

Gunther Teubner

SPRAWIEDLIWOŚĆ ALIENUJĄCA
O DODATKOWEJ WARTOŚCI
DWUNASTEGO WIELBŁĄDA

SPIS TREŚCI

1. Konsekwencje autopojezy prawa	109
2. Alienacja konfliktu	110
3. Rozumowanie prawnicze	116
4. Reżimy wytwarzania	121
5. Racjonalność prawa	124
6. Osoby prawne	127

Tłumaczenie: Ewa Gąsiorowska

Weryfikacja: Grażyna Skąpska



GUNTHER TEUBNER

Urodzony w 1944 roku. Od 1977 roku wykłada prawo prywatne i socjologię prawa na Uniwersytecie we Frankfurcie, wielokrotnie wykładał na Uniwersytecie w Berkeley. W latach 1992–1998 był *Otto-Kahn-Freund Professor of Comparative Law and Legal Theory* w *London School of Economics*. W 1983 otrzymał nagrodę Międzynarodowego Stowarzyszenia Socjologicznego im. Leona Petrażyckiego, a w 1998 roku – Nagrodę Akademii Europejskiej w Londynie.

Jest głównym twórcą koncepcji prawa refleksyjnego (wspólnie z H. Wilke) oraz jednym z najznakomitszych przedstawicieli teorii prawa autopojetycznego (obok N. Luhmanna i J-P Dupuy'ego).

Opublikował m.in. *Law as an Autopoietic System; State, Law, Economy as Autopoietic Systems; Environmental Law and Ecological Responsibility; Global Law without a State*.



WPROWADZENIE

Gunther Teubner podejmuje się w niniejszym artykule przeniesienia teorii systemów z wewnętrznego samoodnoszenia prawa na zewnętrzne relacje prawa ze społeczeństwem. Tytułowa sprawiedliwość alienująca nawiązuje do nieustannego procesu – wywłaszczającego odwzorowywania konfliktów społecznych w prawie. Autor stawia tezę, że alienacja konfliktu jest typowym produktem ubocznym, wytworem podwójnej zamkniętości prawa (tj. w stosunku do własnych operacji i środowiska zewnętrznego); to zaś jest efektem powtórnego wkroczenia – re-entry – do prawa takich rozróżnień na „prawo albo nie-prawo”, jakich prawo samo dokonuje, w szczególności tworząc samemu podstawy swoich decyzji. Autor ilustruje ją konsekwentnie na przykładzie rozumowania prawniczego, które – choć samo w sobie nie powinno rozstrzygać konfliktu społecznego – zawiera jednak pewną rozstrzygalność, jako że jego użycie istotnie przekształca alternatywę, która ma być podstawą decyzji. Analiza reżimów wytwarzania – strukturalnych powiązań między autonomicznymi systemami społecznymi – ujawnia jeszcze wyraźniej odległą i przekształconą perspektywę, jaką przyjmuje prawo wobec sprawiedliwości, na skutek prawnej alienacji konfliktu.

Sprawiedliwość alienująca jest wymuszana i sama wymusza tworzenie przez prawo fikcji, którą następnie prawo musi traktować jako rzeczywistość. Dwunasty wielbłąd przedstawia te symboliczne operacje prawa, przez które instrumentarium prawnicze wykorzystuje konflikt społeczny dla własnych celów. Stąd też ujawniona w tekście pokusa autora do zmiany tytułu artykułu na „sprawiedliwość wykorzystująca”.

1. KONSEKWENCJE AUTOPOJEZY PRAWA

Pewien wiekowy szejka beduiński spisał ostatnią wolę. Swój majątek – ogromne stado wielbłądów – podzielił między trzech synów. Achmed, najstarszy, miał odziedziczyć połowę majątku; Aliemu, młodszemu, należała się czwarta część, najmłodszemu zaś Beniaminowi przypaść miała szósta część stada.

Po śmierci szejka okazało się, że stado liczy tylko jedenaście wielbłądów. Achmed domagał się więc sześciu wielbłądów, czemu sprzeciwiali się jego bracia. Nie mogąc dojść do porozumienia, synowie szejka zwrócili się o pomoc do kalifa. Ten postanowił: „Ofiaruję wam jednego z moich wielbłądów. Zwróćcie mi go, na Allacha, najszybciej jak to możliwe”.

Podzielenie stada liczącego dwanaście wielbłądów nie było trudne. Achmed otrzymał swoją połowę, sześć wielbłądów; Ali dostał swoją ćwierć, trzy wielbłądy; Beniaminowi przypadła szósta część, czyli dwa wielbłądy. Szczęśliwi bracia nakarmili dwunastego wielbłąda, który pozostał im po podziale stada, i oddali go kalifowi.

Przy różnych okazjach Jean-Pierre Dupuy i Niklas Luhmann, w swoich debatach o zdolności do samoregulacji i systemach autopojetycznych, powtarzali tę opowieść, aby naświetlić wewnętrzne paradoksy prawa i budzące wątpliwości samoodnoszenie się prawa¹. W oślepiającym blasku pustyni – w tym samym miejscu, gdzie Derrida dostrzegł gwałt samouznawania się prawa, gdzie Kelsen zakładał istnienie *Grundnorm* a Hart dostrzegł podstawową regułę uznania – Jean-Pierre Dupuy i Niklas Luhmann widzą dwunastego wielbłąda kalifa, pasącego się wśród zieleni. Obaj jednak nie są zgodni co do tego, czy owo miejsce to oaza czy fatamorgana. Wielbłąd nie symbolizuje niczego innego jak to, że przedstawia oddziaływanie prawa. Dwunasty wielbłąd to skonkretyzowane samoodnoszenie systemu prawnego, którego efektem jest wzajemna gra paralizujących paradoksów i wyzwających ruchów.

Chciałbym kontynuować tę debatę na temat autopojczy prawa. Pragnę jednak przenieść nacisk z wewnętrznego samoodnoszenia prawa na zewnętrzne relacje prawa ze społeczeństwem. Jaka jest dodatkowa wartość dwunastego wielbłąda w wymiarze społecznym? Wiąże się to niewątpliwie ze złożonymi kwestiami odwzorowywania konfliktów w prawie. Jak realistyczny jest wizerunek dwunastego wielbłąda? Powstaje również pytanie o skomplikowane powiązanie rozstrzygnięcia prawnego i jego podstaw: Czy w wyniku filtru w postaci dwunastego wielbłąda powstaje jedynie zasłona dymna, która zakrywa coś innego, czy też podstawa kolejnych argumentów prawnych, które dostatecznie zdeterminują lub uzasadnią decyzję końcową? Wreszcie wchodzi tu w grę kwestia sprawiedliwości: Czy dwunasty wielbłąd jest dobrym sposobem rozwiązania konfliktu lub oddaje sprawiedliwość zwyczajom i wzorcom postępowania społeczeństwa beduińskiego?

2. ALIENACJA KONFLIKTU

Dwunasty wielbłąd obala fundamentalne założenie, które łączy różne kierunki socjologicznej krytyki prawa – od Ehrlicha i szkoły realizmu prawniczego, przez normatywistów, jak Hayek i Habermas, aż po

¹J-P Dupuy, *Totalization and Misrecognition* [w:] P. Dumouchel (red.), *Violence and Truth*, Stanford 1988, s. 75–100; N. Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Zum Sinn einer soziologischen Analyse des Rechts*, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 2000 r., nr 21; odnośnie ogólnej dyskusji na temat autopojczy prawa zob. M. King, A. Schütz, *The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann*, „Journal of Law and Society” 1994 r., nr 21, s. 261–287.

czynnych dekonstruktywistów. Jednoczy ich krytyka oderwania prawa od jego społecznych i ludzkich korzeni, gwałtownego rozerwania związku *alter* i *ego*. Wspólne jest im również żądanie powrotu prawa do tego, co uważają za jego korzenie: norm społecznych, spontanicznych reguł, standardów wspólnoty, racjonalności dyskursywnej i sprawiedliwości dekonstruktywnej. Christie określa prawo bardziej stanowczo jako formę wyłączenia konfliktu². Prawo jest niezdolne ani do zrozumienia konfliktów społecznych, ani do ich rozwiązania. Powodem jest to, że formalizujący gwałt, jaki prawo zadaje *via* procedury i conceptualizacje, wyłącza konflikty z właściwych im kontekstów oraz moralnych sensów stron zaangażowanych w konflikty. Nowa formuła: wyłączyć wyłączenieli! Oddać konflikt jego uczestnikom! Za pomocą tych sugestywnych sloganów, Christie wyraża szeroko rozumiany niepokój o zdolność prawa do rozwiązywania konfliktów – prawa nieresponsywnego, nieludzkiego, nieracjonalnego i nieempatycznego.

Dwunasty wielbłąd wprost przeciwnie, celebrytuje wyłączające właściwości prawa. Dwunasty wielbłąd przekształca grzech pierworodny prawa w jego naczelną cnotę. Rzeczywiście, przez rekonstrukcję konfliktu społecznego w najwyższym stopniu sztucznych warunkach proceduralnych, sztucznym językiem – prawo wyłącza, wypiera, rozprasza i zafałszowuje rzeczywisty, pierwotny konflikt. Jednak, o czym świadczy dwunasty wielbłąd, jest to prawne *proprium*. Prawo nie rozwija wystarczająco głębokiej empatii, by zrozumieć konflikty w środowisku, w jakim powstają; zamiast tego przekształca je w techniczne pytania prawne. Rekonstruuje konflikty w taki sposób, by można je było rozwiązać posługując się środkami prawnymi i w języku prawnym. W konsekwencji, *questio iuris* odnosi się w niewielkim, a nawet w żadnym stopniu, do oryginalnego konfliktu społecznego. Wielbłąd kalifa różni się od wielbłądów szejka. Kazusy prawne nie odwzorowują konfliktów społecznych³. Prawo nie wykształciło zdolności do właściwego zrozumienia ich przyczyn, odkrycia ich rzeczywistego znaczenia dla stron, zakresienia perspektyw zadowalających rozwiązań, w końcu – określenia ich konsekwencji społecznych. Jak słusznie wykazała debata na temat alternatyw dla systemów prawnych, prawo w żadnym wypadku nie jest właściwe dla rozstrzygania sporów między ludźmi w sposób satysfakcjonujący dla wszystkich zainteresowanych⁴. Mediacja, arbitraż i ugoda są znacznie bardziej adekwatne ze względu na naturę konfliktów, ich przyczyny oraz potrzeby osób zaangażowanych

² N. Christie, *Conflicts as Property*, „The British Journal of Criminology” 1977 r., nr 17, s. 1–15.

³ J. Galtung, *Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm*, „Journal of Peace Research” 1965 r., nr 2, s. 348–397.

⁴ P. Fitzpatrick, *The Impossibility of Popular Justice*, „Social and Legal Studies” 1992 r., nr 1, s. 199–215.

w spór. A zatem, w sytuacji konfliktowej można obejść się bez prawa. Mówiąc w skrócie, prawo zafalszowuje rzeczywistość konfliktu i produkuje rozstrzygnięcia w oparciu o fikcję, którą samo stwarza.

Efekt alienacji jest zmienną historyczną, przeto nie uniwersalnym atrybutem prawa. Wiele porządków prawnych opiera się mocno na uznaniu społecznego charakteru ich procedur i reguł, odzwierciedlając dominujące religijne i polityczne orientacje społeczeństw. Alienacja drogą prawa jest zatem rezultatem specyficznej konfiguracji historycznej. Z drugiej jednak strony zjawisko to nie zostało zinstytucjonalizowane za pomocą planowania i racjonalnego projektu, brak było decyzji politycznej o zbudowaniu instrumentarium prawnego w celu wyalienowania konfliktu. Kluczem do zrozumienia alienującej właściwości prawa jest zjawisko zwane „powtórny wkroczeniem” (*re-entry*)⁵. Teza niniejszego artykułu głosi, że alienacja konfliktu jest typowym produktem ubocznym, wytworem podwójnej zamkniętości prawa, a to z kolei jest efektem powtórnego wkroczenia do prawa takich rozróżnień na „prawo albo nie-prawo”, jakich prawo samo dokonuje.

Wyroki sądowe, akty legislacyjne, ale również umowy i wzorce umowne różnią się od innych decyzji o charakterze ekonomicznym czy politycznym przez to, że przenoszą symbol walidacji prawa z jednego normatywnego aktu propozycyjnego na inny. Przeniesienie walidacji oparte na binarnym kodzie „prawny albo bezprawny” (*legal v. illegal*) ma miejsce wyłącznie w powtarzającym się łańcuchu orzeczeń sądowych, aktów ustawodawczych i umownych. To oznacza właśnie (o)sławioną i kontrowersyjną fundamentalną zamkniętość prawa: zamkniętość operacyjną przez konkatenację aktów prawnych⁶. Problemy związane z tego rodzaju aspektami zamkniętości prawa były oczywiście określane jako pusta tautologia, bezproduktywne samoodnoszenie oraz wyobcowanie się prawa z jego społecznego środowiska. Krytycy operacyjnej zamkniętości prawa starają się znaleźć zjawiska społeczne, które powodują przełamanie ograniczeń prawa⁷. Ewolucja prawa poszła jednak w innym kierunku. Operacyjna zamkniętość nie została zrekompensowana przez ponowne osadzenie

⁵ G. Spencer Brown, *Law of Forum*, New York 1972; N. Luhmann, *Observing Re-entries*, „Graduate Faculty Philosophy Journal” 1993 r., nr 16, s. 485–498; tenże, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1997, s. 179; E. Esposito, *Ein zweiwertiger nicht-selbständiger Kalkül* [w:] D. Baecker (red.) *Kalkül der Forum*, Frankfurt 1993, s. 96–111.

⁶ G. Teubner, *Law as Autopoietic System*, Oxford 1993, roz. 2–4; N. Luhmann, *Closure and Openness: On Reality in the World of Law* [w:] G. Teubner (red.) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin 1987, s. 335–348; tenże, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt 1993, roz. 2.

⁷ R. B. Cotterrell, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford 1995, roz. 5 i 15; krytykę operacyjnej zamkniętości przedstawiają: M. van de Kerchove, F. Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris 1992.

społeczne struktur prawnych, ale paradoksalnie przez jego przeciwieństwo – powtórna zamkniętość⁸. Zamkniętość operacji prawnych zaczyna być uzupełniana przez zamkniętość samoobserwacji prawa. Decydujące przekształcenie zachodzi wówczas, gdy w sporach sądowych, procesie legislacyjnym i przy zawieraniu umów argumentacja prawnicza zaczyna wykluczać argumenty *ad hoc* i *ad hominem*, oraz odnosić się w szczególny sposób do wyspecjalizowanych bytów prawnych, takich jak precedensy, reguły czy zasady. Wykluczanie argumentów przybiera taki charakter, że staje się możliwe to, iż proces prawny zaczyna (z mniejszym lub większym skutkiem) izolować się od wpływów społecznych, a w szczególności od adresatów, więzi, statusów społecznych i przyjaznej polityki⁹. *Artificial reason*, na który Sir Edward Coke* powoływał się w wypowiedziach przeciwko politycznym interwencjom króla, czyni prawo autonomicznym *vis-à-vis* wymogów natychmiastowej słuszności argumentów moralnych, rozważań ekonomicznych, politycznego oportunistu oraz poczucia zdrowego rozsądku.

Dlaczego wspomniany *artificial reason* powinien zrekompensować ową prymarną zamkniętość? Powodem jest powtórne wkroczenie tego, co pozaprawne. W czasie, gdy operacje prawne, z racji swej powtarzalności, kreują granicę pomiędzy tym, co jest prawem, a tym, co nim nie jest, pomiędzy komunikacją prawną a innymi sposobami komunikacji społecznej – to samo rozróżnienie w postaci „prawo albo nie-prawo” (*legal v. non-legal*) zaczyna być używane przez obserwacje prawne wewnątrz symbolicznej przestrzeni prawa. Trzeba podkreślić, że nie jest to tożsame z użyciem kodu binarnego „prawny albo bezprawny”, który umożliwia operacyjną zamkniętość. Podczas gdy dystynkcja „prawny albo bezprawny”, konstytuująca granicę między tym, co jest prawem, a tym, co nim nie jest, odpowiada za operacyjną zamkniętość – powtórne wkroczenie rozróżnienia „prawo albo nie-prawo” wewnątrz samego prawa kreuje obserwacyjną zamkniętość¹⁰. To rozróżnienie otwiera argumentom prawnym wewnętrzną możliwość wyboru: odnoszą się one do operacji prawnych w ramach samego prawa lub do zewnętrznych operacji społecznych. Wyłącznie tutaj, w drugim aspekcie, ma miejsce zrekompensowanie operacyjnej zamkniętości. Gdziekolwiek dystynkcja „prawo albo nie-prawo (w sensie «pozaprawny»)» powoduje powtórne wkroczenie powtarzalności działań prawa, rozumowanie prawnicze zyskuje zdolność rozróżniania pomiędzy normami i faktami, wewnętrznymi działaniami prawa i zewnętrznymi działaniami społecznymi, pojęciami prawnymi i interesami społecznymi, konstrukcjami wewnętrznej prawdziwości procesu prawnego

*Przypisy oznaczone gwiazdką pochodzą od redakcji i znajdują się na końcu artykułu.

⁸ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Frankfurt 2000, roz. 7.

⁹ N. Luhmann, *Das Recht...*, *op.cit.*, s. 263.

¹⁰ *Ibidem.*, s. 67, 338.

i procesów społecznych. Jest to paradoksalna zdobycz podwójnej zamkniętości prawa. Podczas gdy zarówno akty tworzące reguły, jak i argumentacje wiążące reguły pozostają w zamkniętym cyklu wewnętrznych konkatenacji, samoobserwacja prawa – z racji wewnętrznego podziału na samo- i hetero-odnoszenie – powoduje zależność prawa od jego środowiska społecznego, które jest środowiskiem dla nich „projektowanym”¹¹, nie zaś rzeczywistym. Natomiast wyższy stopień wolności, jaki osiąga wewnętrzna rekonstrukcja rzeczywistości (w porównaniu z relacją o charakterze „jeden przeciw jednemu” pomiędzy tym, co wewnętrzne i zewnętrzne), zwiększa szansę na to, że powtórne wkroczenie zrekompensuje prymarną zamkniętość.

Powtórne wkroczenie ma drastyczne konsekwencje¹². W momencie, gdy rozróżnienie pomiędzy tym, co jest prawem, a co nim nie jest, zostaje powtórzone wewnątrz samego prawa, powoduje ono epistemiczną konfuzję (*à la* Margritte: *This is not a pipe*) co do statusu ontycznego samoobserwacji czynionych z zewnętrznego punktu widzenia. Czy rzeczywistość [dwunasty wielbłąd – dopisek tłum.] nie różni się od pozostałych jedenastu? Oczywiście, jest to zwykła fikcja, ale kalif musi podtrzymywać wrażenie o prawdziwości jego wielbłądów. Wynikiem tego powtórnego wkroczenia jest stworzenie wymaginowanej przestrzeni wewnątrz prawa, które pojmuje ją jako rzeczywistość. I choć mu nie wolno, prawo kreuje fikcje o zewnętrznym świecie, które musi traktować jako twardą rzeczywistość. Dwunasty wielbłąd żyje jedynie w wymaginowanej przestrzeni prawnej i to sędzia używa go kłócącym się braciom, osiągając tak zaskakujące efekty. Oto przyczyna, dla której alienacja konfliktu przez prawo jest nieunikniona.

Alienacja konfliktu nie jest jedynie drobną kradzieżą. Wywłaszczenie stron z ich konfliktu może być niezrozumiałe, jeżeli ktoś uważa je jedynie za uzurpację tego, co społeczne, dokonaną przez prawników, którzy jako instrumentu władzy używają wyspecjalizowanego języka prawniczego¹³. Alienujące prawo przyczynia się do tego, że wielbłądy kalifa są płodne i mogą się rozmnożyć, a szerzej, że alienacja przez prawo zwiększa różnorodność znaczeń społecznych. Odseparowanie przez prawo rozwija pojęcia w społeczeństwach, otwierając nowe, nieznanne światy. Zachodzi tutaj uderzająca paralela między prawem i sztuką: kreują one inną rzeczywistość – wymaginowany świat, w którym żyje więcej wielbłądów

¹¹ K. E. Weick, *The Social Psychology of Organizing*, Addison-Wesley 1979; o ustanowieniu jako alternatywie dla reprezentacji zob. F. J. Varela, *Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas* [w:] F. J. Varela, J. P. Dupuy (red.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society*, Dodtercht 1992, s. 235.

¹² G. Spencer Brown, *op. cit.*, s. 56–69.

¹³ P. Bordieu, *La force du droit: Elements pour une sociologie du champ juridique*, „Actes de la Recherche en Sciences Sociales” 1986 r., nr 43, s. 3–19.

i inne wielbłądy niż w prawdziwym świecie pustyni. W tym świetle krytyka prawa przez nauki społeczne wygląda tak, jak krytyka wspaniałego artysty Hansa Sascha przez Beckmesseraa, pogardliwa za brak realizmu. Zapomina się w niej o tym, że wymyślone światy sztuki i prawa poddają rzeczy refleksji dotychczas niemożliwej. Wydaje się to być prawdą w świecie doktryny, pełnym do przesady sztucznych konstrukcji. Rekonstruowanie konfliktu za pomocą języka doktryny, podnoszenie *quaestio iuris*, przekładanie go na sekwencję pytań co do faktów i pytań co do prawa – pozwala na stworzenie nowych argumentów, kryteriów i reguł, które w ogóle nie byłyby możliwe, gdyby nie istniała doktryna prawna. Co więcej, po zakazie *deni de justice*, prawne rozstrzygnięcie konfliktu nastąpi z pewnością, nawet w razie argumentacyjnego pata. A w pewnych warunkach, kiedy dwunasty wielbłąd tak naprawdę wkroczy w realny świat społeczeństwa beduińskiego, zwiększą się możliwości podjęcia działań, które mogą, ale też nie muszą, doprowadzić do wyjścia z paraliżu, w jakim utknął konflikt społeczny. Należy wyraźnie podkreślić, że nie dzieje się to automatycznie. Jedynie w rzadkich sytuacjach zdarza się tak, że alienacja przez prawo staje się czymś więcej niż kradzieżą przez prawo. Dopiero przy szczęśliwym zbiegu okoliczności przełożenie konfliktu na zagadnienie prawne, a stąd na zdarzenie społeczne, może otworzyć nowe możliwości działania w świecie społecznym.

Jeśli wielbłąd symbolizuje prawne *proprium*, na czym polega problem? Kalif z opowieści nie jest wcale pomocny w takim znaczeniu, że interpretuje ostatnią wolę właściciela stada w kategorii wyższych standardów prawnych, które powinny rządzić rozwiązaniem konfliktu; nie podejmuje również decyzji w odniesieniu do zasad sprawiedliwości dystrybtywnej, która służy udoskonalaniu istniejącej już praktyki dystrybucji społecznej. Zamiast tego, użycza trzem braciom fikcji – klucza do zagadki, rozwiązania. Ta absurdalna kompilacja rzeczywistości i fikcji jest tutaj rozstrzygająca. W momencie, gdy konflikty społeczne zdają się być nie do rozstrzygnięcia, ich zafałszowanie przez prawo ukazuje cały swój potencjał. Tworzy dodatkowy, całkowicie nierealistyczny, sztuczny, fikcyjny świat poza zagadnieniami, które wchodzi w grę. Wprowadzenie fikcji sprawia, że konflikt, który jest nierozstrzygalny w wymiarze moralnym i społecznym – staje się rozstrzygalny, przynajmniej w wymyślonym świecie prawa.

Zmienia to dotychczas uznawane idee o społecznej (nie)przydatności prawa. Otwiera jednocześnie różne pytania badawcze i zagadnienia dla zamierzeń politycznych. Idzie o to, że prawo nie ma odpowiadać samozrozumieniu stron konfliktu, normom społecznym, wartościom moralnym i standardom społecznym, które rządzą sytuacją konfliktową. Wręcz przeciwnie, chodzi o to, aby zrekonstruować konflikt wbrew zdrowemu rozsądkowi. Wartość dodatkowa rekonstrukcji prawnej uwidacznia się nie przez asymilację rozstrzygnięć prawnych do standardów społecznych,

ale przez ich alienację. Sytuacja krytyczna ma miejsce wówczas, gdy konflikty stały się już nierozwiązywalne w wymiarze społecznym, moralnym, politycznym i ekonomicznym, zaś prawo rekonstruuje je w sztucznej materii, koncepcji i konstrukcji, z jakich jest utkane. W takich warunkach przestają być one uznawane za konflikty społeczne lub moralne, a stają się technicznymi pytaniami prawnymi w wypracowanej doktrynie. Można je rozstrzygnąć jedynie poprzez użycie fikcji prawnej, która nie ma odniesienia do społecznego świata ich stron. Interesujące nie jest to, czy owe fikcje mają rzeczywiste odniesienie do wewnętrznej złożoności konfliktu, ale to, jak one powstają, w jakim kierunku się rozwijają, czy mają jakieś ukryte powiązania ze światem zewnętrznym.

3. ROZUMOWANIE PRAWNICZE

Czy wprowadzenie fikcyjnego wielbłąda wynika z faktu determinowania lub chociażby uzasadnienia przez niego rozsądzenia sporu, w jakim pozostają trzej bracia w sprawie spadkobrania po własnym ojcu? Dochodzimy tutaj do odwiecznej debaty na temat tego, co da się ustalić i tego, czego ustalić się nie da za pomocą rozumowania prawniczego. Idea powtórnego wkroczenia może sugerować trzeci kierunek myślenia. Gdy operacje prawne drogą powtórnego wkroczenia rozróżniają pomiędzy światem prawa i tego, co jest poza nim, mamy do czynienia z nieprzezwycięzalną nieoznaczonością wewnątrz prawa, która nie może być rozwiązana przy pomocy zwykłych operacji prawnych. Popycha to proces prawny w kierunku wewnętrznego rozróżniania dwóch typów operacji prawnych: decyzje prawne, które przenoszą symbol ważności, oraz argumenty prawne, które regulują relację pomiędzy różnorodnością i zbytęcznością prawa¹⁴. W rezultacie istnieją dwa łańcuchy komunikacji prawnej – sekwencja rozstrzygnięć prawnych i sekwencja argumentów prawnych. Są one wzajemnie powiązane, ale nawzajem się nie determinują. Rozstrzygnięcia prawne, stosownie do swojej wiążącej natury, są regularnie przekładane na nowe argumenty prawne, jednak nie determinują kształtu rozumowania prawniczego. Argumenty prawne są zaś elementami decyzji prawnych, natomiast nie determinują ani nie uzasadniają tych rozstrzygnięć.

Powyższe rozumowanie jest odmienne od tego, co twierdzą teoretycy argumentacji racjonalnej, polegając na wewnętrznej sile motywacji racjonalnej. Nie dostrzegają oni nieprzezwycięzalnej nieoznaczoności prawa¹⁵. Odnosi się to też do decyzyjonistów i krytycznych teoretyków

¹⁴ N. Luhmann, *Legal Argumentation: An Analysis of its Form*, „Modern Law Review” 1995 r., nr 58, s. 285–298.

¹⁵ J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge 1996, roz. 5; K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt 1988, roz. 3–4.

prawa¹⁶. Wszyscy oni w podobny sposób są ślepi na to zagadnienie. Mają rację, gdy podkreślają, iż pewna nieoznaczoność jest nie do uniknięcia i nie można jej zredukować poprzez żadne rozumowania prawnicze; jednocześnie zaś nie wykazują właściwego zrozumienia tego, czym jest argumentacja prawnicza. Jak wyjaśnić trwałość praktyk rozumowania prawniczego po doznanym rozczarowaniu w stosunku do szkoły realizmu prawniczego, demistyfikacji decyzyjonistów i krytycznych teoretyków prawa? Nawet oni przyznają, że rozumowanie prawnicze jest maskaradą, która służy innym celom, szczególnie ukrywaniu struktur władzy albo redukują ją do trywialnych kwestii poprzedzających osiągnięcie porozumienia przez elity prawnicze.

Powtórne wkroczenie wielbłąda sugeruje, że rozumowanie prawnicze nigdy nie rozstrzyga samego konfliktu, ale niemniej i tak osiąga coś rozstrzygalnego. Argument prawny przekształca różnicę, transformuje pierwotną alternatywę decyzyjną w inną. Rozumowanie prawnicze odpowiada za alienację konfliktu społecznego. Nic dodać, nic ująć. Nie determinuje, nie uzasadnia, nie ukrywa niczego innego. Po prostu transformuje różnicę, ale czyni to niezwykle drastycznie. Decyzja jest konieczna, przed czy po argumentacji, ale jej przedmiotem, zależnie od momentu podjęcia, będzie całkowicie inna konkretna alternatywa. Zadaniem argumentacji prawniczej jest zwabienie prawników do pułapki, gdzie muszą rozstrzygnąć problem różniący się od oryginalnego.

Na czym polega różnica, gdy rozumowanie prawnicze przekształca konflikt pomiędzy indywidualnymi podmiotami w konflikt semantycznych artefaktów teorii prawa? Czy jest to po prostu przeformułowanie odwiecznej, trudnej i budzącej wątpliwości relacji między konkretną sprawą a jej subsumpcją pod regułę ogólną? Czy szukamy nowej złotej zasady, imperatywu kategorycznego, czy czegoś, co ukryje ignorancję? Autopojeza prawna sugeruje, że transformacja obiera całkiem inny kierunek niż generalizacje etyczne. Częścią odpowiedzi jest oczywiście powołanie się na zamkniętość prawa i samoodnoszenie. To rekursywne przyłożenie operacji prawnych do wyników operacji prawnych tworzy sztuczną sieć pojęć, reguł i zasad. Im bardziej złożona w czasie staje się owa sieć, tym bardziej odsuwa rozumowanie prawnicze od właściwego pojmowania osobliwości sprawy. Nieustająca praktyka równego lub nierównego traktowania staje się mechanizmem alienującym. Równe traktowanie tego, co jest równe i nierówne traktowanie tego, co równe nie jest – uruchamia samonapędzającą się serię dystynkcji. Jest to mechanizm generacyjny, „maszyna historyczna”, jak nazwałby to von Foerster¹⁷ – maszyna,

¹⁶ C. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge 1985; tenże, *The Concept of the Political*, Chicago 1996; D. Kennedy, *Critique of Adjudication*, Cambridge 1997; M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge 1987.

¹⁷ H. von Foerster, *Observing Systems*, Seaside 1981.

która nieubłaganie wznaga złożoność świata fikcji prawnych. Precedensy, *stare decisis* i równe traktowanie tego, co równe – stają się tutaj mniej interesujące. To raczej odchylenie od precedensu, „rozróżnianie” i „unieważnianie”, nierówne traktowanie tego, co równe nie jest, prowokuje poszukiwanie coraz to bardziej zawiłych fikcji prawnych.

Jednak to tylko część historii o alienacji, jeśli wskazać jedynie na wewnętrzne samoodnoszenie, stosujące przeszłe decyzje i reguły do nowych stanów faktycznych i tworzące w ten sposób nowe reguły. Druga część opowieści o sprawiedliwości alienującej dotyczy ciągłej stymulacji przez współewolucyjne związki prawa z zewnętrznymi procesami społecznymi, która kierkuje zmiany semantyki prawniczej, reguł, pojęć, zasad i teorii. Typowy rozdźwięk między regułami i teoriami prawnymi z jednej strony, a konkretnym konfliktem z drugiej – jest wynikiem przemiany tych pierwszych wraz ze zmianą odległych struktur społecznych¹⁸.

Oczywiście ma miejsce historyczny spór co do tego, jak ukształtowała się dynamika współewolucji. Dziś instytucje prawne i społeczne nie współewoluują już *via* spontaniczne normy społeczne i prawo zwyczajowe, ale głównie *via* zinstytucjonalizowane reżimy wytwarzania, które są łącznikami pomiędzy autonomicznymi systemami społecznymi: prawem, ekonomią, polityką, edukacją, nauką – ale same nie ewoluują w stronę systemów autopoietycznych, ich cech, struktur i granic. Jako formy sprzężeń strukturalnych¹⁹, reżimy wytwarzania są konfiguracjami dosyć heterogenicznych komponentów, hybryd, w przepaści dzielącej prawo i społeczeństwo. Jako takie, nie są ani systemami funkcjonalnymi, ani organizacjami formalnymi, ani interakcjami w sensie technicznym teorii systemów²⁰ – są raczej instytucjami łącznikowymi między prawem i społeczeństwem²¹.

Reżimy wytwarzania posiadają własne struktury wewnętrzne, które wywierają wpływ na sposób współewolucji reguł prawnych wraz ze skomplikowanymi procesami społecznymi²². W przeciwieństwie do jednolitej ewolucji społecznej, gdzie występuje rozległa środowiskowa presja na

¹⁸ G. Teubner, *Law as...*, *op.cit.*; N. Luhmann, *Das Recht der...*, *op.cit.*, roz. 12.

¹⁹ H. Maturana, F. Varela, *Tree of Knowledge: Biological Roots of Human Understanding*, Boston 1988, roz. 5.

²⁰ N. Luhmann, *Interaction, Organization and Society* [w:] tenże (red.), *The Differentiation of Society*, New York 1982, s. 69–89.

²¹ G. Teubner, *The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism*, „Cardozo Law Review” 1992 r., nr 13, s. 1443–1462.

²² P. Hall, D. Soskice (red.), *Varieties on Capitalism: The Challenges Facing Contemporary Political Economies*, Berlin 2000; G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unfying Law Produces New Divergences*, „Modern Law Review” 1998 r., nr 61, s. 11–32, tenże, *Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism* [w:] J. Ziman (red.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford 2000.

instytucje społeczne, w jednym reżimie wytwarzania uczestniczy kilka systemów zamkniętych operacyjnie, z których każdy radzi sobie samodzielnie z własnymi specyficznymi mechanizmami ewolucyjnymi. Każdy z nich podąża inną ścieżką zmian, wyborów i utrzymania. Rezultatem jest mnogość autonomicznych procesów ewolucyjnych w ramach jednego reżimu wytwarzania, które z kolei wpływają na siebie nawzajem poprzez mechanizmy współewolucji. Nie ma jednolitej orbity reżimu wytwarzania, która powstałaby na gruncie społecznym w drodze naturalnego wyboru. Jest raczej tak, że wewnątrz jednego reżimu zachodzi symultanicznie wiele zróżnicowań dynamiki ewolucyjnej. Niezależne mechanizmy ewolucyjne w autopojetycznych systemach prawa, ekonomii, polityki, nauki, wychowania zmuszają swoje instytucje w ramach jednego reżimu wytwarzania do wybrania swoistej ścieżki rozwoju. W konsekwencji reżim wytwarzania zapewnia specyficzne kanały współewolucji regulujące to, w jaki sposób posunięcia ewolucyjne wpływają na siebie nawzajem. Tak więc doktryna prawna nie może kierować się swoją własną logiką, która byłaby podyktowana tradycją *common law*, sięgającą do partykularnych konfliktów. Jest bowiem ukształtowana przez siły współewolucyjne wewnątrz reżimu wytwarzania, które kierują prawo, wraz z ekonomią, polityką i innymi instytucjami pozaprawnymi – do wąskiej przestrzeni kompatybilizmu.

W ten sposób reżimy wytwarzania wystawiają zamkniętą sieć operacji prawnych na działanie bodźców zewnętrznych, kontekstowo niezmiernie dalekich od konkretnego przypadku, który sądowi przychodzi rozstrzygać. To drugie źródło stymulacji zewnętrznej tworzy niezależną dynamikę, która kieruje prawo w stronę nieuniknionej niezgodności między konfliktami społecznymi i kryteriami prawnymi przyjmowanymi dla ich rozwiązania. Stąd w ramach reżimów wytwarzania ma miejsce nie tylko proces stopniowej adaptacji tam, gdzie wewnętrznie rozwinięte zasady i doktryny są odsłonięte na zewnętrzne ograniczenia. Jest również i tak, że różnorodne niezależne mechanizmy produkcji norm społecznych wdzierają się z peryferiów do imperium prawa przez przekształcanie norm społecznych w reguły prawne. Za pomocą tych mechanizmów, heterogeniczne, zarazem partykularne racjonalności oraz ich żądania normatywne masowo infiltrują prawo zorientowane na spór sądowy; prawo ma niewielką kontrolę nad tym wpływem. Najbardziej płodne pozaprawne mechanizmy tworzenia reguł, ukierunkowane wewnętrzną logiką wyspecjalizowanych dziedzin społecznych, umiejscowione są w różnorodnych organizacjach formalnych, sieciach nieformalnych, procesach standaryzacyjnych i normalizacyjnych, które konkurują dzisiaj z instrumentarium legislacyjnym i mechanizmami kontraktowymi²³. Proces sądowy nie może

²³ G. Teubner, *Altera Pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses* [w:] R. Rawlings (red.), *Law, Society and Economy*, Oxford 1997, s. 149–176.

odrzuć tych reguł wytworzonych poza prawem jako obcych dla sprawy sądowej. Prawo ma nadać formę prawno-procesową standardom i normom pozaprawnym, poddać je jurydyzacji, przekazać im wartość walidacyjną, zreinterpretować je w terminach logicznie związanych z precedensami, ustawami i konstytucją polityczną oraz wydobyć z nich kryteria, które mają rozwiązać konkretny konflikt.

W ten sposób alienacja konfliktu ma efekt podwójny. Z jednej strony rozluźnia relację z konkretną sytuacją konfliktową, a z drugiej – intensyfikuje relację z zewnętrznymi reżimami wytwarzania. W procesie współewolucji, gdzie autonomiczna i samoodnosząca się doktryna prawna rozwija się *via* oddziaływania z zewnętrznymi instytucjami w różnych reżimach wytwarzania, powstające struktury normatywne – chociaż są one z konieczności ortogonalne do pierwotnego konfliktu społecznego – działają w istocie jako „neutralne”, „niemające interesu” „zewnętrzne”, jako „osoby trzecie” przy wydawaniu sądu w konkretnej sprawie. Dwunasty wielbłąd nie urodził się po to, aby pogodzić trzech braci pozostających w sporze; dwunasty wielbłąd jako taki jest produktem obcego kontekstu, w którym obliczenia arytmetyczne pozwalają na podział liczb, niedających się podzielić w inny sposób. Dzisiaj ogromne wrażenie robi rozdźwięk pomiędzy tym, czego wymaga satysfakcjonujące rozwiązanie konkretnego konfliktu, a tym, co reżim wytwarzania konstruuje jako reguły prawne we współewolucji z innymi instytucjami. Jaki interes mają strony spierające się w sądzie o jakąś kwotę pieniężną, by ich spór rozwiązać stosownie do nowego tworu polityki prawa antytrustowego? Dlaczego kryterium przydziałowej wydajności powinno być właściwym sposobem na rozwiązanie problemu roszczenia kompensacyjnego ofiary wypadku samochodowego? Nie ma tu żadnej adekwatności do złożoności sytuacji osobistego konfliktu, ale, jeśli cokolwiek, zachodzi tu niezgodność perspektyw: spór sądowy *versus* reżim wytwarzania, która pozwala rozstrzygać o tym, co nierozstrzygalne. Jedyną rzeczą, jaka z pewnością czeka strony sporu – jest rozstrzygnięcie. Należy zapomnieć o jakichkolwiek kryteriach.

A jaką cenę strony płacą za taki stan rzeczy? Gdy chcą wygrać konkretną sprawę – swoją energię wykorzystywaną przez instrumentarium argumentacyjne prawa dla innych celów. Jest ona utylizowana, aby służyć jako paliwo do uruchomienia produkcji odległych i abstrakcyjnych reguł, pojęć i zasad, które są zorientowane na współewolucję w ramach reżimów wytwarzania. Przez swój spór strony poświęcają czas, energię i oddanie dla sztuki tworzenia przyszłych struktur normatywnych odległych reżimów wytwarzania. Oto, jak kłócający się bracia w rzeczy samej wypełniają wolę Allacha nakazującą im zwrócić dwunastego wielbłąda sędziemu. A kalif ma swój zysk z transakcji, której przedmiotem jest wielbłąd. Sprawiedliwość alienująca? Jest chyba dobry powód zmiany tytułu niniejszego artykułu na: *Sprawiedliwość wykorzystująca*.

4. REŻIMY WYTWARZANIA

Zmienia to perspektywę widzenia. Sprawiedliwość wykorzystująca, jako że prawo wykorzystuje ludzką skłonność do kłótni po to, aby podsycać tworzenie przyszłych norm. Kalif w swej mądrości i wielkoduszności wie, jak wykorzystać braci, kiedy ci kłócą się o spadek po ojcu. Muszą karmić wielbłąda kalifa zasobami swojego konfliktu i zwrócić go sytego i zadbanego, podtresowanego i w znacznie lepszej formie niż poprzednio. W rzeczywistości postępowanie sądowe czyni to samo, by zwielokrotnić projektowanie reguł prawnych tworzonych w rozmaitych reżimach wytwarzania. Nadanie formy prawno-procesowej, jak już wcześniej wspomniano, wyjawia reguły danego reżimu wytwarzania konkretnemu konfliktowi, ale jednocześnie stwarza znaczną wartość dodatkową dla danego reżimu wytwarzania. Przekształca drastycznie pierwotne znaczenie struktur protonormatywnych; zmienia status projekcji rozmaitych reguł społecznych przy umowach, standardach, procesach rynku konkurencyjnego, reguł wewnątrzorganizacyjnych oraz oczywiście ustaw. Spór sądowy jest *via regis* prawa do wiążącego wyboru spośród konkurujących projekcji reguł i przeniesienia walidacji prawa na jedną z nich. Na tej drodze prawo rozwiązuje kolizje pomiędzy rozbieżnymi zobowiązaniami kontraktowymi, różnymi standardami i regułami ustawowymi; oddziela reguły i zasady prawne od samych norm społecznych, politycznych czy kalkulacji ekonomicznych niemających statusu prawnego; wyjaśnia ambiwalencje znaczenia w jednej wiążącej wykładni i tworzy nowe kontrowersje w wykładni – podsycając dynamikę instytucji prawnych i społecznych wewnątrz reżimów wytwarzania. Przez spór sądowy oraz, można by dodać, antycypację sporu sądowego, reżim wytwarzania z przyjemnością zbiera owoce jurydykacji: znaczną różnicę w przejrzystości, stabilności i zewnętrznym poparciu dla własnych oczekiwań.

Ceną jest jednak alienacja, niespójność perspektyw – tym razem w innym aspekcie. Spór sądowy tamuje dobre intencje reżimów wytwarzania. Zgodnie z ekonomią ewolucyjną, konkurencyjny rynek tworzy nadgodziny po cyklicznych transakcjach – wydajnej rutynie organizacyjnej i transakcyjnej²⁴. Jednocześnie, kiedy te stałe zachowania są testowane w sporze sądowym, zostają odseparowane od swoich źródeł. Wystawione na skomplikowane strategie sporu sądowego, ich pierwotne zorientowanie rynkowe zostanie zanieczyszczone przez prawne rozważanie o kompensacji, sprawiedliwości dystrybutywnej, wazeniu interesów, celów politycznych i partykularnych aspektów danej sprawy. Uzgodnienie ich z mnóstwem zagadnień prawnych niszczy czystość ekonomiczną tychże rutyn. Ewentualne ponowne rozpatrzenie sprawy, które na dłuższą metę ma być ekonomicznie

²⁴R. R. Nelson, S. G. Winter, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Cambridge 1982.

efektywnie²⁵, wzmacnia jedynie odejścia od ścieżki cnoty w pozytywnej pętli sprzężenia zwrotnego. Efektywność przestaje tu mieć miejsce.

Polityka regulacyjna wcale nie działa lepiej. *Mon code est perdu!* – zapłakał Napoleon, gdy spostrzegł, że jego kodeks, poddany po spór sądowy, został zmieniony przez niejasną hermeneutykę interpretatorów: sofistycznych adwokatów i sędziów. Współczesna polityka regulacyjna – definiowanie przez nią celów politycznych, wybór instrumentów, a wśród nich reguł prawnych, jej uważne strategie implementacji – będzie musiała natknąć się na przeszkody, kiedy przyjdzie jej się zmierzyć z pieniacką reakcją ze strony klientów, prawników i sędziów. Strategia formowania polityki jest zastępowana przytłaczającą wszystko inne orientacją na wynik: kto wygra, kto przegra. Reguły prawne zmieniają swą zawartość, kiedy z instrumentów polityki przekształca się je w środki uspokajające, stosowane dla uśmierzania konfliktów.

Tego rodzaju blokowanie pierwotnej, „instytucjonalnej” orientacji reguł prawnych ma miejsce we wszystkich typach reżimów wytwarzania. Przeciwna alienacja dotyka nie tylko kontraktowania i ustawodawstwa, ale również procesów standaryzacji, normalizacji, konkurencji rynkowej, decyzji administracyjnych i tworzenia reguł prawa wewnętrznego organizacji. Za blokowanie sprawiedliwości instytucjonalnej może odpowiadać kilka czynników w sporze sądowym:

1. Przewartościowanie. Pierwotne ukierunkowanie w postaci ułatwienia procesów technicznych, poprawy efektywności, regulacji zachowań i stabilizowania instytucji społecznych – zostaje zastąpione przez inne przytłaczające zorientowanie: Kto wygra? Kto przegra?
2. Horyzont czasowy. Podczas gdy perspektywa instytucjonalna zmierza do stabilizacji oczekiwań co do przyszłych działań, perspektywa postępowania sądowego jest w przeważającym stopniu zorientowana na przeszłość. Rekonstruowanie przeszłych wydarzeń na sali sądowej redukuje złożoność struktur normatywnych do jednej *question directrice*: Czego należało wymagać w danym przypadku?
3. Zmiana języka. Podczas gdy reguły społeczne są formułowane w szczególnym języku ich kontekstu instytucjonalnego, spór sądowy dokonuje ich tłumaczenia na szczególny język uprawnień: Jakie rozwiązania prawne zostają zaoferowane spierającym się stronom?
4. Konstrukcja rzeczywistości. Podczas gdy rzeczywistość reguł społecznych jest podyktowana przez świadome odwzorowywania poszczególnych instytucji społecznych, spór włącza te różne rzeczywistości do przeciwstawnych perspektyw stron procesu sądowego.

Niedorzeczność tej sytuacji jest uderzająca. Dlaczego ta podwójna alienacja, owa wymuszona jednolitość wysoce różnych perspektyw ma

²⁵ R. Cooter, L. Kornauer, *Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?*, „Journal of Legal Studies” 1980 r., nr 9, s. 139–163.

stać się stałym układem instytucjonalnym? Czy nie można by raczej oczekiwać, że wkroczą tu siły społecznej dyferencjacji i doprowadzą do rozvodu tego nieszczęśliwego małżeństwa obcych sobie istot? Dla pewności wyspecjalizowane instytucje rozwiązywania konfliktów oraz tworzenia reguł rozwinęły się rzeczywiście w systemach prawnych, ale dlaczego spór sądowy i reżimy wytwarzania wciąż zachowują wobec siebie pociągający urok nieznanego? Co więcej, urok ten zwiększył się ostatnimi czasy. Stosunki międzynarodowe, gdzie rozwiązywanie konfliktów i tworzenie reguł były przez wieki instytucjonalnie oddzielone, ulegają stopniowej jurydyzacji, przy czym spór sądowy i reżim wytwarzania coraz bardziej przyciągają siebie²⁶. Podobne tendencje mają miejsce na rynkach światowych – świadkach jurydyzacji kontraktowania w sferze biznesu i międzynarodowego arbitrażu w połączeniu z *lex mercatoria* oraz stopniowego przekształcania się biurokracji WTO w struktury zbliżone do sądowych, w których reżimy wytwarzania symultanicznie przyciągają i wstrzymują zarządzanie konfliktami i *vice versa*²⁷.

Widzę tutaj dwie możliwe, konkurujące ze sobą interpretacje. Jedną jest *Eigenvalues*. Zarówno rozwiązanie konfliktu poprzez przewidywania normatywne, jak i tworzenie reguł w reżimach wytwarzania są procesami powtarzającymi się i samoodnoszącymi, które – z powodu zamknięcia w procesach okrężnych – nie znajdują wystarczająco stabilnych *Eigenvalues*. W związku z tym intensywnie poszukują obcych elementów dla uzyskania punktu zaczepienia. Mają one również – w przeciwieństwie do procesów społecznych, ekonomicznych i politycznych, które kreują struktury proto-normatywne przez ich operacje wewnętrzne – problemy ze stabilizowaniem struktur. Owe zmienne struktury będą podkopywane przez te same procesy, przez które zostały wytworzone – zmianę układów sił, nowe struktury rynkowe, nowe sytuacje społeczne. Jednak gdy uzewnętrzną produkty wobec prawa i ustabilizują je przez symbol walidacji prawa, mogą uniknąć ustawicznej samodestrukcji. Z drugiej strony, związana z tym eksternalizacja ma miejsce w procesie sądowym, gdzie jego dynamika tworzenia norm dla uniknięcia samozablokowania odwołuje się do zewnętrznych autorytetów: ustawodawcy, kontraktujących stron, rynku czy organizacji formalnych. Powrót do alienacji zawiera się w stosunkowo stabilnych strukturach reżimu wytwarzania i kryteriach decyzyjnych sporu sądowego.

Inną interpretacją jest sytuacja „związania się”. Gdy spory sądowe i reżimy wytwarzania zaczynają się nawzajem pociągać, rozwija się samo-

²⁶ R. Higgins, *The Reformation in International Law* [w:] R. Rawlings (red.), *op.cit.*, s. 207–224.

²⁷ Y. Dezalay, B. Garth, *Merchants of Law as Moral Entrepreneurs*, „Law and Social Review” 1995 r., nr 29, s. 12–27; G. Teubner, *Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society* [w:] tenże (red.), *Global Law Without a State*, Aldershot 1997, s. 3–28.

istna dynamika ewolucyjna, która popycha oba te byty coraz dalej w kierunku hamującej symbiozy i wreszcie je unieruchamia. Jeśli reżim wytwarzania otworzy się raz na dynamikę sporu sądowego, nie ma szansy na to, aby zachować miejsca odporności prawa. Odnośnie projektowanych reguł zawsze istnieje ryzyko, że zostanie nadana im forma prawnoprosowa. A z kolei, jeśli sąd raz pożyczycy reguły od zewnętrznych autorytetów tworzących prawo, nie będzie już mógł powstrzymać stron i ich prawników od włączenia do procesu materiału normatywnego, który został wytworzony przez źródła prawa oficjalnie uznane za wiarygodne.

Trudno jest zdecydować się na którąkolwiek z dwóch przedstawionych interpretacji: *Eigenvalues* i „związanie się”. Być może obie są prawdziwe i istnieje duża szansa przeprowadzenia w przyszłości badań empirycznych, mających na celu zmiarkowanie rzeczywistego znaczenia tych dwóch wyjaśnień. Jeszcze więcej można oczekiwać od przyszłej eksperymentacji instytucjonalnej, kiedy to będzie dokonana próba zwiększenia „racjonalności” rozwiązania konfliktu z jednej strony i roli reżimów wytwarzania w tworzeniu reguł prawnych z drugiej strony. To może więc zasugerować, gdzie wytyczyć granicę między *Eigenvalues* oraz „związaniem się”. Znajomość przebiegu tej linii zadecyduje o tym, na ile realistyczne są szanse doprowadzenia do tego, by rozwiązywanie konfliktu oraz tworzenie reguł w reżimach wytwarzania bardziej odpowiadało ich właściwemu kontekstowi.

5. RACJONALNOŚĆ PRAWA

Wszystko to wygląda jak jeszcze jeden ręcznie sterowany mechanizm, który przekształca intencje strategiczne w niezamierzone struktury społeczne. Ale efekt nie jest zbyt korzystny. Czy tego rodzaju sprawiedliwość alienująca zapewnia słuszne i rzetelne rozwiązanie konfliktu? Nie, konflikt jest rozwiązywany poprzez odwołanie się do reguł z zewnętrznego kontekstu reżimu wytwarzania. Sprawiedliwość z niewłaściwej perspektywy – ot co. Czy kreuje ona słuszne i rzetelne reguły dla reżimu wytwarzania? Nie, niewidzialna ręka koewolucji przepuszcza projekcję norm społecznych przez filtr sporu prywatnego w taki sposób, że dynamika partykularnego konfliktu rozstrzyga o regułach publicznych dla reżimów wytwarzania. Jest to sprawiedliwość z niewłaściwego punktu widzenia. Cała ta historia jest zasadniczo sprawą ślepej współewolucji semantyk prawniczych zorientowanych na sprawę sądową i instytucji zorientowanych na struktury społeczne. Koewolucja nie gwarantuje przydatności społecznej pojęć prawnych w odniesieniu do zewnętrznych instytucji społecznych, wprost przeciwnie – zmierza do jej blokowania. Czy jest tutaj zatem szansa na kolejne powtórne wkroczenie? Co się stanie, jeśli rozumowanie prawnicze – świadome swej podwójnej roli –

rozwinie systematycznie wiedzę społeczną o reżimach wytwarzania po to, aby zwiększyć adekwatność społeczną swych reguł?

Dobrym przykładem dla przedyskutowania tych kwestii mogłyby być uprawnienia konstytucyjne i ich efekt horyzontalny w kontekstach pozapolitycznych²⁸. Biorąc pod uwagę ekspansjonistyczne tendencje współczesnego państwa w prywatne życie ludzi, naruszenie zobowiązań publicznych w usługach sprywatyzowanych, praktyki dyskryminacyjne w sektorze korporacyjnym pokazują, że prawo konstytucyjne ma skłonność do zaniedbywania kluczowej roli uprawnień konstytucyjnych w tzw. sektorze prywatnym. Czy można oczekiwać czegokolwiek od powtórnego wkroczenia do doktryny wiedzy społecznej?

Teoria społeczna związana z uśpionymi strukturami wymaga tego, aby dostrzec znacznie więcej niż tylko to, co widzi doktryna prawna wówczas, gdy osoby indywidualne przywołują swoje uprawnienia konstytucyjne w sporze sądowym. Całkiem daleko od widocznego efektu w postaci zwycięstwa albo przegranej ich latencja musi, jak twierdzą socjolodzy, poradzić sobie ze stabilizującą dyferencjacją społeczną²⁹. W dużym skrócie rzecz wygląda następująco. Historycznie uprawnienia konstytucyjne jako należne jednostkom pojawiły się wraz ze zjawiskiem dyferencjacji społecznej. Ich stosowność polityczna i prawna jest związana z historyczną potrzebą sfer indywidualnej wolności działania, co jest charakterystyczne dla społeczeństw współczesnych. Dyferencjacja społeczna kreuje różnorodność sfer działania, indywidualnych i nieindywidualnych, których autonomia jest odzwierciedlona w komplementarnych uprawnieniach konstytucyjnych. Społeczna dyferencjacja i pojawienie się uprawnień konstytucyjnych to uzupełniające się procesy historyczne. W ekspansjonistycznych tendencjach państwa współczesnego historyczny proces społecznej dyferencjacji zagraża osłabieniem samego siebie. W ciągu długotrwałych walk politycznych uprawnienia konstytucyjne jawią się jako instytucje sprzeciwu społecznego, chroniące dyferencjację społeczną przed właściwymi jej tendencjami do samozniszczenia. Indywidualne konflikty pomiędzy prywatnymi obywatelami i biurokracją administracji są przekształcane w instytucjonalne wsparcie prawne samohamowania politycznego.

Co się dzieje, gdy taka latencja jest zniszczona, a partie, prawnicy i sędziowie stają się tego świadomi i gdy argumenty prawne otwarcie

²⁸ M. Hunt, *The „Horizontal Effect” of the Human Rights Act*, „Public Law” 1998 r., nr 80, s. 423–443; C. Graber, G. Teubner, *Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere*, „Oxford Journal of Legal Studies” 1998 r., nr 18, s. 61–74.

²⁹ D. Grimm, *Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung* [w:] tenże (red.), *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt 1987, s. 192–211; H. Willke, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin 1975; N. Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1965.

sięgają do innej rzeczywistości uprawnień konstytucyjnych? Wówczas widoczna staje się poważna luka pomiędzy motywacją indywidualną wdania się w spór sądowy a niezamierzonymi rezultatami. Dlaczego jednostki mają wchodzić w spór dla dobra społecznej dyferencjacji? Przewidywalna i godna polecenia reakcja to wzmocnienie łączności między motywacją indywidualną poddania sprawy pod spór sądowy a efektami społecznymi uprawnień konstytucyjnych. Do sformalizowanych i ogólnych reguł rozstrzygania konfliktów winien zostać dodany znaczny element partykularystyczny. Sędzia musiałby zaaplikować tu sporą dawkę partykularyzmu surowym regułom reżimu wytwarzania. Wskazówka odnośnie przeprawy przez przepaść brzmi: „Wykreować uprawnienia indywidualne w interesie publicznym i wyrazić zgodę na działanie grup, zrzeszeń oraz wprowadzić inne formy prowadzenia sporów publicznych”.

Inną reakcją ma być udoskonalenie „teorii społecznych” wewnątrz prawa konstytucyjnego, aby uczynić reguły bardziej adekwatnymi do zaangażowanych reżimów wytwarzania³⁰. Można tu radzić: „Importować koncepcję Williamsona lub Luhmanna do sporu konstytucyjnego”. Instytucjonalizm ekonomiczny nazywa teorię prawa adekwatną do reżimów samo zarządzania w sektorze prywatnym, kiedy reinterpretuje partykularny konflikt jako kalkulację minimalizacji kosztów transakcji. Mogłoby to być przyczynkiem prawa do konstytucjonalizacji reżimów samo zarządzania w sektorze prywatnym³¹. Teoria systemów sugerowałaby coś innego – rekonstrukcję partykularnego konfliktu pomiędzy podmiotami w sferze prywatnej jako kolizję dyskursów³². Konsekwencją efektów horyzontalnych uprawnień konstytucyjnych byłoby to, że rozprawiają się one nie tylko z relacjami sił gospodarki, ale biorą również w karby wszystkie media komunikacji, które zmierzają do kolonizowania innych sektorów życia społecznego. Nie mogą być już one dłużej postrzegane jako te, które jedynie służą ochronie jednostek przed siłą represyjną państwa, ale musiałyby zostać zrekonstruowane jako „uprawnienia dyskursywne” przeciwko ekspansywnym tendencjom systemów społecznych. Jego normatywnym korelatem byłoby rozszerzenie uprawnień konstytucyjnych do kontekstu reżimów samo zarządzania w sektorze prywatnym (korporacji, organizacji mediów, instytucji wychowawczych, związków zawodowych, quasi-autonomicznych organizacji pozarządowych, organizacji międzynarodowych). To wymaga jednak zasadniczej transformacji klasycznego modelu

³⁰ D. Wielsch, *Freiheit und Funktion: Zur Struktur und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, Baden-Baden 2000, roz. 3.

³¹ O. E. Williamson, *The Mechanisms of Governance*, Oxford 1996; tenże, *Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives*, „Administrative Science Quarterly” 1991., nr 36, s. 269–296.

³² G. Teubner, *Altera Pars Audiatur...*, *op.cit.*; tenże, *Contracting Worlds: The Invocation of Discourse Rights in Private Governance Regimes*, „Social and Legal Studies” 2000 r., nr 9.

uprawnień konstytucyjnych we wszystkich czterech jego elementach: jednostka – państwo – siła – uprawnienie.

Są dwa przypadki prawa importującego kryteria z nauk społecznych i stosującego je do indywidualnych spraw: minimalizacja kosztów transakcji i kolizja dyskursów. Najwyraźniej znowu kryteria byłyby ortogonalne w odniesieniu do partykularnego konfliktu. Ale czy rozbieżność perspektyw nie zostałaby zrekompensowana przez nową adekwatność prawa: rozwijające się reguły, pasujące się do efektywnych struktur rynkowych lub wielokontekstowego społeczeństwa?

Prawdopodobnie takie natchnienie prawa przez teorię społeczną jest nazbyt optymistyczne. Nie docenia problemu powtórnego wkroczenia. Teorie społeczne w ramach prawa – wspierane, albo i nie, przez nauki społeczne – nie są niczym innym, jak tylko inną formą powtórnego wkroczenia kodu „prawo albo nie-prawo” do prawa, choć na innym poziomie abstrakcji niż pozostałe powtarne wkroczenia: fakty – reguły, działania prawne – działania społeczne, koncepcje – interesy. I znowu stajemy przed nieuchronnym zmieszaniem wewnętrznych konstrukcji i zewnętrznej rzeczywistości. Nie ma sposobu na sprawdzenie tych teorii przez bezpośrednie włączenie ich do rzeczywistości społecznej. Ale również radykalny konstruktywizm nie jest wyjściem praktycznym. Jeżeli prawo wzięłoby poważnie radykalny konstruktywizm i inkorporowałoby go do bieżących operacji, zakończyłoby się to paraliżem. Możliwa wydaje się zatem wstępna i cząstkowa samoprzeźroczystość procesów powtórnego wkroczenia do prawa³³. Prawo, które nigdy nie jest pewne przystawalności swoich konstrukcji do rzeczywistości, mogłoby eksperymentować z różnymi modelami prawnymi rzeczywistości społecznej. Warto poczekać na rezultaty prawnych decyzji, które już eksperymentują z różnymi konstrukcjami rzeczywistości. Odporność komunikacji za pomocą prawa na komunikację za pomocą prawa jest jedynym możliwym sprawdzianem rzeczywistości.

6. OSOBY PRAWNE

Czy wielbłąd powinien mieć swoją pozycję społeczną? Wymyślony postulat uprawnień drzew Christophera Stone’a, któremu ostatnio Bruno Latour i Michel Serres użyczyli socjologicznej i psychologicznej wiarygodności³⁴, daje fascynującą okazję dla eksperymentów prawa z jego założeniami dotyczącymi rzeczywistości społecznej. Oczywiście nabiera to innego znaczenia, jeśli przełożymy to na język autopojezy. Czy

³³ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Frankfurt 2000, roz. 15.

³⁴ C. D. Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects*, „Southern California Law Review” 1972 r., nr 45, s. 450–467; B. Latour, *We have never*

przeprowadzamy się do nowego, odważnego świata poważnej ekologii: autopojeza Matki Gai jako nowego zbiorowego podmiotu³⁵? Czy też podróżujemy w przeszłość do czasów średniowiecza: Jak to było – spróbować szczura³⁶? Czy przedmiot naturalny może dokonać czynności prawnej? Czy prawo wykorzystuje obecnie samą naturę dla nieustannego tworzenia reguł? Te pytania zmieniają w istocie ilość i jakość podmiotowości prawnej oraz zależności prawa od środowiska. W każdym razie debata ekologiczna podnosi znowu kwestię tego, czy istoty żyjące mogą słusznie domagać się uznania ich statusu jako podmiotów prawa.

Autopojeza przeformułuje problem. Nie pytamy już: „Jakie ontyczne własności (dusza, umysł, zdolność do refleksji) posiada dany, istniejący byt, aby można było stwierdzić, że jest podmiotem – społecznym, prawa czy jakimkolwiek innym?”³⁷. Zamiast tego pojawiają się dwie zmiany: „Na jakich warunkach otaczający system społeczny (np. zamknięty i autonomiczny zespół rekursywnych komunikacji, w którym pojawiają się byty) konstruuje semantyczny artefakt podmiotu?”. Oto otaczający nas system społeczny, a nie byt sam w sobie, konstytuuje tożsamość, zdolność do czynności i porozumiewania się, odpowiedzialność, prawa i obowiązki, w skrócie – kreuje podmiotowość swych fikcji³⁸. Dzieje się tak przez przypisanie (*attribution*). Państwo staje się podmiotem zbiorowym nie dlatego, że ma pewne naturalne własności albo szczególną formę organizacyjną. Raczej to międzynarodowy system wojny i pokoju konstruuje podmiotowość jego uczestników, jako że zmusza etniczne lub terytorialne jednostki do przybrania formy zinstytucjonalizowanego państwa, jeżeli chcą one brać udział w polityce międzynarodowej³⁹. Podobnie to rynek kształtuje firmy, inaczej nie są niczym innym niż zwiłkiem indywidualnych umów⁴⁰.

Nomen ossibus inhaeret. Raz system prawny uznał *nomina* tej starej stronniczości i wyposażonych duchowych substancji, przyznając im uprawnie-

been modern, Hemel 1993; tenże, *To Modernise or to Ecologise? That is the Question* [w:] B. Braun, N. Castree (red.), *Remaking Reality: Nature at the Millenium*, London 1998, s. 221–242; M. Serres, *Le contract naturel*, Paris 1990.

³⁵ J. E. Lovelock, *Gaia: A New Look at Life on Earth*, Oxford 1979.

³⁶ W. Ewald, *Comparative Jurisprudence. What was It like to try a Rat*, „University of Pennsylvania Law Review” 1995 r., nr 143, s. 1889–2149; K. von Amira, *Thierstrafen und Thierprozesse*, Innsbruck 1891.

³⁷ N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, *op.cit.*, roz. 13.

³⁸ G. Teubner, *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the „Essence” of the Legal Person*, „The American Journal of Comparative Law” 1988 r., nr 36, s. 130–155; N. Luhmann, *Social Systems*, Stanford 1995, s. 198.

³⁹ N. Luhmann, *Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft* [w:] U. Beck (red.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt 1998, s. 345–380.

⁴⁰ G. Teubner, *The Many-Headed Hydra: Networks as Higher-Order Collective Actors* [w:] J. McCahery, S. Picciotto, C. Scott (red.) *Corporate Control and Accountability*, Oxford 1993, s. 41–60.

nia do działania, prawo może odnieść się do całkowicie innych dynamik konfliktów uwydatniających właściwość prawa, jaką jest zdolność do tworzenia norm. Wynalezienie osoby prawnej było wielkim wkładem kulturowym prawa do rewolucji organizacyjnej, w której przypisaniem możliwości działania objęto nie tylko naturalnych ludzi, ale i procesy komunikacyjne. Tą śmiałą ideą przypisania osobowości prawnej nie tylko jednostkom, ale samemu strumieniowi komunikacji, prawo sklonowało kolejnego wielbłąda, wypożyczyło go społeczeństwu i zapewniło sobie ogromny zysk z transakcji, kiedy społeczeństwo zwróciło zwierzę. Organizacje formalne jako podmioty zbiorowe są sensem tej sprawy. Odkąd stały się osobami prawnymi przez uzyskanie zdolności procesowej, prawotwórstwo mogło rozwinąć ogromny potencjał konfliktów formalnie zorganizowanych czynności dla samego tworzenia reguł, co przyćmiewa tego rodzaju potencjał jednostek⁴¹. „Dlaczego bogaci idą przodem?” Pod tym hasłem socjologowie prawa dokładnie przestudiowali głęboką różnicę w potencjale konfliktu tkwiącym w organizacjach i w osobach indywidualnych przed sądem⁴². Ale jest to jedynie aspekt uboczny. Z pewnością podmioty zbiorowe z zasady mają inną i często lepszą szansę na wygraną; to, co byłoby potrzebne, to uważne empiryczne zbadanie, jak organizacje występujące w procesach sądowych wpływają na tworzenie prawa w koewolucji semantyki prawnej i struktur społecznych.

Przekonanie, że podmiotami mogą być tylko istoty ludzkie, otrzymało nowy cios ze strony ruchu ekologicznego. Ale jak zidentyfikować podmioty w nowej ekologii politycznej? Grupy związane z ochroną środowiska ciągle pozostają najprostszymi przypadkami owych „nowych” podmiotów. Przyszłe pokolenia? Gatunki zwierząt? Rośliny? Krajobrazy? A co z językami? Z kulturami? Czy te nowe podmioty w dyskursie ekologicznym, walczące o swoje interesy i uprawnienia, są po prostu ruchami społecznymi w szerokim znaczeniu, które domagają się formalnego uznania ich za podmioty prawne? Czy też prawo łączy się tutaj z innymi „żywymi” procesami, które mogłyby pchnąć tworzenie reguł w nowym kierunku.

Doprawdy, to ostatnie rozwiązanie mogłoby być konsekwencją auto-pojezy prawa. Niklas Luhmann, tak samo jak Bruno Latour i Michel Serres, nakłania nas do zobaczenia ekologicznych wielbłądów. Czy oznacza to, że podmiotowość prawna – ludzi, organizacji formalnych, państw czy innych bytów – jest prosto zredukowana do statusu fikcji prawnej,

⁴¹ G. Teubner, M. Hutter, *Homo juridicus and homo oeconomicus: Communicative Fictions?* [w:] T. Baums, K. Hopt, N. Horn (red.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law*, Den Haag 2000, s. 569–584.

⁴² M. Galanter, *Why the „Haves” come out ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, „Law and Society Review” 1974 r., nr 9, s. 95–160; K. Röhl, *Die strukturelle Differenz zwischen Individuum und Organisation oder Brauchen wir ein Sonderprivatrecht für Versicherungen und andere Organisationen?*, München 1987, s. 574–605.

artefaktu komunikacyjnego? Nie, systemy społeczne stosują ostre kryteria selekcji w przypisywaniu tych własności. Przyznają je pod jednym warunkiem: dusza wraca do społeczeństwa. Nie tak naprawdę oczywiście, ale znowu w ambiwalentnej formie powtórnego wkroczenia, a dokładnie w podwójnym powtórnym wkroczeniu. Systemy społeczne, zanim przypiszą podmiotowość jakiemuś obiektowi (istocie ludzkiej, grupie, bytowi duchowemu, zwierzętom, komputerom), żądają wiarygodnych indyktorów zdolności jej przyjęcia⁴³. Przyznają podmiotowość jedynie pod takim warunkiem, że mają dobre powody dla założenia z góry procesów samodoszenia znaczeń za swymi adresami społecznymi; w tym samym czasie wymagają ścisłego strukturalnego związku ze swą komunikacją. Systemy społeczne przyznają podmiotowość jedynie wówczas, gdy (1) z góry zakładają operację *Verstehen* za swymi wytworami komunikacyjnymi; (2) z góry zakładają, że te artefakty zakładają to samo u ich partnerów; (3) system społeczny sam w sobie rozwinął wewnętrzną wrażliwość dla odniesienia się do tych „podmiotów”. W operacyjnej zamkniętości systemy społeczne nie mają dostępu do tej samodoszącej się rzeczywistości Innego, ale muszą być przygotowane wewnątrz swoich struktur. W odróżnieniu od św. Tomasza, muszą być uwrażliwione zanim jeszcze uwierzą w istnienie Innego. Wszystko wyjdzie w uwrażliwianiu.

Organizacje formalne na przykład stają się aktorami zbiorowymi jedynie wówczas, gdy otaczający je system społeczny ma dobre uzasadnienie, aby uwierzyć w ich niewidzialne samodoszenie (choćby zamknięty samodoszący proces znaczeniowy, role i procedury dla wspólnej reprezentacji), kiedy naprawdę „czuje się przekonany” przez dynamiki procesów organizacyjnych. Byty etniczne są uznawane za państwa jedynie wówczas, gdy prawo międzynarodowe jest wystarczająco przekonane przez „powalający” dowód, a mianowicie wypełnienie trzech słynnych warunków państwowości – terytorium, ludności i struktur władzy. Z kolei Latour zauważa słusznie, że historyczną zasługą ruchu ekologicznego jest skonstruowanie *septième cité*. Rozwijając koncepcję Boltanskiego i Thévenota o odwzorowaniu sześciu zamkniętych i wzajemnie niekompatybilnych dyskursów uzasadnienia⁴⁴, Latour zapewnia, że nowy dyskurs ekologii politycznej dysponuje potencjałem do rozwinięcia się w nowy system społeczny, w „zielone miasto”, zamieszkane przez gatunki systemu ekologicznego. Latour pisze: „Ekologia polityczna [...] niesie ze sobą skomplikowane formy związków między bytami: regulacjami, sprzętem, konsumentami, instytucjami, nawykami, cielętami, krowami, świniami [...]. Zbiorowe ekspe-

⁴³ P. Fuchs, *Kommunikation mit Computern? Zur Korrektur einer Fragestellung*, „Sociologia Internationalis” 1991 r., nr 29, s. 1–30; tenże, *Adressabilität als Grundbegriff der soziologischen Systemtheorie*, „Soziale Systeme” 1997 r., nr 3, s. 55–79.

⁴⁴ L. Boltanski, L. Thévenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris 1991.

rymentowanie na możliwych związkach między rzeczami i ludźmi [...], sieć quasi-podmiotów, których relacje podporządkowania pozostają niepewne i które poprzez to wymagają nowych form aktywności politycznej przystosowanej do tego, aby za nimi podążyć⁴⁵.

Jednak w „parlamencie rzeczy” jedynie niektóre Latourowskie aktanty mają szansę na uznanie społeczne i prawne. Latour, używając dobrych uzasadnień, podkreśla, że to przypisanie procesom autonomii decyduje o statusie podmiotu. Jednak, w przeciwieństwie do Latoura⁴⁶, byliśmy i bądźmy nowocześni. Anioły, świątynie, bogowie, wyrocznie, które dawno temu były realnymi podmiotami komunikacji społecznej, już nigdy nie będą podmiotami społecznymi. Nie dlatego, że nie istnieją, bo kto to wie, ale ponieważ współczesne systemy społeczne już ich nie uznają. Dla współczesnych systemów społecznych świat nie jest już pełen: „adresatów, którzy nie są ludźmi; nie ma już możliwości komunikowania się z duchami przodków, z bogami, drzewami, świętymi miejscami kultu, wróżbami z jelit i z lotu ptaka; z wszystkimi tymi widzialnymi i niewidzialnymi bytami, których radzenie sobie z ich samoodnoszeniem można było z góry założyć – co zawiera w sobie potencjalną możliwość oszustwa, kłamstwa, naciągania i wyrażania się przez zachowanie milczenia⁴⁷.

Ale byty ekologiczne, artefakty socjotechniki, cyborgi, hybrydy, sieci i inne podmioty przetwarzania informacji Latoura mają realną szansę na uznanie przez nowoczesne społeczeństwo i poprzez to na uczestniczenie w ekologii politycznej.

A wielbłąd sędziego? Są znaki, które świadczą o tym, że prawo zaczyna przeprojektowywać swoje instrumentarium proceduralne i konceptualne dla wytwarzania nowych fikcyjnych obywateli siódmego *cié*. Włączenie uprawnień ekologicznych w konstytucjach politycznych, stopniowa jurydyzacja praw zwierząt, zmiana języka prawnego z semantyki „ochrony natury”, przez „interesy ekologii”, do „uprawnień” procesów życiowych, powolny proces uznawania pozycji społecznej stowarzyszeń ekologicznych, rozszerzająca się konceptualizacja szkód ekologicznych – są indykatorami tego, że prawo przygotowuje się do powtórnego wypożyczenia społeczeństwu wielbłąda nowej rasy⁴⁸. „Aktanty” i „mediatorzy” w wyłaniającym się dyskursie ekologicznym nie muszą pozbywać się nowo nadanej pełnej podmiotowości prawnej, aby stworzyć nową dynamikę polityczną. Wielo-

⁴⁵ B. Latour, *To Modernise...*, *op.cit.*, s. 229, 234–235.

⁴⁶ B. Latour, *We have never...*, *op.cit.*

⁴⁷ P. Fuchs, *Die archaische...*, *op.cit.*, s. 120.

⁴⁸ R. Ogorek, *Recht und Tier: Eine traurige Begegnung*, „Rechtshistorisches Journal” 1999 r., nr 18, s. 247–259; C. Godt, *Haftung für ökologische Schäden: Verantwortung für Beeinträchtigungen des Allgemeingutes Umwelt durch individualisierende Verletzungshandlungen*, Berlin 1997; C. Schmidt, *The Concept of...*, *op.cit.*; D. von Pfordten, *Die moralische und*

krotne rozróżnienia prawne – podziały między różnymi stopniami osobowości prawnej, między zwykłymi interesami, częściowymi uprawnieniami i prawami przekazanymi w zastaw, między ograniczoną i pełną zdolnością do czynności prawnych, między agencją, reprezentacją i trustem, między odpowiedzialnością indywidualną, solidarną, grupową, korporacyjną i innymi formami odpowiedzialności – mają możliwość nadania ostrożnie ograniczonego statusu prawnego stowarzyszeniom bytów ekologicznych. I wszystkie te realne fikcje mogą działać jako podmioty wyłącznie w dyskursie ekologicznym bez konieczności stawania się podmiotami gdziekolwiek w społeczeństwie. Zdolność do czynności prawnych może być nadana w różnych kontekstach społecznych. Wygląda na to, że są szanse na to, że wielbłądy sędziów będą płodne i rozmnożą się.

rechtliche Berücksichtigung von Tieren [w:] tenże, J. Nida-Rümelin (red.), *Ökologische Ethik und Rechtstheorie*, Baden-Baden 1995; G. Erbel, *Rechtsschutz für Tiere*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 1986 r., nr 101, s. 1235–1258.

* Zob. przypis od redakcji, s. 28.