

Egzekwowanie prawa własności w prymitywnych społeczeństwach - prawo bez państwa

Autor: **Bruce L. Benson**

Źródło: www.mises.org

Tłumaczenie: **Rafał Trąbski**

The Journal of Libertarian Studies, *Volume 9, Number 1 (1989)*

Jeżeli prawo może istnieć jedynie tam, gdzie funkcjonują państwowe sądy i kodeksy prawne, to każde prymitywne społeczeństwo żyło w warunkach bezprawia¹. Rzeczywiście, powszechnie stosowana definicja lub teoria „prawa” mówi, że „rządy prawa oznaczają po prostu «istnienie porządku publicznego». Oznaczają funkcjonowanie zorganizowanego rządu dysponującego szeregiem instrumentów i kanałów *legalnego sprawowania władzy*. W tym sensie, wszystkie współczesne społeczeństwa żyją pod rządami prawa [zaś prymitywne społeczeństwa żyły w bezprawiu]”². Taki sposób definiowania prawa jest charakterystyczny dla pozytywistycznej szkoły teoretyków prawa i zdominował poglądy ekonomistów. Nawet ekonomiści o silnie prorynkowym nastawieniu uważają zazwyczaj, że rynek może funkcjonować efektywnie jedynie w ramach systemu dobrze zdefiniowanych i egzekwowanych praw własności, zaś rząd jest niezbędny dla ustalenia i egzekucji takich „reguł gry”. Każdy ekonomista, który odważyłby się zakwestionować pogląd, jakoby zagwarantowanie rządów prawa stanowiło z konieczności zadanie państwa, zostałby najpewniej przez większość przedstawicieli swojej profesji uznany za niepoważnego, niedouczonego radykała. Bernard Herber tak na przykład pisze na ten temat w typowym podręczniku do finansów publicznych:

Zapewnianiu stabilności wewnętrznej w postaci prawa i porządku, oraz ochrony własności [...] mógłby się sprzeciwiać jedynie zadeklarowany anarchista. Jako że [...] [ochrona prawa i porządku] stanowi bezdyskusyjnie funkcję państwa, [...] [nie] wymaga od nas dłuższej

*analizy zbudowanie ekonomicznej argumentacji na rzecz istnienia sektora publicznego wspomagającego proces alokacji zasobów.*³

Chociaż nie określiłbym się mianem zadeklarowanego anarchisty, jestem skłonny zasugerować, że nadszedł najwyższy czas na przeprowadzenie „dłuższej analizy” dotyczącej argumentów za i przeciw publicznej produkcji i egzekucji prawa.

Punktem wyjścia do analizy zasadności publicznej produkcji prawa i porządku jest literatura antropologiczna dotycząca prymitywnych systemów prawnych. Systemy te stanowią szczególnie trudny orzech do zgryzienia dla pozytywistów prawnych, gdyż są wyraźnymi przykładami występowania prawa i porządku pod nieobecność państwa. Powinny one w takim samym stopniu trapić ekonomistów, którzy przyjmują, że państwo jest niezbędne do ustalenia i egzekucji praw własności. Jak zasugerował F.A. Hayek:

*Nasza wiedza o [...] prymitywnych społeczeństwach ludzkich sugeruje inne źródło powstawania prawa, aniżeli to, co zakładali teoretycy przypisujący jego pochodzenie woli legislatora. [...] państwowe systemy prawne wykształciły się zbyt późno, aby można uznać je za źródła prawa. Jeżeli chcemy uwolnić się spod wszechogarniającego wpływu intelektualnego założenia mówiącego, że człowiek korzystając ze swej mądrości zaprojektował, lub choćby był zdolny do zaprojektowania całego systemu zasad prawnych i moralnych, powinniśmy zacząć od przyjrzenia się prymitywnym [...] początkom życia społecznego.*⁴

Właśnie to należy uczynić.

Prymitywne systemy były szeroko badane przez naukowców zajmujących się antropologią i prawem. Cóż zatem mógłby dodać ekonomista do tego, co już zostało na ten temat powiedziane? Zamierzamy położyć nacisk na znaczenie instytucji i bodźców, które wpływają na tworzenie prawa i jego egzekucję. Ujawnienie ich roli stanowi wkład, jaki ekonomiści mogą wnieść do szerokiej dziedziny, jaką jest prawoznawstwo⁵. Niektórzy mogą uznać, że prawo nie stanowi właściwego przedmiotu badań ekonomicznych, ponieważ nie jest wytwarzane i alokowane przez rynki⁶. Ekonomia ma z pewnością bardzo wiele do powiedzenia o instytucjach rynkowych, jednak jej rola na tym się nie kończy. Teoria ekonomii zajmuje się problemem alokacji rzadkich zasobów pomiędzy konkurencyjnymi zastosowaniami. Nie ma wątpliwości, że usługi policyjne, czas

sędziów oraz inne czynniki angażowane w proces tworzenia i egzekucji prawa i porządku są rzadkimi zasobami i muszą zostać jakoś alokowane. Ponadto ekonomia zajmuje się wyjaśnianiem ludzkiego zachowania poprzez badanie, w jaki sposób ludzie reagują na bodźce i ograniczenia. Analiza ta opiera się na solidnie zdefiniowanym zbiorze założeń behawioralnych i wskazuje, że instytucje — włączając w to również instytucje nierynkowe — są zarówno kształtowane, jak i same dostarczają ludziom bodźców i ograniczeń.

Prymitywne społeczeństwa często bywały poddawane analizom prowadzonym z perspektywy ekonomicznej. Na przykład Baden, Stroup i Thurman badali bodźce kierujące zarządzaniem surowcami wśród różnych plemion Indian amerykańskich⁷, Demsetz wyjaśnił, jakie czynniki przyczyniły się do wykształcenia praw własności, i zastosował tę analizę do zbadania historii Indian amerykańskich⁸, a Johnsen eksplorował zagadnienie powstania i ochrony praw własności wśród Indian z plemienia Kwakwala⁹. Zamierzamy podążać śladem tamtych badań, wychodząc jednak poza analizę bodźców i kształtowania się praw własności i zająć się zbadaniem *instytucji* ukształtowanych w celu egzekucji tych praw. Choć w tym względzie praca nasza przypomina dokonania Friedmana w zakresie badań nad systemem prawnym średniowiecznej Islandii¹⁰, zajmiemy się o wiele prymitywniejszymi systemami prawnymi i zaprezentujemy bardziej ogólną charakterystykę prywatnych systemów prawnych, zarówno z perspektywy ekonomicznej, jak i teorii prawa. W tym sensie bliżej naszej analizie do podejścia Posnera, jednak kładziemy nacisk na inne aspekty i wyciągamy odmienne wnioski¹¹. Posner wykazał jasno, że ekonomiczna analiza prymitywnych systemów prawnych ujawnia, iż instytucje sektora prywatnego są zdolne do wywarcia silnych bodźców skutkujących efektywnym prawodawstwem i egzekucją prawa. My natomiast kładziemy nacisk na fakt, że koszty wynikające z przemocy i korzyści płynące z porządku były wystarczające, aby prymitywne społeczeństwa wykształciły powszechnie uznawane zasady postępowania, a zwłaszcza prawa jednostkowe i własność prywatną — czyli prawa, które wymagane są dla funkcjonowania wolnego rynku w bardziej złożonych społeczeństwach. Ponadto pokazujemy, że wykształciły one także dobrowolne, oparte na uczestnictwie mechanizmy egzekwowania tych zasad, rozsądzania sporów, oraz, w przeciwieństwie do tez Posnera, umożliwiły one dalszy rozwój systemów prawnych.

Nasza praca podzielona została na sześć sekcji. W pierwszej przedstawiamy koncepcję prawa, zgodnie z jej definiowaniem przez badaczy i antropologów. W drugiej krótko przybliżamy pojęcie rządu. Kolejne trzy sekcje poświęcone są oddzielnemu omówieniu trzech prymitywnych społeczeństw opisanych w badaniach antropologicznych i charakterystyce funkcjonujących w nich prywatnych systemów prawnych. Wreszcie, w sekcji szóstej, prezentujemy nasze ostateczne przemyślenia.

1. Koncepcja prawa

Malinowski zdefiniował prawo z perspektywy antropologicznej jako „zasady ograniczające ludzkie inklinacje, pasje lub instynktowne popędy; reguły chroniące prawa jednego obywatela przed pożądlivością, chciwością i złośliwością innych obywateli”¹². Definicja ta sugeruje, że społeczeństwo, w którym powszechnie akceptuje się i przestrzega zwyczajów i reguł moralnych, dysponuje systemem prawnym nawet pod nieobecność państwa, spisanej konstytucji i kodeksów prawnych. Prawo i moralność można by uznać wówczas za synonimy. Jednak teoretyk prawa, Lon Fuller czyni rozróżnienie między tymi konceptami:

Także moralność ma na celu powściągnięcie ludzkich zachowań za pomocą zasad [...] jak mamy zatem ocenić, czy dany system zasad, z którym mamy do czynienia, jest moralnością czy systemem prawnym? Jedyna możliwa odpowiedź na to pytanie kryje się w terminie „przedsięwzięcie”, gdyż egzekucja prawa rozumiana jako celowy wysiłek człowieka, polega na „przedsięwzięciu działań podporządkowujących ludzkie postępowanie nakazom prawnym”.¹³

Zatem definicja przyjęta przez Fullera wymaga czegoś więcej niż tylko zwykłego występowania społecznej moralności i reguł postępowania. Musi istnieć także „przedsięwzięcie” ich egzekucji, gdyż „prawo jest celowym przedsięwzięciem, które cechuje się strukturalną trwałością. [...]”¹⁴. System prawny tworzy mechanizmy egzekucji i modyfikacji prawa, oraz rozwiązywania sporów.

Zaproponowana przez Fullera koncepcja prawa bliższa jest pogładowi wyrażanemu przez antropologa Redfielda, aniżeli podejściu Malinowskiego. Redfield definiuje prawo jako „system zasad i ograniczeń działania wraz z towarzyszącymi mu [parafernaliami](#) ich egzekucji”¹⁵. Owe „parafernalia” stanowią

o „strukturalnej trwałości”, która jest manifestacją systemu prawnego scharakteryzowanego przez Fullera.

Zasady pierwszorzędne i drugorzędne

Innym sposobem na dokonanie rozróżnienia pomiędzy definicjami prawa proponowanymi przez antropologów takich jak Malinowski i Redfield jest wskazanie granicy leżącej tam, gdzie wyznaczył ją pozytywista prawny H.L.A. Hart, który wprowadził do dyskursu pojęcie „pierwszorzędnych” i „drugorzędnych” reguł¹⁶. Hart zaobserwował, że

możemy oczywiście wyobrazić sobie społeczeństwo pozbawione legislatury, sądów i wszelkich urzędników. Właściwie dysponujemy wieloma badaniami nad prymitywnymi społecznościami, które nie tylko wskazują, że jest to możliwe, ale także szczegółowo opisują życie w społeczeństwie, w którym jedynymi środkami kontroli społecznej jest ogólny stosunek całej grupy do zachowań jej członków wyrażający się jako [...] zasady i powinności. [...] powinniśmy określać podobne struktury społeczne jako systemy pierwszorzędnych powinności.¹⁷

Hart stwierdza, że aby społeczność mogła funkcjonować jedynie w oparciu o pierwszorzędne reguły, musi być nieliczna, a jej członkowie „powiązani relacjami krewniczymi, sentymentem wspólnotowym oraz przekonaniami”, gdyż w przeciwnym razie „tak prosta forma kontroli społecznej okaże się wadliwa i wymagać będzie uzupełnienia innymi narzędziami”¹⁸.

Tutaj dochodzimy do drugorzędnych zasad, których celem jest zapobieganie problemom, które zdaniem Harta muszą wyłonić się, gdy społeczeństwo dysponujące tylko pierwszorzędnymi regułami rozrasta się lub różnicuje. Hart omawia trzy defekty, których wystąpienie uznał za wysoce prawdopodobne: (1) „niepewność”, która pojawia się, gdy istnieją jedynie pierwszorzędne reguły, a więc „narastają wątpliwości dotyczące tego, jakie właściwie obowiązują reguły, albo odnośnie zakresu obowiązywania danej reguły i brak jest sposobu na rozstrzygnięcie tych wątpliwości”¹⁹; (2) „statyczny charakter” pierwszorzędnych reguł, co oznacza, że „nie istnieją środki [...] przemyślanego dostosowywania obowiązujących reguł do zmieniających się warunków albo w drodze znoszenia starych zasad, albo wprowadzania nowych”²⁰, oraz (3) „nieefektywność”, gdyż „zawsze występować będą spory odnośnie tego, czy uznana reguła została, czy nie została naruszona i we wszystkich, poza

najmniejszymi, społeczeństwach, będą się powtarzać, jeśli nie będzie istnieć agencja dysponująca specjalnymi uprawnieniami do ostatecznego i autorytatywnego orzekania, czy reguła została naruszona"²¹. Jak zasugerował Hart, każdej z tych wad można zaradzić poprzez uzupełnienie pierwszorzędnych reguł zasadami drugorzędnymi, a połączone „wystarczą” będą dla przekształcenia reżymu pierwszorzędnych zasad w niekwestionowalny system prawny"²².

Hart następująco zdefiniował drugorzędne reguły:

1. Zasada *rozpoznawalności* określa „pewną cechę lub zbiór cech, których posiadanie przez sugerowane reguły uważane jest za ostateczny wskaźnik potwierdzający, że reguła ta jest uznawana przez grupę w toku nacisku społecznego przez nią wywieranego"²³. Hart wskazał, że zasada ta może przybrać różne formy, jednak omawiane przez niego przykłady padał nacisk na pisemne dokumenty i domyślnie uznanie ich przez władze państwowe.

2. Zasada *zmienności* ustala sposoby, w jakie reguły są uchwalane w drodze legislacji, precedensów sądowych, dekretów królewskich lub w toku innych procedur.

3. Zasada *orzecznictwa* wspiera „jednostki w uprawnieniu do autorytatywnego orzekania w kwestii, czy w danym przypadku pierwszorzędna reguła została naruszona"²⁴.

Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że dokonane przez Harta rozróżnienie na pierwszorzędne i drugorzędne reguły jest jedynie innym sposobem wyrażenia Fullerowskiego rozróżnienia pomiędzy moralnością a prawem. Zasady, którymi rządzi się prymitywne społeczeństw, mogą pochodzić od obyczajów (pierwszorzędnych reguł), jednak aby społeczeństwo wykształciło system prawny, musi wytworzyć „przedsięwzięcie” prowadzące do powstania autorytatywnego mechanizmu egzekwowania, systemu rozstrzygania sporów oraz sposobów dokonywania zmian w obliczu zmieniających się potrzeb społecznych (drugorzędne reguły). Pomiedzy koncepcją prawa Harta i Fullera istnieją jednak znaczące różnice. Perspektywa przyjęta przez Harta mieści się w zakresie teorii pozytywizmu prawnego, która utożsamia zwykle prawo z instytucjami formalnymi (najczęściej państwem). Z kolei Fuller przyjął ewolucyjny (lub prawo-naturalny) punkt widzenia. Różnice między tymi dwoma podejściami i ich wykładniami zrodziły w literaturze teorii prawa debatę przypominającą dyskusje o klasycznych proporcjach w architekturze. Dyskusja

między Hartem a Fullerem, choć ważna i interesująca, nie powinna skupiać naszej uwagi w niniejszej pracy, choć musimy podkreślić pewien jej aspekt. Poczynione przez Harta uwagi odnośnie niepewności, statycznego charakteru oraz nieefektywności prymitywnego prawa ujawniającej się wraz z powiększaniem rozmiaru i różnorodności społeczeństwa posłużą nam jako kluczowe kwestie do rozważenia podczas omawiania prymitywnych systemów prawnych. Będziemy argumentować, że wiele (prawdopodobnie wszystkie) prymitywnych społeczeństw w toku kształtowania rozwiązań służących kontroli pewnych zachowań społecznych — czyli wprowadzania w życie zasad pierwszorzędnych — w naturalny sposób stworzyło mechanizmy służące naprawieniu defektów, jakimi są niepewność, statyczny charakter oraz nieefektywność, gdy defekty te się pojawiały — innymi słowy: ustanowiło drugorzędne zasady.

Teza postawiona poniżej, zgodnie z którą prymitywne systemy prawne dysponowały zarówno pierwszorzędnymi, jak i drugorzędnymi regułami odbiega znacząco od konkluzji, do jakich dochodzą przedstawiciele pozytywistycznej szkoły prawnej. W oparciu o definicje Harta ktoś mógłby przykładowo wnioskować, że prymitywne społeczeństwa pozbawione były ogólnie drugorzędnych reguł, które wyznaczają osobę uprawioną do rozpoznawania pierwszorzędnych reguł i rozsądzania sporów²⁵. Taki pogląd na temat prymitywnych społeczeństw pozwala pozytywistom prawnym utrzymywać, że państwo stanowi czynnik niezbędny dla systemu prawnego, jednocześnie akceptując fakt, że społeczeństwa te funkcjonowały bez rządu. Znały one najwyraźniej jedynie pierwszorzędne reguły, podczas, gdy „prawdziwy” porządek prawny wymaga istnienia drugorzędnych reguł, które ustalane są przez państwo²⁶.

Zanim przejdziemy dalej, musimy rozważyć jeszcze jeden aspekt sporu Harta z Fullerem. W kontekście naszej pracy podstawową rozbieżnością między interpretacją Fullera a Harta jest sposób, w jaki Hart opisuje drugorzędną regułę rozpoznawalności. Fuller doszedł do wniosku, że zasada ta implikuje istnienie *absolutnej władzy*, która nie może zostać zniesiona, nawet jeśli zostanie nadużyta²⁷. Fullerowska interpretacja Hartowskiej zasady rozpoznawalności bardziej nam odpowiada. Jak wyjaśniał Hayek:

prawo może kształtować się stopniowo w wyniku wysiłków ze strony arbitrów proszonych o orzekanie w sporach, którzy to arbitrzy nie

*dysponują władzą pozwalającą im rozkazywać stronom sporów. Pytania, jakie będą przed nimi stawiane, nie dotyczą ustalania, czy któraś ze stron naruszyła wolę drugiej, lecz raczej tego, czy jej działania odpowiadały rozsądnym oczekiwaniom sformułowanym przez innych ludzi w oparciu o powszechną praktykę dnia codziennego przyjętą przez członków grupy. Rola, jaka odgrywają tutaj obyczaje, polega na formułowaniu wiążących członków wspólnoty wzajemnych oczekiwań, w oparciu o które oceniają swoje postępowanie, i tym samym stają się one warunkiem działania zakończonym sukcesem.*²⁸

Taki pogląd na rolę władzy charakteryzuje także koncepcję prawa prezentowaną przez Fullera, który napisał: „nie ma wątpliwości, że systemy prawne czerpią ostatecznie swą legitymizację z poczucia, że są «słuszne». [...] poczucie to bierze się z milczących oczekiwań i zgody. [...]”²⁹. Mając w pamięci powyższy pogląd na prawo i władzę, możemy zająć się zbadaniem koncepcji rządu³⁰.

II. Koncepcja rządu

Koncepcja rządu może okazać się wręcz trudniejsza do zdefiniowania, aniżeli koncept prawa. Można zdefiniować rząd jako przedsięwzięcie lub mechanizmy służące egzekwowaniu prawa i w takim wypadku argumentacja pozytywistów prawnych zostaje odwrócona: jeżeli istnieje prawo, mamy do czynienia z rządem. Jednak takie rozumienie rządu nie jest zbyt popularne, a i sami pozytywiści prawni (oraz większość ekonomistów) je odrzucają. Mimo wszystko Hart zwracał uwagę na to, że społeczeństwo może istnieć bez instytucji państwowych³¹.

Niektórzy twierdzą, że rząd różni się od organizacji niebędących rządami sposobem, w jaki doprowadza do nawiązania współpracy, mianowicie czyni to stosując przymus, natomiast prywatnie zawiązywana współpraca osiągnięta jest drogą perswazji. Niemniej jednak rozgraniczenie między przymusem a perswazją nie jest do końca oczywiste. Faktem jest, że jakkolwiek system praw własności jest ostatecznie wspierany groźbą użycia siły i przemocy³². Z pewnością tak jest w przypadkach prymitywnych społeczeństwach, o których mowa w dalszej części tej pracy. Systemy praw własności wymagają metod ich ochrony, a ochrona ta nie byłaby możliwa, gdyby nie istniały bodźce skłaniające ludzi do ich zaakceptowania. Relatywny poziom przymusu stanowi z pewnością czynnik wart uwzględnienia w definiowaniu pojęcia rządu, nie jest to jednak jedyny czynnik.

Inne proponowane rozróżnienie między rządem a organizacjami niebędącymi rządami opiera się na obserwacji, że prywatne transfery własności wymagają *jednomyślniej* zgody wszystkich uczestników takich wymian, natomiast w przypadku zaangażowania rządu decyzje podejmuje się niejednomyślnie (np. poprzez głosowanie większościowe, głosowanie przez wcześniej wybranych reprezentantów albo decyzje podejmowane przez króla czy dyktatora). Ta argumentacja wiąże się oczywiście z definicją przymusu/przekonywania, w związku z tym, z tych samych powodów co poprzednia definicja, nie stanowi całkowicie satysfakcjonującego wyjaśnienia. Przykładowo choć dobrowolne umowy stanowiły podstawę dla stworzenia niektórych prymitywnych systemów prawnych (jak również niektórych średniowiecznych, jak islandzki³³ czy irlandzki³⁴), podstawami innych były więzy krwi. Ludzie nie zawsze wyrażają jednomyślną zgodę na udział w produkcji na rzecz dobrobytu swoich rodzin, niemniej wygląda na to, że opuszczenie prymitywnej grupy krewniczkiej nie było ani proste, ani bezpieczne (a z pewnością było kosztowne).

Ponieważ definicje rządu oparte na pojęciach braku jednomyślności oraz przymusu wydają się niewystarczające, przyjmujemy tu definicję rządu, która podkreśla jego rolę jako instytucji dostarczającej porządku i egzekwującej prawo — czyli instytucji, która uchwała i egzekwuje prawo oraz rozsądza spory. Z rządem mamy do czynienia w sytuacji, gdy instytucje pełniące te role są sprofesjonalizowane w taki sposób, że (1) egzekucja prawa jest podstawowym źródłem dochodu niektórych lub wszystkich osób trudniących się tym procederem, oraz (2) niektóre, lub wszystkie osoby zaangażowane w produkcję i egzekucję prawa są „biurokratami” w tym sensie, że prawo do stosowania przymusu, jakim dysponują, bierze się wprost z jakiegoś systemu różnego od jednomyślna zgoda podlegających im stron (np. mianowania królewskiego lub mianowania przez egzekutywę, która również zdobyła swą pozycję przy użyciu siły, a nie dzięki jednomyślnemu poparciu). Instytucjonalna charakterystyka współczesnych państw narodowych oraz poprzedzających je monarchii wskazuje na istnienie w tych społeczeństwach rządów³⁵. Taki pogląd na tę instytucję wskazuje, że wiele charakterystycznych cech współczesnych gospodarek rynkowych wykształciło się wraz z ewolucją rządu³⁶. Równoczesna ewolucja nie musi oznaczać, że rząd i państwowe prawo są niezbędne dla rozwoju prawa handlowego, a jak zobaczymy w dalszej części tej pracy, nie są również konieczne dla zaistnienia praw własności i praw jednostkowych³⁷.

III. Pierwszorzędne i drugorzędne reguły prawne Indian z plemienia Yurok i sąsiednich plemion z północnej Kalifornii

Po zbadaniu indiańskich plemion Yurok, Hup, Karok oraz kilku innych plemion z północnej Kalifornii, Walter Goldsmidt stwierdził istnienie, „[...]kultury wykazującej cechy w zaskakującym stopniu przypominające strukturalnie i etycznie właściwości znane z kapitalistycznej Europy”³⁸. W tym indiańskim społeczeństwie występowała powszechnie prywatna własność należąca do poszczególnych osób. Plemiona te zorganizowane były społecznie wokół rodzin i wiosek. Nie istniały żadne klasy lub inne wyróżnialne podziały grupowe, ani żaden odpowiednik władzy państwowej dysponującej prawem do stosowania siły.

Prywatne tytuły własności były ostro zdefiniowane. Dotyczyły przykładowo: (1) oddzielnej własności względem różnych rodzajów przedmiotów, (2) prawa do posiadania ziemi na terytoriach obcych grup, oraz (3) podziału tytułów własności pomiędzy wiele osób (np. miejsce połowu ryb mogło należeć do wielu osób, a każda z nich dysponować mogła prawem do połowów w określony dzień). Prawa własności były całkowite i transferowalne. Ich wymiana odbywała się za pośrednictwem systemu pieniężnego.

Nacisk położony na prywatną własność może wydać się zaskakujący dla osób, które sądzą, że w tego rodzaju społeczeństwach plemiennych funkcjonował socjalizm lub gospodarka wspólnotowa. Tymczasem prywatna własność jest powszechnie spotykana w prymitywnych społeczeństwach i stanowi jedną z podstawowych form pierwszorzędnych reguł w nich obowiązujących³⁹. W końcu, jak wyjaśnimy to dalej szczegółowo, egzekucja prawa (drugorzędne reguły rozpoznawalności i orzecznictwa) pojawia się dzięki *dobrowolnym* relacjom współpracy. Dobrowolna akceptacja praw i udział w ich egzekwowaniu występuje *tylko wtedy, gdy jednostki mogą zinternalizować znaczące korzyści*. Oznacza to, że jednostki potrzebują bodźców, które skłonią je do zaangażowania się w proces stanowienia i egzekucji prawa. Bodźce te mogą być nagrodami (osobistymi korzyściami) lub karami. Kary charakteryzują najczęściej systemy, w których prawo zostało ustanowione przez rząd przy użyciu przymusu, jednak tam, gdzie nie ma rządu, dominują bodźce pozytywne. Jednostki muszą oczekiwać, że dobrowolne zaangażowanie się w egzekwowanie prawa przyniesie im korzyści przewyższające koszty wiążące się z tymi wysiłkami. Ochrona prywatnej własności i praw jednostkowych okazały się najwyraźniej wystarczająco

atrakcyjną korzyścią (obok innych, wymienionych dalej), aby skłonić Indian z plemienia Yurok do egzekwowania prawa.

Rozważmy teraz prawdziwą naturę kooperacji, dzięki której dochodzi do zdefiniowania i egzekucji praw — czyli drugorzędnych reguł, które charakteryzują system prawny. Po pierwsze,

możemy wykluczyć z rozważań wioskę oraz plemię. Choć osoby były identyfikowane przez pryzmat osady, w której zamieszkiwały, oraz plemienia, z którego pochodziły, żadna z tych grup nie rościła sobie praw względem decydowania o postępowaniu jednostek, nie istniały żadne wioskowe ani plemienne rządy, nie toczono międzywioskowych ani międzyplemiennych wojen. Co istotne, powiązanie z tymi grupami mogło być skutecznie zerwane poprzez przeprowadzkę w inne miejsce lub przenosiny do innego plemienia w obrębie tej samej kultury.⁴⁰

Niemniej te plemiona indiańskie rozwinęły rozbudowany system prywatnych sądów⁴¹. Jeśli na przykład Yurok chciał zgłosić roszczenie prawne, wynajmował dwóch lub trzech „rozjemców” — niespokrewnionych z nim członków swojej społeczności. Oskarżony również wynajmował rozjemców i wszyscy oni, wynajęci przez obie strony, pełnili rolę pośredników ustalających treść oskarżeń, argumenty obrony oraz zbierających dowody w sprawie. Po zapoznaniu się ze wszystkimi dowodami rozjemcy ogłaszali swój osąd.

Rozwiązywanie formalnych sporów opierało się na jasnych zasadach orzecznictwa. Jak odnotował sam Hart, „system, w którym istnieją zasady orzekania wyroków, z konieczności podlega w elementarny i niedoskonały sposób regule rozpoznawalności. Jest tak dlatego, że sądy dysponują możliwością wydawania autorytatywnych werdyktów dotyczących kwestii naruszenia reguł, zatem nie mogą uniknąć autorytatywnego ustalania treści samych reguł”⁴². Plemiona północnej Kalifornii rozpoznawały szeroki zakres przestępstw począwszy od morderstw, cudzołóstwa, kradzieży i kłusownictwa a na pomniejszych wykroczeniach skończywszy⁴³. Jako że nie znano innej, sformalizowanej jednostki społecznej, wszystkie oskarżenia wnoszono przeciwko konkretnym osobom (delikty). Jest to oczywiście nieuchronny skutek procedur rozwiniętych przez to społeczeństwo, gdyż aby rozgorzał spór wymagający interwencji rozjemców i stało się to przedmiotem rozpatrywanym przez prawo, jakieś postępowanie jednostki musi wpływać negatywnie na inną osobę. Działania, które nie spełniały tego warunku, takie jak zachowania podejmowane

pod nieobecność innych osób, lub przy ich dobrowolnym współudziale i bez wyrządzania szkody osobom trzecim, nigdy nie stawały się przedmiotem zainteresowania ze strony rozjemców.

Prawo Yuroków niewątpliwie znało instytucję grzywny lub odszkodowania wypłacanego powodowi przez oskarżonego, jeśli rozjemcy orzekli o jego winie. Zakres odpowiedzialności uwzględniał wartość poniesionych szkód oraz status społeczny poszkodowanego. Każde naruszenie cudzego ciała lub własności mogło być wycenione w kategoriach mienia i każde wymagało stosownego zadośćuczynienia. Prawo to przypominało w swej naturze raczej współczesne prawo deliktowe, niż kryminalne. Jak jednak egzekwowano wyroki? Wszak „panowały tam rządy *laissez faire* (właściwie rząd w zgodzie z zaproponowaną przez nas definicją nie istniał), a porządek utrzymywano przy pomocy nieustannego wysiłku ze strony wszystkich osób działających we własnym interesie”⁴⁴.

Wyroki wydawane przez rozjemców były egzekwowalne z uwagi na rzeczywiste zagrożenie totalnym ostracyzmem ze strony całej społeczności plemiennej — ekstremalnej formy sankcji bojkotu, którą omówimy dalej. Społeczeństwo północnej Kalifornii uważało, że osoba, która nie zdołała wypłacić odszkodowania powodowi, stawała się automatycznie jego niewolnikiem. Jeśli winowajca odmówił podporządkowania się tej karze, stawał się totalnym wyrzutkiem lub „banitą”, co oznaczało, że każdy mógł zabić go bez ponoszenia za to jakiegokolwiek odpowiedzialności. Obawa przed tak surowym bojkotem oznaczała, że sądy dokonywane przez rozjemców były zazwyczaj akceptowane. Samo zagrożenie użyciem przemocy nie oznaczało jednak, że jej stosowanie było normą. Właściwie, ten oraz inne, prymitywne systemy prawne zostały ukształtowane przez pragnienie *unikania* przemocy ze strony jednostek.

Kolejną kwestią jest to, w jaki sposób społeczność współpracowała w celu uwiarygodnienia groźby ostracyzmu. Każdy członek plemienia należał do „klubu łaźniowego” — grupy złożonej z mieszkańców trzech lub więcej, sąsiadujących ze sobą chat, którzy współdzielili ze sobą łaźnię⁴⁵. Mógł dołączyć do dowolnej grupy, o ile jej członkowie go zaakceptowali. Kluby były jednak czymś więcej niż tylko stowarzyszeniami. Zajmowały się rytuałami religijnymi, oraz pomagały egzekwować wyroki w sporach. Każdy z członków poddany był silnym bodźcom skłaniającym go do udzielania wsparcia swojej grupie, gdyż pewnego dnia w przyszłości sam mógł wejść z kimś w spór i potrzebować pomocy ze strony

aktualnego powoda. Tak więc jeśli sprawca odmówił podporządkowania się wyrokowi rozjemców i stał się wyrzutkiem, członkowie klubu łaźniowego, do którego należał powód, wspierali jego wysiłek na rzecz egzekucji kary. Reszta społeczności im w tym nie przeszkadzała.

Prawa Yuroków oraz stosowane przez nich sankcje były jasno sprecyzowane i powstał system sprawowania władzy nad stosowaniem tych praw. Opierał się on na wzajemnych relacjach. Jak wyjaśnił Pospisil, władza może przyjąć charakter „przymusowy lub permissywny”⁴⁶. Oznacza to, że jednostki mogą być zmuszone do godzenia się na nią, lub mogą być do tego przekonane. Niewątpliwie w najlepszym interesie poszczególnych członków plemienia Yuroków i plemion pokrewnych było dobrowolne przyłączenie się do tego systemu opartego na wzajemności, a przez to poddanie się procedurze orzekania w sporach. Dzięki dobrowolności system ten zdołał uniknąć nieefektywności wynikającej nieuchronnie z brutalnych form rozwiązywania sporów.

Fuller zasugerował trzy warunki, jakie musi spełnić powinność prawna (lub moralna), aby była oczywista i akceptowalna dla osób, których dotyczy:

Po pierwsze, relacja wzajemności, z której rodzi się powinność, musi pochodzić z dobrowolnej umowy pomiędzy stronami, których bezpośrednio dotyczy. Muszą one same być „twórcami” tej powinności. Po drugie, wzajemne zaangażowanie stron musi być w pewnym sensie równej wartości. Choć samo założenie o dobrowolności sugeruje poczucie sprawiedliwości, poczucie to wzmacniane jest dodatkowo czynnikiem ekwiwalentności. Nie może być tu mowy o dokładnej równoważności, gdyż nie ma sensu na przykład dokonanie wymiany książki lub idei na taką samą książkę lub ideę. Więż oparta na wzajemności jednoczy ludzi nie wbrew różnicom pomiędzy nimi, lecz dzięki nim. Tak więc gdy doszukujemy się wartości w relacji wzajemności, to to, czego oczekujemy, jest pewną miarą wartości, która daje się przyłożyć do rzeczy różnego typu. Po trzecie, relacje wiążące członków społeczeństwa muszą być wystarczająco płynne, aby możliwe była sytuacja, że podczas gdy ty dziś jesteś mi coś winien, ja będę zobowiązany wobec Ciebie jutro — innymi słowy, relacja wzajemnej powinności musi być teoretycznie i praktycznie odwracalna. [...] Takie są trzy warunki wymagane dla optymalnego wcielenia pojęcia powinności; są to warunki czyniące powinność czymś

*zrozumiałym i możliwym do przyjęcia przez człowieka.*⁴⁷

Z pewnością wszystkie te warunki zostały spełnione przez kluby łaźniowe Yuroków. Wiążące ich relacje były zawierane dobrowolnie. Jednostki wymieniały się wzajemnymi, równoważnymi powinnościami wspierania się w przypadku udziału w sporze. Wreszcie, były to relacje symetryczne w tym sensie, że każda jednostka odczuwała silne bodźce skłaniające ją do wspierania każdego członka własnej grupy w razie sporu, gdyż zdawała sobie sprawę z tego, że w przyszłości może sama potrzebować takiego samego wsparcia w obronie własnych, zagrożonych praw własności. To, że ludzie dobrowolnie nawiązywali tego typu wzajemne relacje, wskazuje, że towarzyszące im powinności były jasno sformułowane i najczęściej wywiązywano się z nich w wypadku wybuchu sporu.

Organizacja systemu prawnego jest wymagana dla rozwinięcia się społecznych interakcji. Rozwój społeczeństwa wymaga towarzyszącej jej jednocześnie ewolucji systemu prawnego. Lon Fuller zaproponował opisanie „prawa zwyczajowego”, takiego jak to funkcjonujące w społeczeństwie Yuroków, jako „językowej interakcji”⁴⁸. Zwrócił uwagę, że

*aby interakcje podejmowane przez człowieka miały znaczenie, musi istnieć system społeczny, w którym działania jego uczestników są jakiś ogólny sposób przewidywalne. Aby angażować się w relacje społeczne, człowiek musi działać w otoczeniu wzajemnie przenikających się oczekiwań społecznych, które pozwolą mu orientować się, jak postąpią inni członkowie społeczności, albo chociaż odgadnąć ogólny zakres ich możliwych reakcji, jakich może się po nich spodziewać. Niekiedy mówimy o prawie zwyczajowym jako źródle niepisanego kodeksu postępowania. Słowo „kodeks” jest tutaj na miejscu, gdyż nie mamy do czynienia jedynie z prostym zanegowaniem, zakazem pewnych niepożądanych działań, lecz ze źródłem wiedzy o akceptowalnych i przewidywalnych działaniach, które pomaga stworzyć punkt odniesienia dla przyszłych reakcji w interakcjach społecznych.*⁴⁹

Ta funkcja ułatwiania interakcji między Indianami z północnej Kalifornii została w dużej części zrealizowana dzięki istnieniu jasnych — choć niepisanych — reguł postępowania egzekwowanych poprzez wzajemnie akceptowane, dobrze ugruntowane metody arbitrażu, wraz z ustalonymi sankcjami prawnymi wspieranymi groźbą ostracyzmu oraz, ostatecznie, fizycznej kary. W

rzeczywistości „dopasowywanie wzajemnych oczekiwań to wszystko, co może nam zapewnić prawo”⁵⁰. Działalność mająca na celu ułatwienie interakcji poprzez dopasowywanie wzajemnych oczekiwań sprzyja z pewnością likwidacji niepewności i wzrostowi efektywności.

Oczywiście trudno byłoby ocenić rzeczywisty poziom pewności oraz efektywności tego prymitywnego systemu prawnego. Dysponujemy jednak pewnymi dowodami pośrednimi. Wiemy na przykład, że ci kalifornijscy Indianie byli „[...] pracowitym i kreatywnym ludem [...] [zaś] ubóstwo nie było im znane”⁵¹. Skoro istniały bodźce motywujące ich do stania się „pracowitymi i kreatywnymi”, jest wysoce prawdopodobne, iż ich prawa własności podlegały należytej ochronie. Jednak powszechne uznanie dla praw własności wskazuje na jeszcze wyższy poziom ochrony. „Tak więc znaczenie ma tylko zdefiniowanie poszczególnych sfer, w ramach których «pewne działania wobec innych osób» podlegają regulacji, w postaci zasadniczego zakazu działań «szkodzących innym». Ta maksymalna pewność cechująca oczekiwania, którą uzyskać można w społeczeństwie, w którym jednostki mogą korzystać ze swojej wiedzy [...] chroniona jest przez zasady [...] które określają, kiedy można, a kiedy nie wolno wtrącać się w cudze postępowanie”⁵².

Prawa i procedury służące egzekucji zasad wśród Yuroków i ich sąsiadów zostały dobrze udokumentowane. Wskazują na istnienie dobrze utrwalonych zasad rozpoznawalności oraz orzecznictwa. Jednak co z zasadą zmienności? Nie udokumentowano rzeczywistych przykładów wprowadzenia zmian do prawa Yuroków. Wynika to z ograniczeń charakteryzujących niestety znaczną część, choć nie całą literaturę antropologiczną. Jak wyjaśnił Pospisil, „jako że wiele społeczeństw było badanych jedynie przez stosunkowo krótki okres (rok lub dwa następujące po sobie lata), oraz wielu badaczy było pod silnym wpływem dogmatu wczesnej socjologii, w zgodzie z którym postępowanie jednostek traktowano niezależnie od «procesu społecznego», odnotowano bardzo niewiele przykładów celowego wprowadzania innowacji [do prymitywnego prawa]”⁵³. Jednak zasady orzecznictwa implikują występowanie zasady zmienności, gdyż rozstrzyganie sporu prowadzi często do artykułowania nowych praw, lub przynajmniej do klaryfikacji istniejącego prawa niepisanego w obliczu napotykania nieprzewidzianych w nim sytuacji. Jak wyjaśnił Fuller:

Nawet przy nieobecności jakiegokolwiek sformalizowanej doktryny [stare decisis](#) lub [res judicata](#), wyrok będzie zazwyczaj do pewnego stopnia

*determinował przyszłe wyroki wydawane w sprawach dotyczących strony a nawet wyroki wydawane w innych sporach, w których będzie orzekał ten sam trybunał. Nawet jeżeli trybunał nie będzie ogłaszał oficjalnych uzasadnień podejmowanych przez siebie decyzji, pojawiać się będą domysły dotyczące tych uzasadnień, a strony będą podejmowały działania zgodnie z tymi domysłami.*⁵⁴

Rozjemcom zdarzało się podczas rozstrzygania sporów tworzyć nowe zasady, podobnie jak dzisiejsi sędziowie ustanawiają precedensy, które stają się częścią prawa.

Istnieje jednak inne, bardziej fundamentalne wyjaśnienie, dlaczego możemy sądzić, że prawo Yuroków podlegało zmianom. Ostatecznie nie zostało ono narzucone społeczeństwu przez suwerena. *Rozwinęło się lub wyewoluowało* wewnątrz wspólnoty. Indianie z północnej Kalifornii byli z pewnością bardzo homogeniczną grupą w czasie, gdy ich prawa i procedury sądowe rozwinęły się do poziomu przez nas opisanego, lecz homogeniczność ta musiała rozwinąć się w powiązaniu z rozwojem interakcji i wzajemności ułatwianymi przez prawo zwyczajowe. Yurokowie dysponowali dobrze wykształconym systemem prawnym definiującym i obejmującym ochroną tytuły własności prywatnej. Carl Menger twierdził, że wszystkie instytucje społeczne — włącznie z prawem — wywodziły się z ładu spontanicznego, o którym w kontekście rynków pisał Adam Smith⁵⁵. Instytucje społeczne koordynują interakcje. Działają tak rynki, a jak podkreślał Fuller, podobnie działa także prawo. Instytucje te rozwijają się w taki właśnie sposób, gdyż, prawdopodobnie drogą prób i błędów, ludzie odkrywają, że pewne systemy lub procesy bardziej niż inne sprzyjają społecznej koordynacji. Bardziej efektywne zastępują mniej efektywne.

W przypadku prawa zwyczajowego tradycje i obyczaje ewoluują w kierunku wykształcenia się „spontanicznego ładu”, mówiąc językiem Hayeka. Jak wyjaśniał Hayek, o ile obserwacje poczynione przez Smitha i Mengera dotyczące ewolucji porządku społecznego „wydają się [...] dobrze przyjęte [w wielu naukach społecznych], inna, nadzwyczaj wpływowa dziedzina wiedzy, czyli prawoznawstwo, zupełnie je zignorowała”⁵⁶. Zwłaszcza pozytywiści prawni utrzymują, że prawo stanowi raczej efekt przemyślanego projektu, aniżeli niezaplanowany wytwór procesu ewolucyjnego. Niemniej jednak, jak wykazuje nam analiza prymitywnego prawa, *drugorzędne zasady*, które zdaniem Harta

muszą zostać „narzucone” w celu stworzenia systemu prawnego, „wyewoluowały” nieprojektowane przez jakąś absolutną władzę.

W przypadku Yuroków okazało się najpewniej, że kluby łaźniowe pozwalały skuteczniej w porównaniu do poprzednio istniejących rozwiązań zinternalizować jednostkom wzajemne korzyści prawnej i religijnej natury. Inni dostrzegali te korzyści i przyłączali się do istniejących grup lub kopiowali ich udane cechy podczas formowania nowych grup. W toku tego procesu mogli dokonywać ulepszeń i uczynić system bardziej sformalizowanym (kontraktualnym) oraz skuteczniejszym. Można sobie bez trudu wyobrazić, że ani członkowie tych najwcześniejszych grup, ani ich naśladowcy nie zdawali sobie sprawy z tego, które dokładnie aspekty kontraktów sprzyjały interakcjom społecznym prowadzącym do wzrostu społecznego ładu — mogli na przykład postrzegać religijne funkcje tych grup jako ważniejsze i przykładać niewielką uwagę do konsekwencji płynących z funkcji prawnych. Prawo zwyczajowe i społeczeństwo rozwinęły się na uboczu przy okazji. Te obyczaje i instytucje prawne, które przetrwały, są stosunkowo efektywne, gdyż procesy ewolucyjne opierają się na „selekcji naturalnej”, która eliminuje takie prawa i procedury, które stosunkowo kiepsko wspomagają rozwój interakcji społecznych i zastępuje je udoskonalonymi prawami i procedurami.

Omówienie systemu prawnego Yuroków służyło dwóm celom. Po pierwsze dostarczyło nam solidnych przesłanek sugerujących, że system prawny, który pojawił się w toku ewolucji, wykształca drugorzędne zasady rozpoznawalności, orzecznictwa oraz zmienności pomimo nieistnienia rządu ani osoby piastującej absolutną kontrolę pozwalającą wprowadzać takie zasady. Po drugie, dostarczyło nam ogólnej charakterystyki praktycznie wszystkich prymitywnych systemów prawnych. Składa się na nią: (1) istnienie pierwszorzędnych reguł skupionych głównie wokół praw jednostkowych oraz prawa własności; (2) powierzenie odpowiedzialności za egzekwowanie wyroków poszkodowanej ofierze i uznaniu jej praw rodzących się w toku wzajemnych relacji służących ochronie i wsparciu w obliczu sporów; (3) ustandaryzowane procedury orzekania w sporach ustalone w celu uniknięcia rozwiązywania ich przy użyciu przemocy; (4) traktowanie przestępstw jako deliktów, za które należy wypłacić odszkodowanie; (5) silne bodźce skłaniające do podporządkowania się zasądzonym wyrokom (uznanie autorytetu prawa) przez winnych przestępstw, oparte na groźbie ostracyzmu

społecznego, a ostatecznie kary fizycznej; oraz (6) zmiany w prawie będące skutkiem ewolucyjnego procesu rozwoju norm i obyczajów.

Przyjrzyjmy się teraz innym prymitywnym systemom, które zbadali antropolodzy. Możemy przekonać się, że konkretne procedury mogą się w ich przypadku różnić od tych zaobserwowanych u Yuroków oraz ich sąsiadów, lecz każde z tych społeczeństw rozwinęło do jakiegoś stopnia system drugorzędnych reguł wskazywany przez Harta i każdy z tych systemów daje się opisać wymienionymi powyżej cechami.

IV. Prawo plemienia Ifugao z północnego Luzonu

Prywatna produkcja prawa w prymitywnych społeczeństwach nie jest unikalną cechą Indian amerykańskich⁵⁷. Na przykład „wielka waga badań nad ludem Ifugao dla stanu naszej wiedzy o naturze i funkcjach prymitywnych instytucji prawnych i politycznych polega na tym, że ujawniają przed nami, jak bardzo może się rozwinąć system międzyrodzinnych praw w oparciu o elementarną zaledwie strukturę społeczną. Pokazują nam, jak bardzo mylą się badacze teorii politycznych utrzymujący, że prawo i rząd są nierozdzielne”⁵⁸. Gospodarka plemienia Ifugao zamieszkującego północną część wyspy Luzon była na początku XX wieku zdominowana przez rolnictwo oparte na intensywnym nawadnianiu i ręcznej obróbce ziemi przy użyciu motyk (hoe culture). Tego typu gospodarka z konieczności wymaga istnienia praw, chociażby w celu rozstrzygania konfliktów o wodę oraz utrzymania złożonego systemu własności ziemskiej. Lud Ifugao wytworzył rozbudowany system prawa przedmiotowego, pomimo braku jakichkolwiek struktur plemiennego, terytorialnego czy wioskowego rządu ani zcentralizowanej władzy dysponującej mocą zmuszania innych do przestrzegania prawa czy nakładania sankcji w imieniu większości społeczeństwa. Rodzina posiadała przywódcę, lecz nie był to przywódca polityczny: „Choć przewodził rodzinie w kwestiach prawnych i gospodarczych, jej członkowie uważali go bardziej za jednoczący ich rdzeń, aniżeli za dominującą ich jakkolwiek głowę rodu”⁵⁹.

Rodzina, która dla każdej jednostki składała się zarówno z wstępných, jak i zstępných jego ojca i matki do trzeciego pokolenia, stanowiła źródło oparcia w kwestiach prawnych. „Pomiędzy krewniakami, niezależnie od płci, występowały wzajemne zobowiązania do wspierania się w obrębie tej samej rodziny w zakresie pomocy i doradztwa we wszystkich sporach i sprzeczkach z członkami innych

rodzin i grup⁶⁰. Członkowie rodziny byli zobowiązani do pomagania krewnym proporcjonalnie do stopnia pokrewieństwa lub powinowactwa oraz w zakresie stosownym do stopnia, w jakim krewni ci wywiązali się w przeszłości z analogicznych powinności względem nich. Możliwość pozyskania wsparcia w przypadku wejścia w spór uzależniona była zatem od wzajemnej lojalności, podobnie jak w przypadku Yuroków, jednak w tym wypadku grupa udzielająca wsparcia była zdefiniowana więzami pokrewieństwa.

Spory pomiędzy jednostkami nie były jednak rozwiązywane za pomocą krwawych walk pomiędzy rodzinami. Tak jak u Yuroków, istniały dobrze wykształcone procedury rozstrzygania sporów mające na celu rozwiązywanie konfliktów bez uciekania się do brutalnych konfrontacji. Czynnikiem wspomagającym rozstrzygnięcie sporów — skłaniającym strony do osiągnięcia porozumień — była zawsze obecna groźba użycia przemocy, jednak jej stosowanie z pewnością nie było normą. Kluczową rolę w rozstrzygnięciu trudnych konfliktów pomiędzy ludźmi Ifugao pełnił *monkalun*. Był on pośrednikiem lub mediatorem⁶¹. *Monkalun* nie dysponował jednak władzą umożliwiającą mu zmuszać strony do zastosowania się do zasugerowanych przezeń rozwiązań. Przypominał współczesnych, prywatnych mediatorów, pobierając honorarium w przypadkach, gdy udało mu się doprowadzić obie strony do osiągnięcia pokojowego porozumienia. *Monkalun* rzadko był blisko spokrewniony z którąkolwiek ze stron sporu, gdyż jego jedyną siłą oddziaływania była perswazja, a bliskie pokrewieństwo z jednym z uczestników sporu bardzo utrudniałoby mu oddziaływanie na drugą stronę. Jego „autorytet” podczas rozstrzygnięcia sporów pochodził z dobrowolnej akceptacji ze strony zaangażowanych stron, które przekonane były, że najlepiej sprawdzi się w powierzanej mu funkcji — czyli doprowadzi do bezkrwawego zażegnania sporu.

Podobnie jak u Yuroków, ostracyzm odgrywał istotną rolę w kreowaniu bodźców wspomagających egzekwowanie prawa. Jednak w przypadku ludu Ifugao, od jednostki oczekiwano, że sama wyegzekwuje przysługujące jej należności i ukarze winnych wyrządzonych jej szkód: „Gdyby człowiek tego nie uczynił, stałby się łatwą zdobyczą dla swoich pobratymców. Nikt by go nie szanował [...] zostałby wówczas posądzony o tchórzostwo i nazwany kobietą”⁶². Prawo ludu Ifugao, podobnie jak każde prawo prywatne, było prawem deliktowym — krzywdy i zniewagi miały osobisty charakter — jako że „prawo karne” implikuje wykroczenie przeciwko społeczeństwu. Dlatego też to do

poszkodowanej strony należała egzekucja sprawiedliwości. Mimo to proces sądowy wymagał zaangażowania *monkaluna*. Jeśli bowiem oskarżyciel wziął sprawy we własne ręce i zabił oskarżonego, rodzina zabitego była zobowiązana do pomszczenia jego śmierci poprzez zabicie oskarżyciela. Obie rodziny (oraz niespokrewnieni z nimi mieszkańcy danej wioski lub wiosek) preferowali pokojowe rozstrzygnięcie sporu, chcąc uniknąć krwawej eskalacji konfliktu. Właściwie istniało bardzo dużo kulturowych tabu (zwyczajowych praw sądowych) mających na celu utrzymać obie strony konfliktu z daleka od siebie aż do wydania werdyktu przez *monkaluna*. Był on prawdziwym pośrednikiem w tym sensie, że wysłuchiwał zeznań obu stron i konfrontował ze sobą dowody dostarczane przez obie strony. Tak długo, jak teoretycznie możliwe było osiągnięcie pokojowego rozstrzygnięcia sporu, dążył on do jego wypracowania. Zależało od tego jego honorarium (opłacane przez oskarżonego), a co ważniejsze „[...] pokojowe rozstrzygnięcia sporów, w których prowadził mediacje pomagały mu budować reputację, dzięki której był często angażowany i otrzymywał liczne honoraria”⁶³. W branży mediacyjnej panowała konkurencja.

Odszkodowania wypłacane przez oskarżonego były jasno precyzowane, podobnie jak u Yuroków i sąsiadujących z nimi plemion. Gdy obie strony sporu cieszyły się tym samym statusem społecznym, ustalenie wysokości zadośćuczynienia było proste⁶⁴. Jednak mimo że rozstrzygnięcie konfliktów pomiędzy osobami o różnych statusach społecznych było nieco bardziej skomplikowane, nadal istniały jasne standardy. Naruszenia kontraktów lub delikty niemal zawsze wiązały się z odszkodowaniami materialnymi.

Co jednak działo się, gdy oskarżony odmówił przyznania się do winy i nie zamierzał dostosować się do wyroku wydanego przez *monkaluna*? Czy wybuchała międzyrodzinna wendetta? Odpowiedź na to pytanie jest negatywna, gdyż takie zachowanie ze strony oskarżonego byłoby po prostu uznane za obrazę *monkaluna* i obróciłoby całą jego rodzinę przeciwko stronie, która dopuściła się inicjacji przemocy. Taka perspektywa powstrzymywała obie strony sporów przed podejmowaniem bezpośrednich działań nawet w sytuacji impasu. Jeśli *monkalun* nie widział żadnych szans na osiągnięcie porozumienia, wycofywał się formalnie, ogłaszając zawieszenie broni, które trwało od dwóch tygodni do miesiąca. Jego naruszenie przez którąkolwiek ze stron sporu równoznaczne było z wypowiedzeniem wojny *monkalunowi* i jego rodzinie.

Gdy zawieszenie broni dobiegało końca, powód miał dwie możliwości. Mógł poszukać innego *monkaluna* w nadziei, że zdoła on wypracować pokojowe rozwiązanie lub mógł wraz ze swą rodziną rozpocząć przygotowania do napaści na oskarżonego. Zazwyczaj jeśli roszczenia ze strony powoda były usprawiedliwione, udana napaść na oskarżonego nie wywoływała odwetu ze strony rodziny zabitego. Ogólnie tylko w przypadku niesprawiedliwych oskarżeń następował odwet i „[...]wówczas prawo ludu Ifugao zawodziło” wraz z wybuchem wendett⁶⁵. Niemniej jednak cały system dochodzenia sprawiedliwości był skonstruowany tak, aby unikać takiego obrotu sprawy i faktycznie,

*Na obszarze „rodzimego terytorium” (np. w okolicy danej doliny) bardzo rzadko uciekano się do zabijania. Sąsiedzi niezaangażowani w spór wywierali nacisk na jego strony mający na celu skłonić je do poszukiwania porozumienia. Także monkalun robił wszystko, co w jego mocy. Również strony konfliktu odczuwały powinność dbania o zachowanie pokoju wewnętrznego. Gdy dochodziło do wendetty [...] bardzo szybko doprowadzano do jej zakończenia.*⁶⁶

Krytyk mógłby stwierdzić, że sama *możliwość* takiego obrotu spraw w ramach systemu prawa i porządku prywatnego ludu Ifugao wskazuje na jego niekompletność lub nieefektywność, mimo że tego rodzaju zdarzenia były rzadkie. Oczywiście każdy system prawny może zawieść w podobny sposób, gdyż jednostki zawsze mogą zechcieć wziąć sprawiedliwość w swoje ręce i zmierzyć się z konsekwencjami takiego wyboru. W rzeczywistości system prawny Ifugao wydaje się bardzo efektywny. Biorąc pod uwagę fakt, że pomiędzy poszczególnymi terytoriami nieustannie wybuchały wojny, system prawa i ładu prywatnego zdawał się bardzo skutecznie utrzymywać poziom przemocy wewnętrznej na bardzo niskim poziomie⁶⁷. Znowu mamy do czynienia z oczywistym przypadkiem systemu prawnego, w którym wykształcił się mechanizm gwarantujący powszechne uznanie autorytetu niepisanego prawa chroniącego własność prywatną i skuteczne rozstrzygnięcie sporów.

V. Ewolucja prawa: plemię Kapauku z zachodniej Nowej Gwinei.

Wielu teoretyków prawa twierdziło, że prymitywne systemy prawne były raczej statyczne i nie poddawały się zmianom⁶⁸. Za źródło takiej opinii uważany jest często Sir Henry Maine⁶⁹, który pisał, że „sztywność prymitywnego prawa [...] skazała znaczą część ludzkości na życie z tymi samymi przekonaniem, które

żywili u zarania dziejów, gdy po raz pierwszy je usystematyzowano⁷⁰. Jednakże A.E. Hoebel zwrócił uwagę na to, że „Jeśli Sir Henry Maine przywiązał współczesnych historyków prawa do błędnego poglądu, że gdy prymitywne prawo zostało ukształtowane, było ono sztywne i rytualne⁷¹. Podobnie wyjaśniał Pospisil, że udokumentowano wiele przykładów zmian w prymitywnym prawie⁷².

Omówione dotąd przykłady prymitywnych systemów prawnych wskazują mają one ze sobą dużo wspólnego. Przywołanie kolejnych przykładów mogłoby wydać się zbędnym powtarzaniem tych samych dowodów. Niemniej jednak poprzednie przykłady pozbawione były silnie udokumentowanych Hartowskich mechanizmów zmiany prawa, które uważa się za niezbędne dla funkcjonowania prawdziwego systemu prawnego. Dlatego też przyjrzymy się jeszcze jednemu systemowi prywatnego prawa pierwotnego. Zdecydowaliśmy się wybrać badanie dotyczące prawa stosowanego przez plemię Kapauku z zachodniej Nowej Gwinei, gdyż Pospisil wyraźnie zaprezentował w nim proces dokonywania zmian w prawie tamtego społeczeństwa. Zanim zajmiemy się omówieniem tego aspektu prawa Kapauku, krótko omówimy cały system prawny i system społeczny tego ludu.

Papuasi Kapauku to prymitywna grupa językowa licząca około 45 tysięcy ludzi trudniących się w połowie XX wieku uprawą roślin na zachodnich i środkowych wyżynach zachodniej Nowej Gwinei. Tak, jak w przypadku ludu Ifugao, wytworzyli relacje wzajemnego wsparcia i ochrony oparte na stosunkach krewniaczych. Jednakże wiązały one członków dwóch lub większej liczby patrylinearnych linii rodowych. Te „konfederacje” często składały się z trzech lub większej liczby wiosek, a każda wioska z mniej więcej piętnastu gospodarstw domowych.

Lud Kapauku nie stworzył żadnej organizacji rządowej władającej przy użyciu przymusu. Większość obserwatorów doszło do wniosku, że plemię to nie znało praktycznie pojęcia przywództwa. Pewien holenderski zarządca zauważył jednak, że „istnieje postać, która dysponuje pewnym wpływem na innych. Określa się tego człowieka mianem *tonowi*, co oznacza «bogacza». Niemniej jednak wahałbym się przed nazwaniem go przywódcą lub władcą; *primus inter pares* (pierwszy wśród równych) byłoby bardziej adekwatnym określeniem⁷³. W celu zrozumienia roli i znaczenia prestiżu *tonowi*, należy uświadomić sobie dwie naczelną wartości ludu Kapauku: indywidualizmu i wolności cielesnej⁷⁴. Nacisk na indywidualizm przejawiał się na różne sposoby. Jednym z nich był szczegółowy system prawa własności prywatnej. Właściwie lud ten nie znał wcale własności

wspólnej. „Dom, łódź, łuk i strzały, plony, działki leśne, a nawet posiłek dzielony z rodziną lub domownikami jest zawsze własnością jednej osoby. Własność indywidualna [...] jest rozwinięta do tego stopnia wśród ludzi Kapauku, że nawet dziewicze puszcze podzielone są na pasma, które należą do pojedynczych osób. Krewni, ani mężowie i żony nie posiadają niczego wspólnie. Nawet jedenastoletni chłopiec może być właścicielem swego pola uprawnego oraz posiadać własne pieniądze i stać się dłużnikiem lub wierzycielem”⁷⁵.

Nadrzędna rola praw jednostkowych przejawia się także wprost w pozycji zajmowanej przez *tonowi* jako osobę, która zasłużyła na podziw i szacunek innych członków społeczeństwa. Był on zazwyczaj „zdrowym mężczyzną w kwiecie wieku”, który zakumulował znaczący majątek⁷⁶. Bogactwo zgromadzone przez daną osobę niemal zawsze zależało u ludzi Kapauku od indywidualnego wysiłku i talentu, więc każdy, kto zdołał dorobić się majątku wystarczającego dla uzyskania statusu *tonowi*, był na ogół dojrzałą, utalentowaną osobą dysponującą znaczącą sprawnością cielesną i mądrością płynącą z doświadczenia życiowego. Jednak nie każdy *tonowi* cieszył się szacunkiem, który skłaniałby innych ludzi do uznania jego przywództwa. „Sposób, w jaki zdobyty zostaje kapitał i jak jest on wykorzystywany, ma duże znaczenie; tubylcy preferują tych bogaczy, którzy są hojni i uczciwi. Te dwie cechy są szczególnie cenione w ich kulturze”⁷⁷. Hojność była głównym kryterium decydującym o zaakceptowaniu danego *tonowi* w charakterze przywódcy, gdyż zdobywał on swoje poparcie w toku zawierania umów z innymi ludźmi.

Każda jednostka mogła wybrać jednego spośród *tonowi*, z którym chciała zawierać *kontrakty*. Ludzie najchętniej popierali *magado tonowi* („naprawdę bogatego człowieka”), którego byli dłużnikami i który był przez nich postrzegany jako hojny i uczciwy. W zamian za pożyczkę jednostka zgadzała się wypełniać pewne zobowiązania względem *tonowi*. Otrzymywała jednak znacznie więcej aniżeli tylko pożyczkę:

Ludzie Kapauku cenią sobie bliskie pokrewieństwo z przywódcą, gdyż mogą polegać na jego pomocy w kwestiach gospodarczych, politycznych i prawnych. Oczekiwanie przyszłych korzyści i przywilejów stanowi prawdopodobnie najsilniejszą motywację skłaniającą ich do wspierania swego przywódcy. Obcy, którzy zdają sobie sprawę z jego hojności starają się go zadowolić, a ludzie z jego politycznego otoczenia spełniają jego pragnienia. Nawet osoby z sąsiadujących

*konfederacji mogą spełniać życzenia tonowi, gdy potrzebują jego pomocy*⁷⁸.

Tonowi nie narzucał swojej władzy, a otrzymywał ją od innych. Ten rodzaj przywództwa odzwierciedlał do pewnego stopnia jego zdolność do „przekonywania jednostki do udzielania wsparcia człowiekowi podczas sporu lub udziału w walce w jego sprawie”⁷⁹. Tak więc pozycja *tonowi* nie przypominała w żaden sposób pozycji absolutnego suwerena. Osiągał ją w drodze wymiany wzajemnego wsparcia ze swoimi poplecznikami, które obie strony mogły łatwo wycofać (np. spłaty długów lub żądania odpłaty)⁸⁰.

Co działo się, jeśli *tonowi* okazał się nieskuteczny lub nieuczciwie wypełniał swoją sędziowską rolę? Po pierwsze, uczciwość i hojność były wymagane, aby ktoś mógł stać się *tonowi*. Jeśli jednak ktoś zdołał uzyskać tę pozycję, aby następnie okazać się złym liderem, zwyczajnie tracił poparcie. „Bierny opór oraz odmowa wsparcia ze strony popleczników [...] były skutkiem jego decyzji [uznanych za nieuczciwe]”⁸¹. Jak więc wyraźnie widzimy, możliwa była zmiana na pozycji autorytetu prawnego, i rzeczywiście jedna z procedur stosowanych przez lud Kapauku polegała na artykułowaniu istotnych praw przez *tonowi* w celu zdobycia przez niego akceptacji dla jego przywództwa. Jak zauważył Fuller, „powinowactwo między legalnością a sprawiedliwością zawierało się wprost w fakcie, że jasne wyartykułowanie wszem i wobec normy prawnej umożliwiało społeczeństwu ocenę jej sprawiedliwości”⁸².

Nieformalny i kontraktualny charakter przywództwa wśród ludu Kapauku skłonił wielu zachodnich badaczy do wniosku, że plemię to nie posiadało prawa, jednak oczywiste dowody wskazują na istnienie reguł rozpoznawalności, orzecznictwa oraz zmienności w systemie prawnym Kapauku.

Reguły rozpoznawalności

„Umysłowa kodyfikacja abstrakcyjnych zasad” była znana Papuasom Kapauku, więc decyzje prawne stanowiły wyraz „istniejącego ładu”⁸³. Uznanie dla prawa opierało się na pokrewieństwie i kontraktualnych relacjach wzajemności wynikających z praw jednostkowych i własności prywatnej. Wyrażenia gramatyczne i odniesienia do specyficznych obyczajów, precedensów lub zasad występowały we wszystkich decyzjach orzeczniczych zaobserwowanych przez Pospisila w czasie kilku lat, w trakcie których badał plemię Kapauku. Doszedł on do wniosku, że „decyzje prawne nie tylko służyły rozstrzygnięciu konkretnych

spraw, lecz także formułują pewien ideał — rozwiązanie do zastosowania wobec podobnych sytuacji w przyszłości. Ideał ten był wiążący dla wszystkich członków grupy niezaangażowanych w dany proces. Władza sama z kolei brała pod uwagę wcześniej przez siebie podjęte decyzje w celu zachowania ich spójności⁸⁴. Autorytet prawa jest oczywisty, podobnie jak dążenie do likwidacji niepewności. Decyzje prawne miały status współczesnych precedensów prawnych, dlatego oczywistym powinno być, że zasady orzecznictwa i zmienności występowały, gdyż odwoływanie się do precedensu jest formą „legislacji”.

Reguły orzecznictwa

Proces sądowy był w plemieniu Kapauku wysoce ustandaryzowany, niemal do granicy stania się rytuałem. Zazwyczaj rozpoczynał się głośną kłótnią, w trakcie której powód rzucał oskarżenie wobec drugiej strony sporu o wyrządzenie mu jakiejś krzywdy, zaś oskarżony odpowiadał na to zaprzeczeniem lub usprawiedliwiał się. Kłótnia polegała na głośnym wykrzykiwaniu swych racji mającym na celu przyciągnąć uwagę innych ludzi, w tym jednego lub więcej *tonowi*. Bliscy krewni i przyjaciele stron sporu zajmowali stanowiska, wyrażali opinie i zeznania w postaci głośnych przemów. *Tonowi* najczęściej słuchał w milczeniu, aż wymiana opinii osiągnęła moment, w którym groził wybuch przemocy. Wówczas wkraczał i rozpoczynał swój wywód argumentacyjny. Jeśli czekał zbyt długo, wybuchała „walka na kije”, lub nawet dochodziło do wojny, jednak zdarzało się to rzadko. Pospisil zanotował 176 sporów, w tym pięć „trudnych przypadków”; jedynie pięć doprowadziło do walk na kije, a jedna zakończyła się wojną⁸⁵. *Tonowi* rozpoczynał swe wystąpienie od „napomnienia” udzielanego obu stronom, w którym żądał od nich cierpliwości, a następnie przystępował do odpytywania różnych świadków. Przeszukiwał miejsce zdarzenia i dom oskarżonego w poszukiwaniu dowodów. „Zabezpieczywszy dowody i wyrobiwszy sobie zdanie na temat faktycznego przebiegu wydarzeń, autorytet zaczynał procedurę nazywaną *boko duvai*, czyli podejmowania decyzji i skłaniania stron konfliktu do jej zaakceptowania⁸⁶. *Tonowi* wygłaszał długie przemówienie, w którym wyliczał wszystkie dowody, odwoływał się do stosownych zasad prawnych i precedensów, oraz *sugerował* właściwe rozwiązanie sporu.

Gdy Kapauku został uznany winnym, był karany. Konkretna forma sankcji była sugerowana przez *tonowi*, jeśli spór wymagał jego interwencji i jeżeli spór

został rozsądzony, oznaczało to, że skazany *zaakceptował* nałożone sankcje. Kary stosowane w tym społeczeństwie były bardzo różnorodne i uzależnione od rodzaju przestępstwa. Obejmowały zadośćuczynienie materialne oraz różne formy kar cielesnych. Pomimo stosowania bardzo różnorodnych rodzajów kar, Kapauku kładli nacisk głównie na wolność jednostki, dlatego powstrzymywali się przed stosowaniem niektórych kar powszechnych w społeczeństwach zachodnich. Nie istniała na przykład kara więzienia ani tortury czy kary powodujące trwałe kalectwo, które były oczywiście powszechnie stosowane na Zachodzie⁸⁷. Ponadto kara śmierci nie była typową karą nawet w przypadku brutalnych przestępstw. Podobnie jak w przypadku Yuroków i ludu Ifugao, „sankcje materialne są najsilniej preferowanym rodzajem kar wśród ludzi Kapauku”⁸⁸.

Niemniej jednak plemię to niekiedy uciekało się do stosowania kar cielesnych. Właściwie oskarżeni zawsze mogli dokonać wyboru pomiędzy karą materialną a cielesną, często wybierając tę drugą. Niekiedy przestępstwo uznawano za zbyt potworne jak na karę materialną. „Haniebny kryminalista lub pojmany wróg zostawał zabity, ale nigdy go nie torturowano ani nie pozbawiano wolności”⁸⁹. Z uwagi na nacisk na wolność osobistą, karę śmierci wykonywano zazwyczaj w drodze zasadzki, w której zabijano skazanego przy użyciu łuku i strzała:⁹⁰ „Winowajca [...] miał zawsze szansę na ucieczkę lub podjęcie samoobrony”⁹¹.

Trzecią formą kar stosowaną przez lud Kapauku były sankcje psychologiczne. „Najbardziej przerażającą spośród sankcji psychologicznych dla Kapauku jest *publiczna reprimenda*. [...] Uważają oni ten rodzaj kary psychologicznej za najskuteczniejsze narzędzie wśród znanych im sankcji”⁹². Co więcej, kara egzekwowana przy pomocy magii lub przez duchy wspierające szamana była często stosowana wobec przestępców wystarczająco silnych, aby mogli przeciwstawić się decyzjom *tonowi*. „Choroba i śmierć są ostatecznym (psychosomatycznym) skutkiem tej «nadnaturalnej» kary”⁹³.

Wskazuje to na jedno z rozwiązań problemu, jakim może być odmowa akceptacji wyroku wydanego przez *tonowi* ze strony oskarżonego. Zdarzało się to rzadko, lecz bywały takie przypadki. Jak wyjaśnił Fuller, jedną z form karania w prymitywnych społeczeństwach było zawsze „wykorzystanie mocy magicznych przeciwko przestępcy mające na celu oczyszczenie społeczności z brudu. Podobny efekt oczyszczenia uzyskiwano, stosując ostracyzm”⁹⁴. W rzeczywistości więc użycie magii było po prostu jedną z form ostracyzmu, a kiedy indziej, jak w

przypadku opisanym wcześniej, było to także rozwiązanie w sytuacji, gdy wyrok nie został zaakceptowany. Ostracyzm ze strony wszystkich członków konfederacji stanowił ostateczną groźbę⁹⁵.

Reguły zmienności

Pospisil udokumentował dwa sposoby, w jakie może dokonywać się legislacja. Po pierwsze, prawo może po prostu zmieniać się wraz ze zmianą panujących obyczajów. Podobny przypadek zaobserwowano w prawach Kapauku dotyczących cudzołóstwa. Do mniej więcej 1954 roku przyjęte było, że niewierna kobieta była pozbawiana życia przez męża. Jednakże mężczyźni, a zwłaszcza ubodzy mężczyźni, zorientowali się, że tego typu kara jest zbyt kosztowna z uwagi na wysoką cenę płaconą za żonę. Dlatego zmienili karę na bicie lub ranienie niewiernych żon. Na zmianę taką zdecydowali się początkowo głównie biedni mężczyźni, a bogaci Papuasi ją odrzucali. Jednakże *tonowi* podtrzymali ten nowy rodzaj kary w czterech następujących kolejno po sobie procesach o niewierność, jakie Pospisil zaobserwował w latach 1954-55: „Tak więc to, co stało się praktyką stosowaną przez biedniejszych mężów ze względów ekonomicznych, przekształciło się w prawo zwyczajowe wcielone do praktyki orzecznictwa”⁹⁶. Na podobnej zasadzie również prawo, które dotychczas było uznawane, mogło stracić poparcie ze strony społeczeństwa i zostać ostatecznie zniesione⁹⁷.

Ta druga procedura zmiany prawa również występowała wśród Kapauku. Zmiana wprowadzona w prawie dotyczącym kazirodztwa w jednej linii rodowej była skutkiem „udanej legislacji” dokonanej przez *tonowi* z pobocznej linii: „Dokonał tego poprzez zastąpienie starej reguły dotyczącej kazirodztwa nowym prawem, które dopuszczało małżeństwa między krewnymi aż do kuzynów drugiego stopnia włącznie”⁹⁸. Legislacja ta nie miała autorytarnego charakteru w tym sensie, że nie umożliwiała zmuszenia nikogo do jej uznania. Akceptacja dokonała się w drodze coraz szerszego dobrowolnego jej przyjmowania. Najpierw uznał ją *tonowi* a następnie coraz większa liczba młodych mężczyzn należących do tej samej linii rodowej, a wreszcie *tonowi* innych linii pobocznych również przyjęli nowe prawo. Jednak część rodów należących do tej samej konfederacji go nie uznała⁹⁹. Cechą charakterystyczną odróżniająca tę zmianę od poprzedniej jest to, że była ona świadomie i celowo wprowadzona przez *tonowi* innowacją. Jej przyjęcie było jednak dobrowolne. Pospisil doszedł do wniosku, że w

prymitywnych systemach „fenomeny prawne ulegają ciągłym zmianom, tak jak zmienia się reszta kultury”¹⁰⁰.

VI. Prawo w prymitywnych społeczeństwach: wnioski i implikacje

Wielu ekonomistów i teoretyków prawa wierzy, że fizyczne sankcje narzucane przez politycznie zorganizowane społeczeństwo stanowią podstawowe kryterium istnienia prawa, zatem wiele prymitywnych społeczeństw funkcjonowało w „bezprawiu”. Przykłady prawa funkcjonującego w plemionach Yuroków, Ifugao i Kapauku jednoznacznie przeczą temu pogładowi i stanowią jedynie przykłady. Wiele innych społeczeństw prymitywnych można by podobnie scharakteryzować. Jak wyjaśnił Hoebel, w niemal wszystkich społeczeństwach prymitywnych

*grupa wspólnotowa, chociaż może być to etnologicznie część plemienia, jest autonomiczna i niezależna politycznie. Nie istnieje coś takiego jak państwo plemienne. Przywództwo opiera się na więzach rodzinnych lub przyznawane jest lokalnemu wodzowi, który rzadko dysponuje mocą stosowania przymusu i nie mają ani możliwości wyzykiwania ani osądzania innych. Nie są oni wprost wybierani do pełnienia swoich funkcji; raczej ich przywództwo jest sprawowane przy milczącej zgodzie ich popleczników i tracą oni swa pozycję, gdy ludzie przestają ich dłużej popierać i słuchać ich sugestii. [...] Jako takie, ich przywództwo ogranicza się do rutynowych działań w codziennych sprawach. Patriarchalny tyran na czele prymitywnej hordy jest niczym więcej, jak wytworem dziewiętnastowiecznych spekulacji. Najprostsze społeczeństwa prymitywne są demokratyczne niemal do granic anarchii. Jednak pierwotna anarchia nie jest równoznaczna z chaosem. Anarchia jako synonim braku porządku pojawia się jedynie tymczasowo w rozwiniętych społeczeństwach, gdy w wyniku jakiegoś kataklizmu nagle upadają rządowe i prawne ograniczenia regulujące życie społeczne.*¹⁰¹

Systemy prawa zwyczajowego dostarczające ładu wewnętrznego funkcjonowały w prymitywnych społeczeństwach nawet wówczas, gdy przemoc i wojny charakteryzowały ich relacje z obcymi grupami i społeczeństwami. To prawo zwyczajowe było zazwyczaj dość rozbudowane i obejmowało systematycznie wszelkiego rodzaju delikty i naruszenia umów uważanych za istotne w danym społeczeństwie. Nie istniało „prawo kryminalne”, gdyż wszystkie

przestępstwa były przestępstwami przeciwko konkretnym osobom, a nie przeciwko „społeczeństwu” reprezentowanemu przez rząd. Zasady oraz instrumenty stworzone w celu egzekucji prawa okazują się skutecznymi narzędziami redukcji niepewności, wspomagania efektywnych interakcji pomiędzy członkami społeczeństw oraz sprzyjają zmianom prawa odpowiadającym potrzebom społecznym. Te prymitywne systemy prawne były szczególnie nastawione na minimalizację ryzyka brutalnych konfrontacji oraz ochronie praw własności i praw jednostkowych.

Ktoś mógłby argumentować, że te prywatne systemy prawa oraz prymitywne społeczeństwa nie mają dziś dla nas żadnego znaczenia, gdyż proste mechanizmy opisane w tej pracy nigdy nie mogłyby być wystarczająco efektywne, by sprawdzić się w bardziej zaawansowanym społeczeństwie. Nawet jeśli argument ten jest prawidłowy, istnieją pewne ważne powody, dla których badania nad prymitywnymi systemami prawa prywatnego są cenne. Na przykład jak przekonywał Lon Fuller, „jeśli przyjrzymy się prawu funkcjonującemu w naszym społeczeństwie w najróżniejszych kontekstach, dostrzeżemy w nim podobieństwa do niemal wszystkich fenomenów uważanych za charakterystyczne dla prymitywnego prawa”¹⁰². Lepsze zrozumienie tych stosunkowo prostych systemów prawnych może nam pomóc w lepszym zrozumieniu naszego własnego.

Ponadto badanie bodźców i instytucji prymitywnych systemów prawnych oraz wynikających z nich pierwszorzędnych i drugorzędnych reguł ukazuje nam dokładnie, że tego samego rodzaju bezpieczeństwa porządku prawne istniały w znacząco bardziej rozwiniętych społeczeństwach średniowiecznej Islandii¹⁰³, Irlandii¹⁰⁴, u Anglosasów¹⁰⁵, w postaci średniowiecznego Prawa Kupieckiego, które wyewoluowało do współczesnego kodeksu prawa handlowego¹⁰⁶, a nawet na zachodnim pograniczu Stanów Zjednoczonych w XIX wieku¹⁰⁷. Faktem jest, że znacząca część prawa stosowanego przez współczesne rozwinięte społeczeństwo amerykańskie albo wyewoluowało z, albo czerpie z tych samych źródeł, co zwyczajowe prawo omawiane w tym artykule. Zwłaszcza prawo własności wydaje się wywodzić z prawa zwyczajowego a nie prawodawstwa państwowego. Ceny i instytucje rynkowe wykształciły się spontanicznie w celu ułatwienia ludzkich interakcji. Ekonomiści nie powinni być zatem zaskoczeni tym, że własność prywatna i instytucje prawne mogą istnieć bez rządu, gdyż ich celem również jest wspomaganie interakcji społecznych.

-
- ¹ Robert Redfield, *Primitive Law* [w:] Paul Bohanan (red.), *Law and Warfare* (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967).
- ² Wolfgang G. Friedmann, *Law and Social Change in Contemporary Britain* (London: Stevens, 1951), s. 281. Podkreślenie dodane.
- ³ Bernard P. Herba, *Modern Public Finance: The Study of Public Sector Economics* (Homewood, Ill.: Richard D. Irvin, 1975).
- ⁴ F. A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, *Rules and Order* (Chicago: University of Chicago Press, 1973), s. 73.
- ⁵ Na przykład, John Baden, Richard Suaup, Walter Thuman, *Myths, Admonitions and Rationality: The American Indian as a Resource Manager*, *Economic Inquiry* 19 (January 1981), s. 399-427; i D. Bruce Jahnsen, *The Formation and Protection of Property Rights Among the Southern Kwakiutl Indians*, *Journal of Legal Studies* 17 (January 1986), s. 41-67.
- ⁶ Właściwie, produkcja i alokacja zasobów do egzekwowania prawa daje się łatwo opisać jako proces rynkowy. Zob. Bruce L. Benson, *Liberty and Justice: Alternatives in the Provision of Law and Order* (San Francisco, Calif.: Pacific Institute) Forthcoming.; i Bruce L. Benson, Eric Engen, *The Market for Laws: An Economic Analysis of Legislation*, *Southern Economic Journal* 54 (January 1988), s. 732-745.
- ⁷ Baden, Stroup and Thuman, *Myths, Admonitions and Rationality*.
- ⁸ Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, *American Economic Review* 57 (May 1967), s. 347-359.
- ⁹ Johnsen, *The Formation and Protection of Property Rights*.
- ¹⁰ David Friedman, *Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case*, *Journal of Legal Studies* 8 (March 1979), s. 399-415.
- ¹¹ Richard A. Posner, *A Theory of Primitive Society, with Special Reference to Primitive Law*, *Journal of Law and Economics* 23 (April 1980), s. 1-53; oraz Posner, *The Economics of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981).
- ¹² Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society* (London: Routledge and Kegan Paul, 1926).
- ¹³ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1964), s. 130.
- ¹⁴ Tamże, s. 151.
- ¹⁵ Redfield, *Primitive Law*, s. 3.
- ¹⁶ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961), s. 89-96.
- ¹⁷ Tamże, s. 89.
- ¹⁸ Tamże, s. 90.
- ¹⁹ Tamże.
- ²⁰ Tamże.
- ²¹ Tamże, s. 91.
- ²² Tamże.
- ²³ Tamże, s. 92.
- ²⁴ Tamże, s. 94.
- ²⁵ Kenneth I. Winston, *Editor Note*, [w:] Lon L. Fuller (red.), *The Principles of Social Order* (Durham, N.C.: Duke University Press, 1981).
- ²⁶ Faktycznie rozróżnienie czynione przez Harta na pierwszorzędne i drugorzędne reguły jest silnie związane, jeśli nie synonimiczne dla rozróżnienia między „prawem prywatnym” a „prawem publicznym” dokonywanym przez wielu badaczy prawa. Prawo prywatne jest zwykle używane dla określenia zasad postępowania, podczas, gdy prawo publiczne odnosi się do zasad kształtowania aparatu rządowej egzekucji tych zasad. Zobacz: Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, s. 133, 176-78. Rozróżnienie to jest tu dokonane z uwagi na to, że termin „prawo publiczne” sugeruje istnienie państwa wraz ze strukturami rządowymi, jak jednak zauważyliśmy powyżej, drugorzędne reguły mogą i powstają bez państwa.
- ²⁷ Fuller, *Morality of law*, s. 133-155.
- ²⁸ Hayek, *Law*, vol. I, s. 96-97.
- ²⁹ Fuller, *Morality of law*, s. 138.
- ³⁰ Hart sugerował, że prawo, aby było uznawane, musi zostać spisane, jednak zdaniem Fullera, „w stopniu w jakim funkcją prawa jest jedynie wyrażenie wprost co jest dobre a co złe w mniemaniu danego społeczeństwa, konieczność [jego] [...] spisania traci na

znaczeniu". Tamże, s. 92.

³¹ Hart, *Concept of Law*, s. 89.

³² John Umbeck, *A Theory of Property Rights With Applications to the California Gold Rush*, (Ames, Iowa: Iowa State University Press, 1981) i John Umbeck, *Might Makes Rights: A Theory of the Foundation and Initial Distribution of Property Right*, *Economic Inquiry* 19 (January 1981), s. 38-59.

³³ Friedman, *Private Creation and Enforcement of Law*.

³⁴ Joseph R. Peden, *A Theory of Property Rights in Celtic Irish Laws*, *Journal of Libertarian Studies* 1 (1977).

³⁵ W efekcie, uważa się, że rząd istnieje, gdy system władzy posiada cechy powszechne dla krajów rządzonych przez królów europejskich w okresie średniowiecznym (oraz pewien czas potem), albo cechy, które od tego czasu się wykształciły wraz z centralizacją dokonywaną przez królów i rozrostem ich władzy i reakcją grup obywateli próbujących tę władzę ograniczyć. Zob. Benson, *Liberty and Justice*.

³⁶ Tamże.

³⁷ Bruce L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, *Southern Economic Journal* 55 (January 1989), s. 644-661.

³⁸ Walter Goldsmith, *Ethics and the Structure of Society: An Ethnological Contribution to the Sociology of Knowledge*, *American Anthropology* 53 (October-December 1951), s. 506-524.

³⁹ Hayek (*Law*, tom 1, s. 108) wyjaśniał, że jest to

błędna koncepcja, zgodnie z którą własność została na pewnym późniejszym etapie „wynaleziona”, a przedtem istniał prymitywny komunizm. Mit ten został kompletnie obalony przez badania antropologiczne. Nie ma dziś najmniejszej wątpliwości, że własność poprzedziła powstanie jakiegokolwiek, najbardziej prymitywnej kultury, oraz wszystko to, co nazywamy cywilizacją, wyrosło na fundamencie spontanicznego ładu, który możliwy jest tylko dzięki objęciu ochroną jednostek i grup. Mimo że myśl socjalistyczna naszych czasów zdołała podważyć te spostrzeżenia sugerując ich ideologiczną inspirację, jak wykazaliśmy, są one prawdą naukową, podobnie jak wszystko, co dotąd pisaliśmy na ten temat.

⁴⁰ Goldsmith, *Ethics*, s. 506.

⁴¹ William M. Landes, Richard A. Posner, *Adjudication as a Private Good*, *Journal of Legal Studies* 8 (March 1979), s. 243.

⁴² Hart, *Concept of law*, s. 89.

⁴³ Goldsmith, *Ethics*, s. 512.

⁴⁴ Redfield, *Primitive Law*, s. 8.

⁴⁵ Goldsmith, *Ethics*, s. 512.

⁴⁶ Leopold Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (New York: Harper and Row, 1971), s. 58.

⁴⁷ Fuller, *Morality of law*, s. 23-24.

⁴⁸ Fuller, *Principles of Social Order*, s. 213.

⁴⁹ Tamże.

⁵⁰ Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, s. 111.

⁵¹ Goldsmith, *Ethics*, s. 511.

⁵² Hayek, *Law*, tom 1, s. 108-109.

⁵³ Pospisil, *Anthropology of law*, s. 215.

⁵⁴ Fuller, *Morality of law: 90. Argumenty te zostają rozwinięte w: Bruce L. Benson, Legal Evolution in Primitive Societies, Journal of Institutional and Theoretical Economics* 144 (December 1988), s. 772-788.

⁵⁵ Carl Menger, *Problems of Economics and Sociology*, trans. Francis I. Nook, Louis Scheider (red.), (Urbana, III.: 1963); i Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (New York: Modern Library, 1937).

⁵⁶ F.A. Hayek, *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Chicago: University of Chicago Press, 1967), s. 101.

⁵⁷ Leseferystyczne społeczeństwo Indian z północnej Kalifornii nie jest bynajmniej jedynym przykładem funkcjonowania prawa i ładu prywatnego wśród Indian

amerykańskich. W rzeczywistości Hoebel wyjaśnił, że wiele plemion indiańskich wykształciło prawo nie posiadając państwa. (E. Adamson Hoebel. *The law of Primitive Man* (Cambridge, Mass.: Harvard University press, 1954), s. 188.).

⁵⁸ Tamże, s. 100. Fragmenty treści tej sekcji można znaleźć w: Bruce L. Benson, *The Lost Victim and Other Failures of the Public Law Experiment*, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 9 (Spring 1986), s. 399-427.

⁵⁹ Hoebel, *Law of Primitive Man*, s. 101.

⁶⁰ R.F. Barton, *Procedure Among the Ifugao*, [w:] Paul Bohanan (red.), *Law and Warfare* (Garden City, N.Y.: The Natural History Press, 1967): s. 161.

⁶¹ Tamże, s. 163.

⁶² Tamże, s. 164-165.

⁶³ Tamże, s. 166.

⁶⁴ Hoebel, *Law of Primitive Man*, s. 117.

⁶⁵ Tamże, s. 121.

⁶⁶ Tamże.

⁶⁷ Hoebel wyjaśnił, że gdy członek plemienia Ifugao opuszczał swój rodzimy dystrykt, przemieszczał się przez „neutralną strefę”, aby trafić do „strefy wendett”, w której „Trwały permanentne wendetty pomiędzy pewnymi rodami” (tamże, s. 122). Istniały tam także „strefy wojenne”, w których „Każdy, kto się tam znalazł, zostawał zabity” (tamże, s. 124). Należy zauważyć, że wspomniane tam wojny między dystryktami nie były „wojnami” we współczesnym rozumieniu tego słowa, polegającymi na tym, że organizacje polityczne starają się przejąć kontrolę nad terytorium lub zasobami innych organizacji; były to raczej społeczne i religijne instytucje angażujące utalentowanych łowców głów, cieszących się prestiżem i „korzyściami” natury religijnej.

⁶⁸ Przykład znaleźć można w: Posner, *Economics of Justice*, s. 178.

⁶⁹ Sir Henry S. Maine, *Ancient Law*, 3rd American from 5th English edition (New York: Henry Holt and Co., 1864).

⁷⁰ Tamże, 74.

⁷¹ Hoebel, *Law of Primitive Man*, s. 283.

⁷² Pospisil, *Anthropology of law*, s. 196, 206, 208.

⁷³ Tamże cytowane, s. 64.

⁷⁴ Tamże, s. 64.

⁷⁵ Tamże, s. 66.

⁷⁶ Tamże, s. 67.

⁷⁷ Tamże. Istotne były także inne kryteria, między innymi umiejętność i chęć do wygłaszania publicznych przemów.

⁷⁸ Tamże, s. 68-69.

⁷⁹ Tamże, s. 69-70.

⁸⁰ Jedna grupa popleczników *tonowi* była szczególnie od niego zależna i mu wierna i zawsze gotowa udzielić mu wsparcia. Nazywano ich *ani jakaani* lub „moi chłopcy” i grupa ta składała się z młodych mężczyzn „adoptowanych” przez *tonowi*, którzy stawali się jego „uczniami” (tamże, s. 69):

Przybywali, aby mieszkać razem z bogatym mężczyzną i uczyli się zwłaszcza sztuki prowadzenia biznesu, cieszyli się jego ochroną, jedli jego pożywienie, oraz otrzymywali od niego znaczące pożyczki na nabycie żon. W zamian oferowali swoją pracę na jego polach i w obejściu jego domu, pomoc przy rozstrzyganiu sporów, oraz swe życia w przypadku wybuchu wojny. Chłopcy mogli pochodzić z różnych rodów i konfederacji, lub mogli być ze sobą spokrewnieni. [...] Niemniej jednak ten rodzaj umownego stowarzyszenia ma dość luźni charakter. Obie strony mogą zerwać umowę w każdej chwili, a chłopcy nigdy nie są traktowani protekcjonalnie.

⁸¹ Tamże, s. 94.

⁸² Fuller, *Morality of law*, s. 159.

⁸³ Pospisil, *Anthropology of law*, s. 80.

⁸⁴ Tamże, s. 80.

⁸⁵ Tamże, s. 36.

⁸⁶ Tamże.

⁸⁷ Zob.: Benson, *Liberty and Justice*.

⁸⁸ Pospisil, *Anthropology of law*, s. 93.

⁸⁹ Tamże, s. 65.

⁹⁰ Co ciekawe, w wielu przypadkach „egzekucji kary dokonywali bliscy, mężczyźni krewni winnego. [...] Wykorzystywanie męskich krewniaków do zabijania skazanych stanowiło sprytny sposób na zapobieganie wendettom” (tamże, s. 92).

⁹¹ Tamże s. 65. Innym rodzajem kary cielesnej było bicie kijem po głowie i ramionach. Również w tym wypadku skazany nie był związany i mógł się bronić, jednak w żadnym z przypadków zaobserwowanych przez Pospisila, poddani karze nie podjęli obrony. Oskarżeni woleli najwyraźniej poddać się karze cielesnej, niż wypłacić ofierze zadośćuczynienie.

⁹² Tamże, s. 93. Stosowano także inne kary psychologiczne. Osobiste ostrzeżenie ze strony tonowi wobec winnego kłamstwa lub naruszenia tabu mogło sprawić, że winowajca „utracił twarz z chwilą, gdy stał się znany z zostania ukaranym w ten sposób”.

⁹³ Tamże, s. 93.

⁹⁴ Fuller, *Morality of law*, s. 143-144.

⁹⁵ Reguły orzecznictwa stosowane przez plemię Kapauku były o wiele bardziej skomplikowane niż to, o czym była mowa w tym artykule. Na przykład istniały ściśle określone granice jurysdykcji. Zob. Pospisil, *Anthropology of law*, lub Benson, *Liberty and Justice*.

⁹⁶ Pospisil, *Anthropology of law*, s. 205.

⁹⁷ Fuller wyjaśnił jak wyglądały procedury takiego modyfikowania prawa zwyczajowego, zwracając uwagę, że zmiany takie były dość częste i następowały stosunkowo szybko (*Principles of Social Order*, s. 227-229):

Gdy A dał B swoim postępowaniem (niezależnie od swoich prawdziwych intencji) uzasadniony powód, aby B sądził, że A będzie w przyszłości zachowywał się w taki właśnie sposób i B dostosował swoje postępowanie do oczekiwań, że A będzie tak właśnie się zachowywał, wówczas A zobowiązany jest do trzymania się nowego wzorca postępowania wobec B. W ten sposób powstaje zobowiązanie A w stosunku do B. Jeśli następnie sposób postępowania A i B stanie się znany całej społeczności, powstanie nowe prawo zwyczajowe. Reguła ta stanie się zazwyczaj częścią większego systemu, na który składa się skomplikowana sieć wzajemnych oczekiwań. Włączenie nowej zasady do większego systemu zostanie ułatwione przez fakt, że interakcje, które dają jej początek są poddane ograniczeniom już istniejącym w ramach tego systemu, który nadaje im znaczenie w ramach szerszego kontekstu interakcji społecznych, w jakich się odbywają. Gdy prawo zwyczajowe ulega rozszerzeniu, łatwo ulec błędnym przekonaniom odnośnie sposobu, w jaki proces ten zachodzi. Uważa się niekiedy, że stanowi to niemy wyraz woli grupowej; członkowie grupy B dostrzegają, że reguły, jakimi rządzi się grupa A, wzbogaciłyby ich własne prawo; przyjmują zatem te zasady przy pomocy ich niemej kolektywnej adaptacji. Tego typu wyjaśnienia abstrahują od procesu interakcyjnego, na którym opiera się prawo zwyczajowe oraz ignoruje jego wszechobecny aspekt komunikacyjny. [...] Ogólnie moglibyśmy rzec, że w chwili, gdy A i B zapoznają się z praktykami stosowanymi przez C i D, szansa, że A zastosuje podobne praktyki wobec B, nie wynika po prostu z ich nadzwyczajnej przydatności dlań, lecz z uwagi na to, że są one znane i zrozumiałe dla B, który będzie potrafił odpowiednio na nie zareagować. Pozostaje jeszcze [...] spostrzeżenie, iż [...] obyczaje stają się prawem jedynie wówczas, gdy ich zaobserwowane stosowanie utrzymuje się przez dłuższy czas. Jest to jednak uproszczony punkt widzenia [...] częściowo z uwagi na błędne rozumienie słowa „zwyczajowe”, a częściowo dlatego, że choć prawdą jest, iż zazwyczaj potrzeba trochę czasu, aby wzajemne oczekiwania się „skryształizowały”. Jednak w niektórych warunkach prawo zwyczajowe (lub fenomen, dla którego brak stosownej nazwy) kształtuje się w przeciągu jednej niemal nocy.

⁹⁸ Pospisil, *Anthropology of law*, s. 110.

⁹⁹ Wynikało to zapewne ze szczegółowych zasad orzekania stosowanych przez lud Kapauku (zob. przypis 95).

¹⁰⁰ Pospisil, *Anthropology of Law*, s. 348. Zob. też: Benson, *Legal Evolution in Primitive Societies*.

¹⁰¹ Hoebel, *Law of Primitive Man*, s. 294.

¹⁰² Fuller, *Principles of Social Order*, s. 243.

¹⁰³ Friedman, *Private Creation and Enforcement of Law*.

¹⁰⁴ Peden, *Properly Rights in Celtic Irish Law*; oraz Murray N. Rothbard, *For a New Liberty* (New York: Macmillan Co.. 1973).

¹⁰⁵ Benson, *Liberty and Justice* oraz literatura tam cytowana.

¹⁰⁶ Tamże, Benson. *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*: Leon E Trakman, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law* (Littleton, Colo: Fred B. Rothman and Co., 1983), oraz cytowana tam literatura.

¹⁰⁷ Terry Anderson, P.I. Hill, *An American Experiment Anarcho-Capitalism: The Not So Wild, Wild West*, *Journal of Libertarian Studies* 3 (1979), s. 9-29; Umbeck, *Theory of Property Rights*; Benson, *Lost Victim*; Benson, *Liberty and Justice*.