



zliczone zarządzenia, statuty, akty administracyjne itp., wydawane przez pozostałe organy państwowe, a także o orzeczenia sądowe z działaniem na zewnątrz. Jako na następstwa „uprawnniczenia” uskarżano się na ograniczenie swobód indywidualnych, bierność społeczną i polityczną itp.<sup>2</sup>

## 1. ZAŁOŻENIA BADAWCZE

Powstaje jednak pytanie, czy „uprawnniczenie” i „odprawniczenie” są rzeczywiście *kontradykcyjnymi* zasadami sterowania. Tylko gdyby tak było, można by ewentualnie bez problemów zwalczać następstwa „uprawnniczenia” przez poczynania deregulacyjne. Wszystkie dotychczasowe wyniki badań wskazują jednak<sup>3</sup>, że zarówno w przypadku „uprawnniczenia”, jak i „odprawniczenia” mamy do czynienia ze *zjawiskami ambiwalentnymi*. „Uprawniczenie” powoduje mianowicie w pewnych okolicznościach równocześnie i gwarantowanie, i zagrożenie wolności. „Odprawniczenie” z kolei w pewnych okolicznościach usuwa ograniczenia wolności, ale jednocześnie otwiera możliwości zwiększonej samowoli. W pracy niniejszej chodzi przede wszystkim o prawo jako instrument sterujący polityki państwowej. W nawiązaniu do terminu „polityka regulacyjna”<sup>4</sup> chciałbym je nazwać „prawem regulacyjnym”.

## 2. PRAWO REGULACYJNE W PAŃSTWIE OPIEKUŃCZYM

Uwzględniając szczególnie instrument sterujący, jakim jest prawo, nowoczesne państwo opiekuńcze można scharakteryzować następująco<sup>5</sup>:

1. Państwo późnego kapitalizmu przejmuje odpowiedzialność za roz-

<sup>2</sup> Zbiorczy przegląd daje H. D. Weiss: *Verrechtlichung als Selbstgefährdung des Rechts — Betrachtungen zur Gesetzesflut aus dem Blickwinkel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, [w:] *Die öffentliche Verwaltung*, 1978, s. 601 i n.

<sup>3</sup> Co do tego patrz przyp. 2 oraz R. Erd: *Verrechtlichung industrieller Konflikte und normative Rahmenbedingungen des dualen Systems der Interessenvertretung*, Frankfurt/M-New York 1978; R. Voigt [Wyd.]: *Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*, Königstein 1980.

<sup>4</sup> Por. R. Mayntz: *Regulative Politik in der Krise?* [w:] J. Matthes [Wyd.]: *Sozialer Wandel in Westeuropa*, Frankfurt/M-New York 1979, s. 55 i n. oraz R. Mayntz: *Implementation von regulativer Politik* [w:] R. Mayntz [Wyd.]: *Implementation politischer Programme, II. Ansätze zur Theoriebildung*, Opladen 1983, s. 50 i n.

<sup>5</sup> Por. P. Flora [J. Alber], J. Kohl: *Zur Entwicklung der westeuropäischen Wohlfahrtsstaaten*, „Politische Vierteljahresschrift” 1977 nr 4, s. 707 i n.; J. Alber: *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat, Analysen zur Entwicklung der*

wiązywanie problemów stanowiących następstwa jego modernizacji poprzez spełnianie funkcji komplementarnych dla procesów przemysłowo-gospodarczych („skrepowany kapitalizm”).

2. Interweniuje ono w sprawy dotyczące życia gospodarczego i społecznego nie tylko w celu utrzymania wzrostu gospodarczego, lecz także — realizacji społecznego podziału dochodów.

3. Interwencje państwa w sprawy jednostek, grup lub całej ludności oparte są z reguły na społecznych roszczeniach prawnych.

4. W celu zagwarantowania tych praw państwo tworzy lub popiera tworzenie określonych instytucji i staje się w ten sposób nośnikiem usług społecznych.

5. Dostęp do usług tych instytucji i zależność życia jednostek od takich usług obejmuje całą ludność („inkluzyja polityczna”).<sup>6</sup>

6. Legalność sprawowania władzy przez państwo, jako wyraz zgody społeczeństwa na nie, zależna jest od świadczenia usług społecznych, a zatem od skuteczności interwencji państwa w dziedzinie ekonomiki („lojalność mas”).<sup>7</sup>

7. W celu zapobiegania kryzysom legalności administracje: gospodarcza, związków zawodowych i państwa ściśle ze sobą współpracują, przynajmniej w zakresie ustalania kryteriów podziału („korporacjonizm”).

## 2.1. Prawo jako środek organizacji państwa opiekuńczego

Posiadając władzę polityczną, państwo opiekuńcze ma do dyspozycji jako narzędzia sterowania prawo i pieniądze.<sup>8</sup> Ich cechy szczególne: abstrakcyjność, jednoznaczność, możliwość generalizacji i centralizacji oraz kompletowanie lub kompensowanie okazują się jednak zarówno korzyst-

---

*Sozialversicherung in Westeuropa*, Frankfurt/M-New York 1982; F. X. Kaufmann: *Steuerungsprobleme im Wohlfahrtsstaat*, [w:] J. Matthes [Wyd.]: *Krise der Arbeitsgesellschaft? Verhandlungen des 21. Deutschen Soziologentages in Bamberg 1982*, Frankfurt/M-New York 1983, s. 474 i n.; E. Matzner: *Der Wohlfahrtsstaat von morgen, Entwurf eines zeitgemässen Musters staatlicher Interventionen*, Frankfurt/M-New York 1982.

<sup>6</sup> Pojęcia tego używa N. Luhmann przede wszystkim w swojej książce: *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München-Wien 1981.

<sup>7</sup> Patz W. D. Narr, C. Offe [Wyd.]: *Wohlfahrtsstaat und Massenloyalität*, Köln 1975.

<sup>8</sup> W tej ocenie zgadzają się ze sobą Luhmann: *loc. cit.* oraz J. Habermas: *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. 2, Frankfurt/M 1981.

ne, jak i niekorzystne. Ich skuteczność ukazuje jednocześnie ich granice, wynikające głównie z braku zdolności wyciągania nauk i samoograniczenia się.<sup>9</sup>

Normy prawne są tak samo jak normy etyczne normami postępowania drugiego rzędu.<sup>10</sup> Gwarantują one przy tłumieniu otwartych konfliktów, niosących ze sobą niebezpieczeństwo destabilizacji systemu politycznego, następną płaszczyznę przyzwolenia społecznego, którą można wykorzystać, kiedy zawiodą codzienne mechanizmy porozumienia. Oczywiście i ten konsens jest na ogół tylko fikcją. Ponieważ byłoby z jednej strony zbyt kosztowne, a z drugiej — zbyt ryzykowne faktyczne wymuszone przeprowadzenie głosowań na temat partykularnych interesów, dochodzi do stosowania mechanizmów zgeneralizowanych, które mają uodparniać leżąca tu u podstaw fikcję konsensu na ryzykowną aktualizację.<sup>11</sup> W ten sposób prawo staje się — przynajmniej częściowo — „społecznym językiem kompromisu”, który może służyć zarówno stabilizacji strategii utrzymania zgody, jak i strategii unikania konfliktów.<sup>12</sup> Kiedy się popatrzy na rozwój zachodnich państw opiekuńczych, to widać, że na płaszczyźnie struktur normatywnych łatwiej się dopasowujące prawo zastępuje stopniowo religie i moralność. Prawo odrywa się od leżących u podstaw struktur społecznych i w ten sposób steruje — z lepszym lub gorszym skutkiem — podsystemami gospodarki i administracji. Prawo jest, oczywiście, tylko relatywnie niezależne od leżących u jego podstaw norm i wartości społecznych<sup>13</sup>, bowiem normy społeczne niższego rzędu (nawyki, zwyczaje, obyczaje) mogą także w społeczeństwie nowoczesnym osłabiać lub wzmacniać działanie norm prawnych. Wartości zaś przez to, że podają priorytety działania, nawiązują niezbędną łączność między systemem politycznym a systemem prawnym, legitymując prawo stanowione i zwiększając w ten sposób jednocześnie bezpieczeństwo działania.

<sup>9</sup> Związek ten zauważa N. Luhmann głównie w swoim artykule: *Organisationsmittel des Wohlfahrtsstaates und ihre Grenzen*, [w:] *Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen*, Wyd. Bürger und Demokratie, Düsseldorf 1981, s. 43 i n.

<sup>10</sup> Por. Habermas: *op. cit.*, s. 259 i n.

<sup>11</sup> K. A. Ziegert: *Unterstützungssystem Recht: Zur Programmstruktur des Rechts in der nach-industriellen Gesellschaft*, [w:] R. Voigt [Wyd.]: *Gegendenzen zur Verrechtlichung*, Opladen 1983, s. 266 i n.

<sup>12</sup> Por. K. H. Ladeur: *Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung*, [w:] „Leviathan” 1979, s. 339 i n.

<sup>13</sup> Szczegółowo opisał tę zależność R. König: *Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme* [w:] E. E. Hirsch — M. Rehbinder [Wyd.]: *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Wyd. 2, Opladen 1971, s. 36 i n.

## 2.2. Prawo regulacyjne wobec sterowania politycznego

Jeśli popatrzymy na prawo regulacyjne w specyficznym aspekcie ustawodawstwa, to z prawnoteoretycznego punktu widzenia można rozróżnić trzy typy normowania prawnego:

1. Normy podstawowe (*Basisnormen*) reflektują i sankcjonują strukturę podstawową bazy ekonomicznej społeczeństwa burżuazyjnego, mianowicie własność prywatną i wolną umowę o pracę.<sup>14</sup>

2. Normy komunikacyjne (np. prawo handlowe, akcyjne, czekowe i wekslowe) regulują powstawanie stosunków umownych i sposoby postępowania.

3. Od norm podstawowych i komunikacyjnych, spełniających tylko ogólną funkcję regulacyjną, należy odróżnić normy sterujące w ścisłym sensie, które działają przede wszystkim w dziedzinach polityki strukturalnej i sterowania globalnego z jednej strony, a z drugiej — w dziedzinach ustawodawstwa społecznego i prawa policyjnego.

Ale także i tak zdefiniowane normy sterowania, w węższym rozumieniu, w różny sposób stosowane są przez system polityczno-administracyjny. Jeśli popatrzeć na ten problem na tle stwarzanej przez nauki społeczne typologii programów politycznych<sup>15</sup>, to można wyказаć, że udział prawa w tych typach sterowania jest różny. Najmniejszą treść prawną i równocześnie najmniejszą intensywność sterowania wykazują programy perswazyjne. Ich strategie mobilizujące i przekonywające mają często tylko funkcję symboliczną<sup>16</sup> także wtedy, gdy stosuje się dla nich formę prawa. Bodźce fiskalne (subwencje, ulgi podatkowe itp.) oraz polityka infrastrukturalna,

<sup>14</sup> W prawie niemieckim tak jest na przykład w § 903 kodeksu cywilnego (BGB) co do własności, w § 1922 BGB jako centralnej normie prawa spadkowego i w § 105 prawa o zawieraniu umów o pracę; obejmuje to jednak także odpowiednie postanowienia prawa karnego i konstytucyjnego. Por. W. Friedmann: *Recht und sozialer Wandel*, Frankfurt/M 1969, s. 75 i n., 99 i n. oraz klasyfikację: P. Nahamowitz: *Gesetzgebung in den kritischen Systemjahren 1967—1969, Eine Rekonstruktion spätkapitalistischen Staatshandelns*, Frankfurt/M-New York 1978, s. 121 i n. Patrz także Mayntz: *Regulative... i Implementation...* oraz J. Hucke: *Einschränkung und Erweiterung politischer Handlungsspielräume bei der Implementation von Recht*, [w:] E. Blankenburg — K. Lenk [Wyd.]: *Organisation und Recht*, Opladen 1980, s. 81 i n., i tegoż autora: *Regulative Politik, Das Beispiel Umweltschutz*, [w:] R. Voigt [Wyd.]: *Abschied vom Recht?*, Frankfurt/M 1983, s. 50 i n.

<sup>15</sup> Por. przyp. 14.

<sup>16</sup> Tu najpierw: M. Edelman: *Politik als Ritual, Symbolische Funktion staatlicher Institutionen und politischen Handelns*, Frankfurt/M-New York 1976.

a więc bezpośrednio tworzenie przez państwo dóbr, usług osobowych i technicznych, wymagają jedynie formy prawnej. Tu państwo z reguły nie steruje przy pomocy prawa. Raczej wprowadza się pozaprawne możliwości sterowania w formę norm prawnych, czego skutkiem są niejednokrotnie, wynikające z nich, roszczenia prawne. Programowanie proceduralne natomiast jest już typem programu w istotny sposób ukształtowanym przez prawo. Służy tu ono jako środek rozpatrywania konfliktów i godzenia interesów dzięki istnieniu procedur prawnych. Klasyfikacyjnym typem programowania prawnego jest jednak polityka regulacyjna, która w sposób wiążący ustala przepisy działania przy pomocy nakazów, zakazów, zastrzeżeń, wydawania zezwoleń i gróźb kar.

Zarówno typologia teoretycznoprawna, jak i politologiczna wymagają oczywiście uzupełnienia. I tak z jednej strony ograniczenie się do norm ustawowo prawnych jest zbyt ciasne, a z drugiej naszkicowana typologia programów politycznych pozostawia bez odpowiedzi pytania o pochodzenie norm i o partnerów współdziałania. Po pierwsze — należy uwzględnić także normy niższego rzędu, jak zarządzenia, akty administracyjne itp. jako składnik pojęcia norm sterujących w węższym rozumieniu. Po drugie — należy w przypadku polityki regulacyjnej ze względu na różne podstawy i procesy legitymacyjne poczynić rozróżnienie między ustawami podjętymi w postępowaniu parlamentarnym a normami stanowionymi w różnych dziedzinach przez władzę wykonawczą. I wreszcie trzeba rozszerzyć o jeden wymiar dwuwymiarowy stosunek między prawodawcą jako dawcą norm z jednej strony a jednostkami lub grupami społecznymi jako adresatami tych norm z drugiej.

### 3. EWOLUCJA PRAWNA

W nowoczesnych państwach opiekuńczych prawo regulacyjne odgrywa bez wątpienia rolę decydującą. Wraz z jego wzrostem w formie „uprawnienia” widoczne jednak stają się problemy ze sterowaniem przy pomocy tego prawa regulacyjnego, które po stronie administracyjnych adresatów norm można by określić jako „deficyty egzekwowania”, a po stronie adresatów społecznych jako „deficyty posłuszeństwa”. Całkiem ogólnie można stwierdzić występowanie globalnych tendencji „odprawienia”.<sup>17</sup> Dają się z tego wywieść cztery kompleksy pytań:

1. Czy prawo regulacyjne jest cechą specyficzną nowoczesnych spo-

<sup>17</sup> N. Luhmann: *Ausdifferenzierung des Rechts, Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt/M 1981, s. 416.

łeczeństw lub państw, czy też ten typ prawa istniał już w dawniejszych epokach?

2. Czy gwałtowny rozwój prawa regulacyjnego we współczesnym społeczeństwie jest trendem, którego dynamika została już złamana, czy też trend ten posuwa się naprzód nieprzerwanie?

3. Czy obserwowane tendencje „odprawniczenia” są objawem wyższego stopnia ewolucji rozwoju społecznego? Czy więc należy liczyć się z tym, że na dłuższą metę wezmą one górę nad tendencjami „uprawniczenia”?

4. Wynika stąd pytanie, czy „uprawniczenie” i „odprawniczenie” znoszą się nawzajem, czy też mogą przebiegać równocześnie, jak gdyby obok siebie, choć w przeciwnych kierunkach.

### 3.1. Prawo jako ewolucyjna wartość uniwersalna

Udzieleniu odpowiedzi na to pytanie ma służyć przegląd ewolucyjnego rozwoju prawa w kontekście ewolucji społecznej. Wprowadzając rozróżnienie pomiędzy ogólną, społeczną (egzogeniczną) ewolucją a specyficzną (endogeniczną) ewolucją prawa implikuje się zarazem, że ewolucja realizuje potencjał systemu prawnego w kierunku zmieniającej się struktury edukacji w konfrontacji z otoczeniem ustrojowym.<sup>18</sup> Ustrojowoteoretyczny sposób patrzenia pozwala stwierdzić, że jedno zależy od drugiego i że oba te czynniki wzajemnie na siebie wpływają. Prawo ma przy tym funkcję torowania drogi w ewolucji społecznej.<sup>19</sup> Talcott Parsons charakteryzuje więc system prawny, zbudowany uniwersalnie, powszechnie, obowiązująco, jako „ewolucyjną wartość społeczeństwa”.<sup>20</sup> Obejmuje tym pojęciem każdy „wynałazek”, który dla dalszej ewolucji jest tak ważny, iż dokonuje się go w różnych systemach i w całkiem innych warunkach równocześnie. Jego dokonanie zwiększa zdolności adaptacyjne systemów społecznych w takiej mierze, że są w stanie kontrolować lub zmieniać swoje otoczenie i przetrwać w obliczu wpływów zewnętrznych, nie poddających się zmianom.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Por. *Ibid.*, s. 13 i n.

<sup>19</sup> Patrz zwłaszcza: J. Habermas: *Überlegungen zum evolutionären Stellenwert des modernen Rechts*, [w:] J. Habermas: *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Frankfurt/M 1976, s. 260 i n.

<sup>20</sup> T. Parsons: *Recht und soziale Kontrolle*, [w:] Hirsch — Rehbinde[r] [Wyd.]: *op. cit.*, s. 121 i n.

<sup>21</sup> W ten sposób Parsons dochodzi od razu do ścisłego związku między teorią ewolucji a teorią uczenia się, wyjaśnionego przez Luhmanna: *Ausdifferenzierung...*, s. 13.

Na płaszczyźnie struktury społecznej wchodzą w grę obok rozwarstwienia społecznego i legitymizacji kulturowej (np. poprzez duchowieństwo) cztery kompleksy uniwersaliów ewolucyjnych, których zgodne pojawienie się przyspiesza ewolucję.

1. Powszechnie obowiązujący uniwersalistyczny system prawny, obowiązujący społeczeństwo jako całość i stosunkowo niezależny zarówno od instancji religijnych, legitymujących porządek normatywny społeczeństwa, jak i od zorientowanych praktycznie grup interesów, w szczególności rządu.

2. Organizacja pieniądza i rynku dla mobilizacji zasobów bez względu na niepisane powiązania, np. obowiązek szczególnego popierania interesów rodzinnych.

3. Biurokracja administracyjna jako najbardziej efektywna organizacja masowa przeznaczona do zrealizowania rozległych celów kolektywnych.<sup>22</sup>

4. Demokratyczne stowarzyszenie z wybieralnym kierownictwem i powszechnym prawem wyborczym, dzięki którym możliwe jest uzyskiwanie zgody członków na określone cele polityczne.

Jedną z najważniejszych, jeśli nie w ogóle najważniejszą cechą nowoczesnego społeczeństwa jest powszechnie obowiązujący uniwersalny system prawny.<sup>23</sup> Nie każda organizacja społeczeństwa, mająca formę prawną, może być już w ten sposób zakwalifikowana. W ewolucyjny twór uniwersalny rozwija się (dynamiczny) porządek prawny dopiero w toku ewolucji prawa.<sup>24</sup> System prawny musi spełniać trzy ogólne warunki, aby stać się ewolucyjną wartością uniwersalną<sup>25</sup>:

- 1) wariabilność, tzn. musi być w stanie wytwarzać nowe możliwości;
- 2) selektywność, tzn. musi być w stanie wybierać możliwości korzystne;
- 3) stabilność, tzn. wybrane możliwości muszą mieć szanse umocnienia.

<sup>22</sup> M. Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft, Teil 1*, „Studienausgabe” 1964, s. 161 i n.

<sup>23</sup> Por. Parsons: *op. cit.*, s. 121 i n.

<sup>24</sup> Znanym modelem myślowym jest rozróżnienie statycznych i dynamicznych systemów prawa. Tylko skonstruowany dynamicznie system prawny mógłby stać się ewolucyjną wartością uniwersalną. Przy bliższym zbadaniu jednak wyłącznie statyczny system prawny okazuje się fikcją. Stąd bardziej sensowne wydaje się wprowadzenie na miejsce tego podziału dychotomicznego pojęcia różnej prędkości zmian poszczególnych systemów prawnych. Por. H. Bianchi: *Der Mensch und sein Rechtssystem*, [w:] H. G. Gadamer — P. Vogler [Wyd.]: *Neue Anthropologie*, t. 4: *Kulturanthropologie*, Stuttgart 1973, s. 225 i n.

<sup>25</sup> Por. rozważania Luhmanna: *Ausdifferenzierung...*, s. 416.



Istotny potencjał ewolucyjnego rozwoju prawa zawarty jest więc w strukturalnej otwartości konfliktów prawnych. W celu zrealizowania tego potencjału należy przyjąć metody wybierające z możliwych rozwiązań takie, które mają być wiążące.

### 3.2. Stopnie ewolucji prawa

Ze względu na ewolucyjny proces edukacji można, kontynuując model Maxa Webera, wyróżnić trzy stopnie ewolucji prawa<sup>26</sup>:

1) prawo archaiczne: podstawą jego tworzenia i stanowienia jest wyobrażenie zależności magicznych;

2) prawo tradycyjne: punktem wyjścia dla jego tworzenia i stanowienia jest tradycyjnie zastany porządek świata;

3) prawo autonomiczne: podstawą jego stanowienia staje się racjonalna umowa zainteresowanych i uwolnienie się od tradycji.

Dopiero ten ostatni stopień należy w dużym stopniu do powszechnego uniwersalistycznego porządku prawnego.

Prawo archaiczne obowiązuje na podstawie „moralności prekonwencjonalnej”.<sup>27</sup> Jego punkt ciężkości spoczywa na funkcjach represyjnych, nie zaś instrumentalnych. Bazuje ono na samopomocy kłócących się stron (np. na krwawej zemście), ogranicza się ono do konfliktów pomiędzy grupami i wyklucza takowe w obrębie jednej grupy. Dla wiążącego rozstrzygnięcia nie istnieje kompetencja prawna, która byłaby niezależna od pokrewieństwa. Tworzenie prawa i działanie prawne nie są wyzwolone z kontekstu konkretnych interakcji. Wyobrażenia normatywne powiązane są raczej bezpośrednio z doświadczanymi stanami faktycznymi. Pojedyncza norma nie rości sobie prawa do absolutnego obowiązywania. „Techniczne stosowanie” prawa nie jest jednak całkowicie wykluczone. Zmiany prawne mogą być raczej przeprowadzane pragmatycznie przez „zapominanie” starych i instytucjonalizację nowych norm prawnych. Warunkiem jest jednak, aby znalazły one wystarczająco duży konsens i aby zachowana została legalność nadająca siłę normie.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Tu przede wszystkim: K. Eder: *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften, Ein Beitrag zu einer Theorie sozialer Evolution*, Frankfurt/M 1976, s. 158 i n.; N. Luhmann: *Rechtssoziologie* (2 tomy), Reinbek 1972, s. 145 i n.; M. Rehbinder: *Status — Kontrakt — Rolle, Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zu einer offenen Gesellschaft*, [w:] *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*, Berlin 1967, s. 141 i n.; W. Schluchter: *Die Entwicklung des okzidentalischen Rationalismus*, Tübingen 1979, s. 122 i n.

<sup>27</sup> Por. Eder: *op. cit.*, s. 161 i n.; Luhmann: *Rechtssoziologie*, s. 145 i n.

<sup>28</sup> Patrz przede wszystkim: Ziegert: *op. cit.*, s. 266 i n.

Prawo tradycyjne opiera się na konwencjonalnej świadomości moralnej.<sup>29</sup> Zasada organizacyjna pokrewieństwa zastępowana jest stopniowo przez zasadę hierarchicznej władzy politycznej. Dlatego konieczne staje się polityczne pośredniczenie przy pomocy prawa w konkretnym rozdziale władzy między poszczególnymi grupami w coraz bardziej złożonym systemie społecznym. Instytucjonalnie umacnia się ta normalizacja konfliktów społecznych w pojawieniu się roli „władcy-sędziego” i w wykształceniu się społecznego subsystemu władzy politycznej. Tradycyjnie zastany porządek świata reprezentowany jest w postaci „władcy-sędziego”, stanowiącego powszechne normy, według których orzeka się prawo. Przez to, że działanie prawne przenosi się na sędziów, przynajmniej częściowe regulowania konfliktów wyłączone zostają spod działań zalegalizowanej samopomocy. Strukturę regulacyjną, według której normy uzyskują charakter prawny, tworzą tradycja i *status quo*. Chodzi więc o kulturę prawną w istocie rzeczy statyczną. Nowe reguły prawne mogą powstawać tylko na drodze nowego „objawienia charyzmatycznego”.<sup>30</sup> Nosicielami tej adaptacji są instancje „legitymizacji kulturowej” (Parsons). W toku rozwoju normy prawne są systematyzowane, a wraz z wynalezieniem pisma — także częściowo kodyfikowane.

Prawo autonomiczne powstaje w odpowiedzi na zwiększone zapotrzebowanie na zmiany w społeczeństwie.<sup>31</sup> Jeszcze z formalnym pokryciem przez prawo naturalne w XVIII wieku jest ono formalizowane i pozytywizowane.<sup>32</sup> Miejsce zależności od tradycji (moralność i prawda) zajmuje podstawowa zasadność (racjonalność) jako wyraz „moralności postkonwencjonalnej”.<sup>33</sup> Suwerenowi przyznaje się najwyższą władzę legislacyjną, jako prawodawca może on zmieniać zastany porządek lub też wprowadzać nowy. Prawodawstwo reguluje się formalnie, formalizuje się stosowanie i wykładnię praw. Jako prawo prawników (*Juristenrecht*) obejmuje ono teraz wszystkie jednostki ludzkie jako formalnie równe osoby prawne. W ten sposób powstają warunki do przedstawienia całego prawa na pozytywność, a więc że obowiązuje jedynie z mocy postanowienia i może być zmienione poprzez postanowienie.<sup>34</sup> Cechą charak-

<sup>29</sup> Eder: (op. cit., s. 30, 163 i n.) mówi w tym kontekście o „umoralnieniu prawa”.

<sup>30</sup> Por. M. Weber: *Rechtssoziologie*, Wyd. 2, Neuwied-Berlin 1967, s. 218 i n.

<sup>31</sup> Eder: op. cit., s. 165 i n. pisze w tym sensie o powstaniu prawa „nowożytnego”. Por. także: G. Teubner: *Reflexives Recht, Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, „Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 1982, s. 13 i n.

<sup>32</sup> Pojęcie „pozytywizacji” użyte jest tu w rozumieniu Luhmanna: *Rechtssoziologie...*, s. 195 i n.

<sup>33</sup> Por. Eder: op. cit., s. 253.

<sup>34</sup> Por. Luhmann: *Rechtssoziologie...*, s. 202 i n.

terytyczną społeczeństwa jest wytworzenie dokładnie zdefiniowanych prawnie ról zawodowych, dzięki czemu znajduje się ono na drodze do społeczeństwa przemysłowego. Poza tym można je teraz pojmować jako pewien system wolnych, realizujących swoje prywatne interesy obywateli, którzy sami określają sobie granice. Prawo prywatne jest wyrazem zasady organizacyjnej społeczeństwa, „która z realizowania interesów ekonomicznych może uczynić zasadę stosunków społecznych”.<sup>35</sup> Dokonało się przejście od „prawa statusu” do „prawa kontraktu”.<sup>36</sup>

### 3.3. „Uprawniczenie” wobec ewolucji

Wytworzenie prawa autonomicznego jest więc podstawą dla powstania powszechnie obowiązującego uniwersalistycznego systemu prawnego w rozumieniu Talcotta Parsonsa. Samo to nie prowadzi jednak jeszcze, oczywiście, do „uprawnienia”. Do tego potrzeba raczej spotkania się systemu prawnego z co najmniej jeszcze jednym ewolucyjnym czynnikiem uniwersalnym. Jeśli wyjść od stwierdzenia, iż do realizacji norm prawnych w określonych przypadkach konieczna jest przemoc fizyczna lub przynajmniej jej groźba, zaś państwo posiada monopol na przemoc, to system prawny musi mieć odpowiednie powiązanie z państwem.<sup>37</sup> Jürgen Habermas definiuje w swoich założeniach z teorii komunikacji<sup>38</sup> ewolucję społeczną jako proces różnicowania drugiego stopnia: system i sfera życia różnicują się przez to, że rośnie złożoność jednego, a racjonalność drugiego, a także równocześnie różnicują się względem siebie. Na wyższym poziomie integracji tworzą się nowe struktury społeczne, mianowicie państwa i sterowane przez środki komunikacji podsystemy, po których można poznać przesuwanie się ewolucji. W stworzonym przez Habermasa modelu epokowych etapów „uprawnienia” powstanie prawa autonomicznego zbiega się więc z pierwszym etapem „uprawnienia”, mianowicie z ukonstytuowaniem się państwa burżuazyjnego. W toku przechodzenia od społeczeństwa stanowego do kapitalistycznego społeczeństwa zysku oba uniwersalia ewolucyjne „system prawny” i „system pieniężno-rynkowy” schodzą się ze sobą i wyzwalają pierwsze ewolucyjne przesunięcie rozwojowe.

Wraz z powiązaniem „systemu prawnego” i „biurokracji administracyjnej” także schodzą się dwa uniwersalia ewolucyjne, które uzupełniają

<sup>35</sup> Por. Eder: *op. cit.*, s. 166.

<sup>36</sup> Por. Rehbinder: *op. cit.*, s. 141 i n.

<sup>37</sup> Przewiduje to już teoria Parsonsa (*op. cit.*, s. 124).

<sup>38</sup> Por. Habermas: *Theorie...*, s. 230 i n.

się nawzajem i wzmacniają w swoim działaniu. W „problematycznym połączeniu władzy z prawem” system norm prawnych rozbudowany zostaje w organizacyjne instytucje państwa.<sup>39</sup> To złączenie strukturalne państwowej władzy centralnej z instrumentalnie stosowaną strukturą normatywną prowadzi do drugiego etapu „uprawnienia” i do ukonstytuowania się burżuazyjnego państwa praworządnego.<sup>40</sup> Jego cechą zasadniczą jest prawne związanie administracji, znajdujące wyraz w zasadzie legalności jej działania. Możliwość wywierania wpływu na społeczeństwo administracja uzyskuje z funkcji integracyjnej prawa. Jako obywatelskie prawa wolności<sup>41</sup> gwarantowane są konstytucyjnie zdolność prawna jednostki i ochrona przed samowolą. Swą ewolucyjną siłę przesuwania się uzyskuje połączenie prawa z państwem, oczywiście, głównie przez to, że możliwe staje się dokonanie kroku od prawa zwróconego ku przeszłości do prawa przewidującego tzn. prognostycznego. Przy pomocy prawa jako „programu legislacyjnego”<sup>42</sup> państwo posiada możliwość świadomego sterowania procesami społecznymi.

Przesunięcie na trzeci etap „uprawnienia” wyzwalane jest przez połączenie „systemu prawnego” z ewolucyjnym czynnikiem uniwersalnym, jaki stanowi „asocjacja demokratyczna”. Odtąd są do dyspozycji prawnie uregulowane sposoby postępowania jako zgeneralizowane mechanizmy, przy pomocy których można zapewnić konsens wszystkich obywateli co do pewnych zasadniczych rozstrzygnięć systemu politycznego. W demokratycznym państwie praworządnym<sup>43</sup> ukonstytucjonalizowana władza państwowa zostaje zdemokratyzowana, a proces legitymizacji ulega „uprawnieniu”. Powstają demokracje masowe przez to, że prawo wyborcze rozszerzone zostaje na grupy ludności dotąd nieuprzywilejowane, a zorganizowane grupy opozycyjne uzyskują ochronę prawną. Powszechne zrównanie praw politycznego współuczestnictwa prowadzi do powstania politycznego statusu obywatela państwa.<sup>44</sup>

Podczas gdy demokratyczne państwo praworządne ukierunkowane jest na „hamowanie” systemu działań administracyjnych, to społeczne

<sup>39</sup> Tak formułuje to König: *op. cit.*, s. 46.

<sup>40</sup> Por. Habermas: *Theorie...*, s. 527 i n.

<sup>41</sup> Patrz w szczególności: T. H. Marshall: *Class Citizenship and Social Development*, Garden City-New York 1964, s. 84.

<sup>42</sup> Pojęcie „programu legislacyjnego” pochodzi od P. N. Stjernquista: *Laws in the Forest, A Study of Public Direction of Swedish Private Forestry*, Lund 1973.

<sup>43</sup> Habermas: *Theorie...*, s. 529.

<sup>44</sup> Patrz S. Rokkan: *Die vergleichende Analyse der Staaten- und Nationenbildung: Modelle und Methoden*, [w:] W. Zapf [Wyd.]: *Theorien des sozialen Wandels*, Wyd. 4, Königstein 1979, s. 228 i n. i Marshall: *op. cit.*, s. 84.

i demokratyczne państwo praworządne próbuje także jako nowoczesne państwo opiekuńcze kierować systemem ekonomicznym. Jego cechą charakterystyczną są procesy „uprawnniczenia” w sferze pracowniczej (czwarty etap „uprawnniczenia”). Do praw współuczestnictwa politycznego dochodzą prawa społeczne współposiadania.<sup>45</sup> Społeczny status obywatela zawiera także podział zasobów, dóbr i zysków, stworzenie publicznych systemów opieki społecznej oraz publiczne przedsięwzięcia w celu wyrównania warunków ekonomicznych.<sup>46</sup> Dochodzi więc do stworzenia instytucji mających na celu zabezpieczenie socjalne i przekazywanie kwot wyrównawczych (usługi transferowe) ekonomicznie słabszym grupom ludności. Przy pomocy polityki podatkowej i zasady progresywnego opodatkowania dochody osób prywatnych mają być wyrównywane. Poprzez rozdzielanie dochodów państwowych między regiony bogatsze i uboższe ma zostać osiągnięta pożądana z punktu widzenia polityki terytorialnej „jednolitość warunków życia”. Reformy oświatowe, wspierane przez nakłady państwa na rozwój oświaty, mają urzeczywistnić „równość szans” w systemie oświatowym.

#### 4. GRANICE PRAWA REGULACYJNEGO

Jako instrument sterowania państwa opiekuńczego napotyka jednak prawo na granice działania, wynikające po pierwsze ze struktury nowoczesnych społeczeństw, a po drugie — ze struktury systemu prawnego.

Ze wzrostem zadań państwa, zwłaszcza w dziedzinie administracji usługowej i planującej, charakterystycznej dla państwa opiekuńczego, koresponduje wyraźny wzrost poziomu wymagań społeczeństwa i gospodarki.<sup>47</sup> Jednocześnie rośnie zapotrzebowanie na sterowanie państwowe. Wraz z rosnącą złożonością informacji, wymagającą zreformowania, zdolność rozwiązywania problemów w państwie staje się niewystarczająca. Zmniejszają się możliwości podejmowania wiążących i adekwatnych do problemów decyzji. Jednocześnie konieczność sprostania wymogom państwa opiekuńczego, także pod względem finansowym nieuchronnie prowadzi zadłużone państwo ku kryzysowi finansowemu.<sup>48</sup> Ze

<sup>45</sup> Marshall: *loc. cit.*

<sup>46</sup> Rokkan: *op. cit.*, s. 234.

<sup>47</sup> Patrz H. Klages: *Überlasteter Staat — verdrossene Bürger? Zu den Dissonanzen der Wohlfahrtsgesellschaft*, Frankfurt/M-New York 1981.

<sup>48</sup> J. O'Connor: *Die Finanzkrise des Staates*, Frankfurt/M 1974 (w oryginale: *The Fiscal Crisis of the State*, 1973).

sprężenia legitymizacji władzy państwowej i świadczeń państwowych wynika nieuchronnie „kryzys legitymizacji”<sup>49</sup> przy zmniejszających się dochodach państwa. Następstwem tego są zjawiska destabilizacji.<sup>50</sup>

#### 4.1. Wymagania i zdolność sterowania

Wobec pogłębiającej się rozbieżności między wymaganiami a zdolnością sterowania<sup>51</sup> powstaje pytanie, czy państwo w ogóle dysponuje pewną swobodą działania, pozwalającą na to, by próby sterowania były sensowne i przynajmniej częściowo udane. Nie bez racji podaje się w wątpliwość istnienie swobody ruchów państwa, zwłaszcza w odniesieniu do systemu ekonomicznego. Porównując 21 przemysłowych, demokratycznych państw kapitalistycznych, Manfred G. Schmidt stwierdził<sup>52</sup>, że w zasadzie możliwe jest skuteczne polityczne kierowanie ekonomią, jakkolwiek w żadnym z badanych krajów nie zostało osiągnięte całkowite upolitycznienie gospodarki. Wyliczona przy pomocy wartości indeksowych, wartość maksymalna skutecznego sterowania politycznego, wg Schmidta, zostaje osiągnięta wtedy, gdy równocześnie liczba bezrobotnych i stopa inflacji są niskie, zaś sektor publiczny wielki, a stopa wzrostu gospodarczego wysoka i stała. Najbardziej zbliżyły się do tych wartości maksymalnych Norwegia i Austria. Ale także w Republice Federalnej skuteczność sterowania jest stosunkowo wysoka, podczas gdy np. USA i Kanada dysponują w dziedzinie gospodarki niewielkimi możliwościami sterowania. Jak jednak ta swoboda działania zależy od samego systemu kierowania, widać to na przykładzie administracyjnego systemu, w którym kieruje się przy pomocy prawa. Dochodzi tu do powstania licznych objawów patologii administracji.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Taki wniosek wyciągają w szczególności M. Crozier i wsp.: *The Crisis of Democracy*, New York 1975. Przy obiektywnie wysokim poziomie usług instytucji społeczno-państwowych poziom żądań kolektywnych bywa nieraz podnoszony przez konkurujące ze sobą obietnice partii politycznych; por. W. Zapf: *Wohlfahrtsstaat und Wohlfahrtsproduktion*, [w:] Albertin — Link [Wyd.]: *Politische Parteien auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie in Deutschland*, Düsseldorf 1981, s. 379 i n.

<sup>50</sup> Por. M. Janowitz: *The Social Control of the Welfare State*, Chicago 1976.

<sup>51</sup> Patrz Y. Dror: *Gesellschaftliche Steuerungsfähigkeit: Lernvermögen, Handlungsspielraum, Krisenmanagement und Entscheidungsoptimierung*, [w:] K. von Beyme i wsp.: *Wirtschaftswachstum als gesellschaftliches Problem*, Königstein 1978, s. 133 i n.

<sup>52</sup> M. G. Schmidt: *Wohlfahrtsstaatliche Politik unter bürgerlichen und sozialdemokratischen Regierungen, Ein internationaler Vergleich*, Frankfurt/M-New York 1982.

<sup>53</sup> Patrz w szczególności: K. Türk: *Grundlagen einer Pathologie der Organisation*, Stuttgart 1976, s. 112 i n.

Wielka liczba obowiązujących przepisów prawnych prowadzi z jednej strony do przeciążenia administratora („przeciążenie strukturalne”), a z drugiej — do mniej lub bardziej dowolnego wybierania „pasujących” przepisów prawnych dla wsparcia własnych decyzji („ambiwalencja strukturalna”). Strukturalna sprzeczność, zachodząca między różnymi normami prawnymi na tym samym polu działania sprzyja jeszcze tendencyjnie takiemu postępowaniu. Do tego jeszcze administracja wyłamuje się z prawnej formalizacji wysokiego szczebla stosunków między nią a obywatelem, zawsze gdy tylko przy pomocy „działania nieformalnego” łatwiej jest uniknąć lub załagodzić konflikty.<sup>54</sup> Działanie nieformalne jest jednak właśnie pozbawione formy i prawnie niezobowiązujące, opiera się na zasadzie wymienności i przesuwaa właściwą decyzję przedmiotową z postępowania prawnego na płaszczyznę dowolnego procesu decyzyjnego. Podobne patologie można stwierdzić w systemie wymiaru sprawiedliwości.<sup>55</sup>

#### 4.2. Warunki działania prawa

Pozwala to wnioskować, że „prawo autonomiczne” jako ostatni dotąd stopień ewolucji prawa znajduje się w stanie kryzysu. Jego struktury pojęciowo-dogmatyczne pochodzą z wcześniejszej fazy ewolucji społecznej i nie są jeszcze dopasowane do wymagań wysoce zróżnicowanego społeczeństwa.<sup>56</sup>

Dogmatyka prawa koncentruje się ciągle jeszcze na sędzim jako na stosującym prawo i dlatego zawodzi w przypadku wymagań nowoczesnego planowania i włączania polityki. Powodem dalszej granicy działania prawa regulacyjnego jest to, że przy pomocy prawa nie można zmienić osób.<sup>57</sup> Z chwilą kiedy przy usiłowaniu sterowania chodzi o zmianę cech osobowych itp., prawo jako instrument kierowania zawodzi. Do-

---

<sup>54</sup> Patrz E. Bohne: *Der informale Rechtsstaat, Eine empirische und rechtliche Untersuchung zum Gesetzesvollzug unter besonderer Berücksichtigung des Immis-sionsschutzes*, Berlin 1980.

<sup>55</sup> Por. R. Voigt: *Gegentendenzen zur Verrechtlichung, Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat*, [w:] *id.*: *Gegentendenzen...*, s. 17 i n., 33 i n.

<sup>56</sup> Por. Teubner: *op. cit.*, s. 45.

<sup>57</sup> Por. Luhmann: *Ausdifferenzierung...*, s. 97; J. Gotthold: *Privatisierung oder Entbürokratisierung kommunaler Sozialpolitik?* [w:] R. Voigt [Wyd.]: *Abschied vom Recht?*, Frankfurt/M 1983, s. 249 i n.; E. Reidegeld: *Vollzugsdefizite sozialer Leistungen: Verrechtlichung und Bürokratisierung als Grenzen der Sozialpolitik*, [w:] R. Voigt: *Mehr Gerechtigkeit durch mehr Gesetz? Ein Beitrag zur Verrechtlichungs-Diskussion*, [w:] *Aus Politik und Zeitgeschichte*, t. 21/81, Bonn 1981, s. 3 i n.

tyczy to zwłaszcza prawa oświatowego, ale także prawa socjalnego. Z jednej strony należy ocenić pozytywnie, że indywidualne ryzyko życiowe zostało „uprawnniczone” — np. poprzez prawo o ubezpieczeniach społecznych, dzięki czemu jednostka jest odciążona. Dzięki przekształceniu dawnych stosunków socjalnych w stosunek prawny wychwytuje się więc zewnętrzne efekty systemu ekonomicznego. Z drugiej strony należy ocenić negatywnie fakt, że „uprawnniczenie” tworzy jednocześnie podstawę dla ingerencji władz w wolność jednostki.

Granice działania wynikają ponadto z zamysłu prawodawcy, z systemem społeczno-ekonomicznego, z istniejącej kultury prawnej i ze struktury osobowości adresata prawa.<sup>58</sup> W określonych przypadkach już z chwilą stanowienia normy prawnej pojawia się intencja, aby nigdy nie znalazła ona zastosowania. Jedynym celem wydawania norm jest wtedy wykazanie, że parlament (rząd) lub administracja (administrator) są aktywne politycznie („bicie piany”): norma ma funkcję jedynie „symboliczną”. Pozostałe trzy wymienione granice działania zilustrował A d a m Podgórecki w swojej „trójstopniowej hipotezie skuteczności prawa”.

#### 4.3. Trzy wartości zmienne skuteczności

Pierwszą zmienną działania norm prawnych jest „całokształt warunków społeczno-ekonomicznych” konkretnego ustroju społecznego. Prawo można uznać w tym sensie za „pewien rodzaj naczynia, w którym zbierają się, jako jego widoczna materialna treść, panujące warunki strukturalne otoczenia”.<sup>59</sup> Pośredniczenie między systemem społeczno-politycznym a strukturą prawną dokonuje się poprzez wartości, które „infiltrują” strukturę prawną jako „ideologiczne cechy decydowania”.<sup>60</sup> Oczywiście, wartości ulegają równocześnie adaptacji przez strukturę norm. Podgórecki ilustruje tę zależność przykładem „niemal” jedno-brzmiających przepisów nt. zdrady głównej w polskich kodeksach karnych z r. 1932 i r. 1957 przy całkiem różnych ustrojach politycznych. Podobne przykłady można jednak znaleźć na przykład w prawie gospodarczym w ustroju prywatno-kapitalistycznym i socjalistycznym lub w prawie małżeńskim i rodzinnym (głównie rozwodowym) w społeczeństwach katolickich i protestanckich.

<sup>58</sup> Patrz: A. Podgórecki: *Drei-Stufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts (Drei Variable für Wirkung von Rechtsnormen)*, [w:] *Hirsch — Rehbinder* [Wyd.]: *op. cit.*, s. 271 i n.

<sup>59</sup> Podgórecki: *op. cit.*, s. 277.

<sup>60</sup> Por. Ziegert: *loc. cit.*



Ponieważ normy prawne ukierunkowane są na publiczne uznanie, internalizację<sup>61</sup> i spowodowaną przez nie świadomość prawną jednostki, grupy lub całego społeczeństwa, więc ich oddziaływanie zależy też od drugiej zmiennej, jaką jest kultura prawna, w którą daną normę prawną się „wbudowuje”. W toku tego wbudowywania zmieniają się czasem nie tylko cele polityczne, ale także i funkcje prawne. Kulturę prawną w znaczeniu subkultury danego społeczeństwa można zdefiniować jako sumę „[...] wyobrażeń moralnych i społecznych, łącznie z przyjęciem, oceną, krytyką i realizacją obowiązującego systemu prawnego”.<sup>62</sup> Postawy wobec prawa, jak szacunek dla niego lub nawet pewien rodzaj „wiary w prawo”, co obserwuje się na przykład w Republice Federalnej, zwiększają skuteczność całego systemu prawnego. Tak samo jest w kierunku przeciwnym. Stąd kombinacja prawa i wychowania jako społecznych mechanizmów integrujących ma tak zasadnicze znaczenie.<sup>63</sup> Specyficzna treść kultury prawnej społeczeństwa oddziałuje oczywiście inaczej u tych, którzy mają wprowadzać prawo w życie, a inaczej u tych, którzy mają mu być posłuszni. Nie ulega wątpliwości, że kultura prawna ma wpływ na tych, którzy prawo stosują. W odniesieniu do administracji istnieją już wyniki odpowiednich badań, brak jeszcze natomiast w dużym stopniu takich prac co do sądów.<sup>64</sup> W różnych subkulturach społeczeństwa (np. w wojsku i w zakładach karnych) stopień posłuszeństwa prawu jest nieraz bardzo zróżnicowany. W tym kontekście należy też wymienić „pokolenie niepokornych” (wolne tłum. *Aussteiger-Generation*), którzy tworzą struktury oboczne lub przeciwne istniejącemu porządkowi, gdzie obowiązują „własne prawa”. Wreszcie działanie norm prawnych bez wątpienia uzależnione jest od leżących u ich podstaw norm społecznych. Jako element „[...] osadzonej kultury [...] był społeczny przenikany jest przez wielość wzorców zachowań o charakterze kulturowym, które jako faktyczne nawyki ciążą nad teraźniejszością i kierują ją na określone tory”.<sup>65</sup> Normy prawne nie działają więc same z siebie.

<sup>61</sup> Patrz E. Durkheim: *Die Regeln der soziologischen Methode*, Neuwied-Berlin 1961, s. 139.

<sup>62</sup> Por. Podgórecki: *op. cit.*, s. 275.

<sup>63</sup> Patrz w szczególności: B. Schäfers: *Über einige Zusammenhänge und Differenzen von Recht und Erziehung in der Gesellschaftstheorie, unter besonderer Berücksichtigung von Emile Durkheim und Max Weber*, [w:] Kaulbach — Krawietz [Wyd.]: *Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky*, Berlin 1978, s. 527 i n.

<sup>64</sup> Patrz jednak: E. Blankenburg — R. Voigt, przy współpracy T. Gawrona i R. Rogowskiego [Wyd.] *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, [w:] *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 10, Opladen 1985 (ma się ukazać).

<sup>65</sup> Por. König: *op. cit.*, s. 36 i n., 39.

Do swej skuteczności wymagają raczej uzupełnienia i rozszerzenia przez normy pozaprawne, muszą w pewnym sensie „nakładać się” na normy społeczne. W przeciwnym razie należy liczyć się z „zaniechaniem przestrzegania” tych norm u adresatów.

Jako trzecią zmienną Podgórecki<sup>66</sup> wymienia strukturę osobowości adresata normy. Na podstawie materiału empirycznego, który zebrał w Polsce w określonym czasie, rozróżnia trzy rodzaje przestrzegania prawa, które jednak pod niejednym względem można by uzupełnić. Typologia Podgóreckiego sięga od ślepego posłuszeństwa wobec przelozonych, poprzez przestrzeganie przepisów prawa również wtedy, gdy uważane są za niesłuszne, aż po uznawanie prawa za zasadę w rozumieniu Kanta. Te, opublikowane po raz pierwszy w r. 1966, wyniki nie dają się jednak po prostu przetransponować na kulturę prawną w Republice Federalnej Niemiec.

##### 5. „UPRAWNICZENIE” I „ODPRAWNICZENIE”

Dotychczasowe wywody pokazały, że prawo regulacyjne podlega różnorodnym ograniczeniom działania. Ich następstwem są tendencje do „odprawniczenia”.<sup>67</sup> Rozległe dziedziny życia umykają w ogóle spod wpływu prawa. A także proces „uprawniczenia” (tzn. obejmowanie dziedzin życia regulacją dotąd prawnie nie uregulowanych) nie został jeszcze zakończony. Jak wyjaśnić te przeciwne sobie tendencje?

Jako punkt wyjścia do rozważań, należy przytoczyć dwa przeciwstawne poglądy na znaczenie prawa i prawników. Ralf Dahrendorf<sup>68</sup> uważa, „[...] że społeczeństwo nowoczesne charakteryzuje się pozytywną tendencją wobec umacniania norm społecznych”, natomiast Claude Henri de Saint-Simon traktuje panowanie prawa i prawników jako zjawisko przejściowe.<sup>69</sup>

Wolfgang Kaupen<sup>70</sup> zbadał oba te przeciwne ujęcia na przykładzie prawa karnego i opracował cztery typy zasadnicze systemów społecznych. Według niego, podstawą każdego działania spo-

<sup>66</sup> Por. Podgórecki: *op. cit.*, s. 278 i n.

<sup>67</sup> Por. Voigt: *Gegentendenzen...*, *passim*. i *Abschied...*, *passim*.

<sup>68</sup> R. Dahrendorf: *Über Gestalt und Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft*, [w:] *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, Tübingen 1962, s. 126 i n.

<sup>69</sup> Patrz rozważania W. Spiesa: *Recht und Staat bei Saint-Simon*, Bonn 1959.

<sup>70</sup> W. Kaupen: *Über die Bedeutung des Rechts und der Juristen in der modernen Gesellschaft, Ein strukturell-funktionaler Ansatz*, [w:] Kaupen — *Werke* [Wyd.]: *Soziologische Probleme juristischer Berufe*, Göttingen 1974, s. 15 i n.

łecznego są następujące składniki: ustalenie i realizacja celów, regulacja normatywna, stworzenie „środków technicznych” i organizacja motywacyjna.

1. W społeczeństwie „emfatycznym”, ukierunkowanym na cele abstrakcyjne, najważniejsze środki sterowania społecznego to przekonanie i zaufanie. Normy zachowań wyprowadzane są bezpośrednio od wartości kolektywnych, nie zaś od konkretnych sformułowań normatywnych. Cele systemowe formułuje się i realizuje bez ukierunkowania na istniejące ramy możliwości technicznych, organizacyjnych i instytucjonalnych.

2. W typie systemu społecznego zwróconego na integrację istniejących składników systemowych nadzoruje się jedynie przestrzeganie panujących reguł, które gwarantują system społeczny. Te jednak, oczywiście, internalizują się wraz z konsolidacją systemu i działają jako kierowanie wewnętrzne (sumienie). Celem jest utrzymanie *status quo*. W społeczeństwach zróżnicowanych z reguły tworzy się instytucje, które tworzą katalog utrwalonych norm (praw) i nadzorują ich przestrzeganie.

3. W adaptacyjnych systemach społecznych, nastawionych przede wszystkim na rozwiązywanie problemów „technicznych”, najwyższą zasadą w realizacji celów i środków jest racjonalność. Również przekazany przez tradycję system prawny musi ciągle na nowo udowadniać swoją wydolność w odniesieniu do celów tego systemu. W zróżnicowanych społeczeństwach tego typu zwiększa się liczba przepisów prawnych, które należy rozumieć jako rozstrzygnięcia techniczne. Te przepisy nie są poparte przez żaden „prawdziwy autorytet” państwa, lecz tylko przez „przymus rzeczowy”. Wzrost liczby takich mających formę prawną rozstrzygnięć technicznych stwarza wrażenie, jakby współzycie społeczne w nowoczesnym społeczeństwie przemysłowym było coraz bardziej opanowywane przez ścisłe normy prawne. „Techniczne” normy prawne dają się jednak empirycznie przebadac i dlatego są bardziej jasne niż inne normy prawne, gdyż są pragmatycznie ukierunkowane na konkretne skutki.

4. W typie społeczeństwa *utajonego* („otwartego”), w którym problemem pierwszoplanowym staje się wewnętrzne opanowanie otoczenia, prawnie uzasadniona jest wielka liczba różnych celów bez uporządkowania hierarchicznego. Sterowanie społeczne nie może dokonywać się poprzez sztywne przepisy prawne, lecz musi być elastyczne, tzn. otwarte nawet na każdą zmianę w obrębie składników systemu („prawo zwrotne”<sup>71</sup>). Miejsce sankcji negatywnych zajmuje oddziaływanie psychologiczne poprzez reklamę, bodźce i wynagradzanie. Władze państwowe dopasowywane są do wymagań społecznych przez daleko idącą „demokratyzację” wpływów. Pod pokrywką prawa podejmuje się częściowo decyzje

<sup>71</sup> Por. Teubner: *op. cit.*, s. 13 i n.

czysto pragmatyczne na podstawie informacji empirycznych. Przedsięwzięcia administracyjne ograniczają się do dania każdej grupie interesów szansy realizacji jej celów. Prawo nawiązuje do legalności w s z y s t k i c h tych interesów, które w przypadku konfliktów należy ze sobą pogodzić. W tym celu normy prawne czyni się bardziej elastycznymi, dzięki abstrakcyjnym i ruchomym kryteriom (np. klauzulom generalnym).

Właściwa społeczeństwu otwartemu, demokratycznemu, wyrozumiałość nie była jeszcze prawie w niemieckiej praktyce prawnej końca lat sześćdziesiątych rozwinięta. Tym bardziej zdumiewa fakt, że Kaupen zapowiada wielkie napięcia i konflikty w administracji i wymiarze sprawiedliwości, gdyby nie dopasowały się one do wymagań „społeczeństwa otwartego”. Ponieważ wszystkie struktury opierają się jeszcze na integrującej dominacji, administracja i wymiar sprawiedliwości muszą najpierw osiągnąć poziom technicznego zaawansowania społeczeństwa przemysłowego. To z kolei jest warunkiem wstępnym dla tego, by system integracyjny stał się zgodny z typem tego systemu.

Wyniki analizy Kaupena wyjaśniają znaczenie prawa w niektórych punktach. Typy systemów społecznych, zorientowane na pierwszoplanowe składniki działania, wytworzyły się w toku rozwoju społecznego. Prawo ma w nich znaczenie niejednakowo wielkie. Te typy systemów społecznych nie stanowią jednak kolejnych faz, lecz nieraz istnieją w tym samym czasie i w tym samym społeczeństwie jako subsystemy społeczne z podziałem pracy. Przy tym, oczywiście, otwarte pozostaje pytanie, w jakiej dziedzinie społecznej czy politycznej dany typ podsystemu przeważa. Kaupen wymienia tylko w typie „adaptacyjnym” społeczeństwa przykład gospodarki. Konieczne są tu dalsze prace badawcze, które musiałyby opierać się na wynikach badań Kaupena. Z kolei jego tok myśli będzie można wykorzystać i kontynuować dalej tylko wtedy, gdy typy systemów ujmowane będą nie tylko jako rozróżnialne subsystemy, lecz także jako różne „warstwy” powstawania i jakości prawa. Zarówno typ „emfatyczny”, jak i integracyjny będzie można wtedy zidentyfikować jako warstwy powstawania, które są podstawą pozytywizacji prawa, ale też są we współczesnym społeczeństwie rozpowszechniane. „Uprawniczenie” i „odprawniczenie” będzie wówczas można rozumieć jako strategie różnych subsystemów, by zbliżyć się do wymagań społecznych stawianych przed prawem. Strategie te opierają się — w zależności od typu podsystemu — na różnych poziomach regulacji.

Typ „e m f a t y c z n y” jest aktualny także i dzisiaj, choć, oczywiście, „przybliżona choćby zgodność prawa z zaufaniem” możliwa jest tylko w bardzo strukturalnie nieskomplikowanych systemach społecznych.<sup>72</sup>

<sup>72</sup> Patr.: N. L u h m a n n: *Vertrauen, Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Wyd. 2, Stuttgart 1973, s. 35.

W naszym, wysoce zróżnicowanym, społeczeństwie zmniejsza się mianowicie socjalizacyjne znaczenie prawa, a rola zaufania rośnie.<sup>73</sup> Oczywiście, zaufanie ogranicza się do indywidualnych stosunków między jedną a drugą osobą i nie obejmuje (już) zależności ogólnospołecznych. Stąd też „samo” zaufanie nie może zagwarantować stabilności społecznej. Mimo to przypuszczenie, że przejście do pośredniej i nieosobistej motywacji czy wręcz wymuszania przestrzegania prawa — choćby przy pomocy takich metod, jak zinstytucjonalizowane nauczanie<sup>74</sup> — może się dokonać bez trudności, okazuje się niesłuszne. Najlepszego przykładu dostarcza ruch alternatywny ze swoim niemal religijnym zaufaniem do wszystkiego, co jest spontaniczne i wychodzi „od dołu”.<sup>75</sup>

Znaczenie typu „integracyjnego” dla współczesnego społeczeństwa staje się widoczne wobec faktu, że normy prawne, zgodne z takimi normami społecznymi, jak nawyk, zwyczaj i obyczaj, przestrzegane są także wtedy, kiedy adresat nie zna w ogóle samej normy prawnej.<sup>76</sup> O tym, że normy prawne potrzebują wsparcia ze strony norm pozaprawnych<sup>77</sup> świadczy przykład świadomego stosowania norm, np. przy przerywaniu ciąży czy ostatnio w przypadku zabicia na własne żądanie. Ale także reakcja zainteresowanych na postanowienia komunalnej reformy terytorialnej świadczy o silnym potencjale oporu wobec przepisów prawnych, które wprawdzie wydane zostały zgodnie z obowiązującą procedurą, ale sprzeciwiają się niekiedy normom społecznym.<sup>78</sup>

Najsilniejszy wpływ na nasze społeczeństwo, jak się wydaje, wywiera jeszcze „adaptacyjny” typ systemu. Tendencja do „uprawniczania” coraz to dalszych dziedzin życia wydaje się nie słabnąca. Odnosi się to w szczególności do „nowych” sfer działania państwa opiekuńczego, jak polityka socjalna, ochrona środowiska, polityka oświatowa itp.<sup>79</sup> Będzie się próbowało nadal rozwiązywać problemy będące następstwem modernizacji, za-

<sup>73</sup> Por. Schäfers: *op. cit.*, s. 533.

<sup>74</sup> Por. N. Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, Wyd. 2, Darmstadt-Neuwied 1972.

<sup>75</sup> B. Guggenberger: „*Alternativbewegung*”, [w:] R. Voigt [Wyd.]: *Handwörterbuch zur Kommunalpolitik*, Opladen 1984, s. 40 i n.

<sup>76</sup> Patrz. M. Reh binder: *Rechtskenntnis, Rechtsbewusstsein und Rechts-ethos als Problem der Rechtspolitik*, [w:] Reh binder — Schelsky [Wyd.]: *Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. 3, Opladen 1972, s. 26.

<sup>77</sup> Por. König: *op. cit.*, s. 44 i n.

<sup>78</sup> Patrz. R. Voigt: *Aktionsbedingungen politischer Teilhabe im ländlichen Raum*, [w:] R. Roemheld — H. Zieliński [Wyd.]: *Kommune im Aufbruch: Analysen zum Spannungsverhältnis zwischen kommunaler Identität und Verwaltung*, Frankfurt/M 1983, s. 149 i n.

<sup>79</sup> Por. Voigt [Wyd.]: *Verrechtlichung...*, *passim*.

równy na płaszczyźnie ogólnospołecznej, jak i indywidualnej, przy pomocy prawa. Następstwa tego „uprawniczenia” świadczą o ambiwalentności zjawiska. Gwarancje wolności wykluczają jej ograniczenia. Rozszerzaniu pola działania państwa towarzyszą restrykcje w działaniu itd. Państwo opiekuńcze czyni się odpowiedzialnym (czynią tak zwłaszcza krytycy neokonserwatywni) za negatywne skutki „uprawniczenia” bez przeprowadzania koniecznych rozróżnień. Pod pretekstem popularnych kampanii „odprawniczenia” żąda się cofnięcia prawa regulacyjnego również wówczas, gdy w grę wchodzi prawo społecznego współuczestnictwa. Nie wolno jednak przy tym przeczyć faktu, że zróżnicowane społeczeństwo potrzebuje równie zróżnicowanego prawa.<sup>80</sup>

Różne oznaki wskazują, że Republika Federalna znajduje się na drodze do społeczeństwa postindustrialnego („otwartego”).<sup>81</sup> Takiemu społeczeństwu odpowiadałoby prawo postnowoczesne. Neokonserwatywne propozycje terapii, jak „odprawniczenie”, zmniejszenie regulacyjności itp. mają jednak inny kierunek ataku. Zamiast takiego prawa wchodziłoby w grę raczej ukierunkowanie na gremia „korporacyjne”<sup>82</sup>, stowarzyszenia półpaństwowe, partnerstwo taryfowe<sup>83</sup>, naczelne zrzeszenia komunalne itp. Zasadnicza różnica między taką zewnętrzną decentralizacją a koncepcją „odprawniczenia”<sup>84</sup> polega na tym, że zadania dotąd publiczne właśnie nie zostałyby „uprywatnione”, lecz pozostałyby publiczne w tym sensie, że musiałyby istnieć odpowiedzialność polityczna. Taka „koncepcja decentralizacji” przewiduje częściowe „odprawniczenie” w takim stopniu, aby na bazie prawnej regulacji ramowej („konstytucji społecznej”) stworzone zostały strukturalne warunki do demokratycznych procesów samoregulujących.<sup>85</sup> Prawo musi zatem umożliwiać „[...] dyskursywne procesy kształtowania woli i zorientowane na konsens metody pertraktowania i podejmowania decyzji”.<sup>86</sup>

<sup>80</sup> Por. Ziegert: *loc. cit.*

<sup>81</sup> Por. w szczególności: D. Bell: *Die nachindustrielle Gesellschaft*, Wyd. 2, Frankfurt/M-New York 1976, (w oryginale: *The Coming of Post-Industrial Society*, 1973).

<sup>82</sup> Patrz obecnie: H. Willke: *Der Staat am Verhandlungstisch, Das Beispiel der Konzentrierten Aktion*, [w:] R. Voigt [Wyd.]: *Abschied vom Recht?*, Frankfurt/M 1983, s. 298 i n.

<sup>83</sup> Por. V. Range: *Rechtsetzung durch Tarifvertrag? Über Koexistenz von staatlichem und nichtstaatlichem Recht*, [w:] R. Voigt (Wyd.): *Abschied vom Recht?*, Frankfurt/M. 1983, s. 278 i n.

<sup>84</sup> Co do „odpaństwowienia”: E. Reidegeld: *Der Streit um Markt und Staat, Zur Entstaatlichungsdebatte in der Bundesrepublik Deutschland*, [w:] R. Voigt [Wyd.]: *Abschied vom Recht?*, Frankfurt n. M. 1983, s. 118 i n.

<sup>85</sup> Por. Teubner: *op. cit.*, s. 49 i n.

<sup>86</sup> Por. Habermas: *Theorie...*, s. 535 i n.

Dotychczasowe rozważania wykazały, że procesy „uprawnniczenia” i „odprawniczenia” mogą się dokonywać w tym samym społeczeństwie równocześnie — choć w przeciwnych kierunkach. Jednak ani negatywne następstwa „uprawnniczenia”, ani stwierdzane wszędzie tendencje „odprawniczenia” nie prowadzą do wniosku, że prawo wysługuje się polityce jako instrument sterowania. Nieprzejrzyście są oczywiście określone zjawiska przeciążenia prawa regulacyjnego. Ponieważ prawo musi w różnych subsystemach świadczyć różne usługi, nie trzeba mu ciągle przypisywać całej odpowiedzialności za funkcjonowanie społeczeństwa. Do tego trzeba w przyszłości przy stosowaniu prawa regulacyjnego pamiętać, że norm prawnych nie można oddzielać od systemu politycznego, od społeczeństwa — a zwłaszcza od kultury prawnej — oraz od struktury osobowości adresata norm. W przeciwnym wypadku jego skuteczność będzie mniej lub bardziej ograniczona.

W podsumowaniu można stwierdzić, że prawo regulacyjne jest przydatne do sterowania i że państwo opiekuńcze nie może w przewidywanej przyszłości zrezygnować z tego instrumentu sterowania. Oczywiście, należy jeszcze bardziej szczegółowo zbadać warunki skuteczności tego prawa i stworzyć oparte na partycypacji metody prawne, które byłyby w stanie niwelować konflikty społeczne i zapewniać niezbędny konsens społeczny.

## РЕЗЮМЕ

Предметом настоящей статьи является дискуссия вокруг проблем чрезмерного роста правового нормирования (*Verrechtlichung*), которая ведется в ФРГ и в других странах Западной Европы. Дискуссия в основном посвящена отрицательным последствиям этого явления: ограничению личной свободы, политической и общественной пассивности и т. д. Рассматриваются возможности их предотвращения путем уменьшения правового нормирования (*Entrechtlichung*). Однако исследования показали, что *Verrechtlichung* и *Entrechtlichung* не являются взаимоисключающими принципами управления. Их можно назвать амбивалентными, т. к. и одно и другое вызывает как положительные (гарантия свободы), так и отрицательные последствия (угроза свободе). Право трактуется как инструмент управления политикой государства и называется „регулирующим правом”.

Право как орудие управления встречается в некоторых опекунских государствах Западной Европы с ограничениями границы действия, вытекающими как из структуры современного общества, так из самой правовой системы. Углубляются противоречия между требованиями и способностями управления, что, в свою очередь, в настоящее время вызывает сомнения в свободе движения государства. „Автономное право” испытывает кризис; границы его действия ограничены тем, что выходят из ранней фазы общественной эволюции, а также из общественно-экономической системы, правовой культуры и структуры личности адресата права.

Эти ограничения вызывают тенденции к *Entrechtlichung*, однако не вызы-

вают ослабления тенденций к *Verrechtlichung*. Эти процессы происходят одновременно в одном и том же обществе. Регулирующее право, несмотря на свои недостатки, пригодно для управления, и опекуновское государство не может отказаться от этого инструмента управления. Однако необходимо глубоко изучить условия эффективности этого права и создать такие методы, которые были бы в состоянии нивелировать общественные конфликты.

#### SUMMARY

The paper is concerned with the discussion going on in West Germany and other Western States about *Verrechtlichung* or excess of legal regulations. The discussion is focussed on the socially negative effects of *Verrechtlichung*, such as restriction of personal freedom, social and political passivity etc. Possibilities of preventing this situation through the reduction of regulations (*Entrechtlichung*) are considered for it is assumed that this process could neutralize the effects of *Verrechtlichung*. Studies have shown, however, that *Verrechtlichung* and *Entrechtlichung* are not mutually exclusive principles of control. They are rather ambivalent: either produces both positive effects, like guarantees of freedom, and negative ones, which are a threat to freedom.

Law is conceived as an instrument of controlling the States policies and is defined as "regulative law". As an instrument of control, law is restricted in its action in the welfare State, which is due both to the structure of modern society and to the system of law itself. The gap is widening between the requirements and capacities of control, which in turn results in doubts about the State's freedom of action. "Autonomous law" is currently in crisis. Restrictions of its action are caused by the fact that its conceptual-dogmatic structures come from an earlier stage of social revolution, and also by the socio-economic system, by the knowledge of law and by the personality of the addressee.

These restrictions produce tendencies of *Entrechtlichung*, yet this does not weaken the opposite tendencies of *Verrechtlichung*. The two processes are occurring in the same society at the same time. For all its shortcomings, regulative law is useful as an instrument of control and the welfare State cannot abandon it. However, more detailed studies on the effect of this law are necessary and such methods need to be created as would be able to neutralize social conflicts.