



Gunther Teubner

KONSTYTUCJONALIZM SPOŁECZNY
ALTERNATYWY DLA TEORII KONSTYTUCYJNEJ
NAKIEROWANEJ NA PAŃSTWO



SOCIETAL CONSTITUTIONALISM
ALTERNATIVES TO STATE-CENTRED
CONSTITUTIONAL THEORY

Wykład im. Leona Petrażyckiego
Wydział Prawa i Administracji UW
27 maja 2005

Gunther Teubner
*Konstytucjonalizm społeczny:
Alternatywy dla teorii konstytucyjnej nakierowanej na państwo*

Tłumaczenie
Jan Winczorek

Konsultacja merytoryczna
Marek Kurowski

Informacja o działalności *Ius et Lex*
Piotr Marcinişzyn

ISBN 83-89037-80-7

Warszawa 2004

Fundacja „Ius et Lex”
03-916 Warszawa, ul. Walecznych 34
tel./faks (22) 616 25 53, e-mail: fundacja@iusetlex.pl
www.iusetlex.pl

Sponsor tłumaczenia i druku
Kancelaria Prawnicza *Juris*
mec. J. Stefanowicz

**Przygotowanie do druku i druk
na zlecenie Fundacji „Ius et Lex”**
Harcerskie Biuro Wydawnicze „Horyzonty”
ul. Marii Konopnickiej 6
00-491 Warszawa
hbw@hbw.pl
www.hbw.pl



Gunther Teubner

KONSTYTUCJONALIZM SPOŁECZNY
ALTERNATYWY DLA TEORII KONSTYTUCYJNEJ
NAKIEROWANEJ NA PAŃSTWO

Wykład im. Leona Petrażyckiego
Wydział Prawa i Administracji UW
27 maja 2005



GUNTHER TEUBNER

Urodzony w 1944 roku. Od 1977 roku wykłada prawo prywatne i socjologię prawa na Uniwersytecie we Frankfurcie, wielokrotnie wykładat 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 Petrazyckiego, 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 autopoietycznego (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*.

I. PRAWO DO DOSTĘPU DO CYBERPRZESTRZENI?

W pewnym spektakularnym procesie grupa krytyków globalizacji, powołując się na zasadę wolności słowa, stara się uzyskać sądowe gwarancje dostępu do Internetu. Pozwanym jest komercyjny właściciel serwera, pozwalający osobom trzecim na publikowanie własnych stron www. Od dłuższego czasu był on uwikłany w spory sądowe z osobami prywatnymi i administracją publiczną, ponieważ niektóre ze stron zawierały pornoграфię dziecięcą i nazistowskie materiały propagandowe. Do działania zmusił go wyrok paryskiego Tribunal de Grande Instance, wydany 20 listopada 2000 roku, który nakazywał firmie Yahoo Inc. zablokowanie francuskim użytkownikom Internetu dostępu do aukcji przedmiotów o charakterze nazistowskim. Poza tym, bodźcem do działania okazał się nowy trend, który pojawił się w Europie i Stanach Zjednoczonych, do tworzenia wspólnych, publiczno-prywatnych regulacji, wiążący odpowiedzialność providerów ze współpracą z organami rządowymi. W związku z tym, provider zablokował dostęp do wszystkich stron www, których istnienie wiązało się, jego zdaniem, ze zbyt wysokim ryzykiem wytoczenia sprawy karnej lub cywilnej. Zakaz obejmował również grupy polityczne, uznane za radykalne. Grupa przeciwników globalizacji stara się obecnie uzyskać dostęp do serwerów w drodze procesu cywilnego.

Sprawa ta skupia jak w soczewce kilka zasadniczych problemów, do rozstrzygnięcia których zmusza digitalizacja komunikacji. Nie chodzi tu tylko o rozważanie kwestii prawnych o charakterze technicznym, takich jak obowiązek zawierania umów przez providerów, prywatna cenzura, prawo dostępu do rozmaitych usług internetowych, obowiązywanie i stosowanie w transnarodowej przestrzeni internetowej narodowych norm prawnych, albo skutki dla osób trzecich, jakie w cyberprzestrzeni wywołuje obowiązywanie praw podstawowych. Musimy raczej zmierzyć się z bardziej zasadniczym pytaniem, pytaniem o uniwersalne prawo obywatelskie do dostępu do komunikacji cyfrowej, a w konsekwencji z zagadnieniem wykluczenia z globalnych procesów komunikacji. W tle pozostaje pytanie teoretyczne, czy z logiki rozwoju różnicowania funkcjonalnego nie wynika, że binarne kody systemów światowych są podporządkowane pojedynczemu rozróżnieniu na inkluzję i ekskluzję. Czy, wskutek ekskluzji całych grup społecznych, rozróżnienie ekskluzja-inkluzja stanie się metakodem XXI wieku, zapośredniczającym wszystkie inne kody, a jednocześnie podważającym samo zróżnicowanie funkcjonalne, i dominującym nad innymi zagadnieniami społeczno-politycznymi?

Wśród rozmaitych zagadnień, jakie pojawiają się przy okazji naszej sprawy, chciałbym wyróżnić jedno: jak teoria konstytucyjna powinna – w związku z problemem inkluzji-ekskluzji – odpowiedzieć na wyzwania wynikające z trzech obecnie podstawowych trendów – digitalizacji, uprywatnienia i globalizacji. To znaczy, jak, w odróżnieniu od XVIII–XIX-wiecznego pytania o konstytucje państw narodowych, należy sformułować dzisiejsze „pytanie konstytucyjne”. Podczas gdy wtedy chodziło o ograniczanie represywnej władzy politycznej środkami prawnymi, to dziś celem jest ograniczanie całkiem odmiennych procesów społecznych. Jest to przede wszystkim kolejne pytanie, na jakie odpowiedzi musi udzielić teoria. Czy teoria konstytucyjna zdoła, przy użyciu współczesnych kategorii, uogólnić swoje tradycyjne pojmowanie konstytucji państw narodowych, a następnie ją przeformułować? Czy możemy odwołać się do dziedzictwa konstytucjonalizmu państw narodowych, jednocześnie przekształcając je w taki sposób, by mogło oddać sprawiedliwość zjawiskom digitalizacji, uprywatnienia i globalizacji?

II. REAKCJE TEORII KONSTYTUCYJNEJ

Współczesne uogólnienie i przeformułowanie – oto zadanie, które w pocie czoła, choć bezskutecznie, starano się zrealizować w kilku ambitnych próbach stworzenia uniwersalnej konstytucji światowej, przekraczającej granice państw narodowych. Chodzi tu o starania prawników, by nadać Karcie Narodów Zjednoczonych taką formę, jakby była ona konstytucją światową, ustanowioną wolą „wspólnoty międzynarodowej”, legitymizującą posługiwanie się światową władzą polityczną. Dotyczy to jednak także licznych wysiłków filozoficznych, podejmowanych w ramach tradycji kanowskiej, a zmierzających do odnalezienia uniwersalnej konstytucji światowej tam, gdzie wprowadzenie nowych instytucji politycznych i procedur światowej państwowości powinno służyć zapoczątkowaniu centrum federacji i forum wspólnej, światowej polityki wewnętrznej. Wszyskim tym próbom można zarzucić niewystarczające w dzisiejszych realiach uogólnienie tradycyjnego pojęcia konstytucji, oraz nie dość uważnego przeformułowanie, a także bezkrytyczne przypisywanie warunków istniejących w państwach narodowych społeczeństwu światowemu. Gdyby okazało się, że na poziomie światowym nie można odnaleźć ekwiwalentu państwa, to zmiany pojęcia konstytucji powinny dotyczyć zwłaszcza suwerenności, organizacji zbiorowej, hierarchii podejmowania decyzji, zorganizowanej agregacji interesów oraz legitymizacji demokracji.

Bardziej realistyczne są próby ostatecznego rozzerwania związku państwa i konstytucji, i wyraźnego definiowania konstytucji globalnej bez państwa światowego. Taka nowatorska konstrukcja została ostatnio poddana wyczerpującej analizie w toku debaty nad konstytucją europejską, ale elementy konstytucyjne próbuje się także odnaleźć na poziomie światowym, w zachodzących obecnie międzynarodowych procesach politycznych, w których brak jakiegokolwiek centralnego aktora zbiorowego, który mógłby pełnić rolę podmiotu-przed-

miotu konstytucji. Zupełnie inny kształt konstytucji przeformułowanej jako strukturalne powiązanie między zdecentralizowaną polityką światową i prawem nadaje zwłaszcza próba postrzegania współistnienia państw narodowych jako segmentarnego zróżnicowania drugiego rzędu, zachodzącego w polityce światowej, a ich interakcji jako spontaniczne powstającego porządku drugiego rzędu, „światowej konstytucji wolności”. Jednak także i w tym wypadku uogólnienie nie idzie wystarczająco daleko, by mogło stanowić prawomocne ujęcie decentralizacji polityki w społeczeństwie światowym. W szczególności ten rodzaj spontanicznej konstytucji państw musi udzielić odpowiedzi na pytanie, czy i w jaki sposób możliwe jest włączenie w międzynarodowy proces konstytucjonalizacji niepaństwowych aktorów i niepaństwowych reżimów.

Te braki stanowią z kolei punkt wyjścia dla stanowisk, w których wprost przekształca się w podmioty konstytucyjne aktorów nie uznawanych tradycyjnie za podmioty prawa międzynarodowego. Aktorzy ci to z jednej strony organizacje międzynarodowe, wielonarodowe przedsiębiorstwa, międzynarodowe związki zawodowe, grupy interesów i organizacje pozarządowe będące uczestnikami globalnego procesu podejmowania decyzji, a z drugiej jednostki stające się podmiotami praw podstawowych i praw człowieka, dotąd uznawane przez prawo międzynarodowe za podmioty prawa z pewnym wahaniem i w drugorzędnych sprawach. Takie pluralistyczne koncepcje prawa zakładają, że procesy digitalizacji i tworzenia sieci światowych są w znacznej większości wprowadzane przez aktorów innych niż państwa, co musi mieć swoje odzwierciedlenie także w konstytucji światowej. Powstaje jednak pytanie, czy poszerzenie procesu konstytucjonalizacji wyłącznie o jednostki jest właściwe i czy nie należałoby uwzględnić także zupełnie innych struktur i procesów.

Kolejny krok stanowią idea horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych, która nie przypisuje prawom podstawowym oddziaływania wyłącznie wobec ciał politycznych, ale także wobec instytucji społecznych, w szczególności centrów władzy ekonomicznej. Na państwach narodowych mają ciężar obowiązki zapewniania ochrony obywatelom, co ma przeciwdziałać zagrożeniom praw podstawowych w obszarach odległych od państwa. Nawet jeśli w sferze międzynarodowej ta debata jest w powijkach, to w obliczu poważnych naruszeń praw człowieka, jakich dopuszczają się aktorzy niepaństwowi, potrzebne staje się rozszerzenie konstytucjonalizmu poza stosunki o charakterze czysto międzypaństwowym.

III. TEZA: KONSTYTUCJONALIZM BEZ PAŃSTWA

Te cztery koncepcje konstytucji globalnej stanowią znaczne rozszerzenie tradycji konstytucyjnej, ale w gruncie rzeczy nie mogą wyzwoić się od fascynacji architektoniką państw narodowych, starając się skompensować jej oczy-

wiste niedostosowanie za pomocą rozmaitych lat, dodatków, przybudówek, podpiwniczeń i dekoracyjnych fasad – w sumie komplikując całą konstrukcję, zamiast zająć się budowaniem jej od fundamentów. Błąd konstrukcyjny tkwi w nakierowaniu konstytucji na państwo. Mimo całej odwagi, potrzebnej, by przemysleć rolę konstytucji w dobie globalizacji politycznej, w świetle procesów międzyrządowych, za pomocą [konceptu] inkluzji aktorów społecznych czy w kategoriach horyzontalnego oddziaływania praw podstawowych, wszystkie te próby pozostają zafiksowane na postrzeganiu konstytucji jako poszerzającej i ograniczającej państwowe działania polityczne.

Jednocześnie są one związane osobliwym rozróżnieniem, między biegunami którego ciągle oscylują. Konstytucja powinna być instytucjonalnie zaangażowana w procesy polityczne, ale jednocześnie powinna konstruować całe społeczeństwo. Polityczna organizacja aparatu państwowego ma odzwierciedlać konstytucję narodu. Ta oscylacja między polityką i społeczeństwem przenosi się dziś niepostrzeżenie na poziom społeczeństwa światowego. Gdy tylko uda się dokonać konstytucjonalizacji międzynarodowych interakcji zachodzących między instytucjami państwowo-politycznymi, to będzie to prowadzić do stworzenia właściwej konstytucji społeczeństwa światowego. Choć to rozróżnienie nastroczało problemów już w przypadku państwa narodowego, to w społeczeństwie światowym zostało przejęte raz na zawsze. Co jednak tkwi w ślepej płamce tego rozróżnienia? Wszechogarniająca konstytucja społeczeństwa światowego? Sieć konstytucji narodowych? Autonomiczna konstytucja prawna? Czy może coś jeszcze innego?

Jeśli dążąc do oświelenia ślepej płamki porzucić nakierowanie konstytucji na państwo, to dostrzeże się realne możliwości, jakie oferuje konstytucjonalizacja bez państwa. Z punktu widzenia teoretyków konstytucji oznacza to naruszenie tabu. Konstytucja bez państwa stanowi dla nich w najlepszym przypadku utopię, w dodatku nieodratą. Jednak ta formuła nie jest abstrakcyjnym normatywnym roszczeniem dotyczącym odległej, niepewnej przyszłości, a tylko stwierdzeniem realnego trendu, który może dziś zostać zaobserwowany w skali całego świata. Teza jest następująca: mamy do czynienia z emergencją wielkiej liczby konstytucji obywatelskich. Konstytucja społeczeństwa światowego nie przejawia się wyłącznie w reprezentacyjnych instytucjach międzynarodowej polityki, nie może też istnieć w postaci jednolitej konstytucji globalnej, obejmującej wszystkie obszary społeczeństwa, ale pojawia się stopniowo w procesie konstytucjonalizacji wielu autonomicznych podsystemów społeczeństwa światowego.

Zaciekle bitwy w sprawie cybernarchii, regulacji rządowych i komercjalizacji, prowadzone w Internecie, stanowią pierwszorzędne konflikty polityki konstytucyjnej, a ich chaotyczny przebieg stopniowo ukazuje nam kształt niezgody, którego nie ma jak prawa organizacji konstytucji cyfrowej. Nie przypadkiem słyma – ośławiona Deklaracją Niepodległości Cyberprzestrzeni imituje konstytucyjny patos ojców–założycieli, stwierdzając:

„Rządy Świata Przemysłowego, wy przemijające kolosy z cienia i stali, ja pochodzę z Cyberprzestrzeni, nowej siedziby Umysłu [...], tworzona przez nas światowa przestrzeń społeczna ma być w naturalny sposób wolna od tyranii, jaką chcecie nam narzucić. Nie macie żadnego moralnego prawa, by nami rządzić i brak wam środków represji, których rzeczywistość moglibyśmy się lękać”.

Jednocześnie przed sądami narodowymi i międzynarodowymi trybunami toczą się sprawy, w których zostaną podjęte decyzje dotyczące obowiązywania praw podstawowych w cyberprzestrzeni. Jeden z problemów związanych z prawami podstawowymi w konstytucji cyfrowej możemy dostrzec dzięki naszej sprawie. To, czy istnieje prawo dostępu do Internetu, skuteczne przeciwko prowiderowi, należy rozstrzygnąć na podstawie zasad inkluzji w komunikacji cyfrowej. Nie mają tu zastosowania zasady zewnętrznej konstytucji politycznej (której? Amerykańskiej? Czy może jakieś innej konstytucji narodowej? Konstytucji transnarodowej?), zmierzającej do akumulacji władzy i tworzenia polityki internetowej, ale zasady konstytucji Internetu, zmierzające do zagwarantowania wolności komunikacji i zwalczania elektronicznych zagrożeń wobec nich, to znaczący odpowiedniej *sedes materie* norm cyfrowej konstytucji. Jednak zasady te należy dopiero wypracować i ustanowić w toku konstytucjonalizacji Internetu. W naszej sprawie otwarte pozostaje pytanie, czy możliwość decydowania o granicach praw człowieka należy pozostawić w rękach przedsiębiorców, nawet jeśli są do tego zachęceni przy użyciu zachęt ekonomicznych w toku tworzenia wspólnych regulacji prywatno-publicznych.

Poszerzmy pole bitwy: od Seattle do Genewy w salach konferencyjnych i na ulicach toczy się walka o konstytucję dla gospodarki światowej, walka, której skutkiem będzie nadanie Bankowi Światowemu, IMF i WTO statusu instytucji konstytucyjnych. Globalna konstytucja nauki oraz konstytucja dla światowego systemu opieki zdrowotnej kształtują się w zaciętych debatach nad zarodkami i medycyną reprodukcyjną, toczonymi w tonie nauki i poza nią, i zmierzają do stworzenia ekwiwalentów tradycyjnych praw podstawowych związanych z państwem, właściwych na polu medycyny. A od czasu 11 września 2001 mnożą się próby instytucjonalizacji debaty między religiami świata, przy lepszym wykorzystaniu prawnie ukonstytuowanych instytucji dialogu religijnego.

IV. TRZY KIERUNKI ROZWOJU

Przesunięcie obszaru zainteresowania z pojedynczej konstytucji państwa narodowego na wiele konstytucji obywatelskich społeczeństwa światowego prowokuje do zadania pytania, jakie okoliczności usprawiedliwiają obalenie modelu wyłącznie politycznej konstytucji, który sprawdził się przecież w toku dziejów. Chciałbym, bardzo schematycznie i w znacznie skróconej formie, na-

szkicować trzy trwałe kierunki, które kształtują myślenie konstytucyjne i powodują, że konstytucjonalizm społeczny staje się atrakcyjny normatywnie i empirycznie.

DIAGNOZA I: DYLEMAT RACJONALIZACJI

Punkt wyjścia stanowi tu teoria konstytucjonalizmu społecznego, opracowana przez amerykańskiego socjologa Davida Scitli. Wychodząc od analizy Maxa Webera, dotyczących dylematów charakterystycznych dla procesu racjonalizacji nowoczesności, Scitli zadaje pytanie, jakie siły mogą przeciwdziałać potężnym zmianom ewolucyjnym, przejawiającym się w czterech trendach:

1. Fragmentacji logiki działania, czego skutkiem jest daleko idące zróżnicowanie, pluralizacja i regionalne rozczłonkowanie poszczególnych sfer społecznych: każda społeczna sfera działania rozwija swoją własną racjonalność formalną, znajdującą się w nierozstrzygalnym konflikcie z racjonalnościami innych dziedzin.
2. Dominacji instrumentalnej kalkulacji jako wyłącznego kryterium racjonalności, obowiązującego we wszystkich obszarach: choć zdzierzenie racjonalności typowe dla nowoczesności ma miejsce głównie w dziedzinie gospodarki i polityki, to logika instrumentalnej kalkulacji dominuje także w innych sferach działania.
3. Powszechnego zastępowania nieformalnej koordynacji działania przez organizację biurokratyczną: we wszystkich dziedzinach życia upowszechniają się, jako nosiciele racjonalności formalnej, organizacje formalne, zhierarchizowane i dysponujące wiedzą ekspercką.
4. Powiększająca się bariera w postaci „żelaznej klatki podporządkowania przyszłości”, zwłaszcza poza sferą polityki, formalna organizacja działania zatacza w dziedzinie społecznej coraz szersze kręgi, powodując, że jednostki w coraz większym stopniu kierują się regułami.

Te przemiany prowadziłyby w całym społeczeństwie nieuchronnie do intensywniej rywalizacji o pozycje zapewniające władzę i wpływy, wysocze sformalizowanej kontroli społecznej oraz autorytarnemu politycznemu i społecznemu. Co więcej, przemiany noszą wszystkie cechy dylematu, ponieważ każda świadoma próba uzyskania zbiorowej kontroli nad zmianami sama wkłada się w tę logikę i tylko przyspiesza zmiany.

Według Scitliego, instytucje „konstytucjonalizmu społecznego” to jedynie źródło zmian społecznych, które w przeszłości były skuteczne względem tych zmian ewolucyjnych i które mogą stanowić wsparcie także w przyszłości:

„W warunkach nowoczesności, powstanie nie-autorytarnego porządku społecznego będzie możliwe jedynie wtedy, gdy w społeczeństwie obywatelskim będą istnieć instytucje, które stanowi-

łyby zewnętrzną, proceduralną barierę (wobec przypadkowego albo systematycznego) nadużycia władzy zbiorowej”.

Decydujące znaczenie ma instytucjonalizacja nie-racjonalnych (w sensie teorii gier) norm proceduralnych, dających się empirycznie zidentyfikować w instytucjach określanych mianem „ciał kolegialnych”, to znaczy szczególnych formach organizacyjnych organizacji zawodowych i innych instytucji de-liberatwnych i tworzących normy.

„Można je zwykle odnaleźć nie tylko w publicznych lub prywatnych instytucjach badawczych, sieciach artystycznych i intelektualnych czy uniwersytetach, ale także w ciałach ustawodawczych, sądach i komisjach, organizacjach zawodowych, a także, w tej ostatniej dziedzinie, w działach badawczych korporacji prywatnych i publicznych, ciałach regulacyjnych organizacji non-profit czy nawet zarządach prywatnych i publicznych korporacji”.

Skutki normatywne tego rozwiązania polegają na konieczności uzyskania legitymizacji dla autonomii takich ciał kolegialnych, a także politycznych i prawnych gwarancji ich istnienia. Poza historycznie osiągniętymi gwarancjami autonomii sfer religijnych, instytucji rozstrzygających spory zbiorowe i swobody zrzeszeń, takie gwarancje powinny przysługiwać także

„deliberatywnym ciałom w ramach nowoczesnych społeczeństw obywatelskich, jak również zrzeszeniom zawodowym i obszarom działalności zawodowej prowadzonej w ramach korporacji, uniwersytetów, szpitali, sieci artystycznych lub w innych miejscach”.

Teoria konstytucjonalizmu społecznego miała swoich poprzedników w USA w postaci idei prywatnego rządu, a w Europie w postaci idei ko-determinacji i innych form demokratyzacji podsystemów społecznych, sprawiających, że pozarządowe organizacje formalne były popychane w stronę konstytucjonalizacji. Dzisiaj może ona bezpośrednio nawiązywać do post-Rawlowskiej wersji deliberatywnej teorii demokracji, w której podejmowane są próby oceny potencjału demokratycznego instytucji społecznych i wyciągania na tej podstawie wniosków normatywnych i instytucjonalnych. Istotne znaczenie ma tutaj fakt, że deliberatywna demokracja nie jest postrzegana jako związana z instytucjami politycznymi, ale rozważana wprost w postaci obejmującej także aktorów społecznych w kontekście narodowym i międzynarodowym. Jeszcze bardziej istotne są paralele do teorii konstytucyjnej istniejące w ramach socjologii systemowej, która przedstawia dość podobną dynamikę poszerzania systemu i jego ograniczeń. Z punktu widzenia teorii systemów, historyczna rola konstytucji nie wyczerpuje się, zwłaszcza gdy chodzi o prawa podstawowe, w normo-

waniu organizacji państwa i uprawnien jednostek, ale polega głównie na gwarantowaniu wielości zróżnicowań społecznych wobec zagrażającym im tendencji. Jeśli rozważać konstytucje w perspektywie historycznej, to powstające one w odpowiedzi na pojawienie się autonomicznych obszarów działania, typowych dla społeczeństw nowoczesnych. Wraz z pojawieniem się w systemie politycznym tendencji ekspansjonistycznych, zagrażających samym procesom różnicowania się społeczeństwa, pojawiają się także konflikty społeczne, czego skutkiem w tych miejscach, w których zróżnicowanie społeczne było zagrożone obecnymi w nich tendencjami do samoniszczenia, była instytucjonalizacja praw podstawowych jako społecznego kontrinstytucji. Jednostkowe konflikty między poszczególnymi obywatelami i biurokratyczną administracją jednocześnie przyczyniają się do stworzenia prawnie zinstytucjonalizowanych gwarancji samoo graniczeń polityki.

Wynika stąd ogólna definicja konstytucji w toku modernizacji. Słynny podwójny ruch Polanyi'ego – wprowadzanie rynku i tworzenie ochronnego pan-cerza instytucji kulturowych – znajduje tutaj swoje uogólnienie w takiej mierze, w jakiej właściwa mu dynamika obejmuje również inne rozbudowujące się systemy społeczne. Celem konstytucjonalizacji jest uwolnienie potencjału wysoce wyspecjalizowanej dynamiki na drodze jej instytucjonalizacji. Jednocześnie jednak, chodzi o instytucjonalizację mechanizmów samoograniczania, wymierzonych w ogólnospołeczną ekspansję tej dynamiki, zagrażającą zróżnicowaniu funkcjonalnemu. Takie trendy rozwojowe przejawiały się w historycznie bardzo zróżnicowanych okolicznościach, wcześniej głównie w polityce, a obecnie w większym stopniu w gospodarce, nauce, technologii i innych obszarach życia społecznego. Wznacanie autonomii sfer działania, przeciwdziałające groźnym trendom, wydaje się stanowić główny mechanizm obronny, zarówno w przypadku tradycyjnych konstytucji politycznych, jak i powstających konstytucji społecznych. O ile podstawowym zadaniem konstytucji politycznych była ochrona innych sfer działania przed ekspansją polityki, zwłaszcza przed ich instrumentalnym wykorzystaniem przez politykę, to współczesne konstytucje społeczne powinny, za pomocą zdobywania obszarów autonomii dla refleksji społecznej w długotrwałych konfliktach i ich instytucjonalizacji, chronić możliwość wyartykułowania tak zwanej nieracjonalnej logiki działania przed dominującym społecznym trendem racjonalizacji.

Czy jednak nie powinno się to stać pierwszorzędnym zadaniem dla typowo politycznej konstytucji społeczeństwa światowego? Ten głęboko zakorzeniony przesąd wydaje się być trudny do wykorzenia. Niemniej realne zmiany w proporcjach sił polityki i innych procesów społecznych składających się na proces globalizacji zmuszają do rozważenia dalszych, istotnych zmian procesu konstytucjonalizacji.

DIAGNOZA II: GLOBALIZACJA POLICENTRYCZNA

Powstawanie społeczeństwa światowego nie polega na wiódącej roli międzynarodowej polityki, ale raczej zwykle towarzyszą mu wtórne reakcje polityki – czego ostatnio dowiodła globalizacja terroryzmu. Nie można go również utożsamiać z globalizacją ekonomiczną, na której konwulsje wszystkie pozostałe sfery życia mogą jedynie reagować. Globalizacja stanowi raczej proces policentryczny, w którym równocześnie wyróżnicowujące się obszary życia przekraczają swoje granice regionalne i same wytwarzają dla siebie autonomiczne sektory globalne. Globalizacja to

„wielowymiarowe zjawisko obejmujące rozmaite obszary działalności i interakcji, między innymi ekonomiczne, polityczne, technologiczne, wojskowe, prawne, kulturalne i związane z ochroną środowiska. Każda z tych sfer obejmuje odmienne wzory stosunków i działań”.

W rezultacie powstaje wielka liczba niezależnych wiosek globalnych, z których każda, jako autonomiczny obszar wyodrębniony ze względu na funkcję, cechuje się właściwą tylko sobie dynamiką, nie poddającą się zewnętrznej kontroli. Globalizacja nie oznacza więc po prostu globalnego kapitalizmu, ale zróżnicowanie funkcjonalne w skali świata.

Dla naszego problemu decydujące znaczenie ma to, że globalizacja polityki była, w porównaniu z innymi podsystemami, względnie spóźniona, i że bez wątpienia będzie dokonywać się jeszcze przez jakiś czas. W obliczu utrzymującej się słabości instytucji Narodów Zjednoczonych polityka światowa jest w istocie nadal polityką międzynarodową, to znaczy stanowi system interakcji między autonomicznymi państwami narodowymi oraz stopniowo dołączającymi do nich organizacjami międzynarodowymi, ale nie zastępuje świata państw narodowych ani nie jest w stanie zepchnąć ich do roli tła. Asymetria całkowicie zglobalizowanych podsystemów społeczeństwa i zaledwie umiędzynarodowionej polityki jest związana z opisaną wyżej sytuacją, w której instytucje polityczne posiadające własne konstytucje mogą jednocześnie stanowić konstytucję dla całego społeczeństwa. Nawet gdy kruchość tej konstrukcji była już dobrze widoczna, państwo narodowe było nadal zdolne, dzięki wykorzystaniu starych koncepcji hierarchicznego społeczeństwa politycznego, w których monarcha stanowił głowę społeczeństwa, do podtrzymywania przekonania, że podsystem polityki za pomocą swojej konstytucji narodowej konstytuował cały naród. Dowodzi tego wielokrotnie pojawianie się idei odrębnej konstytucji gospodarczej i konstytucji w innych podsystemach społecznych, a także koncepcji wiążących istnienie podstawowych praw człowieka ze społeczeństwem obywatelskim, a nie po prostu z nadaniem ich przez państwo. Jednak w przypadku społeczeństwa światowego takie roszczenia nie dają się utrzymać. Postrzeganie

Narodów Zjednoczonych, jak by tego chcieli niektórzy prawnicy zajmujący się prawem międzynarodowym, jako suwerena światowego, nadającego konstytucję wiążącą, legitymizowaną i podlegającą wcielaniu w życie nie tylko organizacjom wchodzącym w skład ONZ, ale także polityce międzynarodowej a nawet pozarządowym systemom społeczeństwa światowego, jest po prostu iluzją.

Rzeczywisty proces konstytucjonalizacji, który właśnie zachodzi w polityce międzynarodowej i organizacjach międzynarodowych w węższym znaczeniu tego słowa, nie powinien, w opinii wielu prawników zajmujących się prawem międzynarodowym, stanowić przedmiotu sporu, a raczej obiekt wzmoczonego zainteresowania. Rozwój praw człowieka skutecznych wobec władzy państw narodowych na całym świecie stanowi najlepszy dowód tego, że taki proces rzeczywiście się rozpoczyna. Z naszego punktu widzenia, decydujące znaczenie ma to, że dotyczy on wyłączenie zjawiska konstytucjonalizacji polityki międzynarodowej, podkonstytucji społeczeństwa światowego funkcjonującej obok wielu innych, podkonstytucji, która nie może posłużyć się argumentem *pars pro toto*. Podcina to korzenie myślenia konstytucyjnego nakierowanego na politykę. Jeśli więc szukać innych elementów konstytucyjnych w społeczeństwie światowym, to należy to robić w samodzielnych podsystemach globalnych, innych niż polityka. Trwająca konstytucjonalizacja polityki międzynarodowej nie polega na monopolizacji procesu konstytucjonalizacji społeczeństwa światowego. Autonomizacja globalnych podkonstytucji uruchamia natomiast pewien rodzaj konkurencji konstytucyjnej.

DIAGNOZA III: PEŁZAJĄCA KONSTYTUCJONALIZACJA

Jeśli prawdą jest, że polityka międzynarodowa może w najlepszym wypadku zmierzać do konstytucjonalizacji samej siebie, ale nie konstytucjonalizacji całego społeczeństwa światowego, a także że przemiany ewolucyjne przejawiające się w globalnych procesach racjonalizacji stwarzają konieczność zagwarantowania sfery autonomii refleksji, to pojawia się pytanie, czy poszczególne dziedziny społeczeństwa światowego w ogóle dysponują potencjałem pozwalającym na stworzenie własnych konstytucji.

Podstawowe znaczenie mają tutaj związki jurysdykcji i konstytucjonalizacji. Każdy proces jurysdykcji nieuchronnie obejmuje także ukryte tworzenie norm konstytucyjnych. Jak powiada prawnik konstytucjonalista:

„Nie każdy system polityczny posiada spisana konstytucję, ale każdy posiada normy konstytucyjne. Takie prawo konstytucyjne musi co najmniej określać głównych aktorów i zawierać pewne reguły proceduralne. Teoretycznie konstytucja mogłaby ograniczać się do powołania jednego organu prawodawczego i określenia, w jaki sposób ten organ ma tworzyć prawo”.

W istocie w ten sposób określone zostają cechy konstytucyjne każdorazowego powstawania systemu prawnego, co prowadzi bezpośrednio do niewygodnych problemów nieufundowanych fundamentów prawa, wokół których krążą główne teorie prawa naszych czasów. Ujawniające się w ten sposób problemy techniczne są znane jako samouzasadnianie się prawa, prowadzące do blokujących procesy prawne paradoksów; praktyczne „rozwiązania” tych paradoksów odwołują się do autologicznych własności konstytucjonalizacji, które jednak same są wątpliwe. Te własności były wykorzystywane w coraz to nowych kombinacjach: przez Kelsena w przypadku związku normy podstawowej z najwyższymi normami konstytucyjnymi, przez Harta w teorii reguł drugiego rzędu i ostatecznej reguły uznania, przez Luhmanna w związках między paradyksem prawnym i konstytucją, a przez Derridę w przemocy paradyksu, stanowiącej nieufundowany fundament prawa. Chodzi tu zawsze o próbę zrozumienia paradoksalności procesów prawnych, w których wszelkie tworzenie prawa zakłada już istnienie zasadniczych elementów swojej własnej konstytucji, a jednocześnie konstytucjuje je w drodze samego zastosowania.

W interesującym nas kontekście nie ma potrzeby dalszego ograniczania problematycznego związku jurysdykcji i konstytucjonalizacji do wspólnoty politycznej. Słynne stwierdzenie Grothusa *ubi societas ibi ius* musi zostać przeformułowane w sposób zgodny z warunkami funkcjonalnego różnicowania planety tak, by brzmiało, że tam, gdzie rozwijają się autonomiczne obszary społeczne, tam tworzone jest autonomiczne, względnie niezależne od polityki, prawo. Tworzenie prawa odbywa się również poza klasycznymi źródłami prawa międzynarodowego, przyjmując postać porozumień zawieranych przez globalnych graczy, prywatnych regulacji rynku dokonywanych przez międzynarodowe koncerny, wewnętrznych regulacji organizacji międzynarodowych, systemów negocjacyjnych między organizacjami, światowych procesów standardyzacji, odbywających się częściowo na rynkach a częściowo w toku negocjacji między organizacjami.

„Regulacje i normy są tworzone nie tylko w drodze negocjacji między państwami, ale także nowymi, semipublicznymi, quasi-prywatnymi albo prywatnymi aktorami, którzy odpowiadają na potrzeby rynku globalnego. W obszarze między państwami i ciałami prywatnymi znacznie wzrosła liczba samodzielnie regulujących swoje istnienie ciał władczych, co prowadzi do rozmycia podziału na publiczną sferę suwerenności i prywatną domenę partykularnych interesów”.

Normy prawne nie są tworzone wyłącznie w toku rozstrzygnięcia konfliktów przez narodowe i międzynarodowe sądy, ale także przez niepolityczne, społeczne ciała rozstrzygające spory, organizacje międzynarodowe, trybunały arbitrażowe, ciała mediacyjne, komisje ds. etyki i systemy traktatowe. Jeśli prawdą jest, że dominujące źródła globalnego prawa można obecnie odnaleźć na pery-

feriach prawa, przy granicach z innymi obszarami społeczeństwa światowego, a nie w istniejących centrach prawodawczych – parlamentach narodowych, globalnych instytucjach prawodawczych i porozumieniach międzyrządowych – to oznacza to jednocześnie, że tworzone są tam także normy mające wszelkie własności norm konstytucyjnych.

Nowe zjawiska globalnej jurdyzacji pozwalają również i na to, by procesy konstytucjonalizacji mogły rozgrywać się także poza instytucjami narodowymi i politycznymi. Nie oznacza to, że każdy obszar społeczeństwa tworzy obecnie normy konstytucyjne pod swoimi własnymi auspicjami. Tak jak globalna jurdyzacja podobszarów społecznych zawsze stanowi połączenie w różnych porcjach autonomicznego i heteronomicznego tworzenia prawa, tak pojawienie się światowych konstytucji obywatelskich stanowi proces, na który mają zarówno wpływ czynniki wewnętrzne, jak i zewnętrzne. System prawny zawsze jest w to uwikłany, ponieważ procesy te zachodzą jednocześnie w ramach danego podsystemu społecznego i na peryferiach prawa. A w mniejszym lub większym stopniu, polityka międzynarodowa odgrywa rolę w tworzeniu globalnych podkonstytucji, irytując je przez polityczne oddziaływania konstytucyjne. To, jak dokładnie wyglądają proporcje zewnętrznej konstytucjonalizacji politycznej i autonomicznej konstytucjonalizacji społecznej, stanowi koniec końców trudne pytanie normatywne i empiryczne, na które odpowiedź zależy od niepowtarzalnych uwarunkowań historycznych. Mimo że globalne prawo opiera się na swoich własnych zasobach, a organizacje międzynarodowe, organizacje pozarządowe, media, wielonarodowe grupy finansowe, globalne firmy prawnicze, stowarzyszenia zawodowe i światowe trybunały arbitrażowe popychają do przodu globalne procesy prawotwórcze, to jednak na autonomiczne tworzenie prawa ma wpływ proces powstawania odpowiednich konstytucji sektorowych.

Można tu wreszcie dostrzec istotne zjawisko latencji. Konstytucje obywatelskie nie będą tworzone za pomocą żadnego big bangu, spektakularnego aktu rewolucyjnego, dokonanego przez konstituantę zgodnie z modelem amerykańskim lub francuskim. Globalne reżimy gospodarki, badań, zdrowia, edukacji czy zawodów nie dysponują także pojedynczym, wielkim tekstem o podstawowym znaczeniu, który zostałby skodyfikowany w specjalnym dokumencie konstytucyjnym. Konstytucje obywatelskie są raczej kształtowane w toku podskórnego, długotrwałego procesu ewolucji, w którym jurdyzacja sektorów społecznych przyczynia się do stopniowego rozwoju norm konstytucyjnych, gdzie jednak w dalszym ciągu pozostają zanurzone w całej masie norm prawnych. W państwach narodowych blask konstytucji politycznych jest tak oślepiający, że poszczególne konstytucje obszarów społecznych nie są dostrzegalne, a w najlepszym wypadku jawią się jako część konstytucji politycznych. Także w skali globalnej są one obecne w sposób latentny, są ukryte w sposób godny dostrzeżenia.

Jak to często się zdarza, także w tym wypadku wiele można nauczyć się na podstawie szczególnego przypadku Wielkiej Brytanii. Choć w kontynentalnej

Europie żywo kulturowany jest przesąd, jakoby Wielka Brytania w ogóle nie miała konstytucji albo w najlepszym wypadku jej konstytucja była słabo rozwinięta, to, w świetle analiz Diceya, istnienie konstytucyjnych cech polityki brytyjskiej i *common law* zostało wielokrotnie potwierdzone ponad wszelką wątpliwość. Jej istotne własności, dotyczące organizacji państwa i praw podstawowych, a zwłaszcza zapewnianego przez nią poziomu ochrony, są porównywalne z konstytucjami kontynentalnymi. Zasadnicze znaczenie ma instytucjonalizacja społeczna, a nie formalne istnienie konstituanty, konstytucji jako dokumentu, norm uznanych za normy rangi konstytucyjnej czy sądu specjalizującego się w problemach konstytucyjnych. *Mutatis mutandis* dotyczy to również konstytucji społecznych w społeczeństwie globalnym. Aktualizacja latencji elementów konstytucyjnych zakładałaby również normatywne odzwierciedlanie faktycznego toku konstytucjonalizacji i możliwość wpływania na jej kierunek.

V. PODSTAWOWE CECHY KONSTYTUCJI OBYWATELSKICH PRZYKŁAD: KONSTYTUCJA CYFROWA

Jakie podstawowe warunki muszą zostać spełnione, aby możliwe było wykazanie, że w różnych globalnych obszarach istnieją elementy konstytucyjne? W istocie, konstytucje polityczne państwa narodowego mogą służyć za wielki model historyczny konstytucji obywatelskich. Zespół doświadczeń historycznych, obejmujący procedury, pojęcia, zasady i normy, może zostać obecnie wykorzystany na drodze analogii. Jednak analogie należy traktować z dużą ostrożnością, ponieważ mogą posuwać się zbyt daleko, nie biorąc pod uwagę istotnych własności zglobalizowanych sektorów społecznych.

Potwierdza się to już w przypadku ilościowego wymiaru konstytucjonalizacji. Jest on bardzo zmienny. Wcale nie jest powiedziane, że rozległa jurdyzacja, opłatająca wszystkie procesy polityczne gęstą siecią norm konstytucyjnych musi mieć miejsce również w przypadku konstytucji poszczególnych podobszarów społecznych – wystarczy tylko zastanowić się nad przykładami badań naukowych czy sztuki. Wiele z ich podstawowych zasad – epistemologii albo stylów artystycznych – opiera się wszelkiej konstytucjonalizacji, a tylko niewielką ich część – wolność prowadzenia badań czy wolność wypowiedzi artystycznych – można ująć w formy prawne. W każdym przypadku niezbędne jest, jak to już powiedziano na początku niniejszych rozważań, dokonywanie jednocześnie ostrożnych uogólnień i przeformułowań zjawisk konstytucyjnych. Dokonywanie uogólnień oznacza oddzielanie pojęcia konstytucji od określonych własności systemu politycznego, zwłaszcza aparatu państwowego, a więc operację, która jest wyjątkowo delikatna ze względu na interpenetrację wymiaru konstytucyjnego i politycznego. Przeformułowanie jest rzeczą nie mniej delikatną, ponieważ osobiwo-

ści podsystemu, jego szczegółne operacje, struktury, media, kody i programy zmuszają do głębokiego przemyślenia instytucji konstytucyjnych.

Zagadnienie to można przybliżyć za pomocą następującego problemu konstytucyjnego, związanego z prowadzeniem globalnych badań naukowych: w jaki sposób można konstytucyjnie chronić przed wpływami ekonomicznymi wolność prowadzenia badań naukowych? Zbyt daleko idąca analogia, zrównująca władzę ekonomiczną z władzą polityczną, nie pozwalałaby na adekwatne uogólnianie i reformulowywanie ani medium zagrożającego prawu podstawowemu, ani stosownych sankcji. Kryterium nie może stanowić po prostu, co wciąż sugerują, rozważania czerpiące inspirację z polityki, władza społeczna aktorów ekonomicznych, a raczej stopień zagrożenia ze strony konkretnego medium komunikacji ekspansywnego systemu społecznego. Wolność prowadzenia badań naukowych nie jest więc zagrożona przez opresywne struktury władzy międzyrodowowych korporacji, przeciwko którym protestują bezsilne jednostki. Nowe i bardziej subtelne zagrożenia przynosi raczej strukturalna korupcja, dokonująca się za sprawą medium pieniądza. Zależność badań od rynku odzwierciedla nową sytuację uwidzianą przez zachęty ekonomiczne, którym nie można przeciwdziałać za pomocą konstytucyjnych gwarancji praw podstawowych, rozumianych jako chroniona sfera autonomii. Dzięki uogólnieniu i reformulowaniu problemów konstytucyjnych i dostępnych możliwości działania, staje się jasne, że bardziej efektywne gwarancje konstytucyjne polegałyby na zwiększeniu liczby źródeł finansowania badań, tak, by wiele źródeł zależności zostało zastąpionych jednym, nowym. Wygodnym diabła Belzebubem! Gdyby konstytucja nauki światowej była zdolna nie tylko do normowania wielości różniących się od siebie i konkurujących ze sobą źródeł finansowania, ale także mogłaby je faktycznie zagwarantować, to miałyby to na autonomię nauki wpływ porównywalny ze skutkami tradycyjnych praw jednostek dla oddziaływań politycznych.

CECHA PIERWSZA: SPRZĘŻENIE STRUKTURALNE PODSYSTEMU I PRAWA

Konstytucje obywatelskie nie są ani wyłącznie tekstami prawnymi, ani tylko faktycznymi strukturami systemów społecznych. O składnikach konstytucji społecznej w ścisłym znaczeniu można mówić tylko wtedy, gdy ma miejsce współzależność autonomicznych procesów społecznych z jednej i autonomicznych procesów prawnych z drugiej strony. W języku teorii systemów: jeśli wykształciły się długoterminowe sprzężenia strukturalne między strukturami charakterystycznymi dla podsystemów i norm prawnych. Jedynie w takim przypadku można doszukiwać się godnego uwagi powielenia zjawisk konstytucyjnych, które przecież rozpowszechnionemu przekonaniu, jakoby istniała pojedyncza konstytucja, obejmująca zarówno system prawny, jak i system społeczny. Konstytucja zawsze wiąże ze sobą dwa rzeczywistości, rozwijające się procesy: z punktu widzenia prawa,

jest to tworzenie norm prawnych, które zazębia się z podstawowymi strukturami systemu społecznego; z perspektywy danego systemu społecznego konstytucja oznacza tworzenie zasadniczych zrębów porządku społecznego, które jednocześnie wpływają na prawo i są przez nie normowane. Sens sprzężeń strukturalnych polega na tym, że stanowi on ograniczenie możliwości oddziaływania zarówno procesów prawnych, jak i społecznych. Możliwość, że jeden z systemów będzie ograniczany przez drugi, zostaje zablokowana, ich wzajemna autonomia zapewniona, a wzajemne irytacje mocno ograniczone i skoncentrowane w wyrażnie zinstytucjonalizowanych kanałach wpływu.

Konstytucja odpowiada więc, w takim stopniu, w jakim jest zinstytucjonalizowana jako sprzężenie między dwoma sferami sensu, na problem powstający w przypadku wszelkiego autonomicznego tworzenia norm w społeczeństwie: problemem korupcji strukturalnej. Żywo dyskutowane dziś zagadnienie, jak i kto ma regulować Internet, stanowi przykład właśnie takiego problemu. Regulacje narodowe zwykle nie są skuteczne ze względu na trudności w stosowaniu, wynikające z transnarodowej natury komunikacji cyfrowej. Natomiast regulacja Internetu, której tak wyczekują dzisiaj wszyscy porządni ludzie, przeprowadzona w drodze legitymizowanego prawotwórstwa międzynarodowego, może się nie powieść ze względu na niemożność osiągnięcia porozumienia przez rządy. Nie wyklucza to oczywiście możliwości prowadzenia prób realizacji obydwu tych metod, nawet częściowo pomysłnych. Jednak faktyczne trudności związane z obydwojema metodami regulacji prowadzą do tego, że samoregulacja Internetu jako autonomicznego systemu gwałtownie przybiera na znaczeniu. Z tego powodu obserwatorzy regulacji Internetu mówią o „tendencji do samoregulacji”. Własnej roboty prawo regulujące Internet nie tylko przynosi korzyści tam, gdzie pozostałe dwie formy regulacji przysparzają problemów, ale także wykorzystuje techniczne możliwości bardzo efektywnej regulacji, zapewniane przez architekturę kodu. Dzięki elektrycznym ograniczeniom może ono zwykle obywać się bez regulacji kontrolowanych przez normy metaprawne. Trend podąża więc wyraźnie w kierunku hybrydowych reżimów regulacyjnych. Autonomiczne *lex electronica*, analogiczne wobec autonomicznego *lex mercatoria*, autonomicznego prawa gospodarczego, odgrywa tam istotną rolę. Składy arbitrażowe ICANN, które, zgodnie z autonomiczną, nienarodową normą prawną zawartą w § 12a policy ICANN w sprawie przyznawania nazw domen, wydadzą wiążące i egzekwowane elektronicznie orzeczenia, stanowią istotny składnik autonomicznego tworzenia cyfrowego prawa. Podobnie jak światowe prawo gospodarcze, także *lex electronica* przynosi problem korupcji strukturalnej, to znaczy licznych i niepoddanych żadnym filtrom wpływów „prywatnych” interesów na tworzenie prawa. To właśnie w tym miejscu pojawia się konstytucyjny problem Internetu.

Aby realistycznie ocenić szanse i ograniczenia konstytucji cyfrowej, należy za punkt odniesienia brać konstytucje polityczne, które zareagowały na problem strukturalnego skorumpowania prawa przez politykę. Niejasna zależność przednowoczesnego prawa od presji politycznych, terroru politycznego

i osób posiadających władzę ekonomiczną i społeczną, znalazła odpowiedź w postaci instytucji sprzężeń strukturalnych, które, rzecz jasna, nie mogły zlikwidować korupcji, ale przyczyniły się do jej znacznego zmniejszenia: z jednej strony przez uznanie korumpujących wpływów za nielegalne, a z drugiej przez poszerzenie zakresu legitymizowanej irytowalności. W przypadku analogicznych problemów korumpowania prawa przez gospodarkę, stosowne rozwiązania zapewniła nie konstytucja polityczna, ale konstytucja ekonomiczna, realizująca podobne funkcje za pomocą instytucji prawa prywatnego, dotyczących własności i umów. Możliwość przekupienia podmiotu rozstrzygającego konfliktu prawne została wyeliminowana, a gospodarcze irytacje prawa zostały skanalizowane za pomocą mechanizmów umów i własności. Jednocześnie, pozwoliło to na zastrzeżenie na rzecz prawa i polityki możliwości podejmowania ostatecznych decyzji. Realistyczne rozwiązywanie problemów strukturalnego skorumpowania cyberprawa powinno wywodzić się wyłączenie z własnej konstytucji Internetu, przynajmniej dopóki jest ona w stanie utrzymywać strukturalne sprzężenie między strukturalnymi cyfrowymi i normami prawnymi. Zapełnienie innego problemu to taki, czy i do jakiego stopnia ten rodzaj własnej konstytucji jest ustanawiany z zewnątrz drogą polityczną, czy to jednostronnie przez rząd USA, czy w drodze międzynarodowego porozumienia, czy raczej przyjmuje postać wewnętrznego procesu samoorganizacji Internetu za pośrednictwem takich instytucji, jak ICANN, wewnętrzne trybunały arbitrażowe, organizacje tworzące standardy, takie jak World Wide Web Consortium albo Internet Engineering Task Force i cyfrowe ruchy obywatelskie. Nie umniejsza to jednak potrzeby stworzenia osobnej konstytucji cyfrowej, tworzącej efektywną więź strukturalną między prawem a komunikacją cyfrową.

CECHA DRUGA: HIERARCHIA NORM: NORMY KONSTYTUCYJNE VERSUS ZWYKŁE PRAWO

Strukturalne sprzężenie systemu społecznego i prawa stanowi warunek konieczny, ale niewystarczający konstytucji obywatelskiej. Istnieje mianowicie wielka ilość wzajemnych irytacji, które nie mają cech właściwych konstytucjom. Przemawia to za to pojmowaniem konstytucji obywatelskiej przez analogię do pojęcia konstytucji ekonomicznej, definiowanej jako „całość reguł prawnych wiążących gospodarkę w społeczeństwie”. Poza własnościami normy prawnej i jej strukturalnym sprzężeniem z systemem społecznym muszą istnieć szczególne związki autologiczne, hierarchizacja norm „wyższego”, konstytucyjnego rodzaju i tych, które należą do „niższej” kategorii zwykłego prawa.

W pierwszej kolejności chodzi o reguły samotworzenia, to znaczy normy konstytucyjne, które spełniają paradoksalny wymóg regulowania legalnego tworzenia norm prawnych, ale jednocześnie regulują swoje własne tworzenie, albo zamiast tego odnoszą się do rewolucyjnego aktu przemocy, umowy społecznej,

boskiego namaszczenia albo innego mitu stworzenia. Szczególnie wpływowa była w tej dziedzinie koncepcja Herberta Harta: definiuje on prawo za pomocą konstytucyjnej różnicy między normami pierwotnymi (kierującymi zachowaniem) i normami wtórnymi (tworzenie prawa). Wpęda się tym samym w problem regresu do nieskończoności metameta...-norm, z którego wychodzi dzięki arbitralności ostatecznej reguły uznania. Wyzwanie dla konstytucji obywatelskiej polega na identyfikacji samostitych reguł samotworzenia, przekraczających wąskie granice działalności prawotwórczej zorientowanej na politykę. Nawet jeśli polityczna tradycja konstytucyjna miała trudności z uznaniem za normy prawne oryginalnego prawa sędziowskiego, prawa międzynarodowego, umów prywatnych, norm tworzonych przez organizacje prywatne i prawa zwyczajowego, ponieważ w tych wypadkach zawodziły „oficjalne” normy wtórne, ograniczające się, w przypadku autonomicznych konstytucjach, do prawotwórstwa parlamentarnego, to w przypadku autonomicznych systemów prawnych problemy mnożą się na rozległych przestrzeniach społeczeństwa światowego. W przypadku *lex mercatoria* byliśmy świadkami 30 lat ożywionej debaty, a w przypadku *lex electronica* temperatura dyskusji dopiero zaczyna się stopniowo podnosić. Dyskusja staje się tym gorętsza, im mocniej jej uczestnicy uświadamiają sobie fakt, że normy wtórne nie tylko udzielają odpowiedzi na pytanie kognitywne „Kiedy prawo obowiązuje?”, ale także na bardziej zawile pytanie normaltywne „Kim są legitymizowani aktorzy i jakie są legitymizowane procedury tworzenia prawa?”.

Jakie normy wtórne decydują o przekształceniu netykiety, tj. zasad dobrego wychowania (zakaz spamowania itp.) w cyfrowe prawo zwyczajowe o rozstrzygnięciach do uniwersalnego obowiązywania? Do jakich uprawnień konstytucyjnych mogą odwoływać się organizacje standardyzujące Internet, tworząc reguły komunikacji cyfrowej i jednocześnie wdrażając je w architekturze internetowej? Jakie reguły uznania stoją za prywatnymi internetowymi sądami arbitrażowymi, które rozstrzygają spory o domeny przypisując swoim wyrokom moc prawnie wiążącą i, po upływie terminu na odwołanie się do sądów narodowych, egzekwując je bezpośrednio środkami elektronicznymi? Jakże normy wtórne określają prawne własności reguł click wrap, ogólnych warunków prowadzenia działalności przez providerów Internetu i providerów przestrzeni na serwerach, którzy, jak w naszym niewinnym przykładzie, podejmują wiążące decyzje dotyczące dostępu do instytucji prawnych? Konstytucjonalności zbyt łatwo radzą sobie z tym zagadnieniem, dezawuuując je jako produkt fantazji prawnych niezdrówno podeksycytowanych profesorów Harvardu. Bardziej realistyczne podejście pozwoli na dostrzeżenie faktu, że w toku takich samoorganizowanych praktyk prawnych, wysocje sformalizowanych ze względu na niezbędne wiek-stwienie komunikacji cyfrowej, pojawiają się konstytucyjne normy drugiego rzędu, zdolne do przewyżczenia paradoksu obowiązywania samostworzonego prawa cyfrowego i selektywnego określenia, jakie własności muszą posiadać normy społeczne, by być uznane za normy prawne.

CECHA TRZECIA: SĄDOWA KONTROLA NORM

Hierarchia norm nie oznacza istnienia wyłącznie reguł samotworzenia, ale także reguł samokontroli prawa. Samo prawo uznaje prawnie ustanowione normy za niezgodne z prawem, jeśli pozostają one w znaczącej sprzeczności z normami konstytucyjnymi wyższego rzędu. W przypadku wysoko rozwiniętych konstytucyj politycznych, prowadziło to, jak wiadomo, do rozróżnienia sądów konstytucyjnych i sądów powszechnych oraz prawa konstytucyjnego i zwykłego. Jeśli w rozmaitych społecznych obszarach częściowych nie można odnaleźć takiego wyraźnego podziału, to czy oznacza to, że nie istnieją żadne hierarchie norm, albo że brak jakiegokolwiek kontroli norm? Sądowa kontrola zwykłych umów handlowych, prywatnych standardów w staranności, standardów wprowadzanych przez prywatne organizacje, orzeczeń sądów arbitrażowych, tak w sferze narodowej jak i międzynarodowej, stanowiłyby przykład kontroli konstytucyjnej prawa innego niż stanowiące. Nie należy dać się zmylić przestarzałym prywatnoprawnym formułom kontroli w rodzaju „dobrych obyczajów” czy „dobrej wiary”, którymi zwykłe posługują się sądy, wobec faktu, że w tym przypadku podejmowane są decyzje dotyczące *ordre public*, tj. relacji między unormowaniami „prywatnymi” i „konstytucyjnymi”, zwłaszcza prawami człowieka. Po bliższym sprawdzeniu okazuje się, że normy prywatne są oceniane nie w świetle państwowej konstytucji politycznej, ale ich własnej konstytucji. Wydanie postanowienia przez sąd stanowi jednocześnie ograniczenie racjonalności specyficznej dla danego systemu i jej uwolnienie. Chodzi tu o instytucjonalny wymiar praw konstytucyjnych w „prywatnych” obszarach społeczeństwa. Społeczne normy istniejące na peryferiach systemu prawnego są z zasady akceptowane w centrum prawa, ale proces kontroli sądowej prawa broni elementów korupcyjnych, wynikających z niedostatków zewnętrznego źródła prawa, niezgodnych z pomocą standardów uczciwego procesu i rządów prawa. Jednocześnie jednak prawo potwierdza zasadniczą racjonalność zewnętrznych procesów prawotwórczych, przekłada je na język norm prawnych, powodując tym samym znaczące podniesienie ich społecznego statusu.

Przez swoje związki z polityką, sądowa kontrola ustawodawstwa stanowiła model, którego związki z innymi podsystemami były dotąd minimalne. W jakim stopniu prawo musi dostosować się do racjonalności właściwej innym podsystemom, i w jakim stopniu należy eliminować korumpujące prawo wpływy? Konstytucyjna kontrola politycznego tworzenia prawa doprowadziła do powstania różnorodnych technik kontroli, które neutralizują stroniące decyzje, przekładają na język uniwersalnych zasad prawa „politykę” zorientowaną na rezultaty, dopasowując decyzje polityczne do doktryny prawa zgodnie z kryteriami spójności obowiązującymi w nim, a w najgorszym wypadku stwierdzają niekonstytucyjność aktów ustawodawczych. Z drugiej strony, prawo konstytucyjne uwolniło wewnętrzą logikę polityki przez „polityzację” samego prawa: wykładnia funkcjonalna, orientacja na policjes, równoważenie interesów, ocena wpływów i orientacja na skutki stanowią wskaźniki dostosowania prawa do racjonalności polityki.

Gdzie jednak, w sytuacji, gdy funkcjonują pozalegisłacyjne mechanizmy tworzenia prawa, można odnaleźć analogiczne połączenie ograniczenia i uwolnienia, ukształtowane w związku z niepolitycznymi obszarami społeczeństwa? Bez wątpienia, kryteria kontroli i mechanizmy dostosowawcze właściwe dla konstytucji politycznej muszą zostać zastąpione przez mechanizmy wynikające z ich własnej konstytucji. Globalne standardy technologiczne wymagają odmiennie kontroli prawnej, innych kryteriów i innych procedur niż, powiedzmy, ogólne międzynarodowe standardy handlowe albo globalne kodeksy postępowania tworzone przez międzynarodowe organizacje zawodowe.

W przypadku Internetu chodzi o (o)sławiony „kod”, cyfrową inkorporację norm zachowania do architektury cyberprzestrzeni. Jego uwalnianie i ograniczanie stanowi zasadniczy temat konstytucji cyfrowej, analogiczny do uwalniania i ograniczania zjawiska władzy w przypadku konstytucji politycznej. By możliwe było stworzenie standardów prawnych dotyczących „kodu”, należy poddać analizie specyficzne zagrożenia dotyczące architektury cyberprzestrzeni. Jakie konkretne zagrożenia dla autonomii jednostek niesie ze sobą ten kod? W jaki sposób wpływa on na autonomię instytucji społecznych? Standardy kontroli prawnej muszą być zrekonstruowane z myślą o swojej architektonice Internetu. Jaki rodzaj metaregulacji prawnych trzeba wypracować, by zapewnić jednostkom i instytucjom autonomię względem „kodu”?

Nie chodzi tu o nadużycie cyfrowej władzy, ale o konstytucyjne skutki odmienności strukturalnych między „kodem” i prawem. W zakresie swojego stosowania, „kod” prowadzi do zasadniczego przekształcenia normatywnego porządku cyberprzestrzeni. Porządek ten nie opiera się już na perswazyjnych własnościach reguł prawnych, ale na elektronicznych ograniczeniach, bezpośrednio regulujących komunikację odbywającą się w Internecie. Co oznacza zatem zamiana tradycyjnych norm prawnych na sieciowe protokoły cyfrowej komunikacji Internetu (decyzje i argumentacja) i przestrzenie autonomii indywidualnej lub zbiorowej (prawa podstawowe)? Jakże są problemy konstytucyjne wiążące się z *digital embodiment of law*, cyfrową inkorporacją prawa?

Pierwsza istota kwestia to samoogzekwująca się natura kodeksu. Z zasadniczo instrumentalnego punktu widzenia prawników zajmujących się Internetem, wydaje się to stanowić wielką zaletę „kodu”, ale z perspektywy konstytucyjnej jest, ze względu na zasadę legalności, koszmarem. Tradycyjne prawo opiera się na instytucjonalnym, proceduralnym i personalnym rozdzieleniu tworzenia prawa, stosowania prawa i egzekwowania prawa. Do pewnego stopnia dotyczy to także tworzenia prawa w sektorze prywatnym. Dziwnym skutkiem digitalizacji jest rodzaj fuzji jądrowej tych trzech pierwiastków, co oznacza konieczność podstawowej konstytucyjnej zasady podziału władzy.

Druga kwestia to trójjednia uregulowań dotyczących postępowania, tworzenia oczekiwań i rozstrzygania sporów. Tradycyjnego prawa nie da się sprowadzić do tylko jednego z tych aspektów, ponieważ realizuje ono wszystkie trzy, choć za pomocą osobnych instytucji, kultur normatywnych i zasad legal-

ności. Także ten podział ustanawia (ukryte) konstytucyjne gwarancje autonomii społecznej. W ten sposób zniszczone zostają zabezpieczające autonomię strefy buforowe między normami dotyczącymi konfliktów, oczekiwań i zachowań. Cyfrowe ucieleśnienie normatywności w postaci „kodu” sprowadza te odmienne aspekty do tylko jednego, do aspektu elektronicznej regulacji postępowania.

Trzecią kwestią jest obliczalność normatywności. W tradycyjnym prawie możliwości formalizacji były raczej ograniczone. (Nie)ślowne skutki formalizmu prawnego były, w porównaniu ze skutkami „kodu” pozwalającego na dotąd nieznanym sposobem formalizacji reguł, stosunkowo niegroźne. Sztynny, binarny podział 0/1, który w realnym świecie ograniczał się do kodu prawnego w ścisłym znaczeniu legalne albo nielegalne, został obecnie, w świecie wirtualnym, przeniesiony na programy prawne, cały zespół przedmiotowych i proceduralnych struktur warunkujących stosowanie kodu binarnego. Wyklucza to jakikolwiek luz interpretacyjny. Oczekiwanie normatywne, którymi można było dotąd manipulować, dostosowywać i zmieniać, została obecnie przekształcone w sztywne oczekiwania kognitywne, dotyczące inkluzyj/ekskluzyj komunikacji. Gdy chodzi o codzienne zastosowania, kod nie może równać się z wyrafinowanymi zdolnościami prawa do uczenia się. Wykluczona jest mikrowariancja reguł, związana z pojawianiem się nowych faktów i nowych wartości. W dziedzinie stosowania kodu argumenty nie odgrywają żadnej roli. Koncentrują się na programowaniu kodu, ale tracą na znaczeniu wobec ciągłego interpretowania reguł, ich stosowania i wdrażania. W związku z tym, oddziaływania nieformalne, jako istotna siła przeciwdziałająca formalności prawa, są redukowane do zera. Kod nie dopuszcza żadnych wyjątków od reguły, żadnych zasad słuszości, żadnych metod ignorowania reguł, żadnych nieformalnych sposobów przejścia od komunikacji związanej regułami do przetargu politycznego ani żadnych metod uchylania reguł w toku życia codziennego. Nic dziwnego, że ten koniec „rozsądnej nielegalności” w cyberprzestrzeni napędza mit hakera, który dzięki swojej zdolności do łamania kodu staje się Robin Hoodem cyberprzestrzeni.

Jeśli przedstawione zagrożenia autonomii jednostek i instytucji są rzeczywiście, to staje się jasne, że konkretne propozycje dotyczące polityki internetowej mają własności konstytucyjne. Ruch wolnego oprogramowania, domagający się dostępu do kodu źródłowego każdego programu po to, by zawsze była znana struktura programu, wydaje się nie być jedynie grupą sympatycznych idealistów. Albo: gdy Lessig postuluje, by digitalizacji kierowania działaniem przez kod towarzyszyła zawsze zasada *narrow tailoring*, to oznacza to wbudowanie do kodu wymogów konstytucyjnej zasady proporcjonalności, której trzeba będzie przestrzegać także w prywatnym reżimie prawnym Internetu. Kontrola sądowa i inne publiczne mechanizmy kontroli metareguł kodu nabierają znaczenia, które – ze względu na zagrożenia, jakie niesie kod – są nawet większe niż sądowa kontrola zwykłych umów i reguł organizacji prywatnych. W prawie

konkurencji trzeba z kolei stworzyć porządekomiczne kryteria dla struktur prawnych „rynków” informacyjnych, które pozwolą na tworzenie różnorodnych uregulowań kodowych.

CECHA CZWARTA: DWOISTA KONSTYTUCJA SEKTORA ZORGANIZOWANEGO I SPONTANICZNEGO

Jeśli polityczne prawo konstytucyjne ma rzeczywiście regulować dwa wielkie obszary polityki – prawo organizacji państwa i prawa podstawowe obywateli, to jak należało to zadanie właściwie uogólnić i przeformułować? Moja sugestia jest taka, że celem jest zawsze normowanie obszaru formalnie zorganizowanego i spontanicznego w ramach podsystemu, a zwłaszcza szczególnych związków między nimi. Konstytucja demokratyczna wydaje się być zależna od tego, czy dualizm formalnie zorganizowanej racjonalności i nieformalnej spontaniczności poddaje się skutecznej instytucjonalizacji pod postacią dynamicznej wymiany wolnej od prymatu któregoś z nich. W przypadku polityki, celem jest sprawowanie wzajemnej kontroli przez, z jednej strony, formalnie zorganizowany obszar partii politycznych i organizacji państwowych oraz, z drugiej, spontaniczny obszar elektoratu, grup interesu i opinii publicznej. Rozwija się to także w przypadku globalizacji, w formie związków spontanicznych obszarów stosunków międzynarodowych i organizacji międzynarodowych pod innymi auspicjami. W przypadku gospodarki taki związek z pewnością istnieje pod postacią napięcia między obszarem spontanicznym, tworzonym przez rynek, i obszarem zorganizowanym, na który składają się przedsiębiorstwa – zwłaszcza wobec ostatniego przyspieszenia globalizacji. W dziedzinie badań naukowych prowadzonych w skali światowej także pojawiają się tendencje do powstawania globalnego obszaru spontanicznego, stanowiącego opozycję wobec sformalizowanych organizacji badawczych. W edukacji, rolę obszaru spontanicznego zdaje się odgrywać światowa konkurencja uniwersytetów. We wszystkich tych obszarach wyzwanie konstytucyjne polegałoby na wspieraniu dualizmu autonomii społecznej podsystemów, to znaczy wypracowaniu także normatywnej dynamiki kontroli obszaru spontanicznego i zorganizowanego.

Podobne trendy możemy dostrzec także w cyberprzestrzeni. Lessig obawia się takiego rozwoju Internetu, który doprowadzi do niedającej się tolerować intensywności kontroli sprawowanej przez koalicję interesów ekonomicznych i politycznych. Choć u swoich anarchistycznych początków Internet opierał się na zasadach inkluzyj wszystkich, anonimowości, wolności od kontroli i hierarchii, dziś coraz silniejsze stają się polityczne i ekonomiczne tendencje prowadzące do powstawania tzw. intranetów, tj. zamkniętych sieci, opierających się na zasadzie ekskluzyj, kontroli, hierarchii i ścisłego podporządkowania celom. Te same przemiany mogą jednak być interpretowane w inny sposób, to znaczy jako wewnętrzne różnicowanie się cyberprzestrzeni na anarchiczny ob-

szar spontaniczny (Internet) i wiele wysoco wyspecjalizowanych obszarów specjalnych (intranet). Analogia do innych systemów społecznych, w których pojawiły się wzajemne relacje kontroli między obszarem formalnie zorganizowanym a obszarem spontanicznym, jest zupełnie jasna. Z politycznego punktu widzenia, celem nie jest, jak sądziłby Lessig i współpracownicy, zwalczanie cyberkorporatyzmu, ale stabilizacja i instytucjonalne zagwarantowanie istnienia samego podziału na obszary spontaniczne lub zorganizowane. Konstytucja Internetu mogłaby obejmować spontaniczny obszar publiczny (podobny do tej części konstytucji, która ustanawia prawa podstawowe, albo ustawy konstytucyjnej rynku), oraz wysoco sformalizowany obszar zorganizowany (przypominający prawo organizacji państwa albo prawo spółek), i stabilizując tak jedno i drugie w ich wewnętrznej logice określać ich główne zadanie jako tworzenie wzajemnej kontroli.

VI. KONSTYTUCJE GLOBALNE A DYCHOTOMIA PUBLICZNE-PRYWATNE

Wydaje się zatem, że konstytucje światowe nie poddają się ani dychotomii publiczne-prywatne ani dyscyplinarnym podziałom na prawo prywatne i publiczne. W toku globalnej ale również sektorowej analizy konstytucyjnej okoliczność ta zmusza do współpracy prawo narodowe i transnarodowe prawo prywatne. Jak jednak zdefiniować wzajemne związki podziału pracy i kooperacji? Dyscyplinarne przypisanie udziałów zgodnie z państwową przynależnością głównych reżimów oznaczałoby arbitralne zerwanie związków konstytucyjnych. Z drugiej strony, teoretycznego przodownictwa nie można się spodziewać także po koncepcji *international community*, wspólnoty narodów, albowiem sugeruje ona istnienie jakiejś światowej jedności czy nawiązości do grupowego działania, co nie odpowiada dzisiejszemu stanowi pofrAGMENTOWANEJ globalizacji. Z punktu widzenia teorii systemów, istotne są trzy kwestie:

1. Pojęcie społeczeństwa światowego, w odróżnieniu od *international community*, z góry zakłada decentralizację. Społeczeństwo światowe to społeczeństwo bez hierarchii i bez centrum, które poddaje się konstytucjonalizacji wyłącznie fragmentami, właśnie za pomocą konstytucji społecznych części składowych.
2. Pojęcie prawa światowego pozwala na mówienie o globalnym systemie prawa, który jednak nie powstaje jako jedność, a tylko w postaci fragmentarycznej. Decydujące znaczenie ma to, że zachodzące właśnie procesy globalizacji powodują przemiany tradycyjnego, wewnętrznego różnicowania prawa. Zróżnicowanie polegające na wielości narodowych systemów prawnych zostaje zastąpione zróżnicowaniem na już nie terytorialne, ale określone sektorowo reżimy prawne, które staną się nośnikami konstytucji społecznych

3. Nie należy spodziewać się integracji społecznych konstytucji częściowych za pomocą ogólnej konstytucji politycznej, jednak w sytuacji zdestrukcyjnej konstytucji częściowych pojawiać się będą ich powiązania o charakterze sieciowym.

Wbrew wszelkim próbom współpracy, wykształcać się będzie wyspecjalizowany podział pracy, wychodzący od istniejących tradycji pojęciowych, w którym prawu prywatnemu przypadnie zadanie wypracowania samodzielności i autonomii społecznych konstytucji częściowych, podczas gdy prawo publiczne będzie koncentrować się na rozwijaniu konstytucji typowo politycznych, na tworzeniu politycznego otoczenia konstytucji obywatelskich, jak również na wytworzeniu sieciowych powiązań rozmaitych konstytucji częściowych.



Gunther Teubner

SOCIETAL CONSTITUTIONALISM
ALTERNATIVES TO STATE-CENTRED CONSTITUTIONAL THEORY

Lecture in Honour of Leon Petrażycki
Faculty of Law and Administration University of Warsaw
27 May 2005



GUNTHER TEUBNER

He teaches private law and sociology at Frankfurt University. Otto-Kahn-Freund Professor of Comparative Law and Legal Theory in London School of Economics (1992–1998). Received award of Leon Petrażycki from International Society of Sociology (1983), and European Academy Award (1998).

He is an author of books: *Law as Autopoietic System*; *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*; *Environmental Law and Ecological Responsibility*; *Global Law without a State*.

I. A RIGHT OF ACCESS TO CYBERSPACE?

A group of globalisation critics are suing a commercial host provider of the Internet. They are appealing to the principle of free speech in order to enforce their alleged right of access judicially. The host provider who offers content providers the possibility on its computers to set up websites, had long got caught up in the tangles of state attorneys and private collective actions because some of the websites contained child pornography and Nazi propaganda. The decisive factor came with the decision of the Paris Tribunal de Grande Instance, Order of 20 November 2000, ordering Yahoo Inc to bar access by French users to auctions of Nazi objects. The final blow came with the new trends toward public-private co-regulation which exempts providers from liability when they cooperate with state agencies. The provider thereupon electronically barred access to all websites where it regarded the risk of criminal or civil actions as too high. The bar also affected political groups rated by Compuserve as politically radical or too close to violent protest campaigns. In a civil action, these groups are now seeking to compel access to the host provider.

The case ties together in a single focal point a range of fundamental problems that the digitisation of communication is throwing up anew. It is not just technical legal questions of compulsory contracting for private providers, a right of access to internet institutions, the validity and implementation of national norms in the transnational internet, or the third party effect of fundamental rights in cyberspace that are up for debate. Rather, we are faced with the more fundamental question of a universal political right of access to digital communication. Ultimately, problems of exclusion from global communication processes are raised. In the background lurks the theoretical question whether it follows from the evolutionary dynamics of functional differentiation that the various binary codes of the world systems are subordinate to the one difference of inclusion/exclusion. Will inclusion/exclusion become the meta-code of the 21st century, mediating all other codes, but at the same time undermining functional differentiation itself and dominating other social-political problems through the exclusion of entire population groups?

From the many problems our harmless legal case raises, I wish to single out one question: how is constitutional theory to respond to the challenge arising from the three current major trends—digitisation, privatisation and globalisation—for the inclusion/exclusion problem? That is how today's “constitu-

tional question” ought to be formulated, by contrast with the 18th and 19th century question of the constitution of nation-states. While that had to do with disciplining repressive political power by law, the point today is to discipline quite different social dynamics. This is in the first place another question for theory. Will constitutional theory manage to generalise its nation-state tradition in contemporary terms and re-specify it? Can we, then, make the tradition of the nation-state constitution fruitful, while at the same time changing it to let it do justice to the new phenomena of digitisation, privatisation and globalisation?

II. REACTIONS IN CONSTITUTIONAL THEORY

Contemporary generalisation and re-specification—this is a problem where several ambitious attempts to postulate a universal world constitution beyond the nation-state have laboured away at in vain. This is true of legal efforts to see the United Nations Charter as the constitutional law of the “international community” put into force by a world sovereign and legitimising the exercise of global political power. It is, however, also true of a number of philosophical endeavours in the Kantian tradition to conceive a universal world constitution where the introduction of new political institutions and procedures of global statehood is supposed to be used to set up a federative centre and forum of common world internal policy. All attempts can be reproached with not generalising the traditional concept of the constitution sufficiently for today’s circumstances, nor re-specifying it carefully enough, but instead uncritically transferring nation-state circumstances to world society. In particular, the changes the concept of constitution would have to go through in relation to sovereignty, organised collectivity, hierarchies of decision, organised aggregation of interests and democratic legitimacy, if no equivalent of the state is to be found at world level.

There is more realism in attempts to dissociate state and constitution clearly, and explicitly conceive of a global constitution without a world state. This innovative construction has most recently been exhaustively deployed in the debate on the European constitution, but at world level too, the attempt is made to track down constitutional elements in the current process of an international politics that has no central collective actor as subject/object of a constitution. Especially the attempt to see the co-existence of nation-states as a segmental second-order differentiation of world politics and their interaction as a spontaneous order of a secondary nature, a “world constitution of freedom,” lend a world constitution re-specified in this way as a structural link between decentralised world politics and law quite a different shape. Yet here too the generalisation does not go far enough to do justice to the decentralisation of politics in world society. In particular, this sort of spontaneous consti-

tution of states has to contend with the problem of whether and how non-state actors and non-state regimes can be incorporated in the international process of constitutionalization.

This shortcoming is in turn the starting point for positions that explicitly transform actors not traditionally recognised as subjects of international law into constitutional subjects. These actors are on the one hand international organisations, multinational enterprises, international trade unions, interest groups and non-governmental organisations as participants in global decision-making, and on the other individuals, only hesitantly and marginally accepted by international law as legal subjects, as the bearers of fundamental and human rights. Implicitly, such pluralist conceptions recognise that the processes of digitisation and global networking are decisively carried by non-state actors, the existence of which a world constitution too would have to take cognisance of. The question is, however, whether a merely personal extension of a constitutionalisation process is still adequate, and whether quite different structures and processes ought not to be included.

Finally, yet a further step is taken by ideas of the horizontal effect of fundamental rights, no longer asserting fundamental rights-positions exclusively against political bodies, but also against social institutions, in particular vis-à-vis centres of economic power. Nation states are supposed to have corresponding protective obligations imposed upon them, in order to combat threats to fundamental rights in areas remote from the state. Even if this debate is only at the very beginnings in the international sphere, in view of the massive human rights infringements by non-state actors it points out the necessity for an extension of constitutionalism beyond purely intergovernmental relations.

III. THE THESIS: CONSTITUTIONALISATION WITHOUT THE STATE.

These four concepts of a global constitution constitute quite dramatic extensions from the constitutional tradition, yet ultimately they cannot free themselves of the fascination of the nation-state architecture, but merely seek to compensate for its obvious inadequacies with all sorts of patches, additions, re-buildings, excavations and decorative facades—altogether merely complexifying the construction instead of building ex novo. But the design error already lies in the state-centring of the constitution. For all the courage to rethink the constitution in a direction of political globality, in the light of an intergovernmental process, through the inclusion of actors in society, and in terms of horizontal effects of fundamental rights, they nonetheless remain stuck at seeing the constitution as tied to state-political action.

At the same time they are tied to a strange distinction, between the poles of which they continually oscillate. While the constitution ought institutional-

ly to confine itself to political processes, at the same time it ought to constitute the whole of society. The political organisation of the state apparatus is supposed to represent the constitution for the nation. This oscillation between the political and the societal is transferred to world society today. If one can only manage to constitutionalise the interaction of state-political institutions in international relations, then that ought to be enough to produce a constitution appropriate to world society. If this distinction was already problematic in the nation-state, then in world society it has once and for all been overtaken. But what is there in the blind-spot of the distinction? An all-embracing constitution for global society? A network of national and transnational constitutions? An autonomous legal constitution? Or what?

If in seeking to illuminate the blind-spot one abandons the state centring of the constitution, then the real possibilities of constitutionalisation without the state become visible. For constitutional theorists this amounts to breaking a taboo. A constitution without a state is for them at best a utopia, but a poor one into the bargain. But this formula is definitely not an abstract normative demand for remote, uncertain futures, but an assertion of a real trend that can today be observed on a world-wide scale. The thesis is: emergence of a multiplicity of civil constitutions. The constitution of world society comes about not exclusively in the representative institutions of international politics, nor can it take place in a unitary global constitution overlying all areas of society, but emerges incrementally in the constitutionalisation of a multiplicity of autonomous subsystems of world society.

The raging battles in the internet about cyberanarchy, governmental regulation and commercialisation front-rank constitutional policy conflicts, the chaotic course of which is gradually showing us the shape of nothing other than the organisational law of a digital constitution. It is no coincidence that the famous/notorious Declaration of the Independence of Cyberspace uses the constitutional rhetoric of the founding fathers, telling the

„governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel..., the global social space we are building to be naturally independent of the tyrannies you seek to impose on us. You have no moral right to rule us nor do you possess any methods of enforcement we have true reason to fear.”

One of the fundamental rights problems of the digital constitution presents itself in our legal case. Whether a right to access vis-a-vis a host provider for the internet exists or not is to be decided on the basis of the inclusion principles of digital communication. It is not the principles of an external political constitution (which one? The US-constitution? Other national constitution? A transnational constitution?), aimed at power accumulation and policy formulation for the internet, but the principles of an internet constitution pro-

per, aiming at freedom of communication and electronic threats to it, that is the adequate seedbed of the digital constitutional norms. But these principles have still to be worked out and validated in the course of constitutionalising the internet. The open question in our case is whether business operators, even stimulated by economic stimulation in private-public co-regulation, should be entrusted with deciding on the limits of human rights.

Extending the combat area, from Seattle to Genoa, what is taking place in the conference halls and on the street is fights over a constitution of the global economy, the outcome of which will give constitutional impetus to the World Bank, IMF and WTO. A constitution of the global health sector is taking shape in the fiery debates inside and outside science on embryo research and reproductive medicine, and on the hunt for medically adequate equivalents for traditional state-related fundamental rights. And since 11 September 2001, attempts to institutionalise debates among world religions more strongly in legally constituted institutions of inter-religious dialogue have been multiplying.

IV. THREE TRENDS OF DEVELOPMENT

To shift the focus from the one political constitution of the nation-state to the many civil constitutions of world society, immediately raises the question what circumstances justify overthrowing the model of an exclusively political constitution that seems to have proven itself through the centuries. Very schematically and in much abbreviated fashion, I wish to sketch out three secular trends subverting state-centred constitutional thought and making societal constitutionalism on a global level empirically and normatively plausible.

DIAGNOSIS I: DILEMMA OF RATIONALISATION

Here the theory of societal constitutionalism developed by the American sociologist David Scitulli supplies initial starting points. Starting from the dilemma of the rationalisation process of modernity analysed by Max Weber, he raises the question what counter-forces may exist to a massive evolutionary drift manifested in four thrusts: (1) fragmentation of logics of action, with consequences of highly advanced differentiation, pluralisation, and regional compartmentalisation of separate social spheres; (2) dominance of instrumental calculation as the sole rationality meeting with recognition across the domains; (3) comprehensive replacement of informal co-ordination by bureaucratic organisation; (4) increasing confinement in the “iron cage of servitude to the future,” especially in social spheres. This drift would inevitably end society-wide in a situation of intensive competition for positions of power and social influence, highly formalised social control and political and social au-

thoritarianism. Additionally, it has the nature of a dilemma, because every conscious attempt to achieve collective control over the drift itself gets caught up in this logic and only strengthens the drift.

The only social dynamic that has effectively worked against this evolutionary drift in the past and can offer resistance in the future is, according to Sciuilli, to be found in the institutions of a “societal constitutionalism”:

„Only the presence of institutions of external procedural restraint (on inadvertent or systemic exercises of collective power) within a civil society can account for the possibility of a nonauthoritarian social order under modern conditions.”

The decisive point is to institutionalise procedures of (in the sense of rational choice) non-rational norms that can be empirically identified in what he calls “collegial formations,” that is, in the specific organisational forms of the professions and other norm-producing and deliberative institutions:

„It is typically found not only within public and private research institutes, artistic and intellectual networks, and universities, but also within legislatures, courts and commissions, professional associations, and for that matter, the research divisions of private and public corporations, the rule-making bodies of nonprofit organizations, and even the directorates of public and private corporations.”

The public policy consequence is to legitimate the autonomy of such collegial formations, guaranteeing it politically and underpinning it legally. Beyond the historically achieved guarantees of autonomy for religious spheres, institutions of collective bargaining and free associations, these guarantees should also apply to

„deliberative bodies within modern civil societies as well as professional associations and sites of professionals’ practice within corporations, universities, hospitals, artistic networks, and elsewhere.”

This theory of societal constitutionalism had its forerunners in ideas about private government in the US and about co-determination and other forms of democratisation of social sub-systems in Europe, exposing non-governmental formal organisations to constitutionalisation pressure. Today, it can link up directly with post-Rawlsian approaches to deliberative theory of democracy that seek to identify democratic potential in social institutions, and to draw normative and institutional consequences. The important thing here is that

deliberative democratisation is not seen as confined to political institutions but explicitly considered in its extension to social actors in the national and the international context. Even more important are the parallels to the constitutional theory of systems sociology, which portrays a quite similar developmental dynamics of system expansion and its concomitant restraint. From a systemic viewpoint, the historical role of the constitution is not, especially when it comes to fundamental rights, exhausted in norming state organisation and individual legal rights, but consists primarily in guaranteeing the multiplicity of social differentiation against swamping tendencies. Considered historically, constitutions emerge as a counterpart to the emergence of autonomous spheres of action typical for modern societies. As soon as expansionist tendencies arise in the political system, threatening to ruin the process of social differentiation itself, social conflicts come about, as a consequence of which fundamental rights, as social counter-institutions, are institutionalised precisely where social differentiation were threatened by the tendencies to self-destruction inherent in it. Individual conflicts between private citizens and the administrative bureaucracy at the same time serve to set up legally institutionalised guarantees of a self-restraint of politics.

There follows a general definition of constitutions in the process of modernisation. Polanyi’s famous double movement – the implementation of the market and the setting up of a protective cladding of cultural institutions – finds its generalisation here to the extent that the dynamics corresponding to it also includes other expansive social systems. In constitutionalisation the point is to liberate the potential of highly specialised dynamics by institutionalising it and, at the same time, to institutionalise mechanisms of self-restraint against its society-wide expansion. These expansive trends have manifested in historically very diverse situations, earlier chiefly in politics, today more in the economy, in science, technology and other social sectors. Strengthening the autonomy of spheres of action as a counter-movement to trends of de-differentiation seems to be the general response at work in both the political constitutions of the tradition and the emerging civil constitutions. If it was the central task of political constitutions to uphold the autonomy of other spheres of action against the expansion of the polity, specifically in relation to political instrumentalisation, then in today’s civil constitutions it is presumably to guarantee the chances of articulating so-called non-rational logics of action against the dominant social rationalisation trend, by conquering areas of autonomy for social reflection in long-lasting conflicts, and institutionalising them.

But ought this not to become the primary task specifically of a genuinely political constitution of world society? This deep-rooted prejudice would seem very hard to remove. Yet effective shifts in the balance between politics and other social processes in the globalisation process are compelling the contemplation of a further decisive change to constitutionalisation.

DIAGNOSIS II: POLYCENTRIC GLOBALISATION

World society is coming about not under the leadership of international politics but at most reactively accompanied by the latter—as the globalisation of terrorism has shown recently. Nor can it be equated with economic globalisation, to the convulsions of which all other spheres of life can only respond. Instead, globalisation is a polycentric process in which simultaneously differing areas of life break through their regional bounds and each constitute autonomous global sectors for themselves. Globalisation is a

“multidimensional phenomenon involving diverse domains of activity and interaction including the economic, political, technological, military, legal, cultural, and environmental. Each of these spheres involves different patterns of relations and activity.”

The outcome is a multiplicity of independent global villages, each developing an intrinsic dynamic of their own as autonomous functional areas, which cannot be controlled though the outside. Globalisation, then, does not mean simply global capitalism, but the worldwide realisation of functional differentiation.

The decisive thing for our question is now that the globalisation of politics by comparison with other subsystems has relatively lagged behind, and will no doubt continue to for the foreseeable future. In view of the notorious weaknesses of the United Nations institutions, world politics is at bottom still inter-national politics, that is, a system of interactions between autonomous nation-states into which international organisation too are gradually drawn, without replacing the world of nation-states or even being able to push it into second place. This asymmetry of fully globalised subsystems of society and merely internationalised politics takes the ground from under the above-mentioned situation where the political institutions with their own constitutions could at the same time also be the constitution for the whole of society. The nation-state was still able, continuing old concepts of a hierarchical political society in which the monarch was the head of society, to make it credible that the subsystem of politics at the same time through its state constitution constituted the whole nation, even if the fragility of this construction was already plain. This is shown by the repeated emergence of ideas of an independent economic constitution, but also of other constitutions in social subsectors, along with concepts of the horizontal effect of fundamental rights in civil society, rather than them being merely ordered by the state. For world society, however, such a claim can simply no longer be asserted. Seeing the United Nations as a world sovereign at work giving not just the UN organisations but also international politics, indeed even the non-governmental systems of world society, a constitution with a claim to bindingness, legitimacy and enforceability, as some international lawyers seek to do, is a mere illusion.

That by contrast a real constitutionalisation process is actually taking place in international politics and in international organisations in the narrower sense, as noted by many international lawyers, is not thereby to be disputed, but indeed to be emphasised. The development of human rights applying worldwide *vis-à-vis* the powers of nation-states is the clearest evidence of this start. The decisive point from our view is that this represents the constitutionalisation of international politics only, a sub-constitution of world society among others, which can no longer use any *pars pro toto* claim. This takes the ground away from under the politics-centred constitutional thinking. If one then seeks for other constitutional elements in world society, one has to look for them in the separate global subsystems outside politics. The ongoing constitutionalisation of international politics has no monopoly over constitutionalising world society. A kind of constitutional competition is set into motion by the autonomisation of global sub-constitutions.

DIAGNOSIS III: CREEPING CONSTITUTIONALISATION

If it is accordingly true that international politics can at best pursue its own constitutionalisation, but not that of the whole world society, and if it is further true that the evolutionary drift of global rationalisation processes necessitates to guarantee spheres of autonomy for reflexion, then the question arises whether the sectors of global society at all possess the potential for constitutions of their own.

The point here is to establish an important connection between juridification and constitutionalisation. Necessarily, every process of juridification at the same time contains latent constitutional normings. In the words of a constitutional lawyer:

“Not every polity has a written constitution, but every polity has constitutional norms. These norms must at least constitute the main actors, and contain certain procedural rules. Theoretically, a constitution could content itself with setting up one law-making organ, and regulating how that organ is to decide the laws.”

Ultimately, this establishes the constitutional quality of any emergence of a legal system, which leads directly into the thorny issues of the non-foundational foundations of law, around which the major legal theories of our time circle. The technical problems that present themselves here are known as: self-justification of law, resulting paradoxes that block the process of law; the practical “solutions” of these paradoxes, which always also remain problematic, through autological qualities of constitutionalisation. These qualities have been played out in ever new variations, by Kelsen in the relationship of the basic norm to the highest constitutional norms, by Hart in the theory of second-

daily rules and the ultimate rule of recognition, by Luhmann in the relationship between legal paradox and constitution, and by Derrida in the paradoxical violence that is the non-foundational foundation for law. The point is continually to understand the paradoxical process in which any creating of law always already presupposes rudimentary elements of its own constitution, and at the same time constitutes these only through their implementation.

In our context, the need is now no longer to confine the problematic relationship between juridification and constitutionalisation to the political community. Grotius' famous proposition *ubi societas ibi ius* has to be reformulated in the conditions of functional differentiation of the planet in such a way that wherever autonomous social sectors develop, at the same time autonomous law is produced, in relative distance from politics. Law-making also takes place outside the classical sources of international law, in agreements between global players, in private market regulation by multinational concerns, internal regulations of international organisations, interorganisational negotiating systems, world-wide standardisation processes that come about partly in markets, partly in processes of negotiation among organisations.

“Regulations and norms are produced not only by negotiations between states, but also by new semi-public, quasi-private or private actors which respond to the needs of a global market. In between states and private entities, self-regulating authorities have multiplied, blurring the distinction between the public sphere of sovereignty and the private domain of particular interests.”

And legal norms are not only produced within conflict regulation by national and international official courts, but also within non-political social dispute settling bodies, international organisations, arbitration courts, mediating bodies, ethical committees and treaty systems. If it is true that the dominant sources of global law are now to be found at the peripheries of law, at the boundaries with other sectors of world society, not any longer in the existing centres of law-making – national parliaments, global legislative institutions and intergovernmental agreements – then this at the same time means that norms of constitutional quality are always also being produced there.

The new phenomena of global juridification thus imply the possibility that constitutionalisation processes too may be played out outside national and political institutions. One should hasten to add that this does not mean that every sector of society now produces its constitutional norms under its own auspices solely. Just as the global juridification of social subsectors always shows a proportionate mix of autonomous and heteronomous law-making, the emergence of global civil constitutions is also a process in which external and internal factors combine. The legal system is always involved, since these processes come about simultaneously within the social subsystem and on the

periphery of law. And to a greater or lesser extent, international politics does play a part in the formation of global subconstitutions, by irritating these through political constitutional intervention. How in detail the mixing proportion between external political and autonomous social constitutionalisation takes shape is ultimately a difficult empirical and normative question that depends on unique historical situations. But to the extent that autonomous global law rests upon its own resources, and international organisations, non-governmental organisations, the media, multinational groups, global law firms, professional associations and global arbitration courts push the global law-making process forward, autonomous rule-production is also decisively involved in forming their sectorial constitutions.

Ultimately, a remarkable latency phenomenon can be seen here. Civil constitutions will not be produced by some sort of big bang, a spectacular revolutionary act of the constituent assembly on the American or French model. Nor do the global regimes of the economy, research, health, education, the professions have a single great original text embodied as a codification in a special constitutional document. Instead, civil constitutions are formed in underground evolutionary processes of long duration in which the juridification of social sectors also incrementally develops constitutional norms, although they remain as it were embedded in the whole set of legal norms. In the nation-state, the glare of the political constitution has been so blinding that the individual constitutions of the civil sectors have not been visible, or at best have appeared as part of political constitutions. And on the global scale, too, they are equally present only latently, remarkably invisibilised.

As so often, hereto much can be learned from the special case of Britain. Though the prejudice is readily cultivated on the continent that Britain has no constitution at all or is at least constitutionally underdeveloped, nonetheless, in the light of Dicey's analyses, the constitutional qualities of the British polity and the common law have repeatedly been clearly worked out. Its substantive qualities in relation to state organisation and fundamental rights, in particular their protective intensity, can stand any comparison with continental constitutions. The point is social institutionalisation, not the formal existence of a constituent assembly, a constitutional document, norms of explicitly constitutional quality, or a court specialised in constitutional questions. *Mutatis mutandis*, this is also true of the civil constitutions of global society. Actualising the latency of constitutional elements would then also imply normatively reflecting the *de facto* course of constitutionalisation, and being in a position to influence its direction.

V. BASIC FEATURES OF CIVIL CONSTITUTIONS

EXAMPLE: A DIGITAL CONSTITUTION

What basic features must be present for demonstrating constitutional elements in the various global sectors? In fact, the political constitution of the nation-state may serve as the great historical model for civil constitutions. Here a stock of historical experience, of procedures, terms, principles, and norms, is available as an analogy for the present situation. Yet analogies must be handled with extreme caution, since they can be over-hastily transposed, ignoring the specific features of globalised social sectors.

This is already true of the quantitative extent of constitutionalisation. It is very variable. Nowhere is written that the comprehensive juridification that covers the whole political process with a dense fabric of constitutional norms has to be repeated in the constitutions of social sub-sectors – one need only think of research or art. Many of their fundamental principles – epistemology or artistic styles – resist any constitutionalisation, while only a limited range – freedom of research and freedom of art – can be brought into legal form. There is always a need, as said at the outset, for careful generalisation and re-specification of the constitutional phenomena simultaneously. Generalisation means separating the constitutional concept from certain peculiarities of the political system and in particular of the state apparatus, something that is, however, extremely delicate in view of the close interpenetration of constitutional and political aspects. Re-specification is then a no less delicate matter, since the peculiarities of the sub-system, its specific operations, structures, media, codes and programmes require a far-reaching rethinking of constitutional institutions.

To make this clear by one constitutional problem of the global research: how can freedom of research against economic influences be constitutionally protected? Too close an analogy from political to economic power would adequately generalise and re-specify neither the medium that threatens the fundamental right, nor appropriate sanctions. The criterion cannot simply be, as politically inspired considerations continually suggest, the social power of economic actors. Instead the criterion must be the threat that comes from the specific communicative medium of the expansive social system. Research freedom is, thus, endangered not by the repressive power structures of multinationals, against which powerless individuals protest. Instead, the new and more subtle dangers for research freedom derive particularly from structural corruption through the medium of money. Research dependency on the market denotes the new situation of seduction by economic incentives which obviously cannot be counteracted by constitutional guarantees of fundamental rights as a protected sphere of autonomy. Posing the question of how to generalise and how to re-specify

the constitutional problem and possible responses, suggests a more effective constitutional guarantee, namely to multiply the monetary sources of dependency of research. A constitutional guarantee would make sure that out of the many dependencies a single new independence arises. Drive out the devil with Beelzebub! If the constitution of global science were able not just to norm the multiplicity of differing mutually competing funding sources for research, but also de facto to guarantee them, then this would have effects on the autonomy of science that need not be shy of the comparison with the effect of traditional subjective rights against political interference.

FIRST FEATURE: STRUCTURAL COUPLING BETWEEN SUB-SYSTEM AND LAW

Civil constitutions are neither mere legal texts nor are they the de facto structures of social systems. Elements of a civil constitution in the strict sense can be spoken of only once an interplay of autonomous social processes on the one side and autonomous legal processes on the other comes about. In systems theory language: if long-term structural linkages of sub-system specific structures and legal norms are set up. Only here can one find the remarkable duplication of the constitutional phenomenon. Structural linkage excludes the widespread perception of a single constitution embracing both legal system and social system. A constitution is always bridging two real ongoing processes: from the viewpoint of law it is the production of legal norms, which is interwoven with fundamental structures of the social systems; from the viewpoint of the constituted social system it is the production of fundamental structures of the social system which at the same time inform the law and are in turn normed by the law. The important effect of structural linkage is that it restrains both – the legal process and the social process – in their possibilities of influence. The possibility of one system being swamped by the other is blocked, its respective autonomy enabled, and mutual irritation concentrated upon narrowly delimited and openly institutionalised paths of influence.

The constitution is thereby, to the extent that it is institutionalised as a coupling between two spheres of meaning, responding to a problem that arises in all autonomous norm-building in society: the problem of structural corruption. Thus the much disputed question today of whether, how and by what actors the internet is to be regulated has to do precisely with this. National regulation tends to fail due to implementation problems raised by the transnational nature of digital communication. In contrast, an internet regulation, desired by all good men today, through legitimate international law-making in turn threatens, alas, to fail due to the difficulties in reaching intergovernmental consensus. This does not of course exclude the possibility of continuing to try both, in part even with success. Yet the de facto difficulties with both

forms of regulation entail that self-regulation of the internet as an autonomous system takes on dramatically more value. Therefore, observers of internet regulation speak of a “trend toward self-regulation”. The internet’s self-made law profits not just from the problems with the other two forms of regulation, but additionally from the technical advantages the code’s architecture offers for highly efficient regulation. Thanks to electronic means of constraint, it can largely do without regulation controlled by socio-legal expectations, but the electronic means are in turn controlled by meta-legal norms. The trend thus clearly goes in the direction of hybrid regulatory regimes. There autonomous *lex electronica*, in parallel to the autonomous *lex mercatoria* of autonomous economic law, plays an important role. The arbitration panels of ICANN, which decide on the basis of the autonomous non-national legal norm of §12a of the ICANN policy on domain-issuing, legally binding and with electronic enforcement, are a conspicuous part of autonomous digital law-making. And in an exact parallel with global economic law, *lex electronica* brings with it the problem of structural corruption, that is, the massive and unfiltered influence of “private” interests on law-making. It is here that the constitutional question of the internet arises.

Here the chances and limits of a digital constitution must be realistically assessed, if political constitutions that have responded to the problem of structural corruption of law by politics are to be used as a model. The diffuse dependency of pre-modern law on political pressures, on political terror, and on positions of social and economic power, was given the dual answer by institutions of structural coupling that could of course not remove corruption but nonetheless reduce it effectively: illegalisation of corrupting influences on the one hand, and increase of legitimate irriability on the other. For parallel problems of the corruption of law by the economy, it was not the political constitution that gave corresponding answers, but the economic constitution proper that took on a similar function, through the private law institutions of property and contract. The venality of the legal conflict resolution itself was strictly ruled out, and the economic irritations of law were channelled through the mechanism of contract and property. At the same time, this made it possible to reserve ultimate regulation of contract and property to law and politics. A realistic answer to problems of structural corruption of cyberlaw ought similarly to come only from the internet’s own constitution, as long as it manages to bring about a functioning structural coupling between fundamental digital structures and legal norms. Whether and to what extent this sort of constitution of its own is issued politically from outside, whether unilaterally by the US government or by international agreement, or whether it takes shape as an internal self-organising process of the internet, through institutions like ICANN, internal arbitration courts, standardisation organisations like the World Wide Web Consortium or the Internet Engineering Task Force, and digital civil mo-

vements, is quite a different question. It does not, however, change anything about the need for a separate digital constitution for an effective structural link between law and digital communications.

SECOND FEATURE: HIERARCHY OF NORMS – CONSTITUTIONAL VERSUS ORDINARY LAW

Structural coupling of social system and law is a necessary condition for a civil constitution, but not a sufficient one. For there are myriads of mutual irritations that do not however take on constitutional qualities. This defeats a concept of civil constitution which would be formulated in parallel with the concept of economic constitution defined as the “totality of the legal rules binding for the economies in society”. In addition to the quality of legal norm and to its structural coupling with a social system, a specific autological relationship, a hierarchialisation between norms of “higher” constitutional quality and those of “lower” quality of ordinary law must exist.

In the first place, there are rules of self-production, that is, constitutional norms that meet the paradoxical requirement of regulating the lawful production of legal norms, but at the same time also regulate their own production, or instead refer to a revolutionary act of violence, a social contract, divine foundation or some other foundation myth. A particularly influential conception here has been Herbert Hart’s: he defines law by the existence of a constitutional difference between primary norms (control of conduct) and secondary norms (production of law). He is running thereby, however, into the problem of an infinite regress of *metameta...-norms*, which is broken off through the arbitrariness of an ultimate rule of recognition. The challenge for a civil constitution lies in identifying separate self-production rules that overcome the narrow focus of the politics-centred law-producing exercise. If even the political constitutional tradition had difficulties with the quality as a legal norm of genuine judge-made law, of international law, of private contracts, private organisational norms and customary law, because in these cases the “official” secondary norms which in positivised constitutions refer to parliamentary legislation failed, the problems multiply in the case of autonomous legal systems in the expanses of world society. There has been 30 years of vigorous debates in the case of *lex mercatoria*: in the case of *lex electronica*, it is only gradually starting to heat up. The discussion gets hotter once people realise that secondary norms give an answer not just to the cognitive question “What is valid law?”, but also to the more intricate normative question “Who are the legitimate actors and what are the legitimate procedures for producing law?”.

What are the secondary norms that define the transformation of netiquette, i.e. internet good manners (no spamming etc.) into digital customary law with universal validity claims? What constitutional empowerment can the stan-

darisation organisations of the internet be based on when they proclaim rules of digital communication and simultaneously implement them in internet architecture? What rules of recognition guide the private internet courts of arbitration that decide domain disputes with a claim to legal bindingness and enforce them directly by electronic means once a brief period for appeal to national courts is over? What secondary norms govern the legal quality of click wrap rules, general terms of business of internet providers and host providers, which, as in our harmless legal case, decide bindingly as to access to legal institutions? Constitutionalists are taking too much of an easy way out when they dismiss all this as legal fantasies of overexcited Harvard professors. A realistic view will recognise that in the course of such self-organised legal practices, which because of the necessary textualisation of digital communication are highly formalised, constitutional secondary norms emerge, able to overcome the validity paradox of self-created digital law and decide selectively as to the quality as legal norms of social norms.

THIRD FEATURE: JUDICIAL REVIEW OF NORMS

A hierarchy of norms means not just rules for self-production, but also for self-review of law. The law itself declares legally enacted norms unlawful if they are substantively in contradiction with higher level constitutional norms. In highly developed political constitutions this has, as we know, led to the differentiation between constitutional jurisdiction and ordinary jurisdiction, and between constitutional law and ordinary law. If now such explicit differentiation cannot be found in the various social sub-sectors, does this mean there are no hierarchies of norms, or that no review of norms takes place? Judicial review of standard business contracts, of private standards of due diligence, of standardisation by private associations, of arbitration court decisions in both national and international sphere, are examples of a de facto constitutional review of non-legislative law. One ought not to be deceived by the antiquated private law review formulas of “good morals,” “good faith,” that the ordinary courts use as to the fact that here, substantively, it is “ordre public,” i.e. the fit between “private” norms and constitutional norms, especially human rights, that is being decided. Yet a closer look shows that they are being measured not by the political constitution of the state but a constitution of their own. The resolve is simultaneously a judicial liberation and a judicial constraint on the dynamics of a system-specific rationality. The institutional dimension of constitutional rights is invoked in private domains of society. Social norms on the periphery of the legal system are in general accepted at the centre of the law, but a process of judicial review of law tends off corrupting elements stemming from the shortcomings of the external source of law measured against the standards of due process and the rule of law. At the same time, however, the law acknowledges the intrinsic rationality of the exter-

nal law-making processes, translates these into the quality of legal norms, and thereby brings about a considerable social upgrading of them.

In its relationship to politics, judicial constitutional review of legislation has presented the model that so far exists only rudimentarily in relation to other subsystems. In what respect does the law have to adjust to the intrinsic rationality of the other sub-systems, and to what extent must influences that corrupt the law be warded off? The constitutional review of political legislation has developed extensive review techniques that neutralise party-political decisions, translate result-oriented “policies” into universal legal principles, fit political decisions into legal doctrine in accordance with legal criteria of consistency, and in the worst case pronounce legislative acts unconstitutional. On the other hand, constitutional law has liberated the intrinsic logic of politics by “politicising” the law itself: teleological interpretation, policy orientation, balancing of interests, impact assessment and result-orientation are indicators for an adaptation of law to the rationality of politics.

Where, however, are the analogous combinations of liberation and constraint formed in relation to non-political sectors of society when non-legislative law-making mechanisms are at work here? Evidently, the review criteria and adjustment mechanisms of the political constitution must be replaced by those of its own constitution. Global technological standards require different legal review, different criteria, different procedures, from, say, international general terms of trade or global codes of conduct of international professional associations.

The internet is concerned with the (in)famous “code,” the digital incorporation of behavioural norms in the architecture of cyberspace. Its liberation and constraining is the general theme of the digital constitution, in parallel with the liberation and constraining of the phenomenon of power in the political constitution. In order to develop legal standards for the “code” one needs to analyse the specific risks of the cyberspace architecture. What specific dangers does the “code” entail for individual autonomy? How does the code impact on the autonomy of social institutions? And the legal control standards need to be reconstructed specifically for the architecture of the internet. What kind of legal meta-rules have to be developed in order to secure individual and institutional autonomy against the “code.”

It is not primarily a matter of abuse of digital power, but the constitutional consequences of the structural differences between “code” and law. Within its reach of application the “code” transforms fundamentally the normative order of the cyberspace. It is no longer the appellative character of legal rules, but electronic constraints that regulates directly the communication in the internet.

The first relevant issue is the self-enforcing character of the code. In the predominantly instrumentalist perspective of internet-lawyers this seems to be the great advantage of the “code,” but becomes in a constitutional perspective the nightmare for principles of legality. Traditional law is based on an insti-

tutional, procedural and personal separation of law-making, law application and law enforcement. This is also true to a certain degree for law making in the private sector. The strange effect of digitalisation is a kind of nuclear fusion of these three elements which means the loss of an important constitutional separation of power.

A second issue is the trias of regulation of conduct, construction of expectations, and resolution of conflict. Traditional law cannot be reduced to one of these aspects but realises them all, however within separate institutions, normative cultures and principles of legality. There is a (hidden) constitutional dimension in this separation. Again, the digital embodiment of normativity in the “code” reduces these different aspects just to one, to the aspect of electronic regulation of conduct. This entails a loss of spaces of autonomy.

The third issue is calculability of normativity. In traditional law, formalisation was rather limited. The (in)famous effects of legal formalism have been relatively harmless as compared with the effects of the “code” which allows for a hitherto unknown formalisation of rules. The strict binary relation 0–1 which in the real world was limited to the legal code in the strict sense of legal/illegal, is now extended in the virtual world to the legal programs, to the whole ensemble of substantive and procedural structures that condition the application of the binary code. This excludes any space for interpretation. Normative expectations which traditionally could be manipulated, adapted, changed, are now transformed into rigid cognitive expectations of inclusion/exclusion of communication. In its day-to-day application the code lacks the subtle learning abilities of law. The micro-variation of rules through new facts and new values is excluded. Arguments do not play any rule in the range of code-application. They are concentrated in the programming of the code, but lose their power in the permanent activities of rule interpretation, application and implementation. Thus, informality, as an important countervailing force to the formality of law, is reduced to zero. The code knows of no exception to the rules, no principles of equity, no way to ignore the rules, no informal change from rule-bound communication to political bargaining or everyday life abolition of rules. No wonder that such a loss of “reasonable illegality” in the cyberworld nurtures the myth of the hacker, who with his power to break the code becomes the Robin Hood of cyberspace.

If these are code-specific risks for individual and institutional autonomy then it becomes clear that certain policy proposals for the internet have indeed constitutional quality. The open-source movement demanding transparency of the code for any software program is constitutionally as relevant as the principle of narrow tailoring which should be developed into a code-specific variation of the constitutional proportionality principle which needs to be respected in the private regime of the internet. Judicial review and other public controls of the meta-rules of the code gain an importance which is – due to the code-specific risk – even higher than judicial controls of standard contracts

and the rules of private organisations. And competition law needs to develop non-economic criteria for the legal structure of information “markets” in order to allow for a high variety of code-regulations.

FOURTH FEATURE: DUAL CONSTITUTION OF ORGANISED AND SPONTANEOUS SECTOR

If political constitutional law has de facto to regulate two great areas of politics – organisational law of the state and citizens’ fundamental rights – how is this to be appropriately generalised and specified? My suggestion is that the point is always the norming of a formally organised sector and a spontaneous sector within a sub-system, and in particular the precarious relationship between them. The democratic character of a constitution seems to depend on whether a dualism of formally organised rationality and informal spontaneity can be successfully institutionalised as a dynamic interplay without the primacy of one or the other. In politics, the point is mutual control by the formally organised sector of political parties and state administration on the one side, and the spontaneous sector of the electorate, interest groups and public opinion on the other. This is continued in globalisation, in the relationship between the spontaneous sector of international relations and of international organisations under other auspices. In the economy, the relationship of tension between market-constituted spontaneous sector and organisational sector constituted in enterprises is certainly established – especially after the most recent globalisation thrust. In world wide research too, there seem to be tendencies towards a development of a global spontaneous sector as against formalised research organisations. In the education, the world wide competition of universities seems to be taking on the role of a spontaneous sector. In all these sectors the constitutional challenge would be to underpin the duality of social autonomy in the sub-systems, that is, the control-dynamics of spontaneous sector and organised sector, in normative fashion too.

In cyberspace we again see similar developments. Lessig fears a development of the internet towards an intolerable density of control by a coalition of economic and political interests. Whereas in its anarchical beginnings the internet was built up on the principles of the inclusion of all, of anonymity, freedom from control and heterarchy, today the politically and economically motivated tendencies towards the emergence of so-called intranets, i.e. closed networks, based on exclusion, control, hierarchy, and strict goal-orientation, are growing stronger. The same development can, however, also be interpreted differently, namely as an internal differentiation of cyberspace into an anarchical spontaneous sector (internet) and various highly organised special sectors (intranet). The parallel with other social systems where a mutual control rela-

tionship between formally organised sector and spontaneous sector has grown up is clear. Politically, the point would not be, as Lessig et al think, to combat a development to cybercorporatism, but to stabilise and institutionally guarantee the spontaneous/organised difference as such. The constitution of the internet would distinguish between spontaneous public sectors (similar to the fundamental rights section of the constitution, or to constitutional law of the market) and highly formalised organised sectors (resembling the law of organisation of the state, or company law), stabilised both in their intrinsic logic, and see its main task as being to build up mutual control by them.

(translated into English by Iain L. Fraser)



FUNDACJA „IUS ET LEX”



Fundacja „Ius et Lex” powstała w 2000 roku. Pracami fundacji kieruje Prezes Zarządu – dr Janusz Kochanowski. Celem Fundacji jest:

- wspomaganie i promowanie inicjatyw naukowych i oświatowych dotyczących polskiego prawa,
- działanie na rzecz realizacji założeń państwa prawa,
- rozwój i europeizacja polskiego systemu prawa.

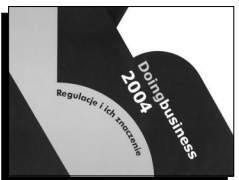
Nad działalnością Fundacji nadzor sprawuje Rada Fundacji w składzie: Witold Kieżun – Przewodniczący, Stefan Bratkowski – Wiceprzewodniczący, Baroness Caroline Anne Cox of Queensbury, Hanna Gronkiewicz-Waltz, The Lord Belhaven and Stenton, Ryszard Kaczorowski, Antoni Z. Kamiński, The Lord Lewis of Newnham, Andrzej Szostek MIC, Andrzej Wielowieyski, Maria Sapieha, Jan A. Stefanowicz, Jan Winiecki.

W 2003 i 2004 roku Fundacja podejmowała następujące działania.

DZIAŁALNOŚĆ WYDAWNICZA



Magazyn „Ius et Lex”. Jak dotąd ukazały się dwa tomy. Ostatni, poświęcony odpowiedzialności za zbrodnie minionych reżimów dostępny jest w sprzedaży. Jego promocja odbyła się 30 września 2003 w Instytucie Pamięci Narodowej. Nakład numeru I jest już wyczerpany. Trwają prace redakcyjne nad kolejnymi numerami, w tym wersją angielską. Najbliższy numer poświęcony będzie problematyce współczesnego retributywizmu.



Doing Business 2004. Regulacje i ich znaczenie. Pierwszy raport Banku Światowego na temat wpływu regulacji prawnych na prowadzenie działalności gospodarczej. Polska edycja wydana została przez Fundację „Ius et Lex” na licencji World Bank. Mogła ukazać się dzięki wsparciu finansowemu Narodowego Banku Polskiego oraz Biura Word Bank w Warszawie. Uroczysta promocja odbyła się 24 maja 2004 r. w Sali Senatu Uniwersytetu Warszawskiego.

WYKŁADY I KONFERENCJE

Fundacja „Ius et Lex” organizuje cykliczne seminaria, wykłady i konferencje, często we współpracy z Trybunałem Konstytucyjnym RP oraz Wydziałem Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego (w cyklu wykładów im. Leona Petrażyckiego). Zapraszani teoretycy są zaliczani do najwybitniejszych przedstawicieli myśli prawniczej na świecie. Dobór wykładowców jest podyktowany potrzebami nauki polskiej. Każdy wykład jest publikowany.

DOTYCHCZASOWE WYKŁADY

- Sir Peter North, Uniwersytet w Oksfordzie: *Universities in Transition – An Oxford Perspective*.
- Sir Peter North, Uniwersytet w Oksfordzie: *The United Kingdom – An Era of Constitutional Changes*.
- Prof. David Lyons, Uniwersytet w Bostonie: *Osgd morality a teoria prawa*.
- Prof. George P. Fletcher, Law School Columbia Uniwersytet w Nowym Jorku: *Ius et Lex. Kilka refleksji nad pojęciem prawa*.
- William J. Bratton, były szef NYPD: *Nowojorski program zwalczania przestępczości*.
- Prof. Andrew von Hirsch, Uniwersytet w Cambridge: *Dlaczego powinny istnieć sankcje karne?* (w współpracy z Trybunałem Konstytucyjnym).
- Prof. Joseph Raz, Uniwersytet w Oksfordzie: *Rozumowanie przez reguły*.
- Sir Prof. Neil MacCormick, Uniwersytet w Edynburgu, MEP, *Nowa Konstytucja Europy* (publikacja przy współpracy Trybunału Konstytucyjnego).
- Prof. Martin Krygier, New South Wales University in Sydney, *Universal Values and Local Knowledge in the Rule of Law*.
- Prof. Leszek Balcerowicz, Prezes Narodowego Banku Polskiego, *System prawa a rozwój*.

Konferencja Idea Europy

Współorganizowana wraz z Ośrodkiem Informacji Rady Europy oraz Zamiennikiem Królewskim w Warszawie. Konferencja odbyła się 2 maja 2004 r. pod patronatem Prezydenta Rzeczypospolitej, Przewodniczącego Parlamentu Europejskiego i Sekretarza Generalnego Rady Europy.

KONWERSATORIUM

29 marca 2003 r. z inicjatywy przedstawicieli trzech środowisk: Jarosława Gowina – miesięcznik „Znak”, Andrzeja Sadowskiego – Centrum im. Adama Smitha i Antoniego Kamińskiego – PAN, zostało założone Konwersatorium, które prowadzi badania nad stanem państwa i prace nad przygotowaniem pro-

gramu jego reformy. Do dnia dzisiejszego zostało przedstawionych ponad 20 referatów poświęconych m.in. problematyce ustroju państwowego, ekonomii, podatków, edukacji.

POROZUMIENIE

13 października 2003 roku z inicjatywy Fundacji zostało podpisanie w obecności Rektora Uniwersytetu Warszawskiego *Porozumienie samorządów zawodów prawniczych i organizacji prawniczych*. Do Porozumienia przystąpiły: Naczelna Rada Adwokacka; Krajowa Rada Radców Prawnych; Krajowa Rada Notarialna; Krajowa Rada Komornicza; Krajowa Rada Kuratorów; Stowarzyszenie Sędziów Polskich „Iustitia”; Stowarzyszenie Prokuratorów Rzecznospolitej Polskiej; Fundacja „Ius et Lex”; Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; Kancelaria Prawnicza „Wardynski i Wspólnicy”; Janicka-Sosna, Namiołkiewicz i Wspólnicy; Clifford Chance spółka ko-mandytowa; Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis sp. z o.o.

Celem Porozumienia jest podejmowanie wspólnych działań na rzecz reformy wymiaru sprawiedliwości, naprawy systemu obowiązującego prawa i procesu jego stanowienia oraz podniesienia standardów zawodowych i moralnych zawodów prawniczych.

ORGANIZACJA POŻYTKU PUBLICZNEGO

12 marca 2004 r. Fundacja „Ius et Lex” została wpisana na listę organizacji pożytku publicznego i na mocy ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 roku o działalności pożytku publicznego i wolontariacie (Dz. U. z 2003 r. nr 96 poz. 873) szereg osób wsparło Fundację przekazując jej 1% płaconego podatku od osób fizycznych. Listę tych osób przedstawiamy obok, wyrażając jednocześnie wdzięczność za okazane nam uznanie. Dotożymy wszelkich starań, aby nie zawieść złożonego w nas zaufania.

KONTAKT

Fundacja „Ius et Lex”
ul. Walecznych 34
03-916 Warszawa
tel./fax: (0-22) 616-25-53
0 501 351 333
fundacja@iusetlex.pl
www.iusetlex.pl

Nr rachunku
06 1240 1040 1111 0000 0136 5373



SPONSORZY

1% PODATKU DOCHODOWEGO OD OSÓB FIZYCZNYCH NA RZECZ FUNDACJI IUS ET LEX JAKO ORGANIZACJI POŻYTKU PUBLICZNEGO PRZEKAZALI:

Dorota Beldowska	Andrzej Kryże
Jerzy Beldowski	Arwid Mednis
Andrzej Blikle	B. Michalska-Dembińska
Grażyna Błaszczyk	Lech Morawski
Wojciech Błaszczyk	Dorota Mroczek
Aleksandra Ciejek	Grzegorz Namiołkiewicz
Anna Czaban	Piotr Nowaczyk
Leszek Czaban	Krzysztof Parulski
Krzysztof Czabański	Jolanta Rusiniak
Bożena Daniłowicz	Krzysztof Rybiński
Grzegorz Domański	Dorota Safjan
Jan Dowgiałło	Marek Safjan
Aleksander Galos	Jan Skrzydło
Tomasz Gizbert-Studnicki	Tomasz Stawecki
Krzysztof Gluszczyk	Jan A. Stefanowicz
Tomasz Gomułkiewicz	Kazimierz Stepan
Rafał Gronkowski	Paweł Szalamacha
Ryszard Grzejszczak	Dorota Szubielska
Marcjanna Jędrzejak	Maciej Ślusarek
Michał Jędrzejak	Agnieszka Wierzbowska
Witold Jurciewicz	Krzysztof Wierzbowski
Antoni Kamiński	Zbigniew Wojczak
Małgorzata Karwowska	Mieczysław Wronka
Robert Karwowski	Krzysztof Zakrzewski
Witold Kieżun	Adam Zieliński
Marek Korcz	Rafał Ziemiakiewicz

OSOBY I PODMIOTY, KTÓRE FINANSOWOLUB RZECZOWO WSPIERAŁY DZIAŁALNOŚĆ „IUS ET LEX”

INSTYTUCJE

Ambasada Stanów Zjednoczonych	Komenda Stołeczna Policji
Ambasada Wielkiej Brytanii	Krajowa Rada Radców Prawnych
Ambasada Zjednoczonego Królestwa	Ministerstwo Sprawiedliwości
Niderlandów	Naczelna Rada Adwokacka
Europejska Szkoła Prawa i Administracji	Narodowy Bank Polski
Fundacja Edukacja dla Demokracji	Polonia Aid Foundation Trust
Fundacja Lanckorońskich	Polsko-Amerykańska Fundacja
Fundacja Mateusza B. Grałowskiego	Wolności
Fundacja im. Stefana Batorego	Securitor Custodial Services
Fundacja Współpracy Polsko-Niemieckiej	Weil, Gotshal & Manges
Fundusz Pomocy Krajowi	Wydział Prawa i Administracji UW
Group 4 Falc	Uniwersytet Warszawski

OSOBY INDYWIDUALNE

Paweł Esse	John Palmer
Maciej Rybiński	Jan Stefanowicz.
Aleksander Galos	

SPIS TREŚCI

Gunther Teubner

Konstytucjonalizm społeczny

Alternatywy dla teorii konstytucyjnej nakierowanej na państwo 3

I. Prawo do dostępu do cyberprzestrzeni?	5
II. Reakcje teorii konstytucyjnej	6
III. Teza: Konstytucjonalizm bez państwa	7
IV. Trzy kierunki rozwoju	9
Diagnoza I: Dylemat Racjonalizacji	10
Diagnoza II: Globalizacja policentryczna	13
Diagnoza III: Petzająca konstytucjonalizacja	14
V. Podstawowe cechy konstytucji obywatelskich.	
Przykład: Konstytucja cyfrowa	17
Cecha pierwsza: sprzężenie strukturalne podsystemu i prawa	18
Cecha druga: Hierarchia norm: normy konstytucyjne versus	
zwykłe prawo	20
Cecha trzecia: Sądowa kontrola norm	22
Cecha czwarta: Dwoista konstytucja sektora zorganizowanego	
i spontanicznego	25
VI. Konstytucje globalne a dychotomia publiczne-prywatne	26

Gunther Teubner

Societal Constitutionalism

Alternatives to State-Centred Constitutional Theory 29

I. A Right of Access to Cyberspace?	31
II. Reactions in Constitutional Theory	32
III. The Thesis: Constitutionalisation without the State.	33
IV. Three Trends of Development	35
Diagnosis I: Dilemma of Rationalisation	35
Diagnosis II: Polycentric Globalisation	38
Diagnosis III: Creeping Constitutionalisation	39
V. Basic Features of Civil Constitutions.	
Example: A Digital Constitution	42
First Feature: Structural Coupling between Sub-system and Law	43
Second Feature: Hierarchy of Norms – Constitutional versus	
Ordinary Law	45
Third feature: Judicial Review of Norms	46
Fourth Feature: Dual Constitution of Organised and Spontaneous	
Sector	49

Fundacja „Ius et Lex” 51

Działalność wydawnicza 52
Wykłady i konferencje 53
Konwersatorium 53
Porozumienie 53
Organizacja pozysku publicznego 54
Kontakt 54
Sponsorzy 55

