczenia, mieć zapewnioną rozrywkę oraz edukację, i nie wolno ich zmuszać do pracy.

Te same siły społeczne, które domagają się narzucenia państwu ograniczeń ze strachu przed jego monopolem siły, działają także na rzecz uczynienia kary w coraz większym stopniu symboliczną, bezbolesną i zgodną z humanitarnym traktowaniem stosownym dla cywilizowanego społeczeństwa. Ceną płaconą za ten godny pochwały rozwój jest postępujące stępienie odstraszaającego ostrza sprawiedliwości. Jeżeli reguły byłyby szanowane bez udziału efektywnego ich egzekwowania, zakładającego raniące jednostkę kary, to byłyby to godne pochwały. Pójście ścieżką przypadkowego szczęścia może zaprowadzić społeczeństwo do tego radosnego stanu. Społeczeństwo, w którym obecnie żyjemy, zdecydowanie nie wkroczyło na tę ścieżkę.

V. Przymykanie oka

1. Przywrócić konkurencję?

Sekcja III.2 miała na celu przekonanie czytelnika, że państwowy monopol egzekwowania reguł prowadzi do łagodnego, powolnego i nieefektywnego wymierzania kar. Konsekwencją tego są marnie egzekwowane prawa oraz zagrożenie porządku publicznego i bezpieczeństwa osób, a także mienia.

Można sądzić, że ewentualnym lekarstwem jest formalne zniesienie państwowego monopolu i legalizacja policji, sądenia i karania typu *zrób-to-sam* — przez jednostki i formujące się oddolnie, *ad hoc* grupy, opierające się na dobrowolnych wkładach w produkcję dobra publicznego, jakim jest egzekwowanie reguł. Pojawiłaby się wtedy konkurencja pomiędzy prywatnymi i publicznymi wysiłkami zaprowadzenia porządku, prowadząc do skierowania zasobów każdego z nich tam, gdzie drugie jest najmniej skuteczne. Presja opinii publicznej dotycząca poskromienia i ograniczenia monopolu państwa mogłaby przypuszczalnie złagodzić. Mógłby wyewoluować pewien spontaniczny podział pracy, w którym prywatne egzekwowanie reguł przez strażę obywatelskie (*vigilantes*) wzięłaby na siebie wandalizm i gangi uliczne, które zakłócają codzienne życie zwykłych mieszkańców, podczas gdy państwo mogłoby podjąć się bardziej skomplikowanych zadań, takich jak wykrywanie przestępstw. Mogłoby nawet istnieć ustawowe granice kompetencji: kara śmierci i więzienie pozostałoby prerogatywą państwa, podczas gdy prywatne służby porządkowe miałyby

wolność radzenia sobie z pomniejszymi przestępcami, używając metod silnej ręki, a być może włączając w to także nakładanie kary przymusowej pracy w lokalnych przedsiębiorstwach infrastrukturalnych. Jeśli przymusowa praca mogłaby w zasadniczy sposób zastąpić pozbawienie wolności, (formę kary, której użyteczność jest tak wątpliwa, jak jej koszt jest uciążliwy), racjonalność odniosłaby mały tryumf. Społeczna kreatywność i inicjatywa, z natury rzeczy, doprowadziłyby do wypracowania łatwych w zastosowaniu i oszczędnych form karania.

Głównym i najprawdopodobniej decydującym zastrzeżeniem wobec tego rozwiązania byłoby oburzenie znacznej części opinii publicznej, a do tego z pewnością tej części, która najgłośniejszy wyraża swoją elokwencję polityczną. Formalne upoważnienie prywatnych osób oraz ich, sformalizowanych lub nie, grup do stosowania przemocy wedle własnego uznania wydawałoby się im nie do pomyślenia: w końcu nie da się uchylać praw ustanawiających bezprawie. Z całą pewnością, trudno wyobrazić sobie państwo uchwalające ustawy zmierzające ku jego zlikwidowaniu.

Odrobinę mniej nierealistyczne rozwiązania, przy odrobinie powodzenia, mogłyby wyłonić się spontanicznie. Mechanizm ich powstawania byłby zapewne napędzany przez postępujące pogarszanie wydajności państwa w utrzymywaniu porządku publicznego i bezpieczeństwa osobistego. W ostatnich dziesięcioleciach kilka krajów Europy Zachodniej próbowało odwrócić tę raczej groźną tendencję przez pompowanie pieniędzy w służby policyjne i sądownictwo. Wysiłek ten mógł spowolnić pogarszanie się sytuacji związanej z bezpieczeństwem oraz zakłócenia części systemu szkolnego, ale nie zapobiegł mu.

Jest oczywiście w interesie rządzących nie dopuścić do tego, aby pogarszanie się warunków postępowało w nieskończoność, jako że zbliża ich to do punktu, w którym cierpliwość rządzonych kończy się i kwestia ich politycznego posłuszeństwa staje się niepewna. Jednym ze sposobów odżegnania tego bezpieczeństwa może być dla państwa nie tyle zniesienie swojego monopolu egzekwowania, ale przymknięcie oka, gdy zniecierpliwione jednostki i ich powoływane *ad hoc* koalicje sięgają po samopomoc i organizują się w celu prywatnego egzekwowania podstawowych reguł. Gdy taki ruch umocni się — do czego mogą wydarzenia przypadkowe być pomocne — będzie miał szansę rozpowszechnić się szerzej i dalej siłą rozpędu. Nie byłoby potrzeby formalnego podziału obszarów odpowiedzialności pomiędzy państwowymi agencjami a

prywatnymi, ani na jawne uznanie, że państwo przymyka oko na tego typu działania. Sukces byłby bardziej prawdopodobny, jeśli powstanie prywatnego egzekwowania odbyłoby się poprzez milczące zawłaszczenie części kompetencji przez prywatne inicjatywy i poprzez milczącą akceptację byłego monopolisty.

Należy oczywiście pamiętać, że prywatne egzekwowanie publicznych reguł wymaga pewnych prywatnych sił i prywatnej woli, aby ponieść niedogodność i ryzyko jakie niesie ze sobą samopomoc oraz pomoc wzajemna a także, bez wątplenia, również pewnych umiejętności społecznych w wykonywaniu samego egzekwowania i nakładania kar. W ciągu długich lat efektywnego monopolu państwowego mięśnie uległy atrofii, a umiejętności społeczne zostały w dużej mierze zapomniane. Początki ewolucji ku publicznemu, a jednocześnie prywatnemu, systemowi egzekwowania mogą zatem być chwiejne, ale można oczekiwać, że wydajność stabilnie będzie wzrastać z dokładnie tych samych powodów, których odwrotność powodowała pogorszenie wydajności monopolu.

2. *Fiat Mundus, Pereat Justitia?*

Wiele z powyższych rozważań zostanie uznane przez czytelników za utopijne, oziębłe cyniczne, albo i takie, i takie. Utopijne jest przypisywanie racjonalnym jednostkom gotowości pod pewnymi, dalekimi od egzotycznych, warunkami, do podjęcia wysiłku i poniesienia kosztów wynikających z utrzymania złożonego dobra, jakim jest egzekwowanie reguł. Nie mam żadnej dobrej odpowiedzi na ten zarzut — o którego poprawności można jedynie powiedzieć: tego nie wie nikt — poza stwierdzeniem, że nie możemy się tego dowiedzieć, dopóki nie spróbujemy, a jak zasugerowano w sekcji IV.1, na szczęście możemy próbować tego po kawałku.

Zarzut chłodnego cynizmu wyrasta z tego, w jaki sposób ów esej wyraża na głos rzeczy nie do pomyślenia, rozważając zalety okrutnej brutalności, dramatycznego wymierzania kary, doraźnej sprawiedliwości oraz — prawdopodobnie najbardziej szokującej rzeczy ze wszystkich — gotowości do poświęcenia niektórych niewinnych ludzi wobec nieuniknionych błędów prowizorycznego, żywiołowego egzekwowania reguł.

Jest tak, jak gdybym przedstawiał najbardziej prostacką z utilitarnych argumentacji, uznającą, że nie da się zrobić omleta bez rozbicia jajek. Dewiza *Fiat justitia, pereat mundus* długo była zasadą zachodniej cywilizacji, czczoną

równie często w łamaniu, co w przestrzeganiu¹⁵, ale jednak czczoną. Niniejszy esej — jak twierdzą zarzuty — stawia ją do góry nogami, zamieniając w *Fiat mundus, pereat justitia* — niech sprawiedliwość zginie, aby świat mógł żyć.

Jednakże oskarżenia rzucone wobec moich wniosków są kiepsko przemyślane. Nie ma mowy o wyginięciu sprawiedliwości, przynajmniej nie w większym stopniu niż do tej pory. Wymierzana prywatnie prowizoryczna sprawiedliwość bez wątpienia poświęciłaby pewne niewinne osoby. Sprawiedliwość zmonopolizowana przez państwo, nadaremnie próbując pogodzić ze sobą sprzeczne cele w dylemacie postawionym przez swój własny monopol, poświęca równie niewinne ofiary wielu odmian przestępców, którzy nękają je ze względną bezkarnością. Argument mówiący o tym, że ofiar jednostek łamiących reguły jest znacznie więcej od prawdopodobnych ofiar prywatnego egzekwowania reguł należy, jak uważam, odstawić na bok, jako że nie ma on żadnej wagi moralnej. Utylitarne liczenie głów nie powinno mieć decydującego głosu w odpowiedzi na to pytanie. Ostatecznie zadecydować musi tutaj osąd wartościujący, a ten esej raczej nie kryje, w którą stronę zwrócone są sympatie autora.

¹⁵ W oryginale „honored as often in the breach as in the observance” to parafraza słów Hamleta z Aktu I, Sceny IV „Hamleta” Szekspira: [„it is a custom / More honour'd in the breach than the observance”](#). W tłumaczeniu „Hamleta” J. Paszkowskiego ustęp ten nie trafia w kontekst myśli de Jasaya: [„Chlubniej byłoby taki zwyczaj łamać / Niż zachowywać”](#). Podobnie jest w tłumaczeniu S. Barańczaka: „Że nasz obyczaj zasługuje na to, / Aby go raczej łamać niż przestrzegać”. Dlatego też postanowiłem zastosować swoje tłumaczenie (przyj. tłum.).