

Grażyna Skąpska

Prawo w ponowoczesnym społeczeństwie

Zarządzanie Publiczne nr 6 (4), 55-72

2008

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Grażyna Skąpska

Prawo w ponowoczesnym społeczeństwie

We współczesnym, globalizującym się społeczeństwie, określanym także jako społeczeństwo ponowoczesne, coraz trudniejsze, o ile w ogóle możliwe, staje się wykorzystanie prawa jako instrumentu rządzenia. Z jednej strony współczesne społeczeństwa charakteryzuje pluralizm prawny, z drugiej zaś samo prawo traci swe tradycyjne cechy, w tym przede wszystkim traci znaczenie jego ścisły i jednokierunkowy związek z państwem narodowym. W socjologicznej teorii prawa podkreśla się, że prawo się autonomizuje, a podstawą jego ważności stają się jego wewnętrzne cechy systemowe, w tym jego szczególna semantyka, a nie siła państwa. Tego rodzaju teza ma dwojakie implikacje: po pierwsze, w związku z różnymi poziomami regulacji w globalizującym się i pluralistycznym społeczeństwie ponowoczesnym, wskazuje na zwiększające się wewnętrzne zróżnicowanie prawa. Po drugie, w związku z autonomizacją prawa oraz wzrostem pluralizmu systemu społecznego podkreśla się, że we współczesnym świecie prawo powinno raczej wspomagać wewnętrzne procesy samoregulacji, stwarzając im odpowiednie ramy prawne, aniżeli w nie bezpośrednio ingerować. Teorie na temat prawa w ponowoczesnym społeczeństwie są skonfrontowane z rzeczywistymi procesami i zjawiskami towarzyszącymi przemianom prawa. W konkluzji sformułowana jest konstatacja, że współczesne zarządzanie przy wykorzystaniu prawa polega na wspomaganiu wewnętrznych procesów samoregulacji, przy wzięciu pod uwagę kontekstu społecznego owych procesów.

Słowa kluczowe: społeczeństwo ponowoczesne, globalizacja, pluralizm prawny, samoregulacja.

1. Wstęp

W rozważaniach tych zajmę się prawem w społeczeństwie określanym jako ponowoczesne. W świetle bardzo krótkiej, a nawet pobieżnej charakterystyki, społeczeństwo ponowoczesne to globalizujące się społeczeństwo policentryczne, bez wyrażanej hierarchii, w którym kwestionuje się tradycyjnie rozumianą suwerenność państwa, a granice między państwami stają się coraz bardziej płynne. Jest to społeczeństwo postkolonialne i posthegemonistyczne. Współistnieją w nim obok siebie różne systemy ekonomiczne, a także polityczne, powstają organizacje między- i ponadnarodowe, wyodrębniają się grupy państw ściśle ze sobą współpracujących na poziomie regionów, powiązań międzypaństwowych i ponadpaństwowych oraz lokalnych związków gmin czy miast. Jest to też społeczeństwo, w którym coraz większego znaczenia nabierają wielkie, multinarodowe korporacje z jednej strony, i organizacje społeczeństwa obywatelskie-

go, z drugiej. Wzrasta w nim mobilność, zacieśniają się granice, a także ulega dekompozycji klasycznie rozumiane obywatelstwo, szczególnie w odniesieniu do takich zintegrowanych zbiorowości ponadnarodowych jak Unia Europejska. Społeczeństwo to ma pewne cechy strukturalne, kulturowe oraz kognitywne, poznawcze. Te ostatnie w teorii systemowej, będącej inspiracją dla tych rozważań, określone są jako zwielokrotniona kontyngencja, zwielokrotnione ryzyko nieporozumień i niejasności w komunikacji oraz zwielokrotnione możliwości wyboru postępowania, wielość opcji o nieprzewidywalnych konsekwencjach. Z drugiej strony, jest to też społeczeństwo, w którym coraz większego znaczenia nabierają procesy samoobserwacji i autorefleksji. Charakteryzuje je zatem wzrastająca niepewność i ryzyko, a także rozszerzający się obszar nieoznaczoności. W ponowoczesnym społeczeństwie, w świetle współczesnych teorii, również i prawo traci swoje tradycyjne cechy systemowe: hierarchiczność, wewnętrzne uporządkowanie, przewidywalność, a zwłaszcza legitymizację

narodu-państwa. Jesteśmy bowiem świadkami pojawiania się „prawa bez państwa”, prawa niehierarchicznego, o różnicowanych źródłach oraz gwarancjach przestrzegania. Tego rodzaju tezy znajdują oparcie, a nawet rozwinięcie w analizach faktycznych, empirycznych procesów rozwoju prawa. Zarówno koncepcje teoretyczne, jak i analizy empiryczne mają istotne konsekwencje dla zarządzania społeczeństwem i jego procesami. W związku z tym rozwinę tutaj tezę, że we współczesnym świecie coraz trudniejsze, o ile w ogóle możliwe, staje się wykorzystanie prawa jako instrumentu rządzenia czy też bezpośredniego wprowadzania zmian społecznych. Coraz trudniejsze także, i coraz bardziej kosztowne, są „zapożyczenia” i próby implementacji bądź transplantacji instytucji prawnych wytworzonych w innych kulturach czy społeczeństwach. To, co było możliwe w czasach kolonialnych czy np. w Turcji za czasów Atatürka – implementacja całych gałęzi prawa rodzinnego i prawa pracy wraz z orzecznictwem w celu modernizacji prawa i społeczeństwa – nie jest możliwe w społeczeństwie współczesnym. We współczesnym pluralistycznym świecie, w świecie o wielu centrach i krzyżujących się wpływach, coraz większej wagi nabiera przekonanie, że zarządzanie polega na wspomaganiu wewnętrznych procesów samoregulacji, przy wzięciu pod uwagę kontekstu społecznego owych procesów: istniejących praktyk i nawyków, norm pozaprawnych i interesów z jednej strony oraz charakterystyki ponowoczesnego społeczeństwa, z drugiej.

Rozważania te zainspirowane są przez klasyczną już socjologiczną teorię prawa Maksa Webera oraz współczesną socjologiczną teorię systemową Niklasa Luhmanna, a także kontynuatorów tej teorii w ramach socjologii i teorii prawa. Mam tu na uwadze przede wszystkim prace Gunthera Teubnera, jednego z najgłośniejszych współczesnych niemieckich prawników i socjologów prawa, długoletniego profesora Europejskiego Uniwersytetu we Florencji, London School of Economics, a obecnie profesora międzynarodowego prawa prywatnego w Uniwersytecie we Frankfurcie nad Menem, i jego uczniów. W rozważaniach tych nawiążę też do innych autorów, w szczególności tych, którzy analizują związki prawa i polityki we współczesnym świecie.

Niezależnie od wspomnianych teorii, prezentowana tu analiza prawa w społeczeństwie ponowoczesnym zainspirowana jest też przez wyniki badań empirycznych, w tym wyniki prowadzonych pod moim kierownictwem badań nad przedsiębiorcami (Skąpska 2002), obecnie zakończonych badań nad rozdziałem funduszy strukturalnych UE jako wskaźnikiem procesów przemian normatywnych i poznawczych (Skąpska 2008), rozpoczętych badań nad uczestnictwem polskich przedsiębiorców w obrocie na rynku europejskim (grant Ministerstwa Edukacji i Szkolnictwa Wyższego). Powołam się także na wyniki ostatnio przeprowadzonych badań nad wpływem Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny (Stawecki, Staśkiewicz, Winczorek 2008), a przede wszystkim na prace dotyczące nowych form konstytucjonalizmu oraz prawa obrotu gospodarczego¹.

Rozważania rozpocznę od krótkiego przedstawienia ponowoczesności w świetle koncepcji teoretycznych systemu społecznego. Ponieważ ponowoczesna teoria prawa podkreśla kwestie wielości, płynności, fragmentacji, a także alienacji prawa, społeczeństwo radzić sobie musi samo. W konsekwencji w kolejnej części tych rozważań zostaną przedstawione empiryczne problemy kształtowania się porządku prawnego ponowoczesnego społeczeństwa w odniesieniu do szczegółowych zagadnień tzw. nowego konstytucjonalizmu oraz nowej formy dawnego prawa handlowego, *Lex Mercatoria* w zakresie obrotu gospodarczego. W konkluzji ustosunkuję się do kwestii prawa w procesie zarządzania czy ściślej *governance* w społeczeństwie ponowoczesnym w aspekcie obrotu gospodarczego oraz samoregulacji zbiorowości społecznych.

2. Społeczeństwo ponowoczesne: krótka charakterystyka

Przechodząc do krótkiej charakterystyki społeczeństwa ponowoczesnego chciałabym w pierwszym rzędzie podkreślić takie wspomniane już jego cechy jak wielka mobilność oraz wzrastanie ryzyka w postaci zupełnie nieodgadnio-

¹ Badania te stanowiły jedynie inspirację dla tego artykułu – nie jest on podsumowaniem ich wyników.

nych konsekwencji dokonanych wyborów, a nawet poszczególnych działań społecznych (np. wykupywania/pozbywania się papierów wartościowych na giełdzie). Społeczeństwo to określone jest jako „płynne”, co oznacza zanik tradycyjnych struktur i głęboko zakorzenionych, bezwarunkowo akceptowanych, „silnych” instytucji. Zwraca się też uwagę na swoiste rozczłonkowanie społeczeństwa ponowoczesnego, zanik hierarchii społecznych oraz charyzmatycznego centrum w postaci wyrazistej aksjologii, czemu towarzyszy „spłaszczenie” struktury społecznej. Te cechy ponowoczesności analizuje m.in. socjolog Zygmunt Bauman (Bauman 2000, wyd. polskie 2007; 2005, wyd. polskie 2007; 2007), są też one zasadniczym przedmiotem teorii systemów społecznych Niklasa Luhmanna (Luhmann 1995, wyd. polskie 2007; 1998, 2004) oraz innych przedstawicieli teorii systemowej. Pomimo uwag krytycznych, formułowanych pod adresem tej ostatniej, stanowi ona jedno z najważniejszych przedsięwzięć teoretycznych XX w.: pozwala ona na przyjęcie nowej optyki w analizie społeczeństwa oraz relacji społeczeństwa i prawa. Punktem wyjścia jest tu koncepcja systemu społecznego i wszystkich składających się na społeczeństwo systemów cząstkowych jako systemów komunikacyjnych, samoodnoszących się i reprodukujących się z własnych elementów. Systemy te ujmowane są przez głównego protagonistę współczesnej wersji teorii systemowej Niklasa Luhmanna jako otwarte poznawczo, to znaczy otwarte na informacje docierające do nich z ich otoczenia, lecz normatywnie zamknięte. Normatywne zamknięcie się systemów zaś oznacza – najogólniej ujmując – że dokonują one selekcji informacji zgodnie z normatywnymi regułami decydującymi o ich autonomii jako systemów oraz wewnętrznej „logice” ich rozwoju. Należy podkreślić, że koncepcja Luhmanna systemów samoodnoszących się i samoreprodukujących zadecydowała o ukształtowaniu się nowego paradygmatu w naukach społecznych, w tym przede wszystkim w socjologii prawa. Z punktu widzenia tej ostatniej i interesującej nas tu kwestii *governance* ważne jest uwypuklenie faktu, iż systemy prawa są w jakimś zakresie kongruentne ze społeczeństwami, w jakich funkcjonują oraz odcięte się od idei, że społeczeństwem da się sterować, reformować je odgórnie, implementować

w nim czy transplantować gdzie indziej powstałe instytucje czy rozwiązania, abstrahując od lokalnych praktyk, zwyczajów, schematów poznawczych, wartości społecznych z jednej strony, oraz od wspomnianej „wewnętrznej logiki” systemu prawa danego społeczeństwa, z drugiej. O tym szczególnym związku społeczeństwa i jego prawa świadczy chociażby tytuł jednej z najgłośniejszych książek Niklasa Luhmanna: *Das Recht der Gesellschaft – Prawo społeczeństwa* (Luhmann 1996). W zasadzie całe dzieło Luhmanna wskazuje ponadto, że procesy wewnątrzsystemowe oraz powiązania poszczególnych systemów społecznych – np. gospodarki, edukacji czy też systemu prawa – z otaczającym je środowiskiem są tak skomplikowane, że niepowodzeniem muszą się zakończyć próby zewnętrznego sterowania nimi. Niepowodzenie to, należy dodać, przybiera postać nieprzewidzianych, często dysfunkcyjnych konsekwencji. Co więcej, próby „zewnętrznego sterowania” za pomocą prawa prowadzą do zahamowania autonomicznych procesów rozwoju systemu i poszczególnych systemów cząstkowych, w tym przede wszystkim samego prawa, przyczyniając się do chaosu i w konsekwencji rozpadu, entropii zarówno systemu społecznego, jak i systemu prawa. Wskaźnikiem tych zjawisk jest powódź coraz bardziej szczegółowych regulacji, wielokrotne nowelizacje prawa, zanim skończył się okres *vacatio legis*, wewnętrzny chaos prawa i jego stosowania, a wreszcie zanik spójności i mocy regulacyjnej prawa. Ten nurt w teorii Luhmanna, w ramach którego podkreśla się procesy autonomicznego rozwoju poszczególnych systemów cząstkowych, nawiązuje do klasycznych idei liberalnych. W centrum uwagi Luhmanna znajdują się procesy komunikowania wewnątrz systemów i pomiędzy nimi, natomiast w centrum uwagi takich autorów jak Hume, Locke, Adam Smith czy bardziej współcześnie – Karl Popper znajdował się obywatel, porządek społeczny czy rynek.

Ponadto już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku wskazywano, iż konwencjonalna, klasyczna definicja społeczeństwa przyjmowana przez socjologów i prawników, przede wszystkim jako narodu politycznie zorganizowanego, a zatem narodu-państwa, jest współcześnie pozbawiona sensu, między innymi dlatego że bezdyskusyjne nakreślenie barier czy granic pomiędzy

państwami staje się obecnie niezwykle wątpliwe. Dlatego też Niklas Luhmann – a także jego uczniowie czy kontynuatorzy jego teorii – był przekonany, że o społeczeństwie można mówić obecnie tylko w ujęciu globalnym, jako o funkcjonalnie zróżnicowanym społeczeństwie światowym, o światowym komunikacyjnym systemie sensu (Luhmann 2007, s. 78). Zarazem zdefiniowanie różnicy pomiędzy systemem społecznym a jego środowiskiem, czyli poszczególnymi systemami cząstkowymi, musi ulec reorientacji i zogniskować się na zagadnieniach samoorganizacji i autoreferencji, na różnej samoreprodukcji (Luhmann 2007, s. 15–18). Ponadto, jak autor ten wskazywał – zgodnie zresztą z poglądami innych socjologów oraz antropologów społecznych, a obecnie również prawników – społeczeństwo światowe jest dynamicznym społeczeństwem policentrycznym, przecinają się w nim bowiem i nakładają różne systemy komunikacji, a także różne hierarchie, struktury, systemy instytucjonalne. Posługując się obrazowym określeniem Ryszarda Kapuścińskiego z jego książki *Heban*, można powiedzieć, że ów policentryczny, globalny i dynamiczny system społeczny „pulsuje”.

W związku z tym klasyczna teoria państwa-narodu nie oddaje ani tym bardziej nie wyjaśnia zjawisk charakteryzujących współczesność, globalnych procesów ekonomicznych i technologicznych, które zmieniają świat z niespotykaną prędkością. Teoria ta nie jest w stanie nadażyć za procesami technologicznej ingerencji w najbardziej intymne sprawy człowieka (np. technologicznym wykorzystaniem komórek macierzystych czy transplantacją organów zwierzęcych do organizmów ludzkich), za procesami rozczłonkowania systemu społecznego, a zarazem wzrastającą ingerencją poszczególnych systemów funkcjonalnych w procesy charakterystyczne dla innych systemów. Procesy te współcześnie objawiają się np. w postaci technicyzacji czy ekonomizacji medycyny, prawa, moralności. Klasyczna teoria społeczeństwa zorganizowanego polityczne nie wyjaśnia procesów przecinania się wpływów ponadnarodowych lub międzynarodowych organizacji politycznych czy ekonomicznych, w tym wspomnianych wielkich korporacji przemysłowych czy finansowych, ani też wzrastającej aktywności społeczeństwa obywatelskiego, organizacji obywatelskich aktywnych w procesach

ochrony praw człowieka, litygacji i samoorganizacji. W tym kontekście niezwykle inspirujące i przydatne dla opisu i analizy współczesności są zaczerpnięte z prac Luhmanna takie określenia jak wspomniane pulsowanie, emergencja, czyli wyłanianie się i nietrwałość jako cecha zjawisk społecznych, kontyngencja, czyli wielość opcji wyboru postępowania i w zasadzie zupełnie niedające się zdefiniować ryzyko związane z wyborem którejkolwiek z nich.

Teoretyczną, pogłębioną refleksję nad współczesnym społeczeństwem i jego prawem umożliwia, zdaniem Luhmanna, interdyscyplinarność czy też transdyscyplinarność, a zatem badanie zjawiska prawnego i społecznego działania prawa w różnych jego ujęciach i przy użyciu zróżnicowanej aparatury teoretycznej. Ma to, jak zauważa Eva Knodt, autorka wstępu do angielskiego wydania głównego dzieła Luhmanna zatytułowanego *Systemy społeczne*, przewyżczyć ograniczenia nauk społecznych. Dzięki analizom interdyscyplinarnym bowiem „[...] zakwestionowano klasyczne paradygmaty i zapoczątkowano rewizję podstawowych założeń (dotyczących społeczeństwa – GS): ponadczasowe, podobne do maszyny uniwersum Newtona zastąpione zostało przez „uniwersum zwrotne”, gdzie brak porządku, nieliniarna kompleksowość i nieprzewidywalność stają się regułą, podczas gdy porządek, prostota i przewidywalność stanowią wyjątek, i gdzie załamane się barier pomiędzy obserwatorem a obserwowanym doprowadziło do eksploracji modeli teoretycznych, zdolnych do analizy problemów samoodnoszenia” (Knodt 1998, s. XI, XII).

Idea fragmentacji, rozczłonkowania, wielości wykluczających się narracji, wreszcie wielości gier językowych jest fundamentalnym komponentem postmodernizmu. Idei tej towarzyszą kolejne, związane w teorii społeczeństwa z poststrukturalizmem idee płynności, elastyczności, zmienności oraz decentralizacji porządku społecznego, a w związku z tym w najnowszych teoriach ponowoczesności takie konceptualizacje porządku prawnego, w których znika podmiot tego porządku. Na jego miejsce pojawia się system lub dyskurs. Zwraca się też uwagę na znaczenie elementów irracjonalnych dla funkcjonowania porządku społecznego, porządku prawnego i systemu politycznego.

Koncepcje społeczeństwa ponowoczesnego same charakteryzują się niespójnością. W naukach społecznych podkreśla się bowiem rolę podmiotowości społecznej. Jest to związane z położeniem nacisku na aktywność społeczną i rozbudową tzw. paradygmatu komunikacyjnego w teorii oraz w badaniach nad społeczeństwem. Osiągnięcia te przybrały postać koncepcji „stawiania się” społeczeństwa (Sztompka 1996) czy wzrastającej jego „refleksyjności” (Beck w: Beck, Giddens, Lash 1992). Zmiany teorii polegają też na ujmowaniu społeczeństwa i jego instytucji jako utrwalania się rezultatów uzgodnień, stałych negocjacji i renegocjacji względnie otwartych znaczeń wyrażen języka, reguł i norm. W rezultacie możliwe stało się ujęcie porządku społecznego jako stale zmieniającego się rezultatu dokonywanych uzgodnień, zawieranych porozumień na poziomie lokalnym, narodowym i ponadlokalnym oraz transnarodowym. Wreszcie, co trzeba podkreślić jako istotną cechę współczesnych teoretycznych konceptualizacji społeczeństwa, to położenie nacisku nie tylko na komunikację, lecz także na ujęcie społecznych systemów częściowych, w tym prawa, jako systemów wyodrębniających się dzięki charakterystycznym cechom dyskursów, stanowiących o ich autonomii i specyfice. Często mówi się tu o charakterystycznej „semantyce” systemu, a zatem o szczególnych, systemowo określonych znaczeniach wyrażen języka, w jakim przebiega komunikacja wewnątrzsystemowa i komunikacja systemu z otoczeniem zewnętrznym. Najprostszym przykładem są tu definicje legalne wyrażen języka prawnego. Jak się podkreśla, wewnątrzsystemowo określone znaczenia języka prawnego mogą przenikać cały system społeczny. Jak przykładowo w odniesieniu do ekonomii argumentował amerykański filozof prawa „ekonomiści, którzy wyczerpali możliwości własnej nauki, zwracają się do prawa po wgląd w istotę instytucjonalnych znaczeń zasadniczych dla wolnej ekonomii” (Fuller 1993, s. 10).

W coraz bardziej złożonym i dynamicznym świecie również i prawo – jako jeden z najbardziej istotnych systemów komunikacyjnych, dzięki któremu przetrwanie społeczeństwa staje się możliwe – nabiera cech szczególnych. Istotne są zatem koncepcje ujmujące prawo jako system częściowy, dzięki któremu możliwa jest względ-

na koordynacja funkcjonowania współczesnego społeczeństwa: policentrycznego, pluralistycznego, dynamicznego i globalizującego się, a także jako szczególny dyskurs umożliwiający wyodrębnienie częściowego systemu prawa w ramach całościowego systemu społecznego².

3. Podstawowe założenia dotyczące prawa w ponowoczesnym społeczeństwie

Zwykliśmy kojarzyć prawo z przewidywalnością, bezpieczeństwem, zaufaniem, wiarygodnością i spolegliwością. Uważano, że dobre prawo ma stanowić trwałe podstawy porządku społecznego, „minimum społecznej moralności” (Skąpska 1991, s. 33), utrwalając więzy społeczne i społeczne instytucje w społeczeństwie nowoczesnym. Z kolei dla innych autorów współczesnych prawo od zarania dziejów było tym wynalazkiem kultury, który umożliwił ludzkości ochronę słabszych, zabezpieczenie przed ryzykiem choroby, starości, inwalidztwa czy też konsekwencjami wydarzeń losowych, w tym katastrof, czy, przykładowo, bankructwami lub kryzysami finansowymi. W świetle poglądów tego rodzaju rozwój nowoczesnego prawa „zanurzonego w głównym nurcie ludzkiego życia” wyznaczany jest właśnie przez wzrost jego funkcji ochrony przed ryzykiem coraz bardziej nieodgadnionym i nieokreślonym – ryzykiem handlowym, ryzykiem związanym z działalnością gospodarczą czy po prostu z wykonywaniem zawodu, dokonywaniem operacji giełdowych, leczeniem i przyjmowaniem lekarstw, a nawet po prostu z życiem, w postaci wynalazku polisy na życie (Beck 1986). W świetle klasycznych teorii gwarantem wcielania prawa w życie jest państwo, dysponujące legalnymi środkami stosowania przymusu.

Niezależnie od tego, szczególnie w kulturze prawnej Europy kontynentalnej, prawo kojarzone było z uporządkowaniem, systemowością i wewnętrzną hierarchią. Ten obraz logicznie uporządkowanego i usystematyzowanego prawa socjologia prawa zawdzięcza m.in. Maksowi

² Posługuję się tutaj takim pojęciem dyskursu, które opisuje tworzenie rzeczywistości społecznej poprzez struktury językowe i/lub przez interakcję, a jednocześnie wskazuje, że tekst jest uwarunkowany przez kontekst społeczny.

Weberowi. Obraz ten zmienia się jednak w świetle systemowej teorii prawa, reprezentowanej przez Niklasa Luhmanna, a także w świetle ponowoczesnych koncepcji dotyczących szczególnych cech języka prawnego, decydujących o półbeletrystycznych cechach dyskursu wyodrębniającego prawo. Dalsze zmiany obrazu prawa we współczesnym społeczeństwie zawdzięczamy współczesnym socjologom i teoretykom prawa, szczególnie tym, których zainteresowania ogniskują się na obrocie gospodarczym oraz problemach zarządzania we współczesnym policentrycznym i pluralistycznym społeczeństwie. Powstają koncepcje i teorie prawa ponowoczesnego.

Koncepcje te formułowane są w opozycji do konceptualizacji prawa jako względnie trwałych reguł porządku społecznego i ochrony przed ryzykiem, których stosowanie zapewnia przymus państwa, a także prawa jako systemu hierarchicznie uporządkowanego. W pesymistycznych wersjach teorie te podkreślają też kwestie wielości społecznych dyskursów, „gier językowych” czy narracji – oraz alienację dyskursu czy też gry językowej, jaką jest prawo, a także charakterystycznej dla prawa semantyki, czy też semantyk, od społeczeństwa i społecznych konfliktów oraz norm pozaprawnych. Nowe konceptualizacje prawa wskazują zatem, po pierwsze na wewnętrzną niespójność systemu prawa, a po drugie na zmniejszanie się jego ścisłych związków z państwem. Wreszcie zwraca się uwagę na niespójność „logik” decydujących o operacyjnym „zamknięciu” prawa oraz wspomnianą cechą „alienacji” prawa i jego semantyki od społeczeństwa. W rozważaniach poniższych zajmę się pokrótce tymi kwestiami.

Przede wszystkim podkreśla się, że prawem kierują dwie „logiki”, modelowo wyróżnione: logika racjonalizacji oraz – obecnie – również logika globalizacji (De Sousa Santos 2005). Logika racjonalizacji charakteryzowała prawo społeczeństwa nowoczesnego. Racjonalnie tworzone – tu pomocny jest popularny w polskiej literaturze teoretyczno-prawnej model „racjonalnego prawodawcy” – prawo traktowane było jako instrument wprowadzania nie mniej racjonalnie przemyślanych zmian społecznych, reform, a nawet głębokich transformacji społeczeństw, przede wszystkim ich modernizacji. Konsekwencją tak

rozumianej logiki racjonalizacji w opiniach jej krytyków stało się w pewnym momencie podporządkowanie procesów społecznych i działań obywateli państwu i prowadzonej przez nie polityce (De Sousa Santos 2005, s. 87). W związku z tym pojawia się realna i empirycznie stwierdzalna groźba fragmentacji, „rozproszenia” i wreszcie entropii prawa. Jej przejawem mogłaby być wspomniana inflacja prawa, powód coraz bardziej szczegółowych regulacji prawnych jako reakcja na pojawiające się problemy społeczne, stałe zmiany prawa, wspomniane wielokrotnie jego nowelizacje dokonywane nawet przed wejściem w życie poszczególnych ustaw, w okresie ich *vacatio legis*. Obecnie, wraz z zmniejszaniem się roli państwa jako źródła prawa i pojawianiem społeczeństwa globalnego, prawem w coraz większym stopniu kieruje logika globalizacji, związana z kształtowaniem się transnarodowego (*transnational*) porządku prawnego. Podkreśla się, że porządek prawny współczesnych społeczeństw staje się też w coraz większym stopniu dynamicznym efektem spontanicznych, oddolnych procesów samoregulacji oraz procesów negocjacji. W odniesieniu do negocjacji stwierdza się, iż istotne są tu normy pozaprawne, w tym przede wszystkim normy techniczne umiejętnego prowadzenia negocjacji, czego przykładem ma być porządek prawny międzynarodowego arbitrażu gospodarczego (Dezalay, Garth 1996).

Należy dodać, że w rzeczywistości istniejących społeczeństwach, a nie w ich modelach, obydwie wspomniane logiki współistnieją, co nie tylko jest kompatybilne ze wspomnianymi wyżej cechami ponowoczesności, ale wręcz przyczynia się do pogłębienia płynności i nieprzewidywalności współczesnego świata, zwiększając, a nie zmniejszając obszary ryzyka, przyczyniając się do zwielokrotnienia wspomnianej cechy systemowej społecznego działania prawa określonej jako kontyngencja.

Według Luhmanna, system prawa charakteryzuje cecha samoodnoszenia i samoreprodukcji, przede wszystkim w postaci podejmowania decyzji w poszczególnych przypadkach poddanych rozstrzygnięciu (co Luhmann nazywa autopojezą). Oznacza to podkreślenie znaczenia orzecznictwa, decyzji sądowych dla procesów reprodukcji prawa. Co prawda każda z decyzji odwołuje się do już istniejącego prawa i stano-

wi odpowiedź na pytanie, co jest obowiązującym prawem, a co nie jest. Tego rodzaju proces reprodukcji systemu prawa nazywa Luhmann operacyjnym zamknięciem prawa. Jednak systemowa teoria prawa Niklasa Luhmanna otwiera możliwość analizy procesów fragmentacji prawa i zaniku jego hierarchii z uwagi na wzrost poznawczej otwartości systemu prawa we współczesnym świecie, czy też wzrost jego wrażliwości na procesy społeczne.

Prawo też w coraz większym stopniu otwiera się na obszary nieoznaczoności, na co wskazywał Max Weber i co zostało podkreślone przez Niklasa Luhmanna. Dzieje się tak dzięki włączeniu do prawa formuły sprawiedliwości społecznej, w jakimkolwiek rozumieniu tej formuły, a obecnie, co należy podkreślić, także włączenie do prawa ochrony praw człowieka jako klauzul generalnych. Nawiązując do systemowej teorii prawa Niklasa Luhmanna, można stwierdzić, że włączenie do prawa formuły sprawiedliwości społecznej oraz praw człowieka powoduje wzrost ryzyka, iż niespełnione zostaną normatywne oczekiwania wobec systemu prawa, a samo prawo będzie interpretowane w różny sposób, w zależności od aktualnego rozumienia formuły sprawiedliwości oraz zróżnicowanego rozumienia poszczególnych praw człowieka. W pluralistycznym społeczeństwie wzrasta więc semantyczna niepewność prawa, możliwość nieporozumień związanych z różnymi rozumieniami sprawiedliwości społecznej czy praw człowieka i w konsekwencji, różnymi roszczeniami społecznymi kierowanymi do prawa. Szczególnie istotne jest tu otwarcie się konstytucji i prawa konstytucyjnego na polityczne interpretacje formuły sprawiedliwości społecznej oraz praw człowieka, czyli podporządkowanie prawa funkcjonalnemu systemowi polityki, zwłaszcza polityki w demokratycznym państwie, w nawiązaniu do tezy o inkluzji politycznej współczesnego społeczeństwa jako subsystemu funkcjonalnego w ramach globalnego systemu społecznego. Jak bowiem stwierdza Luhmann, we współczesnym świecie polityka jako system funkcjonalny obejmuje skutkami swojego działania wszystkich członków społeczeństwa. Oznacza to korzystanie z tych skutków oraz jednocześnie uzależnienie od nich (Luhmann 1994, s. 36, 37). W odniesieniu do prawa oznacza to jego prze-

ciążenie – obarczenie prawa zbyt wieloma, zbyt rozbudowanymi oraz rozbieżnymi oczekiwaniami społecznymi. Do tych problemów powrócę w dalszej części rozważań.

Wypada jednak się zastanowić, czy we współczesnym globalizującym się świecie teza o inkluzji politycznej prawa nadal zachowuje swą aktualność, czy raczej obserwujemy proces ekonomicznej inkluzji prawa i podporządkowanie jego semantyki semantyce systemu gospodarczego: efektywności ekonomicznej, zmniejszania kosztów i zwielokrotniania zysków. Wskaźnikiem inkluzji ekonomicznej prawa byłoby zastąpienie aksjologii prawa utylitarną racjonalnością zysków i kosztów oraz wzrost popularności ekonomicznej analizy prawa jako metateorii, dostarczającej prawu podstawowych zasad i znaczeń. Racjonalność ekonomiczna prawa zastępowałaby więc klasycznie rozumianą racjonalność systemową: hierarchiczność i logiczny porządek uporządkowanego systemu norm.

A zatem, uzupełniając i aktualizując tezę na temat „logik” prawa, należy podkreślić, że prawem w społeczeństwie ponowoczesnym rządzą kolejne dwie niekompatybilne logiki: logika otwartych formuł sprawiedliwości społecznej i ochrony praw człowieka oraz logika utylitarnej racjonalności ekonomicznej, podporządkowania prawa ekonomicznej kalkulacji. Nawiązując do pesymistycznych teorii dotyczących semantyki prawa i budowanych na jej podstawie dyskursów w obrębie samego prawa, możemy też dostrzec podstawy dla tworzenia się zróżnicowanych i często konfliktowych semantyk, zróżnicowanych gier językowych, do których sięga prawo. Można więc hipotetycznie założyć, że w konsekwencji o tym, która z tych semantyk „zwycięży” zadecyduje faktyczna siła grup społecznych, odwołujących się czy też wspierających poszczególne semantyki: semantyki wyrastające z logiki racjonalizacji, globalizacji, ochrony praw człowieka czy też racjonalności ekonomicznej.

Analizując związki prawa i polityki, Beata Polanowska-Sygułska stwierdza tu dekonstrukcję paradygmatu prawniczego w filozofii politycznej, czy to przez odrzucenie doktryn prawnonaturalnych, czy też uzasadnionych moralnie wartości oraz koncepcji sprawiedliwości (Polanowska-Sygułska 2008, s. 334 i n.). Tego rodzaju pesymistyczne poglądy na temat prawa

są najsilniej wyrażane przez głównych protagonistów ponowoczesnej teorii społecznej.

Ich przykładem jest antyoswieceniowa i pesymistyczna konceptualizacja prawa oraz związków prawa, polityki i społeczeństwa dokonana przez Jacques'a Derridę. Prowadzi ona do radykalnego odrzucenia związków prawa i moralności politycznej opartej na oświeceniowej koncepcji racjonalnego obywatelstwa, zaniegowania prawa jako utrwalonej struktury znaczeń, zaniegowania emancypacyjnej roli prawa, wręcz podkreślenia jego opresyjnego charakteru, a przede wszystkim opresyjnego charakteru języka prawa i dyskursów opartych na prawie. Utworzone w nauce o literaturze pojęcie dekonstrukcji ma tu dwojakie znaczenie: z jednej strony oznacza dekonstrukcję znaczeń utrwalonych pojęć i zasad prawnych, w celu dotarcia do ich ukrytych założeń, np. założeń ideologicznych (co jest charakterystyczne dla marksistowskiej, neomarksistowskiej czy feministycznej teorii prawa), z drugiej zaś oznacza dekonstrukcję znaczeń języka prawnego po to, by dotrzeć do ich rzeczywistych znaczeń społecznych, a przez to zbliżyć prawo do społeczeństwa, uczynić je społecznie relewantnym. Prawo w świetle tych radykalnych koncepcji postmodernistycznych stanowiłoby swego rodzaju semantyczny gwałt na społeczeństwie, czyli byłoby opartym na przymusie państwowym narzuceniem żywej tkance społecznej sformalizowanych znaczeń języka prawnego, podporządkowanych władzy, ideologii tkwiącej pod pozorem neutralności prawa, czy po prostu sofistycy prawniczej³. Ich ujawnienie ma demaskować prawdziwe znaczenia fundamentalnych zasad i pojęć języka prawnego. Dekonstrukcji języka prawa i zasad prawa towarzyszy tu dekonstrukcja idei, na jakich opiera się liberalna-demokratyczna konstytucja, a zatem mitu, iż twórcą konstytucji oraz prawotwórczą jest oświecony, demokratyczny naród⁴.

³ W rozważaniach tych odwołuję się głównie do poglądów Jacques'a Derridy.

⁴ Stanowisko „klasyczne” oparte na oświeceniowym racjonalizmie oraz uznaniu dla porządku liberalnego współcześnie reprezentuje Jürgen Habermas. Wyraża ono wiarę w emancypacyjny potencjał rozumu ludzkiego oraz polityczny republikanizm, a zatem wiarę w pozytywną siłę instytucji demokratycznych jako źródeł prawa. Prowadzi to do podkreślenia możliwej, emancypacyjnej roli prawa

Źródeł sprawiedliwości, jako podstawowej zasady, do której odwołuje się prawo, jego *ratio de-*

w związku z procesami demokratyzacji jego tworzenia, pod warunkiem wszakże przekształcenia jego racjonalności z systemowo-instrumentalnej w komunikacyjną. Prawo jest tu tworem suwerena. W zróżnicowanym społeczeństwie współczesnym owym suwerenem, twórcą konstytucji gwarantującej sprawiedliwość instytucji oraz umożliwiającym względną spójność społeczną okazuje się jego demokratyczny reprezentant, wybrany w powszechnych i wolnych wyborach. Teoria prawa staje się teorią demokracji, a warunkiem spójności pluralistycznego społeczeństwa, a zarazem legitymizacji porządku politycznego z jednej strony i prawa z drugiej jest wzajemne, dwrotne powiązanie czy też komplementarność demokratycznego porządku politycznego oraz prawa. Demokratyczne ustawodawstwo stanowi tu warunek legitymizacji prawa, a prawne umocowanie instytucji demokratycznych legalizuje demokrację. Powiązania te nie mają miejsca w społecznej pustce. Wręcz przeciwnie, kontekstem demokratyczno-liberalnego konstytucjonalizmu jest wolna i nieskrępowana debata publiczna na temat reguł sprawiedliwości. Istnienie owego dyskursu, czyli realizację politycznej autonomii przez obywateli uczestniczących na równych prawach w procesie politycznym, umożliwia konstytucja deklarująca prawa i wolności obywatelskie oraz ich ochronę. A zatem to prawo pozytywne, demokratycznie uchwalona konstytucja w wyniku debaty publicznej na temat reguł sprawiedliwości, a nie np. prawo naturalne, stanowi swego rodzaju *conditio sine qua non* spójności nowoczesnego społeczeństwa pluralistycznego. Państwo, rozumiane jako aparat administracyjny, zajmuje tu miejsce służebne: jego rola polega na zapewnieniu ochrony praw i wolności obywatelskich, umożliwieniu funkcjonowania demokratycznych procesów tworzenia prawa, stosowania prawa i jego skutecznej implementacji, a przede wszystkim, zapewnia ono wolną i nieskrępowaną debatę publiczną jako czynnik wpływający na procesy tworzenia prawa oraz mający znaczenie z punktu widzenia jego stosowania, do czego odnoszą się koncepcje dyskursów uzasadniających normy generalne i abstrakcyjne (*Normbegründungsdiskursen*) oraz wyjaśniających decyzje podejmowane w procesie stosowania prawa (*Anwendungsdiskursen*) (Guenther 1988, s. 60 i n., 300 i n.). W związku z tym pojawia się też nowa koncepcja władzy, a zatem władzy komunikacyjnej, nowa koncepcja prawa jako instytucji, a więc prawa racjonalnego komunikacyjnie, legitymizowanego przez uzgodnione w debacie publicznej reguły sprawiedliwości oraz nowa koncepcja – demokracji deliberatywnej. Władzą komunikacyjną dysponują uczestnicy dyskursu publicznego, świątli obywatele, *citoyens*, wnoszący do dyskursu problemy społeczne, problemy ich „światów życia” (Niesen/Eberl, s. 8, 9, por. Habermas, 1993, s. 207, 344). Na szczególną uwagę zasługuje tu koncepcja Habermasa dotycząca

cidendi należy bowiem szukać gdzie indziej, to znaczy poza tekstem prawnym, dokonując jego dekonstrukcji w drugim ze wspomnianych tu znaczeń, przez wskazanie niespójności, paradoksów, luk technicznych i aksjologicznych. To właśnie znalezienie owych luk czy „pęknięć” ma prowadzić do odkrycia „prawdziwego”, czytaj: spójnego ze społecznym, znaczenia formuły sprawiedliwości czy np. praw człowieka. Koncepcji prawa oraz polityki jako instytucji racjonalnych oraz liberalno-demokratycznej konstytucji tworzonej przez światłych obywateli przeciwstawia się tu koncepcja sprawiedliwości opartej na przesądach czy uprzedzeniach, w które uwikłany jest „człowiek z ulicy”, „zwykły człowiek” – przeciwieństwo oświeconego obywatela (Derrida 1993; 1999). Przedstawiciele pesymistycznej wersji postmodernizmu dalecy są też od poglądu, że tzw. „zwykli ludzie” kierują się racjonalną argumentacją. Ludzie w swojej argumentacji odwołują się bowiem do pozaracjonalnych, niejako pierwotnych sądów wartościujących, o których racje nie ma sensu pytać. Debata publiczna, tak istotna dla koncepcji na temat demokratycznych źródeł prawa, nie jest bowiem, zdaniem Derridy, w żadnym razie debatą światłą, czyli wymianą argumentów, odwołującą się do dających się udowodnić racji. Raczej znacznie mają tutaj osobiste doświadczenia, przeżycia uczestników wydarzeń i wspomniane głębokie i emocjonalne przekonania wartościujące, oraz konstruowane na tej podstawie narracje. Stąd też twierdzenie, iż naród obywatelski jest racjonalnym suwerenem i racjonalnym autorem kon-

podwójnego toru debaty publicznej, ważna dla procesów tworzenia prawa: zinstytucjonalizowanej debaty parlamentarnej, kończącej się procesami decyzyjnymi, oraz „miękkiej” i nieskrępowanej debaty publicznej, wpływającej na owe procesy pośrednio, mającej natomiast wielkie znaczenie inspirujące i korygujące. Funkcją konstytucji oraz procesów jej interpretacji i stosowania w systemie demokracji deliberatywnej jest zatem przede wszystkim zabezpieczenie praw do równego i nieskrępowanego uczestnictwa w debacie (Habermas 1992, s. 433 i n.). To z kolei zapewnia zakorzenienie prawa w społecznych instytucjach i czyni je racjonalnym komunikacyjnie, w odróżnieniu od prawa – techniki, którego funkcją jest zapewnienie równowagi systemu. Na temat modernizmu i postmodernizmu w prawie z punktu widzenia filozofii prawa por. L. Morawski 1999.

stytucji, jest równie błędne, jak twierdzenie, że sprawiedliwość to efekt racjonalnej interpretacji tekstu konstytucji czy też tekstów odpowiednich ustaw (Derrida 1999).

Te cechy prawa ponowoczesnego powodują też, że w świetle współczesnych teorii problematyczna staje się jego rola w rozstrzyganiu konfliktów społecznych, w tym najbardziej podstawowych konfliktów dotyczących fundamentalnych zasad czy też wartości. Pojawiają się zatem koncepcje „sprawiedliwości alienującej”, co oznacza, że prawo staje się narzędziem „prawnej alienacji konfliktu”, pozbawiania ich społecznej podstawy, zacierania istotnych konfliktów społecznych czy też ich prawnego ich wywłaszczenia (Christie 1977, s. 1–15). Jak stwierdza Gunther Teubner, nawiązując do różnych kierunków socjologicznej krytyki prawa, prawo jest niezdolne ani do zrozumienia konfliktów społecznych, ani ich rozwiązania. Dzieje się tak dlatego, że formalizując przemoc, jaką prawo wywiera za pośrednictwem procedur i konceptualizacji, wywłaszcza ono konflikty z właściwych im kontekstów. Autor ten podkreśla, że współczesne socjologiczne teorie prawa krytykują oderwanie prawa od jego społecznych korzeni, gwałtowne zerwanie związków *alter* i *ego*. Wspólne jest im również żądanie powrotu prawa do tego, co za jego korzenie uważają: norm społecznych, spontanicznych reguł, standardów wspólnoty, racjonalności dyskursywnej i sprawiedliwości dekonstruktywnej (Teubner 2002, s. 111).

Dla konceptualizacji prawa ponowoczesnego istotne są też wspomniane jego cechy strukturalne: policentryczność, nakładanie się, a nawet przecinanie różnych porządków prawnych – państwowego, lokalnego, ponadpaństwowego, porządków prawnych wielkich korporacji czy instytucji finansowych takich jak banki czy giełdy. W odniesieniu o prawa polskiego mówi się o jego policentryczności czy multicentryczności (Łętowska 2005a, 2005b, 2006).

Wiąże się z tym nierozdzielnie idea fragmentacji prawa, a także konstatacja, że postmodernizm wyraża się w wielości możliwych interpretacji tekstu prawnego z uwagi na wielość możliwych perspektyw, w jakich tekst ten daje się odczytywać. Ideę fragmentacji prawa wyrażają autorzy związani z krytyką nowoczesności,

nawiązujący w tej dziedzinie do dorobku Maksa Webera.

Jest bowiem Max Weber również i w tym zakresie prekursorem ponowoczesności w socjologicznej teorii prawa. Do takiego wniosku skłania krytyka nowoczesności zawartej w podstawowym dziele tego autora *Gospodarka i społeczeństwo* (wyd. polskie 2004) oraz w eseju *Etyka protestancka i duch kapitalizmu* (wyd. polskie 1994, s. 218). W obydwu zwracał uwagę Weber na rozdzielanie się dążenia do bogactwa od kwestii zaspokojenia potrzeb i uczynienia z bogactwa, z zysku celu samego w sobie, podobnie jak podkreślał podporządkowanie coraz szerszych obszarów działania społecznego regułom racjonalności instrumentalnej, i stopniowe wypieranie, czy wręcz zanikanie reguł racjonalności aksjologicznej. Prowadzi to do rozczłonkowania systemów normatywnych, oddzielenia się prawa od etyki, moralności, religii i ukształtowania się prawa formalnie racjonalnego, jako istotnego komponentu nowoczesności, a jednocześnie warunku realizacji racjonalności instrumentalnej podmiotów prawa. Racjonalne działanie społeczne jest więc działaniem instrumentalnym, pozbawionym wszelkiej aksjologii, podporządkowanym jedynie formalnie-racjonalnemu prawu. Zdaniem Maksa Webera, wyrażonym w słynnej formule o „klatce racjonalności” nowoczesność tak rozumiana stwarza potencjalne niebezpieczeństwo irracjonalności, związanej z chęcią wydobycia się z owej klatki. Ponadto, z punktu widzenia organizacji działań społecznych, racjonalność instrumentalna wiedzie do radykalnej fragmentacji owej organizacji, ze względu na zróżnicowanie celów działań społecznych.

Tezy te znajdują istotne wsparcie w metodzie rozumiejącej i zwróceniu uwagi na wartości pozwalające na rozumienie społeczeństwa, ujmowanego jako społeczność kulturowa, istniejąca dzięki podobnemu rozumieniu wartości. Ujęcie społeczeństwa jako społeczności kulturowej pozwala na zrozumienie jego obecnego rozczłonkowania oraz na zrozumienie działania społecznego i sytuacji człowieka w nowoczesnym świecie. Wspomniane opanowanie działania społecznego przez racjonalność instrumentalną i zanikanie wartości jednoczących ludzi i nadających sens działaniu społecznemu prowadzi bowiem nie tylko do funkcjonalnego zróżnicowa-

nia społecznego, co jest procesem pożądanym, lecz także do niepożądanego fragmentacji społeczeństwa, której towarzyszy poczucie poczucia braku sensu życia i wewnętrzne osamotnienie jednostki zamkniętej w klatce racjonalności formalnej, a obecnie przede wszystkim, co należy dodać, czysto utylitarnej racjonalności ekonomicznej.

Kolejny wątek w twórczości Maksa Webera dotyczy procesów makrosocjalnych, w tym powstania państwa socjalnego, czego efektem są z kolei dalsze procesy fragmentacji, a zatem procesy fragmentacji formalnie racjonalnego prawa, przenikania do prawa elementów racjonalności aksjologicznej, związanej z zasadą sprawiedliwości społecznej. Prowadzi to do zakwestionowania formalnej zasady wolności umów jako podstawowej zasady systemu prawa formalnie racjonalnego i inicjuje proces rozdzielania się regulacji formalnie racjonalnych oraz materialnie racjonalnych. Źródłem tego procesu jest kapitalistyczna gospodarka i wzrastająca groźba konfliktu społecznego. W efekcie następuje przede wszystkim zmiana modelu umowy o pracę tak, by zadośćuczynić wymogom sprawiedliwości w dalszej kolejności, ochrony godności ludzkiej. Wewnętrzna fragmentacja prawa jest właśnie skutkiem zmian tego rodzaju. Szczególnie ma tu na myśli Max Weber fragmentację prawa prywatnego, jego rozpad na poszczególne gałęzie prawa ze względu na różne normy etyczne, jakie stają się elementami danej dziedziny prawa, w tym szczególnie wspomnianego prawa pracy, prawa rodzinnego czy prawa regulującego stosunki właściciel-łokatorzy.

Te prekursorskie tezy Maksa Webera na temat dynamiki systemu prawa, jego fragmentacji, roli ukształtowania się państwa socjalnego dla rozwoju systemu prawa, a także znaczenia czynników irracjonalnych dla prawa oraz porządku społecznego są przedmiotem szczególnej uwagi autorów współczesnych. Podkreśla się tu wkład współczesnych autorów francuskich, a zatem obok wspomnianego Jacques'a Derridy także m.in. Jeana-Francois Lyotarda, a także niemieckich, gdzie z kolei istotne znaczenie mają koncepcje Karla-Heinza Ladeura. Punktem wyjścia dla postmodernistycznej teorii prawa są tezy na temat fragmentacji świadomości społecznej, w tym przede wszystkim teza o wielości heterogenicz-

nych gier językowych, heterogenicznych „narracji” w ramach pluralistycznej organizacji społecznej ponowoczesnego świata (Lyotard 1979, Lyotard 1985, s. 72). Inaczej jednak aniżeli Max Weber, zarówno Lyotard, jak i Ladeur, podobnie jak wspomniany Derrida, nie przypisują czynnikom irracjonalnym znaczenia negatywnego. Wręcz przeciwnie, autorzy ci podkreślają pozytywny efekt irracjonalności dla zakwestionowania nowoczesności, a przede wszystkim zakwestionowania wspomnianych wielkich „narracji” uzasadniających jedność, spójność, systemowość nowoczesności. Istotna jest tu koncepcja wielości gier językowych Lyotarda, nawiązująca do koncepcji Derridy dotyczących rozpadu, czy nawet rozproszenia się języka na małe fragmenty znaczeniowe, które podporządkowane są różnym standardom racjonalności, co w związku z tym prowadzi do pęknięć i paradoksów (luk technicznych w prawie), umożliwiających wydobycie właściwych znaczeń.

Karl-Heinz Ladeur zwraca uwagę na to, że we współczesnym świecie miejsce państwa zajmują w coraz szerszym zakresie organizacje gospodarcze. Ma to szczególne efekty dehumanizacyjne: organizacje gospodarcze kierują się bowiem im właściwymi standardami racjonalności instrumentalnej, co potencjalnie prowadzi do dalszego rozczłonkowania, fragmentacji organizacji społecznej. Skłania to do postawienia pytania, czy ochrona praw podstawowych jako elementu aksjologicznego organizacji społecznej powinna obejmować również ochronę przeciwko organizacjom tego rodzaju. Odpowiedź twierdząca na to pytanie zakłada odmienną aniżeli klasyczna, a zatem indywidualistyczna konceptualizację podstawowych praw człowieka. Zdaniem Ladeura, we współczesnym świecie prawa podstawowe pełnią bowiem odmienną funkcję niż tradycyjnie rozumiana funkcja ochronna: jest nią zagwarantowanie zmienności i umiejętności samoprzekształcania się świadomości społecznej, czyli świadomości grup czy kategorii społecznych „dotkniętych” regulacją prawną, w warunkach niewiedzy (Ladeur 1995, s. 205). Prawa podstawowe były więc czynnikiem kształtowania się szczególnego rodzaju wiedzy, dzięki której społeczeństwo aktualizuje się, organizuje i reprodukuje. Zgodnie bowiem z tą koncepcją w miejsce ustawy warunkującej w sposób

względnie stały procesy stosowania prawa pojawia się koncepcja sieci wymiany informacji (w związku z wielością wspomnianych organizacji oraz generowaną przez nie wielością gier językowych) Ich powstanie i funkcjonowanie możliwe jest właśnie dzięki konstytucyjnym gwarancjom praw podstawowych. Prawa podstawowe i podstawowe wolności (w tym przede wszystkim szeroko rozumiane prawo wolności wypowiedzi, prawo dostępu do informacji, prawa polityczne, ale i prawa do uczestnictwa w zróżnicowanych procesach decyzyjnych) umożliwiają elastyczność i samoprzekształcanie się wiedzy społecznej, w każdorazowym kontekście. Dzięki nim każdy akt stosowania prawa byłby także aktem jego zmiany, a nawet tworzenia w kontekście wzrastającej społecznej samoświadomości. To prowadzi Ladeura do krytyki zorientowanej na indywidualny podmiot ochrony konstytucyjnej praw podstawowych oraz konstytucyjnej metody ważenia argumentów, jednego z najważniejszych osiągnięć konstytucjonalizmu. Metoda ważenia argumentów prowadzi bowiem do hierarchizacji praw, uznania prymatu uniwersalnych praw indywidualnych, a także, w ramach systemu interwencjonistycznego państwa socjalnego, prymatu wartości uznanych za nadrzędne w ramach „narracji”, jaką posługuje się to państwo. Natomiast w koncepcji Ladeura horyzontalną i pluralistyczną racjonalność społeczeństwa przeciwstawia się hierarchicznej, aksjologicznej racjonalności państwa, w szczególności państwa interwencjonistycznego, które, zdaniem Ladeura, blokuje zarówno możliwości elastycznego reagowania w warunkach niewiedzy, jak i potencjał samoorganizacji społecznej oraz budowania wiedzy w ramach poszczególnych, zdecentralizowanych segmentach społeczeństwa. W związku z tym kolejną i może najważniejszą funkcją praw podstawowych jest ochrona potencjalnych zdolności społeczeństwa do samoorganizacji oraz kształtowania się porządku społecznego w nawiązaniu do już istniejących sieci powiązań (więzi społecznych). Ostatecznie zatem teoria praw podstawowych Karla-Hainza Ladeura to teoria praw refleksyjnych zbiorowości posiadających umiejętność samoorganizacji, a nie teoria praw indywidualnych.

Teorię prawa w ponowoczesnym społeczeństwie można więc określić jako poststrukturalis-

tyczną. Opiera się ona na konstatacji, iż dla prawa we współczesnym świecie problemem staje się współczesny świat właśnie, a zatem procesy zaniku hierarchii społecznych, fragmentacji i wzrostu pluralizmu, wzrastające obszary nieoznaczoności i ryzyka, a także globalizacji połączone z dość radykalnymi zmianami wewnętrznej suwerenności państwa. Konsekwencją globalizacji, międzynarodowego obrotu gospodarczego, powstawania ponadnarodowych i międzynarodowych organizacji gospodarczych, a także organizacji społeczeństwa obywatelskiego jako systemów komunikacyjnych o wzrastającym zasięgu globalnym jest kształtowanie się światowego systemu prawa. System staje się systemem samoobserwującym i samoodnoszącym, czyli systemem autopojetycznym w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadał Niklas Luhmann. Nie ma się tu na myśli jedynie międzynarodowego prawa publicznego, czy też międzynarodowej ochrony praw człowieka, lecz powstawanie skomplikowanego systemu prawnego niejako wokół poszczególnych gospodarek, multinationów korporacji, systemów finansowych oraz systemów politycznych i organizacyjnych współczesnego świata, jako skodyfikowanego systemu komunikacyjnego, wewnątrznie zróżnicowanego, a nawet pluralistycznego. Tego rodzaju kompleksowy system – nawiązując do klasycznych badań socjologiczno-prawnych nad pluralizmem prawnym w Europie Środkowo-Wschodniej – Teubner nazwał „globalną Bukowiną”, składającą się z wielu „prywatnoprawnych konstytucji” przekraczających tradycyjne granice regionalne, nie wspominając o państwowych. Ten skomplikowany system spontanicznie powstających regulacji z kolei określił Teubner mianem nowej *Lex Mercatoria* międzynarodowego obrotu gospodarczego (Teubner 2003, s. 1–28)⁵. Gdzie

indziej autor ten użył metafory „wielu wcieleń króla” (Teubner 1997, s. 763–788). Wewnątrznie zróżnicowany system globalny jest systemem pozbawionym hierarchii, zniknął bowiem (lub ostrożniej, utracił swe dawne, niekwestionowane znaczenie – G.S.) suweren państwo oraz naród obywatel, jako ostateczne źródła prawa (Teubner 1997, s. 766). Zgodnie z wcześniejszymi pracami Gunthera Teubnera, „strażnikami” owych prywatnoprawnych konstytucji byłyby pluralistyczne organizacje społeczeństwa obywatelskiego, wyrażające się w wielości rozmaitych form społecznej samoorganizacji i autorefleksji oraz w rozmaitych formach rozwiązywania sporów. Współcześnie natomiast autor ten podkreśla, że czynnikiem decydującym o odróżnieniu się prawa od innych systemów częściowych oraz strażnikiem prawa jest charakterystyczny dyskurs, jakim prawo się posługuje (Teubner 2002). Redefinicji ulega zatem również pojęcie autopojezy tego rodzaju systemu prawa. Kwestie samoobserwacji i samoorganizacji są przez prawo rozwiązywane w ten sposób, że korzysta ono faktu, iż poszczególne systemy (w tym prawo) mogą korzystać nawzajem z własnej wiedzy i sensów (Calliess 2006, s. 57 i n.).

Pozostaje problem sprawiedliwości takiego pluralistycznego porządku. Problem ten Teubner rozwiązuje na dwa sposoby. We wcześniejszych pracach tego autora pojawia się postulat reintrodukcji do prawa szczególnie rozumianego sacrum, w związku ze spostrzeżeniem na temat podwójnej relacja prawa i sprawiedliwości: jednoczesnym jasnym rozdzieleniu prawa i sprawiedliwości oraz dostrzeżeniem nierozdzielalności

to, iż powinno ono wyrastać z praktyki handlowej, odpowiadać na oczekiwania kupców i być zrozumiałe oraz akceptowalne przez kupców, którzy byli mu podporządkowani. Wiąże się z tym też możliwość wyboru instytucji arbitrażowych, procedur oraz prawa, jakie będzie się stosować w danej sytuacji, a także arbitrów. Prawo to było stosowane przez sądy mające swe siedziby wzdłuż centrów handlowych. Szczególną cechą *Lex Mercatoria* stanowiło zaufanie oraz poleganie na prawie rozwijanym i stosowanym przez arbitrów. Współcześnie określenie *Lex Mercatoria* odnosi się o traktatów związanych z obrotem międzynarodowym (tzw. międzynarodowe prawo prywatne) i związane jest z międzynarodowym arbitrażem oraz innymi pozasądowymi sposobami rozwiązywania sporów w obrocie międzynarodowym (Michaels 2008, s. 765).

⁵ Określenie *Lex Mercatoria* historycznie odnosi się do praktyk i zwyczajów wspólnych kupcom w Europie we wczesnym średniowieczu. Wyrosło ono z transakcji dokonywanych przez przedstawicieli różnych narodów – władców. Mianem tym określa się także prawo zwyczajowe, uznawane przez władców, a nie prawo ustanowione przez władzę. Pojawiło się ze względu na to, że prawo cywilne niewystarczająco szybko i elastycznie reagowało na wzrastające wyzwania wymiany handlowej. Wiązało się to z potrzebą szybkiej i efektywnej jurysdykcji, stosowanej przez wyspecjalizowane sądy. Ideą *Lex Mercatoria* było

go związku sprawiedliwości i prawa w kompleksowym społeczeństwie globalnym. Związek ten ma jednak też szczególny charakter. Analizując go, nawiązuje Teubner krytycznie do wspomnianych koncepcji Jacques'a Derridy na temat efektu dekonstrukcji tekstu prawnego i wydobywania pierwotnych, głębokich znaczeń sprawiedliwości, ujawnionych dzięki temu zabiegowi, jak i konstatacji o ostatecznej klęsce prawa i prawniczej koncepcji sprawiedliwości, jaka jest jego efektem, zanim dokona się jego dekonstrukcji i dotrze do owych pierwotnych, ukrytych poza tekstem znaczeń czy raczej intuicji. Zdaniem jednak Teubnera, wskazując na możliwość dotarcia do jakiejś „pierwotnej” spontanicznej i pozaracjonalnej koncepcji sprawiedliwości w drodze dekonstrukcji tekstu prawnego, Derrida wykazuje nadmierny optymizm. Bardziej realistyczna miałaby być koncepcja systemu prawa jako „króla o wielu wcieleniach”, czy „nowej Bukowiny”, heterohierarchicznego prawa o wielu źródłach, prawa produkowanego przez zróżnicowane, a nawet wzajemnie się wykluczające dyskursy społeczne, prowadzone przez „wielu dyskursywnych suwerenów” (Guenther 1976), a nawet prawa multikontekstualnego, którego źródła trudno zrekonstruować, a tym bardziej związać je z jakąś ideą na temat sprawiedliwości (Teubner 1997, s. 777). Tego rodzaju heterohierarchiczne prawo jest prawem apolitycznym, a czynnikami mediującymi pomiędzy wielością operacyjnie zamkniętych systemów policentrycznego i multikontekstualnego prawa stają się pozapolityczne „instytucje łączące” m.in. procedury oraz podstawowe zasady prawne, np. zasada, że umów należy dotrzymywać – umożliwiające operowanie tych systemów, a nawet wzajemne przekraczanie przez nie własnych granic. Tego rodzaju prawo z klasycznie rozumianą sprawiedliwością, w tym sprawiedliwością społeczną, ma niewiele wspólnego. Sprawiedliwość natomiast byłaby efektem procesów samowalidacyjnych w ramach każdego z wielu subsystemów prawa, odniesieniem się do „uświęconych” tradycji i tradycyjnych zwyczajów (jak w przypadku *Lex Mercatoria*), mitów dotyczących źródeł prawa (np. 10 Tablic), czy też narracji związanych z prawem (Teubner 2002, s. 781, 782) lub, w świetle najnowszych analiz, byłaby ona efektem przejrzystych procedur bądź

też zredukowana do czystej sofistyki prawniczej (Teubner 2003).

Zarysowana tu, z konieczności pobieżnie, charakterystyka teorii prawa ponowoczesnego nakazuje przyjrzenie się faktycznym, empirycznym procesom rekonstrukcji prawa, umożliwiającym pełnienie przez prawo funkcji regulacyjnych.

4. Rekonstrukcja porządku prawnego w praktyce „globalnej Bukowiny”: spontaniczny konstytucjonalizm oraz kształtowanie się nowej *Lex Mercatoria*

Tezy na temat sprzecznych, a nawet przeciwnych „logik” oraz „semantyk” prawa ponowoczesnego, jego wzrastającej fragmentacji i dehierarchizacji, roli wartości oraz ochrony praw podstawowych jako czynników generujących procesy społecznej samoorganizacji oraz społecznej refleksyjności w pluralistycznym społeczeństwie, a także tezy na temat zmniejszającej się roli państwa i wzrastającej roli ponad- czy międzynarodowych organizacji gospodarczych, politycznych oraz obywatelskich znajdują uzupełnienie w koncepcjach opartych na analizie empirycznej praktyki tworzenia się i funkcjonowania prawa – jego rekonstrukcji – we współczesnym świecie. Procesy rekonstrukcji prawa dostrzegane są we wspomnianym powyżej kształtowaniu się nowego, oddolnego i spontanicznego porządku konstytucyjnego w ramach poszczególnych zbiorowości społecznych oraz równie spontanicznym powstawaniu ponadnarodowego porządku prawa obrotu gospodarczego – wielokrotnie tu wspomnianej, współczesnej *Lex Mercatoria*.

Punktem wyjścia jest spostrzeżenie o przestarzałym charakterze tradycyjnego podziału na prawo wewnątrzpaństwowe i prawo międzynarodowe publiczne oraz przyznanie suwerenemu państwu kompetencji prawotwórczych. Empirycznie ważny wyłom stanowi tu prawo Unii Europejskiej wraz z zasadą pierwszeństwa prawa europejskiego przed prawem wewnątrzpaństwowym, zasadą jego bezpośredniego stosowania i bezpośrednio wiążącego charakteru tego prawa, a także powstanie innych organizacji o charakterze międzynarodowym, które również stają się ważnym źródłem prawa. Prawo

wspólnotowe i prawo krajowe są jednak w znacznym stopniu rozłączne i nie tworzą piramidy. Niezależnie od powstających organizacji i instytucji ponadnarodowych i transnarodowych, takich jak Unia Europejska, w globalizującym się świecie pojawiają się jeszcze inne, nowe formy tworzenia i stosowania prawa. Prawo powstaje w coraz większym stopniu dzięki aktywności organizacji o charakterze gospodarczym czy finansowym, organizacji obywatelskich działających w imieniu interesu publicznego bądź też interesów grupowych lub hybrydowych organizacji prywatno-publicznych. Wśród źródeł prawa ważne miejsce zajmuje orzecznictwo, niezależnie od tego, czy przedmiotem analizy są państwa anglosaskie, należące do systemu prawa precedensowego, czy też kontynentalne państwa europejskie, należące do systemu prawa stanowionego. Tu olbrzymie znaczenie przyznaje się sądownictwu konstytucyjnemu. Orzeczenia sądów i trybunałów konstytucyjnych traktowane są jako istotne czynniki przewyżczenia fragmentacji społecznej oraz powiązania prawa z regułą sprawiedliwości, a przede wszystkim ochrony wolności i społecznej samoorganizacji. Jak argumentują autorzy badań nad wpływem Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny, sądownictwo konstytucyjne jest gwarantem istnienia społecznych sfer wolności, co ma oznaczać, że „ograniczając zakres dopuszczalnych interwencji politycznych w życie społeczne, przyczynia się ono do wytworzenia spontanicznych, niepolitycznych i niewynikających z uregulowań prawnych, mechanizmów jego organizacji. Jednocześnie jednak prawo wyznaczania ostatecznych granic polityki, a zatem wytwarzania określonych «sfer wolności», stanowi możliwość kształtowania określonych relacji między jednostkami, organizacjami czy grupami społecznymi w ich ramach” (Stawecki, Staśkiewicz, Winczorek 2008, s. 8, 9).

Bardzo ważnym źródłem prawa staje się orzecznictwo międzynarodowego arbitrażu gospodarczego, w nawiązaniu do tradycji *Lex Mercatoria*, czyli szybkiego, jak najbardziej efektywnego i najmniej kosztownego rozstrzygnięcia sporów, opartego na zasadach słuszności, proporcjonalności i dobrych obyczajów kupieckich.

Współcześnie tworzące się prawo, którego źródłem są wspomniane organizacje czy po-

szczególne orzeczenia sądowe lub arbitrażowe, powstaje więc spontanicznie, jest zorientowane na rozwiązanie czy regulację konkretnych problemów na obszarze szeroko zakreślonych, nieposiadających wyrażanych granic działań społecznych (przykładowo: wymiana handlowa, inwestycje, obrót papierami wartościowymi, praca, usługi). Jest też ono jedynie w pewnym zakresie warunkowane przez państwa, często tworzy się jako prawo wyłącznie pozapaństwowe. Dla rozwoju współczesnego prawa obrotu gospodarczego ważne znaczenie mają wypracowane zwyczaje oraz tzw. dobre praktyki. Jak stwierdza Gunther Teubner, prawo to powstaje jako skutek takiego zapotrzebowania na regulację, „jakie nie może być zaspokojone ani przez instytucje państwa narodowego, ani przez instytucje między państwowe, lecz które jest zaspokajane bezpośrednio przez wspomnianych nowych aktorów (globalnego) obrotu” (Teubner 2000, s. 437). Powstające dzięki temu porządki prawne opierają się na powszechnie uznanych zasadach prawnych i ich konkretyzacjach w zwyczajowo przyjętych praktykach i procedurach. W celu regulacji konfliktów powstają nowe instytucje arbitrażowe i rozjemcze. Jak podsumowuje inny autor, obserwujemy współcześnie kształtowanie się transnarodowych procesów tworzenia prawa w ramach czterech obszarów:

- a) globalnego różnicowania się systemów gospodarczych i mechanizmów oraz mediów towarzyszących temu procesowi;
- b) skutków, jakie niesie ze sobą to zróżnicowanie dla środowiska naturalnego, migracji oraz rozwoju (społecznego);
- c) praw człowieka;
- d) kształtowania się transnarodowego prawa karnego i przepisów gwarantujących bezpieczeństwo w sytuacji konieczności zwalczania dysfunkcyjnych skutków globalizacji. W związku z tymi procesami powstaje współcześnie teoria transnarodowych procesów prawnych.

Jak się podkreśla, prawdziwą *Lex Mercatoria* jest obecnie wyłaniające się globalne prawo handlowe, które zawiera elementy praw państwowych oraz trans- i ponadnarodowych oraz zasady wypracowane w procesie rozstrzygnięcia sporów. Tego rodzaju transnarodowe prawo miałooby stanowić radykalne wyzwanie wobec trady-

cyjnego prawa, tworzono go i legitymizowano przez państwo. Czyni bowiem ono irrelevantnym rozróżnienie pomiędzy prawem wewnątrzpaństwowym a prawem ponad- czy transnarodowym, wychodząc niejako poza rozróżnienia tego typu. Ponadto współczesna *Lex Mercatoria* oznacza przejście od tradycyjnej fragmentacji prawa i jego różnicowania według gałęzi oraz źródeł do zróżnicowania funkcjonalnego. „Jest to prawo poza państwem, a nie bez niego” – głosi jeden z jego badaczy (Michaels 2008, s. 736).

Jedną z podstawowych „instytucji łączących” te zróżnicowane formy, które przybiera współczesne prawo obrotu gospodarczego w pluralistycznym świecie – niezależnie od pewnych najbardziej generalnych i podstawowych zasad prawa, stają się procedury. Teza o wzrastającym praktycznym znaczeniu proceduralizacji i sprawiedliwości proceduralnej należy do najbardziej popularnych w analizach tworzenia i stosowania prawa. W szczególności i w wielkim skrócie, proceduralizacja oznacza zmianę formy prawa w warunkach konfliktu interesów przez oparcie prawa na proceduralnych regułach kolizyjnych, jako jego podstawowym komponencie. Ma się tu na myśli systemowe reguły kolizyjne, a zatem rodzaj metareguł, gwarantujących regulację sprzeczności systemowych, a tym samym legitymizujących system. Systemowe reguły kolizyjne z kolei, na niższym poziomie, prowadzą do uniknięcia promocji jakiegoś interesu partykularnego. Jednocześnie proceduralne reguły kolizyjne tworzące metasystem prawny, prowadzą do jego samousprawiedliwienia. Nie chodzi tu więc o reguły kolizyjne w procesie rozstrzygania konkretnych przypadków w sytuacji sprzeczności konkretnych norm ani o reguły kolizyjne stosowane w sytuacji sprzeczności pomiędzy porządkami prawnymi poszczególnych państw, ale o kolizje pomiędzy całymi kompleksami norm, dziedzinami prawa, instytucjami prawnymi, a nawet o dywergencje pomiędzy teoriami społecznymi. Zgodnie z takim stanowiskiem, procedury są „społeczną racjonalnością” (Fischer-Lescano 2007, s. 84), a przyjmując postać reguł, stają się naczelną kategorią prawniczej rekonstrukcji sprzeczności społecznych. Podobnie jednak jak wspomniani powyżej autorzy, Jacques Derrida i Niklas Luhmann, przyznaje się też wielkie znaczenie lukom prawnym, paradoksom,

aporiom i ambiwalencjom tkwiącym w prawie. Luki, paradoksy i sprzeczności nie traktowane są jako błąd logiczny, lecz jako czynnik dynamizujący prawo, umożliwiają one wzajemne dostosowanie proceduralnych reguł kolizyjnych oraz oczekiwań społeczeństwa.

5. Zakończenie: ponowoczesne prawo i *governance*

Efektom globalizacji jest zatem tworzący się spontanicznie transnarodowy porządek prawny (Teubner 2000, s. 437–453, 438), natomiast teoretycznym efektem procesów tworzenia się konstytucji prywatno-prawnych jest koncepcja *governance*, jedna z najważniejszych współcześnie teorii dotyczących kwestii rządzenia się czy też samorządności, w warunkach kształtowania się transnarodowych organizacji i transnarodowego pluralizmu prawnego.

Należy tu podkreślić, że taka koncepcja prawa, w której nacisk spoczywa na jego funkcji ochronnej, była tradycyjnie ściśle związana z koncepcją państwa jako gwaranta ochrony, gwaranta wypłacalności, a w czasach współczesnych także z koncepcją państwa opiekuńczego. Państwo to traktuje bowiem prawo jako instrument prowadzonej przez siebie polityki: społecznej, zdrowotnej, edukacyjnej czy też demograficznej. Stąd ochronną funkcję prawa wiązano bezpośrednio z organizacyjną, administracyjną i rozdzielczą funkcją racjonalnie planującego swą politykę państwa. Logika racjonalności była tu logiką racjonalności planowania i administrowania i oznaczała podporządkowanie prawa polityce państwa opiekuńczego, a jednocześnie stanie na straży jego zobowiązań wobec obywateli. Skutki tego mogą być dysfunkcjonalne zarówno dla społeczeństwa, jak i państwa oraz prawa. Pokróćce polegają one m.in. na powszechnym zastępowaniu nieformalnej koordynacji działań społecznych przez biurokratyczne, formalne hierarchizowane organizacje dysponujące wiedzą ekspercką. W konsekwencji prawo państwa opiekuńczego staje się narzędziem autorytaryzmu organizacji biurokratycznych, podporządkowując sobie wszelkie przejawy spontanicznego rozwoju społecznego. Autorzy przyjmujący postawę krytyczną wobec obserwowalnych tendencji

rozwojowych nowoczesnego państwa i prawa podkreślali, że samo prawo pozytywne ulega formalizacji i autonomizacji, odrywając się od innych norm społecznych oraz ogólnie od swego społecznego kontekstu. Następuje zatem dalsza fragmentacja działań społecznych i rozczłonkowanie systemu społecznego – każda sfera działania rozwija swoją racjonalność formalną, znajdującą się w konflikcie lub nieprzenikalną dla racjonalności innych sfer czy też subsystemów społecznych. Poddanie prawa logice kosztów i zysków, czyli racjonalności ekonomicznej, powoduje, że prawo, przestając być instrumentem zbiurokratyzowanego państwa, odzwierciedla w coraz większym stopniu kalkulację kosztów-zysków. W sytuacji dominacji kalkulowania zysków i kosztów jako wyłącznemu kryterium racjonalności, obowiązującej we wszystkich obszarach działania społecznego, regulacja prawna może przekroczyć wszelkie bariery moralne czy ideowe, wszelkie społeczne zobowiązania (np. wspomniane ochronne, zabezpieczające przed ryzykiem czy też opiekuńcze). Staje się ona bowiem aksjologicznie przezroczysta. Tego rodzaju aksjologicznie przezroczyste prawo wzmacnia wspomniane negatywne cechy społeczeństwa ponowoczesnego, więc przede wszystkim przyczynia się do jego otwartości i płynności, braku zakorzenienia w ustalonych wartościach. Taki wniosek wzmacnia teza, że współczesne społeczeństwo charakteryzuje inkluzja ekonomiczna, w miejsce politycznej, a zatem wszyscy jego członkowie – przedsiębiorcy, studenci, pacjenci, lekarze i pielęgniarki, profesorowie uczelni, renciści oraz dzieci – objęci są skutkami działania systemu ekonomicznego. Innymi słowy, system ten i charakterystyczne dlań reguły funkcjonowania oraz semantyka kosztów i zysków, a także cen, nakładają się i wreszcie wypierają reguły i semantyki pozostałych systemów – ochrony zdrowia, przysięgi Hipokratesa i dobra pacjenta, prawdy naukowej, opieki nad dziećmi i ludźmi starymi. W odniesieniu do prawa oznacza to zatem kolejną odsłonę w procesie jego pozytywnizacji i zaniku podstaw etycznych.

W związku z tym formułowana jest teza, iż prawo w społeczeństwie ponowoczesnym nie może ustanowić trwałych podstaw życia społecznego, stabilizować społeczeństwa i je integrować. Pozbawione etycznych podstaw, reagują

przede wszystkim na informacje docierające z systemu ekonomicznego, podporządkowane semantyce pieniądza i cen, prawo podaje się otoczeniu ekonomicznemu. Coraz istotniejszym elementem tego otoczenia staje się globalny system ekonomiczny, charakteryzujący się wahaniami koniunkturalnymi, cyklicznością wzrostu ekonomicznego, wrażliwy na operacje giełdowe. Dlatego też istotne jest zwrócenie uwagi na takie formy porządku prawnego, które z jednej strony są instytucjami społeczeństwa obywatelskiego i zewnętrzną, proceduralną barierą wobec biurokratycznego autorytaryzmu, a z drugiej – wynikiem negocjacji i ustaleń, rozstrzygnięć dokonywanych w sprawach spornych, wzorcem i źródłem bardziej trwałych reguł postępowania, ograniczając negatywne skutki ponowoczesności czy wręcz odpowiadając na nowe potrzeby.

W pierwszym wypadku mam na myśli instytucjonalizację norm proceduralnych w organizacjach społeczeństwa obywatelskiego, zawodowych czy stowarzyszeniach, a także, jak się podkreśla, na wszelkich obszarach działalności zawodowej prowadzonej w ramach korporacji, uniwersytetów, szpitali, stowarzyszeń artystycznych, stanowiących rezultaty deliberacji i dokonywanych uzgodnień jako ich źródła, w postaci spontanicznego konstytucjonalizmu. Wskazuje się przy tym, że tego rodzaju proceduralnej konstytucjonalizacji podlegają też poszczególne dziedziny działań społecznych, np. „Deklaracja niepodległości cyberprzestrzeni” odwołuje się do tworzącej się światowej przestrzeni społecznej (cyt. za Teubnerem 2000). W drugim wypadku, rozstrzygnięć w sprawach spornych, mam na myśli regulacje i normy tworzone nie tylko w drodze regulacji między państwami, lecz także między nowymi, półprywatnymi albo całkiem prywatnymi aktorami, którzy odpowiadają na potrzeby rynku globalnego. Gunther Teubner zauważa, że „w obszarze między państwami i ciałami prywatnymi znacznie wzrosła liczba samodzielnie regulujących swe działanie ciał władczych, co prowadzi do rozmycia podziału na publiczną sferę suwerenności i partykularną sferę prywatnych interesów” i konstatuje: „nie ma potrzeby ograniczania problematycznego związku jurydykacji i konstytucjonalizacji do wspólnoty politycznej. Słynne stwierdzenie Grotiusa *ubi societas ibi ius* musi zostać przeformułowane

w sposób zgodny z warunkami funkcjonalnego zróżnicowania planety tak, aby tam, gdzie rozwijają się autonomiczne obszary społeczne, tam tworzone jest autonomiczne, względnie niezależne od polityki (ale podkreślmy, zgodne z konstytucją – GS), prawo” (Teubner 2002, s. 113). Tworzenie takiego prawa odbywa się, jak już wspomniano, poza klasycznymi źródłami prawa międzynarodowego, przyjmując, niezależnie od ustaleń proceduralnych w ramach organizacji społeczeństwa obywatelskiego, postać porozumień zawieranych przez globalnych graczy, międzynarodowe koncerny, a także poszczególnych uczestników obrotu gospodarczego oraz instytucje rozstrzygające spory.

Wszystko to rzuca wielkie wyzwanie dla procesów zarządzania, procesów *governance*, jednocześnie stwarzając szanse rewitalizacji komunikacyjnych właściwości prawa, a także szansę ukształtowania nowych podstaw porządku społecznego w globalizującym się świecie społeczeństwa ponowoczesnego.

Bibliografia

- Bauman Z. (2000). *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity Press, wyd. polskie: Bauman Z. (2007). *Płynne czasy. Życie w epoce niepewności*. Warszawa: Sic!
- Bauman Z. (2005). *Liquid Life*. Cambridge: Polity Press, wyd. polskie: Bauman Z. (2007). *Płynne życie*. Kraków: Wydawnictwo Literackie.
- Bauman Z. (2007). „Uncertainty and Other Liquid-Modern Fears”, w: Jiri Priban (red.) *Liquid Society and Its Law*. Ashgate: Aldershot.
- Dezalay Y., Garth B.G. (1996). *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Beck U. (1988). *The Risk Society. Towards a New Modernity*. London: Sage.
- Beck U. (1992). „The Reinvention of Politics: Toward a Theory of Reflexive Modernization”, w: U. Beck, A. Giddens, S. Lash (red.). *Reflexive Modernization*. Cambridge: Polity Press.
- Calliess G.P. (2006). „Systemtheorie: Luhmann/Teubner”, w: S. Buckel, R. Christensen, A. Fischer-Lescano (red.), *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart: Lucius and Lucius.
- Christie N. (1977). „Conflicts as Property”, *The British Journal of Criminology*, t. 15, nr 1, s. 1–15.
- Derrida J. (1999). *O gramatologii*. Warszawa: Wydawnictwo KR.
- Derrida J. (1996). *Kres człowieka czy troska o człowieka*. Warszawa: Wydawnictwo „Civitas Christiana”.
- De Sousa Santos B., Rodríguez Garavito C.A. (red.) (2005). *Law and Globalization from Below: Towards Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press of Michigan Press.
- Fuller L.L. (1993). *Anatomia prawa*. Lublin: Daimonion.
- Guenther K. (2001). „Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität”, w: L. Wingert, K. Guenther (red.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas J. (1993). *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Habermas J. (2000). *Filozoficzny dyskurs nowoczesności*. Kraków: Universitas.
- Knodt E.M. (1995). „Foreword”, w: N. Luhmann, *Social systems*. Stanford: Stanford University Press.
- Ladeur K.-H. (1995). *Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz, Selbstorganisation, Prozeduralisierung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Luhmann N. (1984). *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Systemtheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, wyd. polskie: Luhmann N. (2007). *Systemy społeczne*. Kraków: Zakład Wydawniczy „Nomos”.
- Luhmann N. (1996). *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, wyd. angielskie: Luhmann N. (2004). *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- Luhmann N. (1998). *Observations of Modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- Luhmann N. (1994). *Teoria polityczna państwa bezpieczeństwa socjalnego*. Warszawa: PWN.
- Liotard J.-F. (1979). „La condition postmoderne” Paris: Éditions de Minuit.
- Łętowska E. (2005a). „Multicentryczność systemu prawa i wykładnia jej przyjazna”, w: L. Ogieła, W. Popiołek, M. Szpunar, *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków: Zakamycze.
- Łętowska E. (2005b). „Multicentryczność współczesnego systemu prawa”, *Państwo i Prawo*, nr 4.
- Michaels R. (2008). „The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, t. 14, nr 2.
- Morawski L. (1999). *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze PWN.

- Polanowska-Sygułska B. (2008). *Pluralizm wartości i jego implikacje w systemie prawa*. Kraków: Księgarnia Akademicka, Ośrodek Myśli Politycznej.
- Priban J. (2007). „Theorizing Liquid Modernity in Its Legal Context”, w: J. Priban (red.) *Liquid Society and Its Law*. Aldershot: Ashgate.
- Skąpska G. (red.) (2002). *Budenbrookowie i piraci*. Kraków: Universitas.
- Skąpska G. (1992). *Prawo a dynamika społecznych przemian*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Stawecki T., Staśkiewicz W., Winczorek J. (2008). *Między policentrycznością a fragmentacją. Wpływ Trybunału Konstytucyjnego na polski porządek prawny*. Warszawa: Sprawne Państwo, program Ernst and Young.
- Stone Sweet A. (2006). „The True Lex Mercatoria and System of Transnational Governance”, *Journal of European Public Policy*, sierpień, s. 627–646.
- Sztompka P. (1996). *The Sociology of Social Change*. Oxford: Blackwell.
- Teubner G. (1997). „The Kings Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law’s Hierarchy”, *Law and Society Review*, t. 31, nr 4, s. 763–788.
- Teubner G. (2000). „Privatregimes: Neo-spon-tanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft”, w: D. Simon, M. Weiss (red.), *Zur Autonomie des Individuums*. Baden-Baden: Nomos.
- Teubner G. (2002a). „Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda”, *Ius et Lex*, nr 1, s. 107–132.
- Teubner G. (2002b). „Globale Zivilverfassungen: Alternative zur staatszentrierten Verfassungstheorie”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, t. 63, nr 1, s. 1–28.
- Weber M. (1994). *Etyka protestancka a duch kapitalizmu*. Lublin: Test.
- Weber M. (2004). *Ekonomia i społeczeństwo*. Warszawa: PWN.

Law in Postmodern Society

In the contemporary globalizing society which is also sometimes referred to as a postmodern society, it is becoming more and more difficult, if at all possible, to make use of law as an instrument of government. On the one hand, contemporary societies are characterized by legal pluralism, and on the other – law itself loses its traditional features including, above all, its close and one-way relationship with nation state. In the sociological theory of law, it is emphasized that law becomes autonomous by itself and that instead of the power of state, its internal systemic features (including its unique semantics) become the basis of its validity. A theoretical argument of such kind carries twofold implications: firstly, in connection with the different levels of regulation in the postmodern society, this argument indicates an increasing internal diversity of law. Secondly, autonomization of law and an increase in the pluralism of social system indicate that law in the contemporary world preferably ought to support the internal processes of societal self-regulation instead of direct interference in these processes. Theoretical arguments related to law in the postmodern society are confronted with concrete processes and phenomena which accompany law transformations. As a conclusion, one may formulate a statement saying that governance with the use of law consists in the support of the internal processes of self-regulation, while taking into consideration the social context of these processes.

Key words: globalization, legal pluralism, postmodern society, self-regulation.