

Krzysztof Dybowski

Autopojetyczny hipercykl w teorii i praktyce

Problem hipercyklu w prawie, i nie tylko w prawie, związany jest inmanentnie z teorią autopoiesis. W artykule *Autopoiesis prawa* została omówiona geneza tej teorii oraz podstawowe założenia¹. Tę wywodzącą się z nauk biologicznych teorię pokrótce można scharakteryzować jako opisującą relacje zachodzące wewnątrz systemu i prowadzące do sytuacji, w której system sam tworzy własne elementy, korzystając z istniejącej w nim sieci powiązań materialnych i energetycznych. Dokonuje on zarazem oceny, które elementy należy wymienić i w jaki sposób². Chcąc dokonać transpozycji teorii autopoiesis na grunt nauk społecznych, a później prawnych, należy liczyć się z tym, iż konieczne będzie zweryfikowanie szeregów terminologicznych, wywodzących się z nauk biologicznych, i utworzenie nowych, lepiej opisujących zjawiska zachodzące na płaszczyźnie społecznej czy też prawnej. W jednym z takich szeregów terminologicznych pojawia się termin „hipercykl”. Okaże się on szczególnie interesujący wówczas, gdy zastosujemy go w analizie systemu prawa³. Dlatego w niniejszym opracowaniu skupimy się tylko na kwestii hipercyklu prawa.

Aby wyjaśnić, czym jest on w istocie, musimy dokonać najpierw przeglądu kilku szeregów terminologicznych; chodzi o to, by rozwiązać istniejącą w tych kwestiach chaos pojęciowy⁴. Często zdarza się bowiem, że au-

¹ K. Dybowski, *Autopoiesis prawa*, [w:] *Teoria prawa: filozofia prawa: współczesne prawo i prawoznawstwo: Profesorowi Wiesławowi Langowi w siedemdziesiątą rocznicę urodzin*, UMK, Toruń 1998.

² N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, Opladen 2000, s. 44 i n.; K. Dybowski, op.cit., s. 50.

³ G. Teubner, *Law as an autopoietic system*, Oxford, Cambridge, Blackwell 1993, s. 25 i n.

⁴ G. Teubner, *Hyperzyklus in Recht und Organisation: zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*, [w:] *Sinn, Kommunikation und soziale*

torzy, omawiając teorię autopoiesis, używają wielu bliskoznacznych terminów, takich jak autoreferencja, autonomia, autoreprodukcja, autoorganizacja oraz refleksja. Ponadto sama definicja autopoiesis oraz model jej działania ulegają modyfikacjom w zależności od tego, na gruncie jakich nauk próbuje się je zastosować.

Analizę należy rozpocząć od nauk biologicznych; już tu można zaobserwować rozmaite rozumienia terminu autopoiesis. I tak F. Varela definiuje autonomię jako nadrzędne zjawisko autoreferencyjnej zamkniętości i wyodrębnia przy tym autopoiesis jako przypadek autopoiesis, cechujący się tym, że składniki systemu wzajemnie się produkują w ścisłym znaczeniu tego słowa. Wynika z tego, że mamy następujący szereg: autopoiesis — jako przypadek szczególny, autoreferencyjność i obejmująca oba te terminy autonomię⁵. Takie ujęcie ogranicza autopoiesis tylko do dziedziny nauk biologicznych i nie pozwala na transpozycję tej teorii na płaszczyznę nauk społecznych i prawnych, co sprawia, że ten szereg terminologiczny jest nieprzydatny dla naszych dalszych rozważań.

Dla zastosowania teorii autopoiesis na gruncie nauk społecznych, a następnie prawnych, korzystniejszy wydaje się być szereg terminologiczny zaproponowany przez biologa H. Maturanę. Wyodrębnia on trzy stopnie sprzężenia pomiędzy systemami:

1) proste sprzężenie systemów, w którego ramach systemy nie zatracają swej tożsamości i nie scalają się w jedność,

2) wytworzenie nowej jedności autopoietycznej, w której ramach podsystemy zatracają swą tożsamość,

3) system autopoietyczny wyższego rzędu, którego autopoiesis warunkuje autopoiesis realizujących go sprzężonych jednostek autopoietycznych⁶.

Takie ujęcie powoduje, że możemy uznać, iż na bazie systemów autopoietycznych pierwszego rzędu mogą powstawać jednostki, które różnią się od systemu autopoietycznego niższego rzędu i które oddają elementy na rzecz systemu wyższego rzędu⁷. Model taki jest adekwatny do funkcjonującego w naukach biologicznych, ale może stanowić także podstawę do analizy sprzężeń na płaszczyźnie nauk społecznych oraz prawnych.

Na grunt nauk społecznych teorię autopoiesis przenoszą G. Roth i N. Luhmann. Każdy z nich tworzy własne szeregi terminologiczne, które,

Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, red. von H. Haferkamp, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1987, s. 94.

⁵ F. Varela, *Autonomy and Autopoiesis*, [w:] *Self-Organizing Systems*, red. G. Roth i H. Schwegler, Frankfurt 1981, s. 14 i n.

⁶ H. Maturana, *Erkennen Die Organisation und Verkörpernung von Wirklichkeit*, Braunschweig 1982, s. 37.

⁷ N. Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt 1884, s. 191 i n.

w odróżnieniu od szeregów wywodzących się z nauk biologicznych, są bardziej złożone, i co za tym idzie skomplikowane, ale przez to lepiej opisują zjawiska na płaszczyźnie społecznej.

Gerhard Roth ogranicza się do opisanego zjawiska na płaszczyźnie społecznej, zatem jego prace dla dalszych rozważań w kwestii hipercyklu prawa nie są tak istotne.

Odmienne rzecz się ma z pracami N. Luhmanna, który dążył do przeniesienia koncepcji autopoiesis na grunt nauk prawnych; dlatego należy — pomimo że stosuje on bardzo mętną⁸ typologię — omówić chociażby tylko terminy, które zaprowadzą nas do koncepcji hipercyklu prawa. I tak w kwestii nauk społecznych N. Luhmann proponuje nam prosty szereg terminologiczny, na który składają się „refleksja”, „autoorganizacja” oraz „autopoiesis”. Refleksja ma odbywać się na płaszczyźnie systemu, autoorganizacja na płaszczyźnie struktury, autopoiesis zaś na płaszczyźnie elementów⁹. G. Teubner akceptuje ten szereg terminologiczny i ujmuje go w następujący sposób. Refleksja oznacza dla niego autoobserwację własnego systemu. Autoorganizacja z kolei nie dotyczy autoobserwacji, lecz autoprodukcji oraz samozachowania ładu wewnętrznego. Autopoiesis stanowi nie tylko autoobserwację, ale i autoprodukcję elementów. Odwzorowanie na bazie refleksji oznacza, na płaszczyźnie struktury, systemową autoobserwację własnych oczekiwań, na płaszczyźnie elementów oznacza komunikację refleksyjną, a więc autoobserwację poszczególnych aktów komunikacji. Kryterium odróżniającym autopoiesis od refleksji oraz autoorganizacji powinna być autoprodukcja, jednakże nie dotycząca wyłącznie elementów, lecz ogółu składników systemu, w szczególności zaś ich własnego reproduktywnego scalania się¹⁰.

Kolejnym krokiem w kierunku zrozumienia koncepcji hipercyklu prawa jest analiza ujęcia terminu „autoreferencja” przez N. Luhmanna. Jest on dla niego pojęciem nadrzędnym i ma charakter systematyzujący. Autoreferencja, według niego, ma obejmować wszelkiego rodzaju cyrkulatywność bądź też rekursywność, w której ramach dana jednostka znajdzie się w relacji do samej siebie¹¹. To upoważniło G. Teubnera do wyciągnięcia wniosku, że takie zjawiska, jak autoobserwacja czy autoreprodukcja stanowią jedynie szczególne przypadki autoreferencji¹².

Tu należy zwrócić uwagę na to, w jakiej relacji pozostają „twarde” operacje, jak produkcja oraz reprodukcja, do operacji „miękkich”, jak obser-

⁸ L. Morawski, „Autopoiesis” i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, [w:] *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*, Kraków 1992, s. 171.

⁹ N. Luhmann, *Soziale Systeme...*, s. 24 i n.

¹⁰ G. Teubner, *Hyperzyklus in Recht...*, s. 96.

¹¹ N. Luhmann, *Soziale Systeme...*, s. 600 i n.

¹² G. Teubner, *Hyperzyklus in Recht...*, s. 97.

wacja czy informacja. N. Luhmann twierdzi, iż konieczne jest współdziałanie operacji „miękkich” oraz „twardych” po to, aby zamknięcie autopoietyczne mogło zaistnieć. Uważa on, że tylko przez integrację autodeskrypcji z autoreprodukcją powstaje autopoiesis. Dzieje się to w następujący sposób. Autodeskrypcje wprowadzają do systemu rozróżnienie system-środowisko, to z kolei wspomaga sterowanie autoreprodukcją, co prowadzi do autopoiesis. Polega to na zdolności przyłączania do poszczególnych operacji dalszych operacji¹³. Należy tu jeszcze zwrócić uwagę na subtelną różnicę pomiędzy produkcją a autoprodukcją, i obserwacją a autodeskrypcją. Wydaje się, że można uznać, iż te pierwsze (bez przedrostka „auto”) odbywają się przede wszystkim w stosunku do innych systemów, natomiast te drugie (opatrzone przedrostkiem „auto”) ograniczone są tylko do własnego systemu.

Przenosząc teorię autopoiesis na grunt nauk prawnych, N. Luhmann stwierdził, że autopoietycznie zamknięcie wystąpi dopiero wówczas, gdy system prawny sam konstytuuje własne elementy czyli akty prawne, pociągając za sobą modyfikacje prawne i uruchamiając tym samym autopoietyczny układ krążenia, czyli cykle. Według N. Luhmanna, sam udział w akcji autopoiesis społeczeństwa wcale nie przesądza o tym, iż podsystemy, w tym prawny, stają się samodzielnymi systemami autopoietycznymi¹⁴. Stać się tak dopiero wówczas, gdy podsystemy ukonstytuują własne elementy, które same w sobie osiągną stan autopoietycznej zamkniętości. Kategoria „działania powodującego skutki prawne” prowadzi do autoreferencyjnego zamknięcia systemu prawnego, które dokonuje się przez dołączanie kolejnych działań powodujących skutki prawne, czyli do autoreprodukcji¹⁵.

Günther Teubner dokonuje pewnej modyfikacji teorii autopoiesis, co w rzeczywistości sprowadza się u niego do innego ujęcia trzech aspektów:

1) należy rozgraniczyć autopoiesis oraz autodeskrypcje; konieczne jest też określenie granic pomiędzy autoobserwacją, autokonstytucją oraz autopoiesis, aby w ten sposób móc opisać proces stopniowej autonomizacji podsystemów społecznych;

2) autonomia może być zwiększana w ten sposób, iż „autodeskrypcja dotyczy nie tylko systemu, lecz również pojedynczych — bądź też ogółu — elementów składowych. W stosunku do komunikacji ogólnospołecznej dyskursy częściowe zyskują większą niezależność przez fakt, iż konstytuują one w refleksyjnej komunikacji własne elementy oraz też dzięki temu, iż definiują one wewnątrzsystemowe procesy oraz struktury. Samookreślenie swych granic, a nawet autodefinicja własnych relacji środowiskowych

¹³ N. Luhmann, *Soziale Systeme...*, s. 227.

¹⁴ Idem, *Die Einheit des Rechtssystems*, *Rechtstheorie* 1983, nr 14, s. 138.

¹⁵ *Ibidem*, s. 134 i n.

w charakterze autodeskrypcji immanentnych specyficznych funkcji oraz specyficznych działań realizowanych na rzecz środowiska — wszystko to stanowi formy postępującej autonomizacji. W tym stadium nie może być jednak jeszcze mowy o autopoiesis drugiego rzędu, w przeciwieństwie do autopoiesis społecznej (pierwszego rzędu)¹⁶;

3) autopoiesis (drugiego rzędu) może występować dopiero wówczas, gdy nastąpi hipercykliczne powiązanie autoreferencyjnie ukonstytuowanych elementów składowych systemu, co oznacza produkcję elementów za pomocą elementów. Chodzi w tym przypadku o cykliczne przekrojowe powiązanie z sobą różnych elementów składowych systemu. „Jeśli autoreferencyjnie ukonstytuowane elementy składowe systemu zostaną połączone ze sobą w ten sposób, że elementy produkują struktury albo że samodefiniowane funkcje systemowe oraz określone działania podejmowane na rzecz środowiska powodują modyfikację procesów oraz struktur systemowych, to dopiero wówczas możemy mówić o powstaniu samonośnej konstrukcji, którą możemy właśnie w danym przypadku nazwać autopoiesis¹⁷. I w tym miejscu pojawia się pojęcie hipercyklu, który jest „ponownym cyklicznym złączeniem już cyklicznie ukonstytuowanych jednostek¹⁸”.

W praktyce G. Teubner widzi to jako następujący proces: „akty komunikacji ogólnospołecznej zaczną wyodrębniać się z całokształtu aktów komunikacyjnych na gruncie zasadniczego rozróżnienia, opartego na opozycji prawo-bezprawie, natrafiają w pewnym momencie same na siebie i są zmuszone do zakwalifikowania się w ramach kategorii prawnych. Prowadzi to do cykli z zasady właściwych, ale też mogą pojawiać się cykle wadliwe, które prowadzą do sprzeczności oraz paradoksów w prawie¹⁹. Może być kilka przyczyn pojawiania się cykli wadliwych.

Po pierwsze, może to być wynik mylnego zakwalifikowania do danej kategorii prawnej cyklu z innej gałęzi prawa. Na przykład w sytuacji, gdy istnieje tylko odpowiedzialność cywilna, system chce dołączyć do niej odpowiedzialność karną, stosując na przykład areszt tymczasowy, czy też nawet wydając wyrok w stosunku do danej osoby. W takiej sytuacji system prawny jest w stanie przez własne działania naprawić taki cykl wadliwy; stać się to może przez uchylenie postanowienia czy też wyroku w instancjach odwoławczych.

Po drugie, może nastąpić mylne odczytanie decyzji pozasystemowej jako takiej, która wywodzi się z systemu prawa. Przykładem tego mogą być normy pozaprawne wynikające z moralności, religii czy ideologii, które

¹⁶ G. Teubner, *Hyperzyklus in Recht...*, s. 100 i 101.

¹⁷ *Ibidem*, s. 101.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ G. Teubner, *Law as an autopoietic...*, s. 33.

podmiot sprawujący władzę traktuje jako pochodzące z systemu prawa. Jeśli na podstawie takich pozasystemowych norm zostaną wydane decyzje niemające w rzeczywistości umocowania w systemie prawnym, to wówczas prawo za pomocą własnych instrumentów może takie decyzje uchylić nawet po kilkudziesięciu latach. Przykładem tego może być — obecnie nader częste — unieważnianie decyzji z okresu wczesnego PRL-u, dotyczących pozbawiania majątków bez należytej podstawy prawnej.

Po trzecie, cykl wadliwy zaistnieje, gdy decyzja pozasystemowa wprowadzana jest w życie w formie aktu prawnego wydawanego przez upoważniony do tego organ. Przykładem tego może być wydanie rozporządzenia, które jest sprzeczne z ustawą, czy też ustawy, która jest sprzeczna z całością systemu prawnego lub też z konstytucją. Także wówczas system prawa może sam dokonać, chociażby częściowej, naprawy takiego cyklu wadliwego przez orzecznictwo czy wykładnię sądową. Ale może też to uczynić przez uchylenie całego aktu prawnego (bądź jego części) w wyniku orzeczenia organów badających zgodność danego aktu prawnego z aktami wyższej rangi. I tak, konkretnie, w Polsce Trybunał Konstytucyjny (dalej TK) ocenia zgodność rozporządzeń z ustawami, na których podstawie są one wydane, i ustaw z konstytucją. Widać wyraźnie, że w ten sposób prawo dokonuje autodeskrypcji nowo powstałych elementów systemu przy użyciu własnych kategorii. Jest to moment inicjacji autokonstytucji własnych składników. Powstają wówczas cykle autoreferencyjne stanowiące podstawę do coraz większej autonomii prawa. Albowiem to prawo już samo decyduje o tym, które wydarzenia są istotne z punktu widzenia prawa. Autoreprodukcja prawa — pojawi się wówczas, gdy autoreferencyjnie zorganizowane składniki systemowe są połączone w taki sposób, iż normy oraz działania prawne wzajemnie się generują. Takie przenikanie się cyklicznie zorganizowanych składników systemu prawa powoduje zaistnienie hipercyklu prawa²⁰.

Systemy prawne, konstytuujące swe składniki w części lub w całości samodzielnie, nie stanowią jeszcze systemów autopoietycznych. Autopoiesis w sensie prawnym może wystąpić dopiero wówczas, gdy autoreferencyjne obiegi cyrkulacyjne obejmujące składniki systemowe są ukonstytuowane w ten sposób, iż łączą się one w łańcuch, będący autoreprodukcyjnym hipercyklem. Normy prawne są wówczas definiowane przez odniesienie do działań prawnych, tak więc składniki systemu są „produkowane” przez inne składniki systemu. We współczesnych systemach prawnych jest to normalna praktyka. W systemie *common law* dzieje się to w drodze wyroków sądowych. A w systemie prawa kontynentalnego nowe składniki systemu mogą powstawać jedynie na gruncie wcześniejszych aktów prawnych, zawiera-

²⁰ Ibidem.

jących normy proceduralne i materialne. Do proceduralnych zaliczymy przede wszystkim istnienie systemu politycznego, weryfikowanego w demokratycznych wyborach, a także funkcjonowanie sformalizowanego toku legislacyjnego. Do materialnych zaliczymy istnienie norm wewnętrznych prawa, szczególne tych wywodzących się z konstytucji.

Zatem hipercykl prawa dochodzi do skutku wówczas, gdy za akt działania prawnego uważa się jedynie te, istotne z punktu widzenia prawnego, akty, które prowadzą do zmiany istniejącego układu prawnego²¹. Dopiero w tym wypadku — trzymając się ścisłego ujęcia tychże zjawisk — możemy twierdzić, iż elementy produkują całe struktury. Przykładów w praktyce napotykamy wiele. Dzieje się tak chociażby wówczas, gdy pojedynczy akt zmienia całkowicie lub tworzy nową instytucję prawną, konieczne jest wtedy powstanie całego szeregu „pochodnych” instytucji niezbędnych do realizacji danego aktu. Z zasady są to normy proceduralne. Takim przykładem z ostatnich lat może być pojawienie się w polskim prawie instytucji dodatków mieszkaniowych wraz z ustawą z 2 lipca 1994 roku o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych — dalej u.n.l. Aby przepisy te mogły być w ogóle stosowane, konieczne było uregulowanie takich proceduralnych kwestii, jak określenie kompetencji i obowiązków (np. pracodawców do wydawania zaświadczeń o wysokości dochodów), sposobu wyliczania wysokości dodatku mieszkaniowego i przekazywania go.

Jeśli zastosujemy konstrukcję hipercyklu w odniesieniu do prawa, stwierdzimy, iż autonomizacja system prawnego przebiega w trzech fazach. W fazie „prawa społecznie rozproszonego”, gdy elementy, struktury, procesy oraz granice dyskursu prawnego są tożsame ze swymi ekwiwalentami uczestniczącymi w komunikacji ogólnospołecznej, w każdym razie są one określane przez akty komunikacji społecznej; faza „prawa częściowo autonomicznego” rozpoczyna się w momencie, kiedy sam akt dyskusji prawnej przystępuje do definiowania składników systemu oraz ich operacyjnego zastosowania; o fazie „prawa autopoietycznego” możemy mówić dopiero wówczas, gdy nastąpi hipercykliczne połączenie ze sobą poszczególnych składników systemu prawnego²².

Mając na względzie zastosowanie teorii autopoiesis do nauk prawnych, należy wskazać przede wszystkim na kwestię, iż systemy autopoietyczne są „wrażliwe na środowisko zewnętrzne”, podczas gdy wszystkie inne systemy są reaktywne lub zdeterminowane przez środowiskowo. System autopoietyczny nie jest wyalienowany ze środowiska, jest jego częścią, ale jednocześnie zachowuje swą autonomię. Daje to taki efekt, iż system autopoietyczny jest otwarty na zmiany zewnętrzne, zachowując jednocześnie swą

²¹ N. Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems*, s. 136.

²² G. Teubner, *Hyperzyklus in Recht...*, s. 107.

autonomię. I właśnie dlatego mówimy, iż system autopoietyczny jest tylko „wrażliwy na środowisko”, a nie przez nie zdeterminowany. Jednocześnie oznacza to, iż nie odrywa się od środowiska, a czerpie z niego sygnały i bodźce. Często teoria autopoiesis utożsamiana jest z ewolucją, jednak tak nie jest, albowiem procesy autopoietyczne stanowią jedynie fragment w procesie następujących po sobie stanów systemowych oraz procesów historycznych, które dopiero wspólnie mogą wytwarzać efekt działania ewolucyjnego²³.

Skupmy się na samym systemie prawa kontynentalnego i najpierw zastanówmy się nad problemem, czy za cykl, w rozumieniu autopoiesis prawa, uznamy cały akt prawny czy tylko te jego fragmenty, które w sposób najistotniejszy rzutują na całokształt danego uregulowania. Jeśli za cykl uznamy cały akt prawny, to będziemy musieli oceniać go jako całość i nie będziemy mogli uznać go, na przykład, za częściowo prawidłowy lub wadliwy — co przecież często dzieje się w praktyce. Natomiast gdy uznamy, iż cyklem jest już zmiana dotycząca poszczególnych instytucji prawnych, których w akcie prawnym może być wiele, to wówczas możemy dokonać osobnej oceny poszczególnych instytucji. Oczywiście, później możemy oceny te odnieść do całego aktu prawnego, analizując wpływ, jaki mają te pojedyncze instytucje na całościowe uregulowanie danej dziedziny prawa. Jest to zgodne z propozycją G. Teubnera, który twierdził, że autonomia może być zwiększana w ten sposób, iż autodeskrypcja dotyczy nie tylko systemu, lecz rozciąga się na pojedyncze elementy składowe²⁴.

Wynika z tego, iż nie tylko nie ma konieczności analizowania całych aktów prawnych, lecz — wręcz przeciwnie — należy analizę sprowadzić do oceny poszczególnych instytucji prawnych. Jednak rozpatrywanie, po kolei, wszystkich z osobna instytucji prawnych zawartych w danym akcie prawnym byłoby *de facto* rozpatrywaniem całego aktu. Poszerzyłoby to analizę do granic absurdu i zaciemniłoby jej obraz. Zatem analizę należy ograniczyć tylko do takich instytucji, które są dla danego uregulowania kluczowe, czyli takich, których odmienne ujęcie spowoduje istotną zmianę filozofii danego aktu prawnego. Te kluczowe kwestie „obrośnięte” są instytucjami pochodnymi, których byt uwarunkowany jest istnieniem tych kluczowych kwestii. Negatywna ocena danej kluczowej instytucji zwolni nas z obowiązku oceniania instytucji od niej pochodnych, gdyż jeśli negujemy istnienie danego uregulowania, to nie na sensu rozwodzimy się nad, na przykład, kwestiami proceduralnymi funkcjonowania negowanej instytucji. Dochodzimy zatem do wniosku, iż niekiedy, aby ocenić dany akt prawny, można skupić się tylko na kilku lub nawet na jednej kwestii kluczowej.

²³ K. Dybowski, *Autopoiesis prawa...*, s. 50.

²⁴ G. Teubner, *Hyperzyklus in Recht...*, s. 101.

Wbrew pozorom odszukanie takich kluczowych kwestii nie jest trudne; samo życie pokazuje nam je z całą ostrością, są to bowiem te przepisy, wokół których toczy się najczęściej sporów w fazie legislacyjnej, a które później — w trakcie funkcjonowania danego aktu prawnego — spotykają się z najszerszą krytyką. Jednocześnie trzeba zdawać sobie sprawę z tego, że takie kluczowe kwestie są podejmowane wprawdzie w formie decyzji ustawodawczych, ale z zasady decyzje o wprowadzeniu ich w życie nie pochodzą z systemu prawa, są to bowiem z reguły decyzje polityczne. System prawny może decyzje te następnie tak modyfikować, by mieściły się one w istniejącym już systemie prawnym, ale może dojść również do sytuacji, w której system nie znajduje wewnątrz siebie instrumentów do wprowadzenia w życie danej decyzji politycznej i wówczas musi wygenerować własne normy pochodne po to, by w ogóle decyzję można było wprowadzić w życie. Dzieje się tak, na przykład, gdy konieczne jest wygenerowanie norm proceduralnych po to, by można zrealizować daną decyzję polityczną na gruncie prawa.

Stosując teorię autopoiesis do problematyki ustawodawstwa, należy stwierdzić, iż właśnie decyzje polityczne są tym, co w autopoiesis określane jest jako „wrażliwość na środowisko zewnętrzne”. Decyzje polityczne przekładają się na cykle prawne, w ten sposób pojawiają się cykle prawidłowe, wówczas gdy system polityczny właściwie przekazuje sygnał do systemu prawnego, co znaczy, iż taka decyzja jest społecznie oczekiwana, lub też na cykle wadliwe, które występują na skutek złej decyzji politycznej lub też błędnego jej odczytania przez system prawny. Gdy cykl zaczyna funkcjonować, z zasady już wówczas można stwierdzić, czy jest on wadliwy, czy prawidłowy. Lecz może być też tak, że cykl postrzegany przez ówczesnego obserwatora jako prawidłowy, dla obserwatora z zewnątrz lub z dystansu czasowego jest wadliwy.

Cykl wadliwy powoduje negatywne skutki prawne i najczęściej system, dostrzegając jego wadliwość, sam dąży do naprawienia go własną decyzją (np. wykładnia, orzeczenie, *casus*). Jednak, jeśli taki cykl wadliwy był wynikiem decyzji politycznej, to prawo najczęściej nie jest w stanie go zmienić własnym cyklem; wtedy zmiana może nastąpić dopiero wówczas, gdy dokona jej decydent polityczny. Może czasem dochodzić do wręcz groteskowych sytuacji, takich jak ta, gdy TK, badając zgodność konkretnego przepisu ustawy z konstytucją, uchyla dany przepis jako niezgodny z nią. Jednocześnie daje Sejmowi pewien czas na uchylenie go i wprowadzenie innego zgodnego z konstytucją. A tymczasem Sejm uchwała podobny, albo jeszcze bardziej restrykcyjny, przepis. I co wówczas się dzieje? Najprawdopodobniej cała procedura uchylenia takiego wadliwego przepisu zostanie powtórzona. Ale nie zapominajmy, że Sejm nadal może upierać się przy tym niekonstytucyjnym rozwiązaniu. I co wówczas? Dochodzi do

błędnego koła. Jak widać decydent polityczny ma w tej materii przewagę nad instrumentami wywodzącymi się z systemu prawa i w ten sposób faktycznie może drwić sobie z wyroków TK, które wyraźnie w takiej sytuacji przestają mieć walor ostateczności, gwarantowany im przez konstytucję.

Musimy jednocześnie pamiętać, że mogą być cykle pozornie wadliwe i pozorne prawidłowe; zależy to może na przykład od tego, czy przyjmujemy punkt widzenia ówczesnego obserwatora, czy też aktualnego (tu musimy również godzić się na to, iż nasz aktualny punkt widzenia może zostać podważony przez późniejszego obserwatora). Obserwacja i ocena po czasie dają nam większe prawdopodobieństwo, iż nasz pogląd jest zobiektywizowany, a nasza ocena — czy dany cykl był wadliwy, czy też nie — słuszna. Jeżeli nie jesteśmy w stanie jednoznacznie — z uwagi na aktualność danej kwestii — ocenić, czy analizowany cykl jest wadliwy czy prawidłowy, to możemy, chociaż, zestawzić go z wcześniejszymi cyklami i wówczas w ten sposób ustalić, czy wpisuje się on w kierunek zmian, czy też jest z owym kierunkiem sprzeczny, zatem jest w tej kwestii cyklem wadliwym.

Przystępując do oceny danego aktu normatywnego musimy pamiętać też o tym, iż niemal każdy akt prawny musi uwzględniać wcześniej zaistniałe stosunki z danej dziedziny prawa, dlatego należy rozważać konkretny akt prawny w kontekście wcześniejszych, regulujących tę samą materię prawa, gdyż każde uregulowanie stanowi tylko fragment w ewolucji danej dziedziny prawa. W istocie nie chodzi tu nawet o cały akt prawny, ale właśnie o te wspomniane już kwestie kluczowe, mające największy wpływ na całość kształt uregulowania danej dziedziny prawa. I to im właśnie należy poświęcić głównie uwagę.

Spróbujmy zatem dokonać oceny konkretnej ustawy, opierając się na koncepcji hipercyklu. Sprawdźmy, czy model ten okaże się przydatny do opisu zmian zachodzących w prawie, a przede wszystkim czy ułatwi on nam ocenianie aktualnego ustawodawstwa.

Jako ilustracja koncepcji hipercyklu na gruncie praktycznym posłużą nam zmiany w prawie mieszkaniowym w ostatnich pięćdziesięciu latach. W tym czasie możemy wyróżnić pięć uregulowań tej materii. Są to: ustawa z 30 stycznia 1959 roku Prawo lokalowe — dalej u.p.l./59, ustawa z 10 kwietnia 1974 roku Prawo lokalowe — dalej u.p.l./74, nowelizacja u.p.l./74 z 16 lipca 1987 roku, która weszła w życie 1 stycznia 1988 roku — dalej now./87, u.n.l. oraz aktualnie obowiązująca ustawa z 21 czerwca 2001 roku o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie kodeksu cywilnego (dalej u.o.l.)²⁵.

²⁵ Szerzej kwestia ta została omówiona w artykule K. Dybowski, *Ustawa o ochronie praw lokatorów na tle wcześniejszych uregulowań*, Państwo i Prawo 2001, z. 11, s. 52–62.

Prace legislacyjne nad tą ostatnią ustawą kończono w gorącym przedwyborczym okresie. Z tego powodu, w trakcie ostatniego (!) czytania w Sejmie, wprowadzono do niej kilka populistycznych poprawek, całkowicie burzących jej logikę. Dodatkowo wprowadzono u.o.l. bez *vacatio legis*. Pośpiech wynikał głównie z powodu wyroku TK, wydanego 12 stycznia 2000 roku Nr P 11/1998, który miał 11 lipca 2001 roku uchylić art. 56 ust. 2 u.n.l. W tym przepisie narzucono osobom fizycznym, wynajmującym mieszkania najemcom, wywodzącym tytuł prawny do lokalu z decyzji administracyjnej, obowiązek stosowania czynszu regulowanego do końca 2004 roku.

Przedmiot regulacji u.o.l. jest szczególnie drażliwy społecznie, chodzi przecież o przeciwstawienie interesów ogromnej rzeszy lokatorów, interesom, również sporej grupy, właścicieli, pozbawionych w PRL-u prawa wykonywania swej własności. Zgodnie z tym, co uprzednio stwierdziliśmy, możemy ograniczyć się tylko do analizy tych kwestii, które mają najistotniejsze znaczenie dla całości uregulowania i oddziałują na całokształt stosunków prawnych w tej materii prawa. Za kluczowe kwestie należy uznać:

- 1) swobodę nawiązywania najmu,
- 2) wysokość czynszu i możliwość wpływu stron na jego kształtowanie oraz kwestię, jakie koszty ponosi właściciel z czynszu za media zużywane przez lokatora (opłaty),
- 3) swobodę rozwiązywania najmu, gdzie mamy do czynienia z dwoma podmiotami mogącymi być inicjatorami wypowiedzenia — lokatorem i właścicielem — z punktu widzenia właściciela stykamy się z trzema aspektami tego problemu: a) wypowiedzeniem stosunku najmu z „winy” lokatora, b) wypowiedzeniem stosunku najmu bez podania przyczyny wypowiedzenia, c) prawem właściciela lub jego rodziny do zamieszkania w swojej własności.

Dalsza analiza obejmie właśnie te kwestie.

Ad 1. Nawiązanie umowy najmu. W u.p.l./59 i u.p.l./74 — tam gdzie wprowadzony został szczególny tryb najmu — nie dopuszczały innej formy wstąpienia w stosunek najmu niż decyzja administracyjna. Lecz degradacja budynków, w których stosowano czynsz urzędowy, spowodowała, że ustawodawca wprowadził now./87, w której zawarto przepis umożliwiający właścicielowi budynku wielomieszkaniowego (kamienicy) oddanie lokalu w najem z czynszem wolnym, jeśli lokal opróżnił się. W efekcie mieszkania takie „wychodziły” spod regulacji o szczególnym trybie najmu, dotyczyło to jednak znikomej liczby lokali. Ale pomimo to należy uznać, iż now./87 jest cyklem prawidłowym i, co ciekawe, tak postrzegał to ówczesny obserwator i tak my to czynimy. Ówczesny obserwator widział w tej decyzji racjonalizm i to na wielu płaszczyznach (np. potencjalny najemca nie spełniający warunków do otrzymania lokalu na podstawie przepisów o szczególnym trybie najmu mógł wreszcie legalnie wstąpić w stosunek najmu).

Ustawa o najmie lokali z 1994 r. zniósła szczególnie tryb najmu; od tej pory ponownie jedynym sposobem wejścia w stosunek najmu staje się umowa²⁶. Jednak dotyczyło to tylko takich sytuacji, gdzie następowało zwolnienie lokalu, zatem w relacji do now./87 sytuacja faktycznie w ogóle nie uległa zmianie. A nawet w kwestii swobody kształtowania treści umowy najmu ustawa ta była bardziej restrykcyjna niż przepisy kodeksu cywilnego stosowane w latach 1988–1994, które stronom pozostawiały swobodę w ustalaniu czasu trwania umowy. Według art. 6 u.n.l. wynajmujący mógł wynająć mieszkanie tylko na czas nieoznaczony, natomiast najemcę w drugiej części tego przepisu uprawniono do tego, by na jego żądanie najem mógł być nawiązany na czas oznaczony; w tym przypadku ustawodawca nie ingerował w czas trwania takiej umowy²⁷. Ominięcie tego zapisu było stosunkowo proste, trzeba było „znaleźć” najemcę chcącego wynająć lokal na czas oznaczony. Najemca, który „nie wyraziłby takiej chęci”, nie miał po prostu szans na najem.

Ustawa o najmie lokali nadal ogranicza prawa jednej ze stron i ponadto zmuszała strony do uciekania się do fikcji, iż to najemca żądał najmu na czas oznaczony, zatem należy określić ją, w tych kwestiach, jako cykl wadliwy.

Ustawa o ochronie praw lokatorów stanowi, iż umowa „może być zawarta na czas nieoznaczony lub na czas oznaczony nie krótszy niż 3 lata”. Jest to postęp w stosunku u.n.l., lecz zarazem — krok wstecz w stosunku do stanu prawnego z lat 1988–1994. Dlatego u.o.l. w tej kwestii należy ocenić jako cykl tylko po części prawidłowy. Za całkowicie prawidłowy można by go uznać dopiero wówczas, jeśli przywrócił stan prawny z lat 1988–1994. Obserwując dotychczasowe tendencje w tej kwestii, należy spodziewać się zmiany tego restrykcyjnego przepisu. Obecnie Rzecznik Praw Obywatelskich podjął już działania mające na celu zbadanie, czy ów przepis jest zgodny ze swobodą zawierania umów wyrażoną w kodeksie cywilnym, co z pewnością zaowocuje zaskarżeniem tego przepisu do TK.

Ad 2. Czynnosc oraz opłaty. W tej materii na pierwszy plan wysuwają się kwestie wysokości czynszu, jeśli bowiem będzie on na tyle wysoki, by pokrył bieżące koszty utrzymania i remontów budynku, amortyzację oraz da niewielki zysk, to kwestie, kto ustala czynsz, nie będą miały istotnego znaczenia.

Ustawa — Prawo lokalowe z 1959 oraz ustawa — Prawo lokalowe z 1974 r. obowiązek ustalania stawek czynszu, dla lokali podlegających szczególniemu trybowi najmu, cedują na Radę Ministrów, która miała to czynić w drodze rozporządzeń. W u.p.l./59 była pewna wskazówka dla władzy wykonawczej dotycząca wysokości czynszu, mianowicie sformułowano

²⁶ F. Zoll, *Najem lokali mieszkalnych*, Kraków 1997, s. 95.

²⁷ S. Trociuk, *Prawo mieszkaniowe. Najem lokali — własność lokali*, Warszawa 1998 s. 29.

delegację dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia w celu ustalenia „zasad przeznaczania części czynszu na remonty budynków” (art. 3 ust. 2 u.p.l./59). Takie sformułowanie wyraźnie sugeruje, że czynsz musi wystarczać nie tylko na bieżące utrzymanie budynku, ale również na okresowe remonty. I faktycznie, w dużych miastach, czynsz wynosił w 1964 roku nawet do 2,2% rocznej wartości odtworzeniowej lokalu. Wówczas czynsz taki w zupełności wystarczał na bieżące utrzymanie domów i remontowanie ich, o czym decydowały takie czynniki, jak względnie krótki okres dekapitalizacji budynków, istnienie narzucanych cen urzędowych na materiały i prace remontowe oraz media. Względy polityczne sprawiły, że czynsz urzędowy, obowiązujący aż do 1994 roku, był z każdym rokiem relatywnie niższy, ponieważ podnoszono go zdecydowanie poniżej inflacji. I tak w 1994 roku wynosił on już poniżej 0,2% wartości odtworzeniowej rocznie. W tym czasie czynsz wolny mógł być stosowany tylko w niewielkim zakresie, głównie tam, gdzie nie wprowadzono szczególnego trybu najmu (wsie, małe miasteczka i kilka wyjątków). Dopiero po now./87 właściciel mógł wynająć lokal z czynszem wolnym, który z założenia miał być wielokrotnie wyższy od urzędowego i miał być przeznaczany na ratowanie niszczonej substancji mieszkaniowej.

Ustawa o najmie lokali z 1994 r. zniósła pojęcie czynszu urzędowego, ustalanego centralnie. Od tej pory gminy, na swym terenie, same miały ustalać stawki czynszu nazwanego teraz regulowanym (do maksimum 3% wartości odtworzeniowej rocznie). Z punktu widzenia swobody stron w kształtowaniu wysokości czynszu u.n.l. właściwie nie przyniosła żadnej zmiany; nadal podmiot trzeci — a nie strony — decydował o wysokości czynszu. Również w kwestii wysokości czynszu zaszły tylko niewielkie zmiany, gdyż gminy z uwagi na wielorakie uwarunkowania nie decydowały się na podwyżki do maksymalnej wyznaczonej przez ustawę granicy. Obecnie w większości gmin w Polsce czynsze są na poziomie 1,5% wartości odtworzeniowej rocznie przy nieporównanie większej dekapitalizacji niż w latach 60-tych. Zatem czynsze są nadal zaniżone i dekapitalizacja budynków postępuje w coraz szybszym tempie.

Uregulowanie zawarte w u.o.l. w kwestii wysokości czynszu i swobody stron w jego kształtowaniu powoduje, iż w ogóle znika pojęcie czynszu wolnego. Od tej pory strony zostają ubezwłasnowolnione, czynsz zaś może rosnąć tylko o inflację i ściśle określony jej procent (w większości przypadków — 15% inflacji!). Czyli *de facto* czynsz zamrożono na dotychczasowym poziomie.

Zreasumujmy; pierwszym cyklem prawidłowym w tych kwestiach jest dopiero now./87, która wprawdzie dotyczyła na początku znikomej liczby stosunków prawnych, ale dzięki niej została otwarta droga ku normalnemu rynkowi mieszkaniowemu.

Ustawa o najmie lokali, zmieniająca podmiot ustalający wysokość czynszu, w kwestii swobody stron w zasadzie należy ocenić jako cykl wadliwy. Natomiast w aspekcie wysokości czynszu jako cykl prawidłowy, albowiem w zamyśle ustawodawcy decentralizacja tej kwestii miała osłabić społeczny opór wobec podwyżek czynszu i umożliwić je. Kierunek, jaki obrano w u.n.l., był zatem prawidłowy.

Wydanie 12 stycznia 2001 r. wyroku TK jest dobrą ilustracją tego, co mówi teoria autopoiesis; według niej prawo własnymi decyzjami jest w stanie naprawić niektóre cykle wadliwe. Wydawało się, że to orzeczenie będzie drogowskazem dla władzy ustawodawczej. Dlatego szokiem, w kwestiach wysokości czynszu i swobody jego ustalania, jest u.o.l., która wyraźnie nie wpisuje się w logikę zmian w tej dziedzinie prawa. Należy więc uznać ją za cykl wadliwy i oceny tej prawdopodobnie nie zmienią przyszły obserwator (chyba że nastąpi nawrót do ideologii komunistycznej).

W kwestii opłat za dostarczane lokatorowi media, za które płaci właściciel, sytuacja wyglądała następująco. Ustawa — Prawo lokalowe z 1959 r. nakładała na wynajmującego obowiązek ponoszenia wszystkich tych opłat, czyli za wodę dostarczaną najemcy (niezależnie od zużytej przez niego ilości), kanalizację i usuwanie nieczystości stałych. Ustawa — Prawo lokalowe z 1974 r. przynosi niewielkie tylko zmiany, od tej pory najemca miał opłacać tylko koszty zużytej zimnej wody, natomiast pozostałe opłaty nadal obciążały wynajmującego. Dopiero w u.n.l. nałożono na najemcę obowiązek uiszczenia opłat za wyżej wymienione media. Ustawa o najmie lokali podtrzymała to rozwiązanie.

Zatem w kwestii opłat uiszczanych przez najemcę po 1959 roku były właściwie dwie zmiany — w 1974 roku i 1994 roku — i obie należy ocenić jako cykle prawidłowe; po prostu w coraz większym zakresie płacił za media ten, który je zużywał.

Ad 3. Wypowiedzenie stosunku najmu. Przede wszystkim trzeba stwierdzić, iż istnieją dwie strony najmu i każda z nich ma inne uprawnienia w kwestii rozwiązania stosunku najmu. Jedną stroną jest lokator, który ma prawo zawsze rozwiązać stosunek najmu; drugą — właściciel, który ma bardzo ograniczone możliwości rozwiązania najmu. Analiza sytuacji lokatora jest zatem zbędna, dlatego skupimy się na sytuacji właścicieli; mamy tu trzy zagadnienia.

Ad 3a. Pierwsze to sytuacja, w której rozwiązanie najmu odbywa się z „winy” lokatora, to znaczy zostają spełnione przez niego takie przesłanki, jak dewastowanie lokalu, niepłacenie czynszu czy podnajęcie lokalu innej osobie bez zgody właściciela. W tych kwestiach u.p.l./59, u.p.l./74 i u.n.l. faktycznie się nie różnią. Jedynie w u.o.l. ochrona lokatora nie płacącego czynszu została znacznie poszerzona (okres niepłacenia czynszu umożliwiający wypowiedzenie najmu przedłużono z 2 do 3 miesięcy oraz wprowa-

dzono obligatoryjny tryb ugody wydluzajacy okres niemozliwajacy wypowiedzenie najmu o kolejne minimum 3-4 miesiace).

Ad 3b. Drugie zagadnienie to mozliwosc wypowiedzenia najmu lokatorowi z inicjatywy wlasciciela bez podania przyczyny wypowiedzenia. Wszystkie omawiane ustawy nie przewiduja takiej mozliwosci.

Ad 3c. Trzecie zagadnienie to prawo wlasciciela lub jego rodziny do zamieszkania w swojej wlasnosci. Ustawa — prawo lokalowe z 1974 r. przewidywala, ze wlasciciel lokalu ma pierwszenstwo w otrzymaniu decyzji administracyjnej na niego, gdy lokal zwolnil sie (dotyczylo to takze zstepnych i wstepnych). Z kolei w u.n.l. podane sa dwie konkretne mozliwosci wprowadzenia sie wlasciciela do swego lokalu²⁸. Pierwsza, ktora zachodzi jedynie wtedy, gdy wlasciciel lub jego pelnoletni zstepni lub wstepni zajmuja mieszkanie w zasobach gminy; w owczas zarowno gmina, jak i lokator byly zobowiazane zaakceptowac te *de facto* zamiane. Druga, to mozliwosc wypowiedzenia najmu za 2-letnim okresem wypowiedzenia; tak mozna bylo postapic tylko w owczas, gdy gmina zobowiazala sie do zawarcia umowy najmu z takim lokatorem (wiec byla to mozliwosc tylko teoretyczna)²⁹.

Dotepiero u.o.l. przewiduje, ze wlasciciel moze wypowiedziec najem bez dostarczania w zamian innego lokalu, moze to uczynic za trzyletnim okresem wypowiedzenia, jezeli w lokalu tym ma zamiar zamieszkać on sam lub jego „pelnoletni zstepny, wstepny lub osoba, wobec ktorej wlasciciel ma obowiazek alimentacyjny” (art. 11 ust. 5-7 u.o.l.).

Oceniajac zatem kolejne uregulowania kwestii dotyczacej swobody rozwiązania najmu przez wlasciciela bez winy lokatora, mozemy stwierdzic, iz do tej pory zadna z ustaw nie byla cyklem prawidlowym. We wszystkich istnieje nierownosc stron; wlasciciel nie moze rozwižac umowy, lokator zawsze. Jedynie gdy analizujemy sytuacje zdawaloby sie oczywista, w ktorej wlasciciel chce zamieszkać w swojej wlasnosci, mozemy stwierdzic, iz wszystkie cykle po 1959 roku sa prawidlowe, albowiem przy kazdej zmianie ustawy wlasciciel uzyskiwal coraz wieksze prawa.

Podsumowujac nalezaloby odpowiedziec na pytanie, jak na tle analizowanego ustawodawstwa wypada u.o.l. i czy przydatna do jej oceny okazala sie koncepcja hipercyklu prawa. W wiekszosci analizowanych zagadnien u.o.l. jest cyklem prawidlowym, takze w kwestii swobody stron w ustalaniu treści umow najmu, gdyz wzgledem u.n.l. kroczy w kierunku powrotu do sytuacji z lat 1988-1994. Natomiast w kwestii swobody stron w ustalaniu czynszu oraz jego wysokosci, nalezy u.o.l. ocenic jako cykl wadliwy. Obie te kwestie reguluje ten sam przepis art. 9 ust. 3 u.o.l. Wniosek wydaje sie byc oczywisty — wystarczy uchylene lub zmiana tylko tego jednego prze-

²⁸ F. Zoll, op.cit., s. 247.

²⁹ Ibidem, s. 248.

pisu. Stać się to może dwiema drogami: ustawodawczą — przez nowelizację oraz przez wyrok TK stwierdzający niezgodność tego przepisu z Konstytucją. Droga ustawodawcza jest nader wątpliwa zważywszy na to, co się działo z u.o.l. w trakcie prac ustawodawczych. Pozostaje zatem droga auto-deskrypcji i usunięcia tego przepisu własną decyzją systemu prawa, czyli przez wyrok TK. Tym bardziej jest to możliwe, że nie istnieje obawa niekontrolowanych podwyżek czynszu, gdyż w u.o.l. jest zapis art. 28 ust. 2 ograniczający do końca 2004 roku wysokość czynszu do poziomu 3% wartości odtworzeniowej rocznie w lokalach, gdzie lokator wywodzi swój tytuł prawny z decyzji administracyjnej. Jeśli zapadnie wyrok TK uchylający ten przepis, będzie to dobry przykład na praktyczne zastosowanie hipercyклу prawa z teorii autopoiesis.