

Lex informatica

Zapraszamy do naszej księgarni internetowej
www.tnoik.torun.pl/ksiegarnia



Karol Dobrzeński

Lex informatica



Toruń 2008

Mariannie

...

Z czasem postęp elektrotechniki czy może jeszcze innej, na jakiejś subtelniejszej, nieznaney dziś sile opartej techniki doprowadzi do tego, że całe dobro, jakie ludzkość w sztuce zgromadziła, stanie się dostępne dla wszystkich, wszędzie i w każdym czasie. Przenoszenie obrazów i dźwięków będzie rzeczą tak łatwą i zwykłą, że wymiana myśli, współrzędność wrażeń i wzruszeń, stanów psychicznych i uczuć, uczyni z ludzkości jakby jedną potężną duszę.

*Stanisław Witkiewicz
Dziwny świat, Lwów 1903.*

...

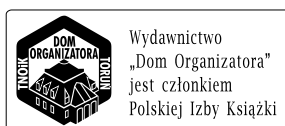
To główny efekt Panoptykonu: wzbudzić w uwięzionym świadome i trwałe przeświadczenie o widzialności, które daje gwarancję automatycznego sprawowania władzy. Spowodować by nadzór był nieprzerwanie skuteczny, nawet jeśli będzie nieciągły w działaniu; by doskonałość władzy czyniła zbędnym jego stałe sprawowanie (...).

*Michel Foucault
Surveiller et punir. Naissance de la prison, Paris 1975.*

wydawca

© Karol Dobrzeński
& Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa • Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności
„DOM ORGANIZATORA”

87-100 Toruń, ul. Czerwona Droga 8
tel. (+ 48 56) 62-23-807, 62-22-898, 62-23-342,
fax (+ 48 56) 62-23-123
www.tnoik.torun.pl e-mail: tnoik@tnoik.torun.pl



ISBN 978-83-7285-422-3

Printed in Poland
Toruń
Wydanie I
Druk ukończono w 2008 r.

Okladka przedstawia fragment planu Panoptykonu
autorstwa Jeremy'ego Benthama
(J. Bowering (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh 1838-1843, t. 4, s. 172-173)

Recenzent:

Prof. dr hab. Andrzej Adamski

przygotowanie do druku

„A T E L I E R”
tel./fax (0-56) 622-46-88, kom. 696-309-007
e-mail: atelier@onet.pl www.atelier-art.pl

druk i oprawa

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	13
Przedmowa	15

CZEŚĆ PIERWSZA

INFORMACJA, INTERNET, SPOŁECZEŃSTWO SIECI	23
--	-----------

Rozdział I.

Podstawowe uzgodnienia terminologiczne	25
1. Informacja jako pojęcie pierwotne	25
2. Powstanie i rozwój Internetu	31
3. Kierunki transformacji struktury społecznej	41

CZĘŚĆ DRUGA

REGULACJA INTERNETU NA PRZEŁOMIE XX I XXI WIEKU 53

Wprowadzenie 55

Rozdział II.

Koncepcje dominujące i ich krytyka 57

1. Uwagi ogólne 57
2. Model libertariański czyli *cyber-separatyzm* 60
3. Regulacyjny monopol państwa. *Konserwatyści vs. reformatorzy* 77
4. O słabości teoretycznej i praktycznej stanowisk skrajnych 124
5. Wnioski 139

Rozdział III.

Lex informatica – regulacja typu ponowoczesnego 143

1. Uwagi ogólne 143
2. Regulacja poprzez stanowienie standardów technicznych 149
3. *Digital Rights Management (DRM)* 155
4. Regulacja jako zarządzanie systemem adresowania 166
5. Wnioski 181

CZĘŚĆ TRZECIA

FILOZOFICZNOPRAWNY WYMIAR PRZEWROTU INFORMACYJNEGO 185

Wprowadzenie 187

Rozdział IV.

Dyskursywny potencjał techniki w świetle teorii działania komunikacyjnego Jürgena Habermasa 195

1. Uwagi ogólne 195
2. Teoria działania komunikacyjnego 197

3.	Technika jako przedmiot sporu dwóch pokoleń szkoły frankfurckiej . . .	201
4.	Instytucjonalizacja dyskursu praktycznego w dobie informacjonizmu . .	208
5.	Wnioski	220

Rozdział V.

Panoptyczny potencjał techniki w świetle koncepcji władzy dyscyplinarnej Michela Foucaulta	223
---	------------

1.	Uwagi ogólne	223
2.	Wprowadzenie do twórczości Michela Foucaulta	225
3.	Foucaultowska krytyka „jurydycznego” obrazu władzy i próby jego przewycięzenia	229
4.	Genealogia mechanizmów władzy dyscyplinarnej	235
5.	Wojenna formuła władzy i nowe projekty dyscyplinarne w warunkach informacjonizmu.	240
6.	Wnioski	255

Zakończenie i podsumowanie	257
---	------------

Bibliografia	265
-------------------------------	------------

WYKAZ SKRÓTÓW

I. Akty normatywne

DMCA – *Digital Millennium Copyright Act*

II. Urzędy, Instytucje i Organizacje

ARPA – *Advanced Research Projects Agency*
FCC – *Federal Communications Commission*
ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*
IETF – *Internet Engineering Task Force*
NSF – *National Science Foundation*
ONZ – *Organizacja Narodów Zjednoczonych*
UE – *Unia Europejska*
UNCITRAL – *United Nations Commission on International Trade Law*
ZSRR – *Związek Socjalistycznych Republik Radzieckich*

III. Skróty techniczne

ARPANet – *Advanced Research Projects Agency Network*
DNS – *Domain-Name System*
DRM – *Digital Rights Management*
GII – *Global Information Infrastructure*
ISP – *Internet Service Provider*
IT/ICT – *Information Technology / Information & Communication Technology*
MAPS – *Mail Abuse Prevention System*
PICS – *Platform for Internet Content Selection*
TCP/IP – *Transmission Control Protocol / Internet Protocol*
VOIP – *Voice over Internet Protocol*
WWW – *World Wide Web*

IV. Inne

RBL – *Realtime Blackhole List*
RFC – *Request for Comments*
UDRP – *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*

PRZEDMOWA

Elektroniczne systemy przetwarzania i transmisji informacji stają się elementem współkonstituującym kluczowe obszary życia społecznego. Po rewolucji przemysłowej i energetycznej przyszła kolej na rewolucję informatyczną, zwaną również przewrotem informatycznym. Jej funkcją ekonomiczną jest „gospodarka oparta na wiedzy”, w której pozycję głównego źródła akumulacji kapitału zdobywa przetwarzanie symboli i idei¹. W ciągu zaledwie kilku dekad doszło do ukształtowania się paradygmatu technicznego, określającego na nowo materialne warunki funkcjonowania społeczeństwa.

Rewolucja informatyczna powoduje przemianę bazy materialnej społeczeństwa, doprowadza do zmiany w obrębie fundamentalnej zasady organizacyjnej; industrializm jest wypierany przez informacjonizm². Stanowi

¹ Źródłem produktywności i główną siłą napędową postępu jest oddziaływanie wiedzy na wiedzę (*action of knowledge upon knowledge*). Richard Florida podnosi, że przemiany charakteru pracy ludzkiej prowadzą do rozwoju tzw. klasy twórczej (*creative class*). Klasa ta zawdzięcza swoją pozycję społeczną wykonywaniu pracy o charakterze *stricte* intelektualnym, a nie jedynie czynnościom usługowym i pomocniczym. Por. J. Ober, *Etyka w rozwoju informatyki*, „Nauka”, 1/1999, s. 152; R. Florida, *The Rise of the Creative Class*, New York 2002.

² Biorąc pod uwagę to, jak wielki wpływ mają nowe media na ludzkie wybory w kwestiach politycznych, ideologicznych, światopoglądowych, ale też w zakresie upodobań czy mody napędzającej gospodarkę można wręcz twierdzić, że sfery produkcji materialnej i politycznej stanowią funkcję i pochodną sfery władztwa duchowego.

jedną z ważnych sił napędowych dokonującej się transformacji systemów społecznych w kierunku społeczeństwa postindustrialnego – swoisty katalizator dla innych zwiastunów ponowoczesności, takich jak globalizacja, kryzys państwa narodowego, wielokulturowość i wieloetniczność, funkcjonalna dyferencjacja czy wzrastająca nieprzewidywalność życia. Powstające nowe ruchy społeczne organizują się wokół sieci teleinformatycznych, dających im nieznane wcześniej możliwości horyzontalnej, transgranicznej koordynacji działań i wymiany idei³. Porównanie świata do „globalnej wioski” szokujące jeszcze w latach sześćdziesiątych, obecnie uzyskało status banalnej oczywistości⁴.

Celem pracy jest ustalenie, kto lub co steruje procesami społecznymi pozostającymi w bezpośrednim związku z funkcjonowaniem globalnej sieci teleinformatycznej. Jakie są źródła tego sterowania, jego formy, skuteczność i zakres. W zdecentralizowanej strukturze Internetu występują różnorodne, autonomiczne formy regulacji. Zakres swobody działania użytkowników wyznaczają regulaminy korzystania z określonych usług, zalecenia administratorów sieci, dostawców i podmiotów pośredniczących w transmisji danych, a także rozstrzygnięcia arbitrów dotyczące rozdziału adresów internetowych, protokoły określające warunki techniczne transmisji danych oraz różnego rodzaju reguły „inkorporowane” do oprogramowania tworzącego cyfrowe środowisko komunikacyjne. Dynamika rozwoju systemów teleinformatycznych w wielu przypadkach wyprzedzała symetryczny proces wytwarzania adekwatnego otoczenia normatywnego przez sektor polityczno–prawny. Wyzwaniem dla jurysprudencki stało się przeanalizowanie tego zjawiska. Pojawiły się nowe pytania i nowe niewiadome. Czy przełom w strukturze społecznej i gospodarce

³ Por. J. Naisbitt, *Megatrends*, New York 1982., S. White, *Political Theory and Postmodernism*, Oxford 1996. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 63–77.

⁴ „W epokach mechanicznych – pisał M. McLuhan – osiągnęliśmy przedłużenie naszego ciała w przestrzeni. Dziś, po z górą stu latach elektrotechniki, osiągnęliśmy przedłużenie samego naszego centralnego systemu nerwowego, opasując nim całą kulę ziemską i w granicach naszej planety, likwidując zarówno system przestrzeni, jak i czasu”. M. McLuhan, *Środki komunikowania – przedłużenia człowieka*, [w:] A. Siciński (red.), *Technika a społeczeństwo*, Warszawa 1974, s. 73.

musi prowadzić do przełomu w prawie? W czym ten przełom miałyby się przejawiać? Czy sięgnie on tak głęboko, aby przyczynić się do podważenia pozytywistycznego paradygmatu nauki prawa, a jeżeli tak, to czym można ten paradygmat zastąpić? Jak wpłynie na skuteczność regulacji prawnej fakt coraz ściślejszego związania życia zbiorowości z kształtem jej otoczenia informatycznego?

Odpowiedzi na te pytania przybierają niekiedy postać śmiałych i nowatorskich propozycji, do jakich niewątpliwie należy tytułowe „*lex informatica*”. Jednym z założeń koniecznych dla wprowadzenia tej koncepcji było przyjęcie w pracy szerokiej definicji pojęcia „regulacja”. Za jej desygnat uznano praktycznie każde przedsięwzięcie, które służy do tworzenia normatywnych i pozanormatywnych ograniczeń wyznaczających obszar działania jednostki⁵. Dowolny system regulacji redukuje się do trzech komponentów: (1) standardu (celu, zbioru wartości) stanowiącego wzorzec oceny dla sytuacji poddawanych kontroli, (2) mechanizmu monitorującego, (3) określonej formy działań podejmowanych w celu dostosowania zachowań kontrolowanych podmiotów, rejestrowanych przez komponent drugi, do wzorca określonego w komponencie pierwszym. Takie założenie pozwala rozpatrywać kwestię „regulacji Internetu” nie tylko w kategoriach tworzenia formalnych i nieformalnych norm postępowania, ale również przez pryzmat celowej implementacji rozwiązań o charakterze technicznym i infrastrukturalnym.

Lex informatica jest to konglomerat porządków normatywnych stanowiących przez ośrodki kontrolujące różne aspekty globalnej infrastruktury teleinformatycznej. Są to najczęściej podmioty niepubliczne (bądź publiczno–prywatne hybrydy). Reguły przez nie stanowione mogą być implementowane poprzez zastosowanie mechanizmów pozanormatywnych o charakterze technicznym. *Lex informatica* pozostaje w stanie relatywnej autonomii względem systemów prawno–politycznych i może być wykorzystane do kontrolowania zachowań użytkowników Internetu w skali ponadnarodowej. *Lex informatica* operuje w trybie aterytorialnym,

⁵ Por. L. Lessig, *The New Chicago School*, „The Journal of Legal Studies”, vol. 27, 1998.

poprzez odpowiednie wykorzystanie właściwości infrastruktury („kodu”) Internetu. Koegzystuje z prawem państwowym i międzynarodowym, wypełniając nisze, które to prawo nie chce lub nie może zagospodarować. Internet posiada *sui generis* potencjał regulacyjny, w postaci plastycznej „architektoniki”, która może stanowić medium sterowania. Następuje to w drodze kształtowania tzw. „porządku faktyczności”⁶. Efektywność tego procesu jest niezależna od internalizacji norm przez ich adresatów.

Ponieważ współczesna jursprudencja jest wciąż w znacznej mierze zdominowana przez pozytywizm prawniczy, przedstawienie fenomenu *lex informatica* musiało zostać poprzedzone odtworzeniem przebiegu dyskusji wychodzącej od bardziej tradycyjnych sposobów postrzegania państwa i prawa. Zadaniem pierwszej części pracy jest oswojenie czytelnika z terminologią i wprowadzenie do problematyki. Część druga zawiera omówienie głównych koncepcji regulacji zachowań użytkowników Internetu, sformułowanych na przełomie XX i XXI wieku. Grono autorów określanych mianem „separatystów” uznało, że Internet, z uwagi na swoje szczególne właściwości, nie może i nie powinien być regulowany przez państwo, ale w jego obrębie muszą samorzutnie ukształtować się w pełni niezależne od polityki porządki normatywne. Odmienne stanowisko (nazwane „etatystycznym”) zakłada, że państwa są wciąż, i to w sposób wyłączny, legitymizowane do stanowienia prawa, niezależnie czy dotyczy ono obrotu nieruchomościami, czy też komunikacji elektronicznej. Internet nie stanowi w tym względzie wyjątku, gdyż jego użytkownicy są obywatelami, a skutki ich działań są odczuwalne na określonym terytorium państwowym. Trzecie stanowisko, najbliższe poglądom autora pracy, jest efektem poszukiwań swoistego kompromisu pomiędzy tym, co głoszą „separatyści” i tym, co proponują „etatyści”. Uwzględnią ono zmiany, które zachodzą w epoce ponowoczesnej, uprawniające do nadania pojęciu „regulacji” szerokiego zakresu, ale nie lekceważą znaczenia państwa.

⁶ Zob. K. Dobrzeńcki, *Normatywna i pozanormatywna regulacja Internetu – modele konkurencyjne czy komplementarne?*, [w:] L. Morawski (red.), *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, Toruń 2005.

W trzeciej części pracy przedmiot wcześniejszych rozważań zostaje usytuowany w perspektywie filozoficznoprawnej⁷. Autor poszukuje analogii historycznych, w celu odniesienia rewolucji informatycznej do innych typów gwałtownych przemian znanych z przeszłości. Jako pierwszy o filozoficzny sens wielkich przełomów społecznych zapytał Kant. Podjął próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie „*czym było Oświecenie*” oraz „*czym jest rewolucja*”⁸. Oryginalność takiego postawienia problemu polegała na tym, że o ile wcześniej filozofowie zajmowali się problemem historii, jej początków czy wewnętrznej celowości historycznych procesów⁹, to zaproponowane przez Kanta ujęcie zmierzało do ustalenia, czym dla refleksji filozoficznej jest aktualny sens terażniejszości¹⁰. Teraźniejszość przestała być już tylko motywem do podejmowania określonych decyzji filozoficznych. Kant zapoczątkował tradycję krytycznego dociekania, w której badaniu podlega „*ontologia aktualności*”, w której sama w sobie aktualność jest faktem filozoficznym. Takie usytuowanie „aktualności” było dla filozofii czymś nowym. Do nurtu zapoczątkowanego przez Kanta, w której filozof staje się krytykiem współczesności, odpowiadającym na wyzwania dnia codziennego zaliczyć można między innymi Hegła, Nietzschego, Webera, przedstawicieli Szkoły Frankfurckiej, a także Foucaulta¹¹. Niniejsza praca ma na celu odnalezienie sensu przewrotu informatycznego, w kontekście relacji pomiędzy prawem, innymi modalnościami kontroli ludzkich za-

⁷ Temat poruszony w pracy nie doczekał się dotąd monograficznego opracowania w rodzimej literaturze prawniczej. Przyczynę dla takiej refleksji mogą stanowić dokonania polskich teoretyków, którzy już od lat sześćdziesiątych XX w. analizowali różne zagadnienia cybernetycznego ujęcia prawa oraz kwestie z zakresu informatyki prawniczej. Niektóre z nich zostały rozwinięte w niniejszej pracy. Zob. m.in. J. Wróblewski, *Prawo a cybernetyka (Zarys problemów)*, „Państwo i Prawo”, nr 12, 1968; F. Studnicki, *Cybernetyka i prawo*, Warszawa 1969; W. Lang, A. Mrózek, *Proces stosowania prawa jako proces przetwarzania informacji*, „Państwo i Prawo”, nr 7, 1970; A. Kisza, *Model cybernetyczny powstawania i działania prawa*, Wrocław 1970; J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 57–62.

⁸ I. Kant, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, „Berlinische Monatschrift”, 1784, s. 481–494. Tenże, *Der Streit der Fakultäten*, [w:] *Werke, Akademie Textausgabe*, t. 7, 1968.

⁹ I. Kant, *Przypuszczalny początek ludzkiej historii i inne pisma historiozoficzne*, Toruń 1995.

¹⁰ M. Foucault, „*Aufklärung*” i *rewolucja*, „Colloquia Communia”, nr 4–5, 1986, s. 66.

¹¹ *Ibidem*, s. 71.

chowań i przeobrażeniami w zakresie techniki. W ten sposób *prima facie* „niefilozoficzne” zagadnienie „regulacji Internetu” zostaje poddane problematyzacji jako element współtworzący określoną teraźniejszość.

Przedmiotem tego rodzaju refleksji zostaje w niniejszej pracy uczyniona aktualność widziana z dwóch perspektyw krytycznych. Pierwszą z nich reprezentuje Michel Foucault, drugą Jürgen Habermas. Żaden z nich nie sformułował rozwiniętej teorii prawa, jednak obydwaj wiele uwagi w swojej twórczości poświęcili problemowi ustalenia warunków i faktycznego przebiegu regulacji ludzkich zachowań. Autor „*Teorii działania komunikacyjnego*” starał się określić ramy dyskursu praktycznego (dyskursu o normach). Rozwój *technik informatycznych* i *komunikacyjnych* stworzył nieznane wcześniej możliwości instytucjonalizacji tej odmiany dyskursu. Z kolei autor „*Nadzorować i karać*” zajmuje się problematyką wykorzystania techniki do ujarzmiania jednostki. Wojna stanowi dla niego zasadę analizy władzy. Na pozór zantagonizowane wizje Habermasowska i Foucaultowska zaczną się wzajemnie dopełniać, jeżeli zastosuje się je do wyjaśnienia i uzasadnienia zjawisk opisanych w pierwszej i drugiej części. Posłużą one jako filozoficznoprawne ramy dla ukazania problemu regulacji w dobie informacjonizmu.

Biorąc pod uwagę ogromne tempo rozwoju *technik informatycznych* i *komunikacyjnych*, można domniemywać, iż otwarta sieć komputerowa w postaci znanej z pierwszego dziesięciolecia XXI wieku wciąż znajduje się na bardzo wczesnym etapie rozwoju. Zapewne jej charakter ulegnie wielu, trudnym obecnie do przewidzenia przeobrażeniom. Z tego względu autor stara się unikać nadmiernego uwikłania się w analizę technicznych szczegółów, które szybko ulegną dezaktualizacji. Omówienie tych kwestii zostało ograniczone do minimum niezbędnego czytelnikowi dla swobodnego śledzenia toku wywodu i uchwycenia istoty referowanych zjawisk.

Na zakończenie słowa wstępnego, pozwolę sobie na refleksję natury osobistej. Żadna praca naukowa nie powstaje w społecznej próżni, w stanie wyalienowania od oddziaływań środowiska. Autor miał to szczęście, że doświadczał wpływów życzliwych, przyjaznych i inspirujących. Wielkie wyrazy wdzięczności w tym względzie należą się prof. Lechowi

Morawskiemu, promotorowi mojej rozprawy doktorskiej. Cennych uwag i wskazówek, w znacznej mierze uwzględnionych przy ostatecznej redakcji tekstu, dostarczył prof. Andrzej Adamski, prof. Marek Zirk-Sadowski oraz dr Krzysztof Pietrowicz. Szczególne ciepłe podziękowania składam na ręce żony Pauliny. Doceniam wsparcie okazane mi ze strony rodziny, przyjaciół i znajomych.

CZEŚĆ PIERWSZA

**INFORMACJA, INTERNET,
SPOŁECZEŃSTWO SIECI**

PODSTAWOWE UZGODNIENIA TERMINOLOGICZNE

1. Informacja jako pojęcie pierwotne

Nie ulega wątpliwości, że nowe rozwiązanie techniczne, w połączeniu z dominującymi w danym miejscu i czasie doktrynami politycznymi i gospodarczymi, wielokrotnie w historii zmieniało sposób funkcjonowania społeczeństwa i katalog jego potrzeb¹². Analogiczne tendencje dają się zaobserwować w przypadku rozwoju technik tworzących światową platformę wspomaganej elektronicznie komunikacji. W związku z jej funkcjonowaniem dochodzi do formowania się nowego typu praktyk społecznych.

Punktem wyjścia dla humanisty, prawnika, filozofa chcącego zmierzyć się z odległym od tradycyjnych tematów jego dziedziny problemem musi być oswojenie „ciał obcych” – pojęć *stricte* technicznych i procesów społecznych ściśle z nimi związanych. Można tego dokonać poprzez sięgnięcie do aktualnych ustaleń informatyki i socjologii. Z tego powodu rozważania

¹² Do podobnych ustaleń dochodzi Joseph H. Sommer, *Against Cyberlaw*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 15, 2000, s. 1147.

nad prawnymi aspektami rewolucji informatycznej należy zacząć od ogólnego wprowadzenia, służącego wyjaśnieniu pojęcia informacji, opisaniu okoliczności powstawania i rozwoju Internetu oraz transformacji struktury społecznej, która temu procesowi towarzyszy.

Pojęcie informacji ma charakter pierwotny. Definiowanie pojęć tego rodzaju z reguły napotyka na cały szereg problemów¹³. Ponadto, co może dodatkowo utrudnić uchwycenia istoty pojęcia, odmienne właściwości „informacji” są zazwyczaj badane w ramach cybernetyki i teorii informacji, inne zaś będą brane pod uwagę w ramach nauk społecznych.

Dla cybernetyka informację stanowi wszelki opis, nakaz, zakaz czy polecenie, wyrażone za pomocą dowolnego kodu, pod warunkiem, że mogą być one komunikowane, tak między ludźmi, jak i pomiędzy innymi organizmami, a nawet organami ciała, maszynami czy organizacjami. Przekazywanie informacji jest cechą wspólną dla łączności oraz dla sterowania. W tym ujęciu informacją jest wszystko to, co nie jest ani energią, ani materią. Z kolei nauki humanistyczne, w tym również nauka prawa, ograniczają się zazwyczaj do badania jedynie aspektów znaczeniowych (semantycznych) „informacji”, tzn. tego co informacja opisuje, jakie treści przekazuje ze świata zewnętrznego. Informacja jest wiadomością zawartą w danym komunikacie, możliwym do odczytania przez ludzi. Znaczeniowe wartości informacji nie są mierzalne przy pomocy parametrów fizycznych. Wywierają za to wpływ na ludzkie myśli i działania¹⁴.

Dla potrzeb niniejszej pracy jako wystarczająca wydaje się częściowa definicja „informacji”, sformułowana poprzez wskazanie na niektóre, a nie na wszystkie, aspekty funkcjonowania tego pojęcia. Elementy takiej definicji zaczerpnięte zostaną zarówno z nurtu „cybernetycznego”, jak i „humanistycznego”¹⁵.

¹³ Podobne trudności napotykamy, chcąc stworzyć realną definicję takich terminów, jak „światło” czy „materia”.

¹⁴ Por. Z. Wojnicki, *Zagadnienia ogólne*, [w:] J. Wróblewski (red.), *Wstęp do informatyki prawniczej*, Warszawa 1985, s. 5–12.

¹⁵ Nie jest zadaniem pracy dokonywanie przeglądu właściwości informacji pod kątem możliwych funkcji, jakie informacja może pełnić w ramach prawa tak materialnego jak i procesowego.

Kwestią dużej wagi jest określenie wzajemnej relacji „informacji” i „danych”. Za „dane” powszechnie uznaje się reprezentację faktów lub pojęć w sformalizowanej postaci, umożliwiającej ich przekazywanie i przekształcanie, również w sposób automatyczny (dane tekstowe, numeryczne, graficzne, dźwiękowe). Tzw. infologiczna teoria informacji nakazuje, by traktować informacje i dane w sposób odrębny. „Informacją” nazywa ona znaczenie, jakie przyporządkowuje się danym, przy pomocy odpowiednich konwencji, z uwzględnieniem czynników psychosocjologicznych, językowych, semantycznych¹⁶. Dane nie są informacjami. Są to elementy, z których można złożyć informację, przy czym forma prezentowania tych samych informacji może być zróżnicowana. Takie podejście dominuje m.in. w doktrynie prawa ochrony informacji, gdzie informacja, a nie dane są przedmiotem ochrony obejmującej także jej atrybuty, jak poufność, integralność i dostępność¹⁷.

W niektórych sytuacjach zasada ta może zostać przełamana na rzecz podejścia datologicznego. W tym ujęciu źródłem informacji są dane ustrukturalizowane w taki sposób, że zawierają informacje o samych sobie¹⁸. Ma to szczególne znaczenie w warunkach transmisji danych w ramach systemów teleinformatycznych. Prawo ma bowiem na celu nie tylko „ochronę informacji”, ale musi niekiedy „chronić przed informacją” albo przed rozpowszechnianiem niektórych rodzajów informacji. Przykładowo rzecz ujmując, trudno byłoby uznać, że właściwości psychologiczne odbiorcy komputerowego pliku danych wyrażonego w standardowym formacie graficznym przesądzają o uznaniu treści tego przekazu za dozwoloną albo zakazaną przez prawo¹⁹. Znaczenie informacji nie jest w tym ujęciu ści-

Temat pracy ogranicza się bowiem do prawnych aspektów informacji wyrażonej w postaci elektronicznej, przystosowanej do zautomatyzowanej transmisji.

¹⁶ B. Sundgren, *An Infological Approach to Data Bases*, Stockholm 1973.

¹⁷ Por. A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 37–40 i cytowana tam literatura.

¹⁸ A. Szewczyk, *Infomatyka. Aspekty humanistyczne*, Szczecin 1996, s. 8.

¹⁹ Jako przykład można wskazać rozpowszechnianie plików komputerowych, które po odczytaniu przez odpowiednie oprogramowanie mogą być prezentowane jako obrazy zawierające treści obsceniczne albo propagujące nienawiść.

śle związane z osobą ich odbiorcy, a raczej ze standardami technicznymi urządzenia służącego do odbioru danych.

„Nośnik danych” jest to zjawisko materialne (przedmiot fizyczny, różne formy energii) przenoszący sygnały służące do utrwalania danych. „Przenoszenie” dotyczy zarówno aspektu temporalnego (magazynowanie na nośnikach trwałych) jak i przestrzennego (przekaz, komunikowanie). Wraz z rozwojem techniki zapisywania danych, nośniki tradycyjne takie jak papier, klisza fotograficzna, filmowa czy płótno malarskie zastępowane są na coraz większą skalę nośnikami maszynowymi, z których obecnie największe znaczenie mają te, umożliwiające zapis informacji w formie elektronicznej (zapis cyfrowy). Dane są rejestrowane w formie umożliwiającej ich automatyczne odczytanie przez maszynę.

Popularne hasło „wolności informacji” (*information wants to be free*)²⁰ odpowiada zaktualizowanej w końcu XX wieku tendencji, polegającej na swoistym „wyswobodzeniu się” informacji z trwale ustalonej formy, czy kontekstu. Określonym rodzajom przekazów informacyjnych przestają odpowiadać specyficzne i typowe dla nich media na zasadzie: film – telewizja, dźwięk – radio, tekst – prasa. Uwidacznia się ogólny trend do dewaluacji nośnika danych względem zapisanej w nim wiadomości. Zjawisko to jest szczególnie widoczne w przypadku danych zapisywanych w postaci elektronicznej. Informacja jest ze swej natury bytem aktywnym (*information is activity*). Jeżeli nie pozostaje w „ruchu”, istnieje tylko potencjalnie²¹. Interesującą obserwację w tym względzie poczynił Zygmunt Bauman: „Środki techniczne, rozwijane konsekwentnie i bez przerwy, pozwo-

²⁰ Istnieje też inna możliwość odczytania tego hasła, tj. uznanie go za próbę antropomorfizacji informacji. Oryginalną koncepcję informacji jako „formy życia” sformułował w połowie lat siedemdziesiątych angielski biolog i filozof Richard Dawkins. Opracował koncepcję *memes* czyli samo-reprodukujących się wzorów informacyjnych, które rozprzestrzeniają się przez ekosystemy umysłu. Są formami życia pod każdym względem, z wyjątkiem oparcia na atomach węgla. Pozostają we wzajemnych relacjach z otoczeniem i dostosowują je do siebie, podlegają mutacjom i utrzymują własne istnienie. Rozwijają się, wypełniając możliwe przestrzenie w środowisku naszych systemów przekonań i kultur; R. Dawkins, *Samolubny gen*, Warszawa 1996.

²¹ Por. J.P. Barlow, *The Economy of Ideas*, „Wired”, 2.03 marzec 1994, źródło: <http://www.wired.com/wired/2.03/features/economy.ideas.html>.

liły na przekazywanie informacji niezależnie od jej materialnych nośników, a także uwolniły ją od przedmiotów, których sama dotyczyła; dzięki nim »znaczące« wyzwoliło się od »znaczonego«. Oddzielenie wędrowki samej informacji od jej nośników i przedmiotów pozwoliło z kolei zróżnicować ich prędkość. Informacja nabierała prędkości o wiele większej niż jej fizyczny nośnik i podróżowała szybciej, niż ulegała zmianie sytuacja, o której informowała. W końcu obsługiwana komputerowo sieć [...] położyła kres samemu pojęciu »podróży informacji« [...], dostarczając danych, które teoretycznie i praktycznie dostępne są w tej samej chwili na całej planecie»²².

W sferze stosunków ekonomicznych informacja jest specyficznym dobrem niematerialnym. Ma ona, podobnie jak np. światło, charakter dobra publicznego – nie sposób wykluczyć kogokolwiek z jego konsumpcji, nawet jeżeli nie uiścił z tego tytułu należnej opłaty. Z dobra tego rodzaju może korzystać jednocześnie wielu konsumentów, bez uszczerbku dla któregośkolwiek z nich. Spostrzegł to już Thomas Jefferson: „Kto otrzymuje ode mnie ideę, pobiera też naukę, nie pomniejszając mojej wiedzy; podobnie ten, kto odpala świecę od mojej, otrzymuje światło, mojego nie gasząc.”²³ Powszechna digitalizacja informacji, czyli zapisywanie jej w postaci cyfrowej czyni status informacji jako dobra publicznego jeszcze bardziej wyraźnym, podobnie jak zmniejszające się koszty i zwiększająca prędkość przesyłu danych. Coraz trudniejsze staje się zachowanie jej, nawet okresowo, do wyłącznej dyspozycji legitymowanych podmiotów, np. poprzez zagwarantowanie quasi-majątkowych praw do informacji określonego typu²⁴. Zapewnienie wyłączności stanowi jednak warunek konieczny dla „utowarowienia” (*commodification*) informacji i stworzenia warunków do rozwoju rynku dóbr informacyjnych. Wraz z powstawaniem nowych środków i form społecznej komunikacji, informacja nabiera coraz większego znaczenia ekonomicznego. Prowadzi to do przeobrażeń struktury

²² Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2000, s. 20–21.

²³ List od Thomasa Jeffersona do Isaaca McPhersona z 13 sierpnia 1813 r., [w:] A.A. Lipscomb (red.), A.E. Bergh (red.), *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 6, 1903, s. 330, 333–34.

²⁴ P.A. Samuelson, „*The Pure Theory of Public Expenditure*”, „*Review of Economics and Statistics*”, vol. 36, 1954, s. 387–389.

gospodarczej. Z jednej strony, teza o przewrocie informacyjnym opiera się na twierdzeniu, że informacja jest droga, ponieważ tak wiele od niej zależy. Z drugiej strony, nowe techniki informatyczne sprawiają, że koszt transmisji danych stale się zmniejsza. Prowadzi to do nieuniknionego konfliktu pomiędzy tymi, którzy chcą chronić interesy majątkowe przemysłu informacyjnego a rzeszą konsumentów informacji.

Wymogi konsekwencji terminologicznej zmuszają autora pracy do rozgraniczania pojęcia „technologii” (*technique*) od pojęcia „techniki” (*technology*). Nazbyt często, nawet w literaturze specjalistycznej, są one w sposób bezrefleksyjny używane jako synonimy. Na technikę składa się zespół środków umożliwiających skuteczną i wymagającą mniej pracy realizację celów. Są to narzędzia, maszyny, automaty. Technologia, czyli inaczej metoda, jest zbiorem reguł działania instrumentalnego, czyli zdań ustalających procedury, parametry pracy narzędzi czy procesów. W tym sensie technologie stanowią dopełnienie środków technicznych, przy czym same w sobie nimi nie są²⁵. W niniejszej pracy używane jest pojęcie *technik informatycznych i komunikacyjnych (information & communication technologies, w skrócie ICT)* oznaczające różnego rodzaju środki techniczne, służące do elektronicznego przetwarzania i transmitowania informacji, bazujące na określonej technologii.

„Cyberprzestrzeń” (*cyberspace*) jest pojęciem nieostrym i wieloznacznym, wywodzącym się z literatury popularnej²⁶. Służy ono do określenia swoistej przestrzeni informacyjnej, powstającej „na skutek zespolenia informacji cyfrowej i ludzkiej percepcji”²⁷. Jest to „przestrzeń” szczególnego rodzaju, w której, jak głosi popularna definicja, ludzie mogą gromadzić swoje umysły, bez zabierania tam swoich ciał. Ten niematerialny wymiar

²⁵ J. Habermas, *Praktyczne następstwa postępu technicznego*, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Jürgen Habermas. Teoria i Praktyka*, Warszawa 1983, s. 424.

²⁶ Ojcostwo tego terminu przypisuje się Williamowi Gibsonowi, pisarzowi *science fiction*, który akcję jednej ze swych powieści pt. *Neuromancer* (rok publ. 1984) umieścił w tak nazwanej, wymyślonej przestrzeni.

²⁷ M. Heim, *Metaphysics of Virtual Reality*, Oxford–New York 1993, s. 150.

rzeczywistości stanowi efekt konwergencji technik z zakresu informatyki i telekomunikacji. Zakres pojęcia „cyberprzestrzeń” jest płynny. Nie sposób arbitralnie przesądzić, gdzie przebiegają jego granice, kiedy doszło do powstania cyberprzestrzeni i jakie wynalazki techniczne sprawiły, że mogła ona istnieć. O cyberprzestrzeni można więc mówić raczej z perspektywy wewnętrznej – użytkownika środków elektronicznej komunikacji, który wprowadził swój umysł w pewien szczególny stan. Z perspektywy zewnętrznej (obserwatora) mamy do czynienia, co najwyżej, ze zbiorem materialnych urządzeń. Z tych względów „cyberprzestrzeń” funkcjonuje najczęściej w dyskursie naukowym jako metafora. Porównuje się ją do „miejsca”, do „medium” a niekiedy do „towaru”²⁸. Koncepcja cyberprzestrzeni jako „miejsca” wyodrębnionego ze świata materialnego doprowadziła do sformułowania „tezy separatystycznej”, tzn. twierdzenia o potrzebie wyróżnienia nowej jurysdykcji, z niezależnym prawem, sądami itp.²⁹ Zostanie ona omówiona w dalszej części pracy.

2. Powstanie i rozwój Internetu

Angielski termin *Internet*³⁰ należałoby przetłumaczyć jako *międzysieć* albo *sieć sieci*. Przekłady te trafnie oddają sens tego, o czym mowa, tzn. dostępnego publicznie systemu połączonych wzajemnie sieci komputerowych o światowym zasięgu. W skład Internetu wchodzi sieci lokalne,

²⁸ R. Mariotti, *Cyberspace in Three Dimensions*, „Syracuse Law Review”, vol. 55, 2004–2005, s. 283.

²⁹ Słabość tkwiącą w pojmowaniu cyberprzestrzeni jak miejsca zauważył m.in. Paulo Virilio. Jej składowe są bowiem „pozbawione są wymiaru przestrzennego, lecz są wpisane w specyficzny rodzaj czasowości związanej z procesem błyskawicznego rozpowszechniania” P. Virilio, *The Lost Dimension*, New York 1991, s. 13, por. także M.A. Lemley, *Place and Cyberplace*, „California Law Review”, vol. 5, 2002, s. 37.

³⁰ Zgodnie z opinią Rady Języka Polskiego słowo *Internet* pisze się wielką literą, jeśli zostaje użyte jako nazwa własna, dla określenia całości ogólnoswiatowego, publicznego systemu sieci komputerowych. W przypadku, gdy desygnatem ma być mniejszy fragment wskazanej całości należy użyć małej litery. W niniejszej pracy termin ten występuje niemal wyłącznie w pierwszym znaczeniu.

sieci rozległe i wszystkie podłączone do nich komputery, względnie inne przenośne albo stacjonarne urządzenia teleinformatyczne. Integracja tak zróżnicowanych części składowych w ramach globalnego systemu jest możliwa dzięki wykorzystaniu wspólnego protokołu komunikacyjnego³¹. W ten sposób następuje powiązanie w jedną sieć logiczną wielu sieci fizycznych, połączonych ze sobą za pomocą przewodów, włókien światłowodowych, czy też w ramach bezprzewodowej transmisji danych. Tak złożona, a przy tym rozproszona po wszystkich kontynentach konstrukcja nie powstała *ex nihilo*, na skutek jednorazowego aktu kreacji. Była wynikiem ewolucji techniki komputerowej, a na jej kształt wywarły wpływ różne czynniki polityczne i instytucjonalne.

Pierwsze komputery były przede wszystkim wykorzystywane jako narzędzia do dokonywania obliczeń. Pomijając angielskie próby budowania maszyn liczących w XIX wieku, początków nowoczesnej cybernetyki należy upatrywać w rozwoju balistyki w czasie drugiej wojny światowej³². Wojna dostarczyła silnego impulsu dla wysiłków zmierzających w tym kierunku. Powstawały wówczas zespoły wybitnych inżynierów i konstruktorów, którym pozostawiano do dyspozycji znaczne fundusze. Okoliczności historyczne stwarzały silny imperatyw moralny przemawiający na rzecz zastosowania odkryć naukowych do rozwiązywania aktualnych problemów ludzkości.

³¹ Protokół TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) umożliwia transmitowanie danych w oparciu na tzw. metodzie pakietowej (*packet-switching*). Funkcjonowanie tej metody można uprościć do następującej sekwencji zdarzeń. Informacja zapisana w formie cyfrowej zostaje wysyłana z komputera A do komputera B, przy czym jedno i drugie urządzenie jest podłączone do Internetu w dwóch odległych geograficznie miejscach. Komputer A dokonuje fragmentacji informacji na pakiety, każdemu z nich przypisując adres „B”. Urządzenie B automatycznie składa części w całość. Komputery znajdujące się w sieci pomiędzy A i B odczytują zapisany adres i przekazują pakiety do kolejnego węzła sieci, w stronę miejsce przeznaczenia. Dla zachowania poprawności komunikacji nie ma znaczenia to, czy wszystkie pakiety dotrą na miejsce tą samą trasą, w tym samym czasie i w określonym porządku. Komunikacja ma charakter dynamiczny. Wszystkie węzły sieci są równorzędne, a każdy z nich prawo do nadawania, przekazywania i odbierania wiadomości rozbijanych na pakiety. Technologia *packet-switching* w porównaniu z stosowanymi wcześniej znacznie zwiększa przepustowość łącz. Umożliwia także szyfrowanie przesyłanych wiadomości.

³² Przykładem genialnej pary konstruktorów prototypu „maszyny analitycznej” w pierwszej połowie XIX stulecia byli: Charles Babbage oraz Ada Byron, hrabina Lovelance, córka słynnego lorda Byrona.

Pierwszy elektroniczny komputer cyfrowy został zbudowany w połowie lat czterdziestych w USA i służył do obliczania torów lotu pocisków³³. Był to monstrualnych rozmiarów kalkulator, który ważył trzydzieści ton, a podczas pracy rozgrzewał temperaturę powietrza do ponad 60°C. Jego programowanie odbywało się poprzez system tysięcy mechanicznych przełączników. Praca z takim urządzeniem polegała na żmudnym i czasochłonnym wprowadzeniu danych, a następnie odczytywaniu wyniku obliczeń. Zainteresowani musieli oczekiwać w kolejce, ponieważ komputer wykonywał naraz tylko jeden program.

Kolejna faza zastosowania komputerów polegała na wykorzystaniu ich na potrzeby modelowania, prezentowania i przeszukiwania wielkich zbiorów informacji. Stało się to możliwe dzięki odkryciom naukowym pozwalającym na zmniejszenie gabarytów urządzeń, a także zmianę jakościową w zakresie szybkości i poboru energii. Pod koniec lat czterdziestych lampy elektronowe zastąpiły przekładniki, by w kolejnej dekadzie same zostać wyparte przez tranzystory. Te z kolei, w latach sześćdziesiątych, zastąpiono układami scalonymi. Kolejna generacja, wciąż jeszcze dużych komputerów typu *mainframe*, umożliwiała równoczesne wykorzystywanie mocy obliczeniowej urządzenia przez wielu programistów (*timesharing*). W ten sposób, na początku lat sześćdziesiątych narodził się konwersacyjny model pracy z komputerem polegający na interakcji programisty z maszyną³⁴. Komputery zaczęły pełnić rolę swoistych *wzmacniaczy* możliwości ludzkiego umysłu, zwiększających sposobność myślenia w sposób efektywny, klarowny, szybki, oparty na precyzyjnych danych³⁵. Od końca lat sześćdziesiątych karty perforowane zastąpione zostały nowymi środkami komunikacji człowieka i maszyny, jak klawiatura, drukarka, monitor. Pojawienie się układów scalonych o wielkim stopniu scalenia sprawiło, że możliwe stało się projektowanie komputerów o wysokiej wydajności,

³³ Urządzenie nosiło nazwę *Electronic Numerical Integrator and Calculator*, ENIAC.

³⁴ H. Rheingold, *Narzędzia ułatwiające myślenie. Historia i przyszłość metod poszerzania możliwości umysłu*, Warszawa 2003, s. 248–249.

³⁵ *Ibidem*, s. 218.

które mogły znaleźć się na biurkach indywidualnych użytkowników. W latach osiemdziesiątych komputery osobiste masowo trafiły do biur i prywatnych mieszkań, stając się podstawowym narzędziem pracy, nauki i rozrywki.

Kolejny etap zastosowania techniki komputerowej wiąże się z procesem stopniowej konwergencji komputerów i urządzeń telekomunikacyjnych. Zaczął powstawać światowy system teleinformatyczny, którego podstawową funkcją stało się utrzymywanie wielokanałowej komunikacji międzyludzkiej³⁶. Narzędzia wzmacniania intelektu stały się, tym samym, narzędziami wspierania dialogu. Ten okres w rozwoju techniki komputerowej ma, z punktu widzenia niniejszej pracy, znaczenie podstawowe. Szeroko zakrojone prace badawcze nad konwergencją technik informatycznych i telekomunikacyjnych były skutkiem ubocznym rywalizacji pomiędzy USA i Związkiem Radzieckim. W odpowiedzi na wystrzelenie przez ZSRR w 1957 roku Sputnika, w Stanach Zjednoczonych powołano Agencję ds. Zaawansowanych Projektów Naukowych (*Advanced Research Projects Agency, ARPA*). Zadaniem tej, pozostającej w ramach Departamentu Obrony jednostki było wynajdowanie i finansowanie śmiałych przedsięwzięć, które mogłyby doprowadzić do radykalnego postępu w technikach służących obronie Stanów Zjednoczonych. Naukowcom dano szeroką autonomię i pozostawiono do ich dyspozycji praktycznie nieograniczone fundusze rządowe. Sprzyjało to ukształtowaniu się wśród zaangażowanych osób szczególnego typu kultury organizacyjnej, charakteryzującej się znaczną decentralizacją, kolegalnością i odformalizowaniem procedur postępowania.

Od 1962 roku Agencja stała się najważniejszym w USA sponsorem badań nad technikami komputerowymi, także w zakresie pracy z komputerami w trybie interaktywnym³⁷. Podjęto prace nad rozwiązaniami umożliwiającymi dzielenie się mocą obliczeniową komputerów przez różne ośrodki powiązane z ARPA. W tych eksperymentach po raz pierwszy

³⁶ E. Volokh, *Technology and the Future of Law*, „Stanford Law Review”, vol. 47, 1994–1995, s. 1377.

³⁷ Było to – powołane w 1962 r. – *Information Processing Techniques Office (IPTO)*.

została wykorzystana pakietowa technika przesyłania danych³⁸. Pakiety informacji wysyłane z jednego punktu sieci do innego „odnajdowały” właściwą drogę bez potrzeby jakiegokolwiek sterowania centralnego. W 1969 roku stworzono ARPANet – pierwszą w historii sieć komputerową³⁹. Wciąż niewielu ludzi zdawało sobie sprawę z doniosłości eksperymentu, który polegał na połączeniu techniki komputerowej i telekomunikacyjnej. Jeszcze mniej uświadamiało sobie jakie będą implikacje społeczne tego faktu w niedalekiej przyszłości. Tylko nieliczni przeczuwali wówczas, że nowy wynalazek wkrótce zrewolucjonizuje życie codzienne⁴⁰. W latach siedemdziesiątych w ramach Agencji zaczęto posługiwać się pocztą elektroniczną (*electronic mail, e-mail*), co odegrało „ogromną rolę w przeformułowaniu głównej idei sieci, przenosząc zainteresowanie z połączeń między komputerami na komunikację międzyludzką”⁴¹.

Agencja ds. Zaawansowanych Projektów⁴² prowadziła prace badawcze nad włączeniem łączności radiowej i satelitarnej w tryb sieciowej komunikacji. W połowie lat siedemdziesiątych Agencja obsługiwała już trzy eksperymentalne sieci posługujące się metodą komunikacji pakietowej.

³⁸ Technika pakietowa zastąpiła metody komunikacji opartej na obwodach. Opracowali ją równolegle: Paul Baran z *Rand Corporation*, Donald Davis z *British National Physical Laboratory*, Leonard Kleinrock z *MIT*. Por. B. Leiner, *Technical Background. A Brief History of the Internet*, [w:] J. Boyle, *The Constitution of Cyberspace Cases & Materials*, 2001; źródło: <http://www.law.duke.edu/boylesite/materials%202001.pdf>.

³⁹ Świat dowiedział się o niej kilka lat później podczas międzynarodowej konferencji naukowej w Waszyngtonie. Por. M. Castells, *Galaktyka Internetu Refleksje nad Internetem, biznesem i społeczeństwem*, Poznań 2003, s. 21.

⁴⁰ Wśród tych nielicznych znalazło się dwóch autorów wywodzących się z ARPA Joseph C.R. Licklider i Robert W. Taylor. Według ich wizji połączone przez sieci komputerowe superspołeczeństwa miały wkrótce objąć nie tylko naukowców ale także gospodynie domowe, uczniów, urzędników i artystów. Będą to społeczności, które połączy nie wspólna lokalizacja, lecz wspólne zainteresowania. Każda z nich miała dysponować urządzeniami do przetwarzania i przechowywania informacji. „Wszystkie te urządzenia będą wzajemnie połączone kanałami telekomunikacyjnymi. Całość byłaby labilną siecią składającą się z sieci – o stale zmieniającym się składzie i konfiguracji”; J.C.R. Licklider, R. Taylor, E. Herbert, *The Computer as a Communication Device*, *International Science and Technology*, no. 76, 1968, s. 30.

⁴¹ J. Hofmökler, *Rozwój pola organizacyjnego Internetu Dominacja sieciowej formy porządku społecznego*, wersja elektroniczna, s. 14, <http://terminal.n17.waw.pl>.

⁴² Nazwę instytucji przemianowano na DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*).

Ważnym krokiem w kierunku wypracowaniu idei Internetu (tzn. *między-sieci*) były badania nad możliwościami połączenia sieci komputerowych różnego rodzaju. Aby mogły się ze sobą porozumiewać potrzebowały wspólnego protokołu komunikacyjnego⁴³. Należało opracować system łatwy w obsłudze, w którym przechodzenie danych z sieci typu A do sieci typu B byłoby praktycznie niewidoczne. Technologia, która spełniała stawiane wymagania okazał się jednolity protokół transmisji danych TCP (*Transmission Control Protocol*). Wkrótce, w celu udoskonalenia ciągłości i regularności przetwarzania danych wydzielono z TCP protokół IP (*Internet Protocol*), tworząc protokół TCP/IP. Poczynając od 1983 r., stał się on standardem technicznym, który obowiązuje w Internecie do dnia dzisiejszego. Projekt budowania środowiska sieci otwartej (*open-architecture network environment*) i zacierania granic między różnymi sieciami określono jako *internetting*.

W latach osiemdziesiątych rząd USA stopniowo wycofywał się z bezpośredniego zarządzania ARPANetem⁴⁴, oddając kontrolę m.in. nad sieciami badawczymi. Funkcję, którą wcześniej pełniła agencja wojskowa, przejęła cywilna Narodowa Fundacja Nauki (*National Science Foundation, NSF*) finansująca program budowy kilku centrów badawczych wykorzystujących tzw. superkomputery. Aby udostępnić ich możliwości większej liczbie naukowców, centra zostały połączone szybką siecią komputerową NSFnet, tworząc tzw. szkielet, do którego podłączono mniejsze sieci poszczególnych uczelni. Ich liczba w 1987 r. wyniosła 170, grupując kilkaset tysięcy komputerów, z których korzystało około miliona użytkowników. Wymagało to zastosowania elastycznych form koordynacji o charakterze profesjonalnym, a nie politycznym. Sieć rozciągała się po coraz szerszej przestrzeni, wykraczając poza granice USA. Przyłączały się do niej sieci szkieletowe z Francji, Kanady i krajów skandynawskich. W styczniu 1990 roku było tak połączonych około 250 sieci zagranicznych, co sta-

⁴³ Zbiór zasad dotyczących formatu danych przesyłanych przez sieć komputerową.

⁴⁴ Państwo pozostawiło sobie wydzieloną część o przeznaczeniu *stricte* wojskowym, którą nazwano MILNet.

nowiło 20% wszystkich ówczasnie istniejących. W 1995 roku było ich już 22 000, czyli ponad 40% ogółu⁴⁵.

Na początku lat dziewięćdziesiątych najważniejszymi przeszkodami utrudniającymi dalszy rozwój Internetu był zakaz używania finansowanej przez państwo sieci szkieletowej do celów komercyjnych oraz jej niedostępność dla szerszego kręgu odbiorców, spoza kręgów akademickich. Do roku 1995 „rdzeń” Internetu wciąż jeszcze formalnie stanowił własność jednego państwa, choć trwały intensywne przygotowania do jego prywatyzacji. Rozluźniono rygory zabraniające komercyjnego wykorzystania Internetu, dopuszczając, początkowo w celach eksperymentalnych, świadczenia niektórych usług drogą elektroniczną. Niektóre sieci regionalne odłączały się od „edukacyjnego i naukowego” NSFNetu, tworząc lokalne struktury komercyjne, a z czasem także własne sieci szkieletowe. Fundacja Nauki prowadziła politykę zmierzającą do łączenia prywatnych i publicznych sieci szkieletowych⁴⁶. Funkcjonowanie finansowanego przez państwo szkieletu było w sposób kontrolowany wygaszane, a świadczone przez niego usługi przejmowały struktury tworzone w ramach sektora prywatnego⁴⁷.

Dla szerokich, nieograniczonych cenzusem wykształcenia i majątku gremiów Internet narodził się w roku 1995⁴⁸. Stało się to w dużej mierze za sprawą wykorzystania wówczas na masową skalę pomysłu Tima Bernersa-Lee, angielskiego programisty. Jeszcze w latach osiemdziesiątych opracował on sieciowy system wymiany informacji nazwany *World Wide Web* (w skrócie WWW), którego innowacyjność polegała na niezwyklej prostocie obsługi. Profesjonalne umiejętności przestały być warunkiem

⁴⁵ J. Abbate, *Inventing the Internet*, Cambridge, Mass. 1999, s. 210.

⁴⁶ W tym celu utworzono tzw. *Network Access Points*, w ramach których łączyły się szkieletowe sieci federalne, naukowe i komercyjne.

⁴⁷ Na temat powstania Internetu oraz procesu jego prywatyzacji por. m.in. J.P. Kesen, R.C. Shah, *Fool Us Once Shame on You – Fool Us Twice Shame on Us: What We Can Learn from the Privatizations of the Internet Backbone Network and the Domain Name System*, „Washington University Law Quarterly”, vol. 79, 2001.

⁴⁸ M. Castells, *Galaktyka Internetu...*, s. 27.

skorzystania z zasobów *międzysieci*. WWW umożliwia dostęp do zapisanych w odpowiednim formacie dokumentów hipermedialnych (takich jak dane dźwiękowe, tekst, obraz, grafika, animacja) połączonych poprzez hiperłącza z innymi dokumentami. Uruchomienie hiperłącza powoduje automatyczne przejście do danych znajdujących się w dowolnym miejscu sieci. *World Wide Web* stała się niezwykle popularnym sposobem korzystania z zasobów informatycznych zgromadzonych w ramach sieci Internet.

Od połowy lat dziewięćdziesiątych rozwój Internetu zaczął przypominać efekt „śnieżnej kuli”⁴⁹. *Międzysieć* powiększała swój zasięg i zasoby pamięci w drodze przyłączania sieci mniejszych do sieci dominującej. Proces ten objął niemal wszystkie istniejące wcześniej sieci komputerowe⁵⁰. Przez ostatnie dwudziestolecie świat został „opleciony” i spenetrowany przez tego rodzaju połączenia. Charakterystyczne jest swoiste pączkowanie tej struktury. Jedne komponenty inicjowały powstawanie kolejnych, poczym same ulegały likwidacji. W USA taki los spotkał uzależniony od państwa NSFNet, który przestał funkcjonować w kwietniu 1995 r. Data ta wyznacza początkową cezurę istnienia sieci w formie, która będzie przedmiotem badań w niniejszej pracy. Internet łączył wówczas około 50 tysięcy sieci (węzłów), z których korzystało kilkanaście milionów użytkowników. Liczba ta systematycznie rosła, przekraczając w 2005 roku jeden miliard⁵¹.

Tak rozumiany Internet nie jest jednostkowym przedmiotem materialnym, ale zbiorem wielu elementów – (potencjalnym) wzajemnym połączeniem pomiędzy milionami komputerów lub innych urządzeń teleinformatycznych (*ICT Tools*) usytuowanych w różnych miejscach globu. Ze względu na ciągły rozwój środków technicznych, których można użyć w celu połączenia się z Internetem, pojęcie „sieci komputerowej”

⁴⁹ Istnieją opinie, wg których Internet mógłby rozwinąć się jeszcze szybciej, ponieważ technicznie było to możliwe już w końcu lat 70. Zdaniem Roberta Taylora, jednego z „ojców Internetu” nie stało się tak na skutek braku porozumienia pomiędzy wiodącymi firmami i instytucjami z branży teleinformatycznej. Por. H. Rheingold, *Narzędzia...*, s. 392

⁵⁰ Przykładowo: Usenet, Fidonet i Bitnet.

zaczyna być wypierane przez określenie „środowisko sieciowe” (*network environment*). Jediną stałą cechą Internetu jest jego sieciowa architektura w postaci struktury różnorodnych urządzeń teleinformatycznych działającej w oparciu na jednolitym protokole transmisji danych. Kwestię drugorzędną stanowi rodzaj urządzeń znajdujący się na zakończeniach sieci: komputery osobiste, telefony komórkowe, przenośne urządzenia służące do odtwarzania muzyki albo filmów, itd.⁵² Również liczba tych urządzeń nie jest stała, podlega ciągłym zmianom.

Internet łączy wielką ilość sieci komputerowych utrzymywanych przez podmioty gospodarcze, rządowe albo akademickie, związki religijne czy stowarzyszenia. Poszczególne fragmenty Sieci są zarządzane w sposób autonomiczny. Nie istnieje centralny ośrodek decyzyjny kon-

51

Data	Użytkownicy Internetu (w mln.)	Odsetek światowej populacji
Grudzień 1995	16	0.4 %
Grudzień 1996	36	0.9 %
Grudzień 1997	70	1.7 %
Grudzień 1998	147	3.6 %
Grudzień 1999	248	4.1 %
Grudzień 2000	451	7.4 %
Sierpień 2001	513	8.6 %
Wrzesień 2002	587	9,4 %
Grudzień 2003	719	11,1 %
Grudzień 2004	817	12,7 %
Grudzień 2005	1.018	15,5 %
Grudzień 2006	1.093	16,7 %
Grudzień 2007	1.319	20,0 %

Źródła: IDC, C.I. Almanac, Nua Ltd., Internet World Stats.

⁵² Nie ma znaczenia sposób podłączenia urządzeń: przez dostawcę telewizji kablowej, firmę telekomunikacyjną, drogą radiową, podwodną czy satelitarną.

trolujący wszystkie aspekty funkcjonowania Internetu. Warunkiem „bycia w Sieci” jest tylko i wyłącznie stosowanie się do wspólnych standardów komunikacyjnych pozwalających wymieniać dane. Nie ma natomiast wymogu stosowania unikalnego oprogramowania.⁵³ Konstrukcja otwartej sieci komputerowej umożliwia funkcjonowanie różnych usług wyższego poziomu. Do najbardziej popularnych na przełomie wieków zaliczono pocztę elektroniczną, listy dyskusyjne, wymianę plików na zasadzie *peer-to-peer* oraz wspomniany już system hipertekstowych stron internetowych *World Wide Web*.

Fenomen „przewrotu informatycznego” dobrze oddaje wymierny wzrost ilości informacji magazynowanych i transmitowanych przy użyciu poszczególnych środków i urządzeń elektronicznych. Ilość nowych informacji generowanych przez naszą cywilizację można mierzyć, biorąc pod uwagę dwa wskaźniki: ilości informacji zapisywanych na różnych nośnikach oraz rozmiar przepływów informacji (*flows*) kanałami takimi jak radio, telewizja, telefon i Internet⁵⁴. „Produkcję informacyjną” ludzkości w 2002 roku oszacowano na około pięć eksabajtów, co można obrazowo porównać do ilości informacji zawartych we wszystkich drukowanych zbiorach biblioteki Kongresu Stanów Zjednoczonych pomnożonej przez pół miliona⁵⁵. Zdecydowana większość nowych informacji była zapisywana w formie cyfrowej. Dominującą rolą Internetu można zobrazować na podstawie dynamiki przyrostu informacji transmitowanych przez to medium. W 2002 roku przez Internet przesłano ponad dziesięciokrotnie więcej informacji

⁵³ A.M. Froomkin, *Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, „Harvard Law Review”, vol. 116, no. 3, 2003, s. 778.

⁵⁴ Pomiar taki stał się możliwy, ponieważ każdy rodzaj informacji nadających się do zapisania w formie cyfrowej może być mierzony w bajtach. Dwa tysiące bajtów (dwa kilobajty, Kb) odpowiadają ilości danych zawartych na stronie maszynopisu. W 2002 r. wysłano ponad trzydzieści miliardów wiadomości poczty elektronicznej (*electronic mail*). Była to niewątpliwie najbardziej popularna wśród użytkowników forma komunikacji internetowej. Znaczna ilość danych jest transmitowana poprzez *World Wide Web*. Część z nich pozostaje stale dostępna (*surface web*), część jest generowana automatycznie na indywidualne zapotrzebowanie użytkownika (*deep web*), np. różnego rodzaju bazy danych.

⁵⁵ Raport „*How much information? 2003*” został opracowany w ramach Uniwersytetu Kalifornijskiego przez *Berkeley's School of Information Management and Systems*. Źródło: <http://www.sims.berkeley.edu>.

niż w przypadku telewizji, a stukrotnie więcej niż w przypadku radia⁵⁶. W ostatnich latach wzrasta zainteresowanie transmitowaniem obrazu video oraz dźwięku przez Internet. Według szacunków amerykańskich w końcu pierwszego dziesięciolecia XXI wieku trzy czwarte wszystkich usług polegających na transmisji głosu będzie świadczonych tą techniką (*voice over IP*, VOIP).

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że w ciągu ostatniej dekady Internet stawał się stopniowo centralną platformą komunikacyjną o wymiarze globalnym, która na początku XXI wieku nie ma poważnej konkurencji. Jest on medium tworzącym dalekosieźny kanał transmisji różnorodnej treści wyrażonych w formie cyfrowej, kanał dostępu do informacji, ich dystrybucji i sprzedaży przy bardzo niskich kosztach reprodukcji. Momentem, który zaważył na zwiększeniu się społecznego znaczenia i rozwoju demograficznym Internetu okazała się popularyzacja *World Wide Web*, co nastąpiło w połowie lat 90. wraz z prywatyzacją sieci szkieletowej. W jednym roku Internet stał się przystępny dla mas i dostępny dla biznesu. Sektor ICT (*technik informatycznych i komunikacyjnych*) zaczął stanowić jeden z najszybciej rozwijających się działów techniki i gospodarki. Zmiany w nim zachodzące są wyzwaniem także dla badaczy współczesnej kultury. Dzieje się tak, ponieważ wraz z rozwojem Internetu modyfikacji ulega kilku kluczowych wymiarów ludzkiego życia, tj. przestrzeni, czasu oraz umiejętności rozróżniania pomiędzy rzeczywistością a symbolami, które tą rzeczywistość oznaczają.

3. Kierunki transformacji struktury społecznej

Ewolucja technik tworzących Internet, a także przekształcenia własnościowe w obrębie jego infrastruktury doprowadziły do wytworzenia się nowego obszaru działań społecznych i nowych typów relacji zachodzących

⁵⁶ Jest o ilość informacji odpowiadająca pięciuset bilionom stron maszynopisu.

w tym obszarze. W ostatniej dekadzie dwudziestego stulecia osiągnięty został taki poziom rozwoju techniki, w którym niemal wszystkie wytwory kultury duchowej mogą być zapisywane w formie cyfrowej, czyli zdematerializowanej, niezależnionej od fizycznych nośników. Technologie kompresji i transmisji danych stworzyły nieznane dotąd możliwości dla transformacji i dystrybucji produktów informacyjnych, a koszt tych operacji stał się śladowy.

Istnieje wyraźny związek pomiędzy rozwojem techniki a przemianami struktur społecznych, czyli form, w ramach których jednostki organizują swoje zbiorowe działania. Najważniejszą z tych przemian jest umacnianie się i upowszechnianie struktur nazywanych sieciami społecznymi. Pod wpływem nowego paradygmatu technologicznego, nazwanego przez Manuela Castellsa informacjonizmem, kształtuje się społeczeństwo sieci (*network society*)⁵⁷. Tzw. sieci społeczne mają przy tym znacznie dłuższą tradycję niż którakolwiek z istniejących technik informatycznych. Dla zachowania jasności wyводу trzeba w tym miejscu wyjaśnić ogólne znaczenie tego pojęcia, aby następnie zrelatywizować je do realiów przewrotu informatycznego.

Sieć społeczna jest jedną z możliwych form organizacji życia społecznego, formą o tyle oryginalną, że pozbawioną wierzchołka i ośrodka centralnego, rozproszoną i zdecentralizowaną. Od wieków występuje ona obok dwóch innych podstawowych form, tzn. hierarchii i rynku⁵⁸. Właściwości sieci najłatwiej zauważyć, konfrontując je z cechami pozostałych typów porządków społecznych. Różnice dotyczą zarówno charakterystycznych relacji społecznych, jak i sposobów regulacji zachowań. Poszczególne formy organizacyjne pozostają ze sobą w relacji swoistej konkurencji. Niektóre

⁵⁷ M.Castells, *The Information Age: Economy, Society and Culture. Vol 1.: The Rise of the Network Society*, Oxford 2000, s. 13–25. [pozycja oznaczana dalej jako *M. Castells, The Rise of...*].

⁵⁸ Podział form organizacji struktur społecznych zaczerpnięty został z teorii nowego instytucjonalizmu. Por. G. Thompson, J. Frances, R. Levačić, J. Mitchell, *Markets, Hierarchies and Networks. The Coordination of Social Life*, London 1991. Problem ten szeroko omawia J. Hofmokr, *Rozwój pola organizacyjnego Internetu Dominacja sieciowej formy porządku społecznego*, wersja elektroniczna, s. 14, <http://terminal.n17.waw.pl>.

z nich „zdobywają” nowe obszary życia społecznego, podczas gdy inne są z tych obszarów wypierane.

Ustalona hierarchia autorytetów należy do podstawowych cech organizacji biurokratycznej, typowej dla nowożytnych państw. Już na przełomie XIX i XX wieku taki model organizacyjny stał się wzorem funkcjonowania niemal wszystkich sformalizowanych organizacji i instytucji w społeczeństwie, m.in. wojska, uniwersytetów, a także dużych firm, zwłaszcza państwowych monopolistów⁵⁹. System komunikacji w ramach hierarchii przyjmuje postać wertykalną i scentralizowaną, opartą na relacjach typu zwierzchnik – podwładny. Osoby będące niżej w hierarchii zobowiązane są do posłuszeństwa wobec przełożonych. Wszelkie działania zostają podporządkowane odgórnie wyznaczonym celom i procedurom. Osiągnięcie wskazanego celu następuje poprzez podział i specjalizację zadań, których realizacja odbywa się w określonym czasie, przez wyznaczone i odpowiednio przygotowane osoby. Na poszczególnych szczeblach hierarchii decyzje zapadają na podstawie odgórnie ustalonych generalnych i abstrakcyjnych reguł. Dąży się do ograniczenia luzów decyzyjnych i dyskrecjonalizmu na pośrednich szczeblach hierarchicznej struktury.

Modelem koordynacji życia społecznego, który najczęściej bywa przeciwstawiany formom hierarchicznym jest rynek. Jego funkcjonowanie zakłada możliwość podejmowania aktów wolnej wymiany dóbr w obrębie ramy instytucjonalnej tworzonej przez prawo. Preferencje jednostek kształtują się na podstawie analizy cen i motywowane są własną korzyścią poszczególnych stron transakcji. Swobodny przepływ informacji warunkuje prawidłowe funkcjonowanie mechanizmów konkurencji. O ile tradycyjnie rynek pełni ważną funkcję koordynatora działalności gospodarczej, to odkryciem naszych czasów jest zastosowanie mechanizmów *quasi*-rynkowych dla koordynacji różnego typu systemów i organizacji spoza sfery ekonomicznej. Przykładem tego może być próba „odwzoro-

⁵⁹ L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 85.

wania” funkcji rynkowych w takich obszarach jak publiczna edukacja czy ochrona zdrowia⁶⁰.

Zarówno hierarchia, jak i rynek niosą ze sobą pewne ograniczenia. Z jednej strony, zarzuca im się brak efektywności, szczególnie jeżeli koordynacja dotyczy współczesnych heterogenicznych społeczeństw. Z drugiej strony, wyłania się problem nadmiernej instrumentalizacji i czynienia ze społeczeństwa przedmiotu zabiegów socjotechnicznych. Mechanizmy oparte na hierarchii, w których relacje wertykalne dominują nad horyzontalnymi, są na ogół mało elastyczne, co skutkuje niskim stopniem innowacyjności. Hierarchia autorytetów i centralizm nie sprzyja oddolnemu kreowaniu działań organizacji. Dlatego struktura ta nie potrafi szybko reagować na zmiany technologiczne lub przemiany społeczne. Znaczna część środków i sił organizacyjnych przeznaczana jest na podtrzymanie własnego istnienia, kosztem realizacji celów merytorycznych. Słabością koordynacji rynkowej jest natomiast brak odpowiednich instrumentów alokacji dóbr, których wartość trudno wycenić w wymiernych jednostkach oraz tzw. dóbr publicznych, które przynoszą korzyści wszystkim, bez względu na wniesiony wkład. W praktyce nie istnieje równy dostęp do informacji, podobnie jak nie istnieje konkurencja doskonała.

Jeżeli by przyznać rację Jamesowi M. Buchananowi, który stwierdził, że w zetknięciu z problemami współczesności zawiodły zarówno rynki, jak i rządy, to na tym większą uwagę zasługuje alternatywna wobec nich forma koordynacji życia zbiorowego w postaci sieci społecznej⁶¹. Sieci zdecydowanie różnią się od hierarchicznych mechanizmów koordynacji. Nie są rodzajem porządku zaprowadzonym przez jednolite kierownictwo. Nie są też poddane ogólnemu sterowaniu. Wiele podobieństw zachodzi pomiędzy siecią a rynkiem. Jedno i drugie jest porządkiem zakładającym potrzebę adopcji do okoliczności, których znajomość rozproszona jest wśród wielu ludzi. Okoliczności te nigdy nie są objęte w całości przez jakikolwiek pojedynczy, planujący umysł. August von Hayek nazywa tego

⁶⁰ G. Thompson, J. Frances, R. Levacic, J. Mitchell, *Markets...*, s. 8.

⁶¹ J.M. Buchanan, *The Limits of Liberty*, Chicago – London 1975, s. 174.

typu porządek spontanicznym albo endogennym, czyli wygenerowanym samorzutnie⁶². Jednak w odniesieniu do sieci więcej elementów tworzenia porządku jest zależnych od jej inicjatora niż w przypadku klasycznego wolnego rynku.

Pojawia się m.in. czynnik, który nie był koniecznym składnikiem koordynacji rynkowej, tzn. wymóg, aby wszyscy uczestnicy sieci podzielali pewne wspólne wartości i przekonania. Pozwala to na wytworzenie bliskich, silnych, stabilnych i długoterminowych relacji w ramach sieci, opartych na zaufaniu i lojalności. Ta stabilność umożliwia nawet okresowe wstrzymanie interakcji pomiędzy komórkami sieci bez obawy, że dojdzie do szybkiej dezintegracji struktury. W przypadku rynku mieliśmy zawsze do czynienia z pewną grą, w której dominowały postawy oportunistyczne, ograniczone jedynie przez minimum reguł w postaci prawa własności, deliktów i kontraktów. Uczestnicy rynku dbali więc przede wszystkim o własne sprawy i zaspokajali własne potrzeby. Korzyści z wzajemnych interakcji były jasno sprecyzowane w kontraktach, a zaufanie nie aż tak istotne, ponieważ na straży wykonania umowy stała sankcja prawna. W sieciach utrzymanie relacji jest równie ważne jak dobra które podlegają wymianie. Rynek jest więc formą nieprzymusowej organizacji, która wywiera skutek koordynacyjny, ale nie integracyjny. Wewnątrz sieci przeważają postawy ukierunkowane bardziej na współdziałanie niż na konkutowanie.

Sieci są płaskimi formami organizacyjnymi (struktury poziome). Duże znaczenie ma dla nich horyzontalny przepływ informacji.

*„Sieci mają wiele zalet jako struktura organizacyjna za względu na typową dla nich naturalną elastyczność i łatwość dostosowania do bieżących wymogów, które to cechy decydują o przetrwaniu w szybko zmieniającym się środowisku. Oto dlaczego sieci pojawiają się we wszystkich dziedzinach życia gospodarczego i społecznego, a oparte na nich struktury osiągają lepsze wyniki niż pionowo zorganizowane firmy i scentralizowana biurokracja.”*⁶³

⁶² F.A. von Hayek, *Konstytucja wolności*, Warszawa 2006, s. 166–167; tenże, *Spontaneous ('grown') order and organized ('made') order*, [w:] G. Thompson, J. Frances, R. Levačič, J. Mitchell, *Markets, Hierarchies and Networks. The Coordination of Social Life*, London 1991, s. 293–301.

⁶³ M. Castells, *Galaktyka Internetu...*, s. 11.

Według koncepcji Castellsa, każda sieć społeczna składa się z „zespołu wzajemnie połączonych węzłów” (*nodes*), pomiędzy którymi dochodzi do różnego rodzaju interakcji⁶⁴. Im większa jest zdolność przetwarzania informacji przez dany węzeł, tym większe jest jego znaczenie. W zależności od tego, z jaką siecią mamy do czynienia węzłami będą zespoły ekspertów (sieć ekonomiczna), sztaby wyborcze (sieć polityczna), punkty przerzutu narkotyków (sieć przestępcza), czy też poszczególne kryjówki i miejsca szkoleń terrorystów w przypadku sieci (siatki) terrorystycznej⁶⁵. Częste interakcje pomiędzy uczestnikami sieci pozwalają na tworzenie się relacji podtrzymujących stabilność struktury. Sieci afirmują bowiem te wartości, które były niedocenione zarówno w mechanizmach hierarchicznych, jak i w koordynacji rynkowej. Uznają samoistne znaczenie i wagę relacji międzyludzkich, opartych na zaufaniu, lojalności, równości i partnerskich stosunkach. Ich rozwój prowadzi do kumulacji kapitału społecznego korzystnej dla wszystkich członków sieci, choć już niekoniecznie dla szerokiego ogółu (np. w przypadku sieci korupcyjnej). Sieci dobrze sprawdzają się w przypadku wymiany dóbr, których wartość trudno określić w wymiernych jednostkach, takich jak wiedza, technologia czy umiejętności⁶⁶.

Kontrola funkcjonowania struktur sieciowych opiera się na metodach nieformalnych. Jako że członkowie poszczególnych sieci tworzą zazwyczaj grupę stosunkowo homogeniczną, koordynacja może następować poprzez odwoływanie się do wspólnych norm, celów lub przekonań. W hierarchii cele narzucane są z góry, w postaci rozkazu pochodzącego od przełożonego. W sieci działania członków ograniczane są przez logikę sieci wynikającą ze sposobu jej zaprojektowania. Sieci mają charakter otwarty, są zdolne do rozszerzania swego zakresu, włączania nowych węzłów i interakcji

⁶⁴ Castells nie odnosi się bezpośrednio do żadnej z istniejących teorii sieci społecznych, które występują w ramach nauk socjologicznych. Mimo istniejących podobieństw pomiędzy jego koncepcją a teorią systemów autopoietycznych Niklasa Luhmanna wiele wskazuje na to, że każdy z nich doszedł do swoich tez niezależnie i samodzielnie, opierając się na odmiennych założeniach metodologicznych. Por. K. Pietrowicz, *Społeczeństwo sieciowe. Wokół teorii Manuela Castellsa*, Toruń 2005, praca doktorska, niepubl.

⁶⁵ Specyficzny typ sieci, silnie nacechowany pierwiastkiem duchowego przywództwa stanowi Al-Quaida.

⁶⁶ J. Hofmokr, *op.cit.*, s. 6–8.

w ramach własnej struktury tak długo, jak tylko zachowywany zostaje wspólny kod komunikacyjny, w postaci podzielanych wartości lub wspólnych celów. Z drugiej strony, poszczególnym członkom trudno jest doprowadzić do zmiany zasad panujących w sieci. Znacznie łatwiej utworzyć nową strukturę, niż znacząco zmodyfikować już istniejącą.

Do czasu pojawienia się nowoczesnych technik informatycznych, liczebność zbiorowości, która mogłaby być koordynowana przy użyciu mechanizmów sieciowych była zazwyczaj bardzo ograniczona. Autor „*The Rise of the Network Society*” słusznie zauważył, iż wskutek przewrotu informatycznego, sieci, istniejące dotąd na obrzeżach dominujących struktur społecznych, znalazły materialną podstawę, która nadała ich egzystencji nową dynamikę i umożliwiła rozwój w skali globalnej⁶⁷. Przewrót informatyczny doprowadził do wzmocnienia ich pozycji i do udoskonalenia ich elastyczności. Zredukowane zostały problemy, które dotychczas stały na przeszkodzie skutecznej rywalizacji ładu sieciowego z ładem hierarchicznym⁶⁸.

Niewątpliwie Internet, jako platforma dla procesów globalizacji w takich dziedzinach, jak gospodarka, rozrywka, polityka czy prawo, przyspiesza spontaniczne organizowanie się transnarodowego społeczeństwa obywatelskiego nowego typu. Następuje to również poprzez formowanie się nowych rodzajów sieci społecznych służących koordynacji zbiorowych działań⁶⁹.

Rozważając społeczne uwarunkowania rewolucji informatycznej nie sposób uniknąć ważnego problemu. Pomimo powszechności twierdzeń o wzrastającym w ostatnich latach uzależnieniu się społeczeństwa od informacji, pojawia się w tym względzie pewna fundamentalna wątpliwość. „*Czy wynalazek druku, a jeszcze wcześniej systemy przetwarzania informacji stosowane w starożytności nie decydowały o sukcesach tak militarnych, jak i eko-*

⁶⁷ M. Castells, *The Rise of...*, s. 501.

⁶⁸ Znamienne są w tym zakresie ustalenia poczynione przez niektórych socjologów, które mogą świadczyć o tym iż, również współczesne państwa, czyli struktury formalne, zbliżają się do sieciowej formy organizacji. Por. J. Stanisz, *Władza globalizacji*, Warszawa 2003, s. 17.

⁶⁹ J.P. Cronan, *The Next Challenge for the First Amendment: the Framework for an Internet Incitement Standard*, „Catholic University Law Review”, vol. 51, 2001–2002, s. 443–449.

onomicznych, czy też o postępie nauki ?” – pyta retorycznie James Boyle⁷⁰. Bezspornym faktem jest, że informacja stanowiła pożądane społecznie dobro we wszystkich okresach historycznych. Na kartach Biblii pojawiło się stwierdzenie: „Człowiek mądry ma moc a rozumny zwiększa swą siłę”⁷¹. Wiedza, panowanie nad procesami zbierania, przetwarzania i rozpowszechniania informacji zawsze w dziejach miało istotne znaczenie. Tego rodzaju forma uzależniania od informacji pozwalają nazwać tamte społeczeństwa – *społeczeństwami informacyjnymi (information society)*. Termin „społeczeństwo informatyczne” oznacza jednak coś więcej. Jest to specyficzna organizacja społeczeństwa, w której generowanie, przetwarzanie i transmitowanie informacji staje się fundamentalnym źródłem produktywności i władzy, z uwagi na szczególne uwarunkowania techniczne społecznej egzystencji. Termin „informatyka” wywodzi się od słów „informacja” oraz „automatyka”⁷². O awangardowości „społeczeństwa informatycznego” w stosunku do „społeczeństw informacyjnych” czasów minionych przesądza element „automatyzmu” pojawiający się przy przetwarzaniu informacji i stanowiący o różnicy jakościowej, a nie zaledwie ilościowej. Społeczeństwo takie bardzo często organizuje swoją strukturę na bazie sieci (*networking logic*). Fakt ten świadczy o funkcjonalnych powiązaniach tej formacji społecznej z opisanym wcześniej fenomenem społeczeństwa sieci⁷³. Jest to faktycznie to samo zjawisko, tyle że opisywane z dwóch różnych punktów widzenia.

Specyfikę informatycznego społeczeństwa sieci Castells stara się uchwycić przy pomocy trzech pojęć: „przestrzeni przepływów”, „bezczasowego czasu” i „realnej wirtualności”. W epoce informatycznej „przestrzeń przepływów” (*space of flows*) wypiera przestrzeń miejsc, kategorię typową dla epoki przemysłowej. Na pojęcie to składają się: technika tworząca infrastrukturę sieci i umożliwiająca przepływ informacji w postaci cyfrowej, punkty węzłowe sieci w postaci centrów informacyjnych oraz aktorzy

⁷⁰ J. Boyle, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge MA 1997, s. 5.

⁷¹ Por. *Księga Przysłów* 24,5.

⁷² A. Szewczyk, *Informatyka...*, s. 21.

⁷³ M.Castells, *The Rise of...*, s. 21.

społeczni podejmujący najważniejsze decyzje związane z siecią. Na bazie tej samej infrastruktury mogą być budowane rozmaitego rodzaju sieci społeczne, operujące w różnych przestrzeniach przepływów: sieci globalnego rynku, których punktami węzłowymi są wielkie metropolie, a aktorami menadżerowie, sieci przestępcze z kluczowymi punktami w postaci magazynów broni lub instytucji zajmujących się praniem brudnych pieniędzy czy wreszcie sieci ruchów społecznych. Nowa przestrzenna logika organizacyjna ma zasięg globalny, co stanowi istotny czynnik kształtujący społeczeństwo sieci, jak i pojedyncze wspólnoty⁷⁴. Wiele z nich ma charakter wspólnot doświadczenia (*experiential communities*), ale już niekoniecznie wspólnot geograficznych, w tradycyjnym sensie⁷⁵. Przemiany kulturowe, związane z rozwojem technik przetwarzania informacji, zmieniają ustalone koncepcje ludzkiej przestrzenności. W związku z rewolucją informatyczną stopniowemu zacieraniu ulega tradycyjny podział na dystans prywatny, zarezerwowany dla osób bliskich i dystans publiczny dotyczący interakcji oficjalnych. *Techniki informatyczne i komunikacyjne* umożliwiają zarówno symulację sytuacji intymnych, jak i urzędowych⁷⁶. Typowe „zachowania przestrzenne” człowieka tracą na znaczeniu wobec zaniku bariery komunikacyjnej związanej z otoczeniem fizycznym.

„Bezczasowy czas” (*timeless time*) jest to wyrażenie stworzone z myślą o sytuacji, gdy natychmiastowy przepływ informacji redukuje znaczenie czasu, jako istotnej zmiennej regulującej działalność obiektów społecznych w ramach sieci. Czas biologiczny dotyczy świata przyrody. Czas zegarowy jest wytworem kulturowym epoki nowożytnej. „Czas bezczasowy”, istniejący obok dwóch pozostałych, stanowi wymiar czasowy dla interakcji w „przestrzeni przepływów”, gdyż z punktu widzenia sieci kulturowy czas zegarowy stracił tam dotychczasowe znaczenie⁷⁷.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 407–459.

⁷⁵ G.S. Alexander, *Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community*, „Cornell Law Review”, vol. 75 1989, s. 25–26.

⁷⁶ Por. M. Filipiak, *Homo Communicans. Wprowadzenie do teorii masowego komunikowania*, Lublin 2004, s. 42–49.

⁷⁷ M. Castells, *The Rise of...*, s. 461–499.

„Realna wirtualność” (*real virtuality*) odnosi się do sytuacji, gdy reprezentacje medialne (np. postaci z serialu filmowego, bohaterowie gry komputerowej) stają się dla ich odbiorców rzeczywistością, a nie jedynie częścią symbolicznego otoczenia⁷⁸. Reprezentacje te, zwane też „realnościami mediów”⁷⁹, odgrywają kluczową rolę w procesach socjalizacji, czy też w kształtowaniu praktyki politycznej. Współczesna kultura staje się coraz bardziej kulturą postfiguratywną⁸⁰. Wzorce postępowanie czerpane są nie z porządku moralnego zastanego w państwie albo w środowisku rodzinnym, ale z medialnych reprezentacji rzeczywistości.

Jednym z istotnych następstw pojawienia się „nowych mediów”, w szczególności Internetu, była zmiana trybu prowadzenia debaty publicznej. Na łamach tradycyjnych mediów dyskurs publiczny stawał się zazwyczaj przedmiotem zabiegów redakcyjnych, które niekiedy mogły przyjmować postać interwencji cenzorskich. Arbitralny pozostawał dobór tematów poddawanych pod dyskusję i skład osobowy uczestników debaty oraz ekspertów. Taki stan rzeczy sprzyjał przypadkom perswazyjnego paternalizmu (telewizja jako wychowawca) bądź manipulacji (telewizja jako ideologiczny akwizytor). Wraz z przewrotem informatycznym nastąpiła swoista dyspersja władzy informacyjnej. Dotąd była ona zazwyczaj ściśle związana z ośrodkami władzy politycznej lub ekonomicznej. Media stanowiły narzędzie kontroli społecznej, charakteryzowała je asymetryczną, jednokierunkową formą przekazu. Nieliczni wydawcy prasy, nadawcy radiowi i telewizyjni posiadali faktyczny monopol w zakresie dostępu do szerokiej publiczności. Wywierali także dominujący wpływ na kształt tworzącej się wokół nich kultury masowej. Obecnie widoczny jest proces powolnego, ale systematycznego przenoszenia się publicznego dyskursu z masowych mediów nadawczych (jednostronnych i wertykalnych) do sieciowych struktur informacyjnych o charakterze nadawczo–odbiorczym

⁷⁸ *Ibidem*, s. 403.

⁷⁹ W. Welsch, *Sztuczne raje. Rozważania o świecie mediów elektronicznych i o innych światach*, [w:] M. Hopfinger (red.) *Nowe media w komunikacji społecznej XX wieku*, Warszawa 2002, s. 470.

⁸⁰ A. Lekka-Kowalik, *Demokracja i autonomia jednostki w globalnej infrastrukturze informacyjnej*, „Nauka”, 1/1999, s. 126 i n.

(interaktywnym i horyzontalnym). Nowe formy komunikacji społecznej stworzyły sposobność, aby każdy zainteresowany mógł wziąć bezpośredni udział w debacie publicznej z pominięciem dotychczasowych barier. Zmniejszyły się „tradycyjne” ograniczenia jednostki, wynikające z wieku, płci czy przynależności do określonej rasy, ponieważ w większości przypadków cechy te pozostają niewidoczne dla odbiorców publikowanych treści⁸¹. Pojawienie się Internetu doprowadziło do powstania dodatkowej „warstwy komunikacyjnej” pozwalającej ominąć pośredników na drodze do masowego odbiorcy. Postępują przemiany w obrębie popularnej kultury, związane z fragmentaryzacją tzw. głównego nurtu informacyjnego (*main stream*) i wykorzystywaniem technik cyfrowych do zindywidualizowanego przetwarzania dostępnych treści medialnych (tzw. *glomming on*)⁸².

W jednym ze swoich orzeczeń Sąd Najwyższy USA zdefiniował „cyberprzestrzeń” jako „niekończącą się konwersację o światowym zasięgu”⁸³. Internet jest czymś w rodzaju globalnego Hyde Parku, laboratorium dla każdej doktryny politycznej, społecznej czy religijnej, przestrzenią społeczną, w ramach której może ona próbować pozyskać sobie zwolenników. Każdy zainteresowany może wcielić się nie tylko w rolę widza, ale również aktywnego uczestnika debaty. Dzieje się to głównie poprzez elektroniczne fora dyskusyjne i inne narzędzia komunikacji społecznej. Umożliwiają one różnorodne formy indywidualnej i zbiorowej ekspresji, posiadającej formę tekstowo–graficzną (np. blogi, strony domowe), ale także muzyczną czy filmową. W świecie, w którym każdy może publikować dla szerokiej publiczności, odpowiedzialność za ustalenie ścisłości informacji przenosi się z wydawcy na czytelnika, zmuszając go do wykształcenia umiejętności krytycznego myślenia⁸⁴. Informatyzacja kultury, czyli zapisywanie na

⁸¹ Kwestię „wirtualnej rasy” poddała analizie Margaret Chon – por. tejże, *Erasing Race?: A Critical Race Feminist View of Internet Identity–Shifting*, „The Journal of Gender, Race and Justice”, vol. 3, 1999–2000.

⁸² J.M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, „New York University Law Review”, vol. 79, 2004, s. 9–10.

⁸³ *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F. Supp. 824, 883 (E.D. Pa 1996).

⁸⁴ H. Rheingold, *Narzędzia...*, s. 403.

wielką skalę wszelkich jej wytworów w postaci cyfrowej (tzn. niematerialnej, poddającej się łatwemu przetworzeniu) stwarza podwaliny dla realizacji projektu „demokracji semiotycznej” zaproponowanej w połowie lat osiemdziesiątych XX wieku przez Johna Fiske. Demokracja w takim ujęciu ma polegać na powszechnym udziale w kreowaniu znaczeń poprzez wykorzystanie środków kultury masowej⁸⁵.

Drugą stroną opisanych procesów stanowi cały szereg zjawisk niepożądanych z punktu widzenia wartości preferowanych w ramach społeczeństw demokratycznych. Przykładem tego może być atomizacja, powstawanie zamkniętych grup, nieprzenikalnych dla pozostałych członków społeczeństwa. Izolacjonizm elektroniczny wynika często z braku zaufania do dominujących masowych mediów. Tendencja w tym kierunku nasila się wraz z przyrostem specjalistycznych kanałów informacyjnych i tzw. małych mediów. Prowadzi to wręcz do zawężania przestrzeni publicznej, w której mogłoby dochodzić do konfrontacji pomiędzy jednostkami i grupami wyznającymi odmienne wartości. Mamy do czynienia ze zjawiskiem „bałkanizacji opinii”, radykalizowania się wspólnot odgradzonych od innych poglądów, złożonych z ludzi nieznanymi konkurencyjnymi punktów widzenia rzeczywistości⁸⁶. Ucieczka od świata staje się jeszcze łatwiejsza dzięki zastosowaniu technik kryptograficznych, które umożliwiają użytkownikom tworzenie wspólnot przemawiającym niejako własnym, niedostępnym dla innych językiem. Z kolei anonimowość nowego środowiska sprawia, że wielu ludzi czuje się bezkarnymi i narusza porządek społeczny i prawny. Nowe środki komunikacji odgrywają rolę „pierścieni Gygesa”, zjawiska opisanego przez Platona w „Państwie”. Kto nałoży go na palec staje się niewidzialny, a przez to bezkarny. Już starożytni byli świadomi, że w takiej sytuacji niezwykle trudno jest wytrwać w sprawiedliwości⁸⁷.

⁸⁵ J. Fiske, *Television Culture*, London 1987, s. 236–239.

⁸⁶ Por. C.R. Sunstein, *Republic.com*, Princeton, NJ 2001, s. 57–61.

⁸⁷ Platon, *Państwo*, Kęty 2003, s. 51–52.

CZEŚĆ DRUGA

REGULACJA INTERNETU NA PRZEŁOMIE XX I XXI WIEKU

WPROWADZENIE

Przewrót informatyczny dotknął różnych sfer życia społecznego będących tradycyjnie przedmiotem zainteresowania nauk prawnych. W sferze życia prywatnego jako przykład może posłużyć zagadnienie ochrony tożsamości jednostki, w kwestiach publicznych – wolność słowa czy kwestie bezpieczeństwa. Przedmiotem dalszych rozważań będzie problem tworzenia i egzekucji reguł odnoszących się do funkcjonowania Internetu, a także ich źródła.

W drugim rozdziale zostaną przedstawione główne nurty dyskusji poświęconej tym zagadnieniom, dyskusji, która toczyła się na łamach literatury prawniczej w latach 1995–2005. W polemice tej weźmie udział również autor niniejszej pracy poprzez sformułowania własnego stanowiska. W trzecim rozdziale dokonana zostanie prezentacja mechanizmów regulacji Internetu, które nazwałem *lex informatica*. Nie mieszczą się one w formalnym, pozytywistycznym sposobie postrzegania prawa. Ich genezy upatrywać należy w generalnym zjawisku depolityzacji procesów tworzenia reguł życia społecznego w niektórych dziedzinach oraz w nowych możliwościach sterowania infrastrukturalnego, które pojawiły się wraz z przewrotem informatycznym.

KONCEPCJE DOMINUJĄCE I ICH KRYTYKA

1. Uwagi ogólne

Rozwiązania techniczne wykorzystane do budowy Internetu okazały się czynnikiem niezależnym od panujących w różnych miejscach na Ziemi ideologii politycznych⁸⁸. Ich rozwój sprawił, że w skali światowej powstała materialna podstawa do upowszechniania się określonych wartości i pewnych szczególnych typów postaw społecznych. Wraz z tym, jak następował przyrost nowych użytkowników i wzrost znaczenia ekonomicznego

⁸⁸ Nie oznaczało to, że były one „niezależne od społeczeństwa”. Ma słuszość Radosław Sojak, gdy pisze: „Fункциonowanie gadżetów technicznych za każdym razem zmienia, a następnie petryfikuje relacje społeczne – w tym jednak sensie, że to, co techniczne, jest społeczne i *vice versa*.” – *tenże, Paradoks antropologiczny. Socjologia wiedzy jako perspektywa ogólnej teorii społeczeństwa*, Wrocław 2004, s. 243.

Sieci, powiększył się zakres jej kulturowego oddziaływania. Ukształtowały się nowe typy dyskursu publicznego. Internet oddziałował i oddziałuje na wyrabianie gustów i preferencji, zarówno wśród konsumentów jak i wśród wyborców. Ciemną stroną tego zjawiska jest ułatwiony dostęp do materiałów, które budzą moralny sprzeciw. Internet coraz częściej jest wykorzystywany do popełniania czynów, uznawanych w cywilizowanych krajach za przestępcze.

Od wczesnych lat dziewięćdziesiątych na łamach prawniczej literatury amerykańskiej i europejskiej toczy się dyskusja nad tym, kto i przy pomocy jakich środków może i powinien regulować Internet. Czy regulacyjną działalność państwa można pogodzić z właściwościami globalnej Sieci? Jak w nowych warunkach powinno się tworzyć prawo? Czy tradycyjne, osadzone terytorialnie systemy prawotwórcze utrzymają swoją dotychczasową pozycję? Czy nadal będą w stanie skutecznie kształtować postawy społeczne i kontrolować zachowania członków społeczeństwa?

W tej dyskusji dominującą pozycję zajmują dwa skonfliktowane stanowiska. Pierwsze z nich, nazwane „separatystycznym” głosi, że na skutek przewrotu informatycznego musi nieuchronnie dojść do uformowania się „prawa cyberprzestrzeni”, które będzie całkowicie odrębne i niezależne od porządków prawnych stanowionych przez politycznych suwerenów⁸⁹. Zwolennicy tego poglądu sprzeciwiają się wszelkiej ingerencji państwa w sprawy autonomicznej społeczności użytkowników Internetu. Są przekonani, że uwarunkowania techniczne i topograficzne tego medium pozwolą skutecznie powstrzymać władze polityczne przed taką inwazją.

Drugie stanowisko opowiada się za tradycyjną regulacją państwową. Jego zwolennicy nie widzą dostatecznie umotywowanych racji, które przemawiałyby za dokonaniem redefinicji pojęcia prawa⁹⁰. Żadne ze zja-

⁸⁹ Termin „cyber-separatyzm” przyjmuję w znaczeniu zaproponowanym przez Viktora Mayer-Schönbergera, por. tenże, *The Shape of Governance: Analyzing of World of Internet Regulation*, „Virginia Journal of International Law”, vol. 43, 2002–2003, s. 618.

⁹⁰ Postawa taka nie musi oznaczać potępienia, odrzucenia czy niskiej oceny przemian zachodzących wskutek przewrotu informatycznego.

wisk towarzyszących upowszechnieniu się Internetu nie naruszyły istoty procesów stanowienia reguł prawnych oraz ich egzekucji. Rozwinięta w epoce przemysłowej koncepcja prawodawstwa jest, w ich ocenie, nadal w pełni adekwatna do nowej społecznej i technologicznej rzeczywistości. Ewentualne przeobrażenia prawa mogą mieć co najwyżej charakter wewnętrzny i powinny ograniczać się do nowelizacji poszczególnych aktów prawnych.

Po zaprezentowaniu spornych stanowisk i wspierających je argumentów autor przedstawia własny pogląd na temat przebiegu procesu regulacji Internetu, wychodząc od przeanalizowania ewolucji koncepcji prawa w epoce ponowoczesnej. Spór o to, kto i w jaki sposób powinien regulować Internet staje się w tym ujęciu zaledwie jedną z potyczek na rozległym froncie konfrontacji pomiędzy zwolennikami pozytywistycznych i niepozytywistycznych teorii prawa. Zwolennicy państwowej regulacji widzą na ogół prawo w sposób skrajnie tekstualny, nie uwzględniając wszystkich uwarunkowań społecznych i technicznych, w których ono funkcjonuje. „Separatyści” wprawdzie przeciwstawiają się monopolowi państwa w zakresie tworzenia prawa, ale popadają przy tym w inną skrajność, tworząc utopijną wizję oderwanej od świata materialnego cyfrowej rzeczywistości. Zamiarem autora jest odnalezienie teoretycznych podstaw dla sformułowania stanowiska pośredniego, które w kolejnym rozdziale posłuży do wprowadzenia pojęcia *lex informatica*.

2. Model libertariański czyli cyber-separatyzm

Począwszy od lat dziewięćdziesiątych XX wieku demograficzny rozwój Internetu następował już nie tylko w obrębie Stanów Zjednoczonych, ale przede wszystkim w skali globalnej⁹¹. Wzrastała ilość potencjalnych zastosowań *międzysieci*. Ogólnodostępne medium społecznej komunikacji stawało się coraz częściej także kanałem bezpośredniej dystrybucji towarów i usług w drodze elektronicznej transmisji danych⁹². Komunikacja elektroniczna przełamywała bariery przestrzeni, czasu i materii.

91

Region	Populacja w 2006 r. (w mln.)	Odsetek populacji światowej	Liczba użytkowników Internetu (w mln.)	Odsetek użytkowników*	Odsetek użycia światowego**	Przyrost użytkowników 2000- 2005
Afryka	915,2	14.1 %	23,6	2.6 %	2.3 %	423.9 %
Azja	3.667,7	56.4 %	364,2	9.9 %	35.6 %	218.7 %
Europa	807,2	12.4 %	291,6	36.1 %	28.5 %	177.5 %
Bliski Wschód	190	2.9 %	18,2	9.6 %	1.8 %	454.2 %
Ameryka Północna	331,4	5.1 %	227,3	68.6 %	22.2 %	110.3 %
Ameryka Łacińska	553,9	8.5 %	79,9	14.4 %	7.8 %	342.5 %
Australia i Oceania	33,9	0.5 %	17,8	52.6 %	1.7 %	134.6 %
Świat ogółem:	6.499,6	100.0 %	1.022,8	15.7 %	100.0 %	183.4 %

* – procentowy udział użytkowników pochodzących z danego regionu w ogólnej liczbie mieszkańców regionu.

** – procentowy udział użytkowników pochodzących z danego regionu w ogólnej liczbie użytkowników Internetu.

Źródło: dane dostępne *on-line*: www.internetworldstats.com. Informacje na temat użytkowników Internetu pochodzą z Nielsen//NetRatings, Międzynarodowej Unii Telekomunikacyjnej.

⁹² Z raportu amerykańskiego Departamentu Handlu wynika, że liczba osób korzystających z Internetu osiągnęła pięćdziesiąt milionów w ciągu niespełna czterech lat, podczas gdy w przypadku radia taka ilość słuchaczy pojawiła się dopiero po trzydziestu ośmiu latach, w przypadku telewizji trzeba było trzynastu lat. Por. A. Bettelheim, *How the U.S. Developed the Backbone of the Internet. Creating Rules for Cyberspace*, „CQ Weekly”, November, 10, 2001, s. 11.

Twórcy i pierwsi eksperymentalni użytkownicy Internetu, korzystając z niego, opierali się na zasadach własnej etyki zawodowej. Stopniowo uformowała się specyficzna etykieta komunikacyjna, określana – od angielskiego słowa *net* (sieć) – „netykieta” (*netiquette, network etiquette*)⁹³. Wraz z przybywaniem nowych użytkowników konflikty interesów i spory mające dotąd wymiar marginalny, uzyskały nową, masową skalę. Skłoniło to czynniki polityczne do zainteresowania się nowym obszarem aktywności społecznej, co spotkało się jednak z nadzwyczaj chłodnym przyjęciem ze strony większości twórców i użytkowników Internetu.

Zdaniem zwolenników libertarianizmu, doktryny trzymającej „rząd dusz” w pierwszej fazie rozwoju Sieci, zdecentralizowana i niekontrolowana struktura była źródłem dotychczasowych sukcesów Internetu. *A contrario*, regulacja pochodząca niejako „z zewnątrz”, połączona z centralizacją, mogłaby ten efekt zaprzepaścić. Wolność słowa wraz z wolnością gospodarczą zawsze, zdaniem libertarian, przynosi najlepsze rezultaty, które w przypadku Internetu zaowocowałyby w dwójnasób z uwagi na szybkość i wydajność elektronicznych transmisji danych. Elastyczne procesy decyzyjne, transakcyjne i normotwórcze pozwalają na efektywną alokację zasobów. „Oddolna” samoregulacja sprzyja realizacji ideałów liberalnych i demokratycznych⁹⁴.

„Cyber-libertarianie” (czyli: libertarianie cyberprzestrzeni) sprzeciwiali się zewnętrznej ingerencji w sprawy zbiorowości użytkowników Internetu. Byli szczególnie nieufni wobec tradycyjnych instytucji politycznych. Ich zdaniem sprawowanie władzy państwowej nad tym co się dzieje w granicach Internetu byłoby, po pierwsze, niesłuszne, po drugie, praktycznie niemożliwe. Za przyczynę takiego stanu rzeczy uznawali uwarunkowania techniczne, geograficzne, a także ilość transmitowanych przez *międzysieć* informacji. Kreślili, nacechowany pewnym antropomorfizmem, obraz informacji jako czegoś w rodzaju „formy życia”, która jest

⁹³ V. Mayer-Schönberger, *The Shape of Governance: Analyzing of World of Internet Regulation*, „Virginia Journal of International Law”, vol. 43, 2002–2003, s. 620.

⁹⁴ D.G. Post, *Governing Cyberspace*, „The Wayne Law Review”, vol. 43, 1996–1997, s. 165–166.

spragniona wolności (por. słynne hasło *information wants to be free*)⁹⁵. Nawet konieczność zapobieżenia powstawaniu ewentualnych szkód nie była dla nich wystarczającym uzasadnieniem dla interwencji państwa. Wymiana informacji, nie może bowiem, zdaniem tego odłamu libertarian, spowodować istotnego uszczerbku w dobrach zasługujących na ochronę. Zgodnie z popularnym stwierdzeniem, „*kije i kamienie mogą połamać mi kości, ale bajty nie są w stanie mnie skrzywdzić*”⁹⁶.

Wymownym przykładem pryncypialnego postawienia kwestii niezależności Internetu i przeciwstawienia się próbom jego regulacji przez państwo była „Deklaracja niepodległości cyberprzestrzeni”, ogłoszona przez Johna Perry’ego Barłowa w lutym 1996 roku. Autor nawiązuje do motywu walki narodu amerykańskiego z *zewnątrznym* ośrodkiem władzy. W tej walce miejsce Korony Brytyjskiej zajęły „*rządy przemysłowego świata*”. Barlow nazywa je „*gigantami z krwi i ze stali*”.

„Oto przybywam z cyberprzestrzeni, nowego domu umysłu! Reprezentując przyszłość, wzywam Was, jako tych z przeszłości, żebyście zostawili nas w spokoju. Nie jesteście tu mile widziani. Wasza władza suwerenna nie sięga tam, gdzie my się gromadzimy. [...] Nie macie moralnego prawa aby nami rządzić, ani też nie posiadacie takich środków przymusu, których powinniśmy się obawiać. [...] Rządy czerpią prawo do rządzenia ze zgody rządzonych. Wy, ani nie zabiegaliście, ani nie uzyskaliście naszej zgody. [...] Cyberprzestrzeń nie leży w obrębie waszych granic. Nie myślcie, że możecie ją formować niczym jakiś publiczny projekt. Oświadczam wam, że nie możecie. Jej powstanie jest dziełem natury, a rozwój jest wynikiem naszych wspólnych działań. [...] Nie znacie naszej kultury, naszej etyki, naszych niepisanych kodeksów postępowania, które zapewniają tej społeczności ład, który nigdy by nie powstał na skutek waszych nakazów. [...] Jeżeli pojawiają się u nas jakieś konflikty czy szkody wymagające naprawienia, poradzimy sobie z nimi przy wykorzystaniu włas-

⁹⁵ Autorstwo hasła przypisuje się Stewardowi Brandowi, członkowi zarządu *Electronic Frontier Foundation*, pomysłodawcy takich projektów jak *Whole Earth Catalog* i *Whole Earth Electronic Link*.

⁹⁶ J. Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, „*University of Cincinnati Law Review*”, vol. 66, 1997–1998, s. 180.

nych środków. Stworzymy własną umowę społeczną. Nasz rząd powstanie zgodnie z warunkami naszego świata, który jest inny niż wasz. [...] Wasze pojęcia prawne nie mają do nas zastosowania. One wszystkie bazują na materii, a tu, u nas, nie ma materii. [...] Nasz rząd oprze się na etyce, na ideach oświeconego interesu indywidualnego i dobra wspólnego.”⁹⁷

Tezy Barlowa zdobyły sobie dużą popularność wśród użytkowników Internetu. Pojawiła się kategoria osób nazywających samych siebie *netizens* (*network citizens*) – „obywatele Sieci” i przeciwstawiających się jej komercjalizacji oraz etatyzacji⁹⁸. Za obowiązujące uznawali jedynie te normy, które zostały przyjęte przez samych użytkowników Internetu i na ich własne potrzeby, w ramach zdecentralizowanych procesów samoregulacji.

Nie ulega wątpliwości, że John P Barlow dokonał daleko idących uproszczeń złożonego stanu rzeczy. Jego Deklaracja stanowiła jednak niewątpliwie ważny punkt odniesienia, względem którego przez lata orientowały się dyskusje na temat „niezależności cyberprzestrzeni”. Wyostrajając i radykalizując tezę „separatystyczną” Barlow sciągnął na siebie gros ataków z obozu przeciwnego. Posłużył się metaforą, hiperbolą, szeregiem kontrastowych zestawień. Tekst przemawiał do powszechnej wyobraźni. Przyciągnął uwagę prawników, politologów, specjalistów od stosunków międzynarodowych. Wielu uczonych amerykańskich, wykładających tradycyjne przedmioty prawnicze w USA, zaczęło rozpoznawać nową, atrakcyjną pod względem badawczym, dziedzinę. Wielu spośród tych pionierskich badaczy zjawisk towarzyszących rewolucji informatycznej podzielało przekonanie, że wprowadza ona w życie społeczne nową dynamikę, która rozsadza tradycyjną siatkę pojęciową nauk prawnych⁹⁹. Spodziewali się, że zachodzące zmiany mogą doprowadzić do

⁹⁷ J.P. Barlow, *Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, źródło: <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Cytowane fragmenty manifestu założyciela *Electronic Frontier Foundation* zostały wybrane pod kątem ukazania jego stosunku do kwestii władzy, prawa i regulacji.

⁹⁸ M. Geist, *Cyberlaw 2.0*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003, s. 325.

⁹⁹ Do pionierów należeli m.in. David Post, David Johnson, Larry Downes, David Farber, A. Michael Froomkin, Ethan Katsh, Larry Lessig, Henry H. Perritt, Jr., Joel Reidenberg, Pam Samuelson, Jim Tierney, Eugene Volokh.

konieczności redefiniowania takich pojęć, jak suwerenność czy usytuowanie terytorialno–polityczne jednostki. Internet jawił się jako rewolucyjne zastosowanie techniki, stwarzające potrzebę opracowania nowatorskich metod regulacji¹⁰⁰. Pojawili się autorzy, którzy, bazując na założeniach Deklaracji, zaczęli tworzyć oryginalną myśl prawną. Podkreślali „odseparowanie”, „unikalność”, „niezależność” nowego cyfrowego świata względem politycznych suwerenów. Konsekwencją tego musiało być uznanie niezależności praw tam powstających od prawa państwowego. Zjawisko swoistej fascynacji nowym medium można było zauważyć także w orzecznictwie niektórych sądów. Wolnościowej „poetyce” Internetu zdawał się okresowo ulegać nawet Sąd Najwyższy USA, broniąc w niektórych sprawach autonomii Sieci przed próbami rządowej ingerencji¹⁰¹.

W tym nurcie, nazwanym na potrzeby tego studium *cyber–separatyzmem*, podnoszono dwa zasadnicze roszczenia. Pierwsze ma charakter deskryptywny: „*prawo państwowe nie jest przystosowane do regulacji cyberprzestrzeni, a państwo nie jest w stanie skutecznie kontrolować Internetu*”. Drugie można nazwać roszczeniem normatywnym: „*prawo nie powinno regulować Internetu, ponieważ, wikła się wówczas w liczne, trudne do przewyciężenia sprzeczności i dobrze się stanie, jeżeli pozostawi tę sprawę jego twórcom i użytkownikom*”.

David Post i David Johnson w kilku publikacjach wyprowadzają daleko idące, prawno–polityczne konsekwencje z faktu pojawienia się takiego zespolenia informacji cyfrowej i ludzkiej percepcji, które umożliwia komunikację globalnej społeczności za pośrednictwem otwartych sieci teleinformatycznych¹⁰². Internet traktowany jest przez nich jak miejsce („cyberprzestrzeń”) oddzielone od świata materialnego *sui generis* granicą, która powinna być respektowana przez politycznych suwerek-

¹⁰⁰ D.G. Post, „Unsettled Paradox”: *The Internet, the State, and the Consent of the Governed*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998, s. 522

¹⁰¹ M.S. Kende, *Lost in Cyberspace: The Judiciary’s Distracted Application of Free Speech and Personal Jurisdiction Doctrines to the Internet*, „Oregon Law Review”, vol. 77, 1998, *passim*.

¹⁰² Por. M. Heim, *Metaphysics of Virtual Reality*, Oxford–New York 1993, s. 150.

nów. W cyberprzestrzeni powstają normy postępowania dostosowane do potrzeb i wymagań uczestniczących w tym procesie podmiotów. Proces ich stanowienia ma złożony, wielowymiarowy charakter. Obejmuje regulację dokonywaną przez dostawców usług internetowych, procesy samoregulacji i samopomocy. Autorzy artykułu twierdzą, że władze terytorialne powinny uznać te systemy normatywne w imię odpowiednio zastosowanej doktryny wzajemnego poszanowania praw państwowych (*comity*)¹⁰³. Stworzyłyby to szansę powołania swoistego rynku porządków normatywnych, w ramach którego osoba pragnąca żyć pod rządami najlepszej, jej zdaniem, regulacji, mogłaby w prosty sposób dokonać wyboru np. w zakresie języka, obyczajowości czy formuły ochrony własności intelektualnej. Tradycyjna koncepcja prawa jako nierozzerwalnego związku ogólnych norm, terytorialnego państwa i przymusu, jeżeli w ogóle dopuszcza istnienie tego rodzaju wyborów, czyni je uciążliwymi i kosztownymi (zmiana miejsce zamieszkania), ograniczonym do ściśle określonych sytuacji (umowny wybór prawa). W tym sensie nowoczesne państwa są monopolistami na „rynku systemów prawnych”¹⁰⁴. Libertarianie odwołują się do idei nowego federalizmu¹⁰⁵. Według założeń tej doktryny jednostka, niczym nomada, zawiera kolejne umowy społeczne i niewiele ją kosztuje zmiana środowiska normatywnego. Normy wydawane w procesie prawodawczych są w środowisku cyfrowym zastępowane standardami technicznymi określającymi zasady transmisji danych, samopomocą i umową. Dla Posta i Johnsona podważenie znaczenia granic politycznych przez transnarodowy przepływ informacji praktycznie znosi możliwość efektywnej prawno-państwowej regulacji „cyberprzestrzeni”.

Z kolei zdaniem Joela Reidenberga – innego przedstawiciela tego nurtu – przekraczając granicę cyberprzestrzeni, zaczynamy podlegać nowej jurysdykcji, której podstawę stanowi „suwerenność Sieci”. Miejsce teryto-

¹⁰³ D.R. Johnson, D. Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, „Stanford Law Review”, vol. 48, 1995–1996, s. 1391 i n.

¹⁰⁴ A.L. Bomse, *The Dependence of Cyberspace*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001, s. 1737.

¹⁰⁵ D.G. Post, *Governing...*, s. 163 i n.

rialnych suwerenów zajmują tam organizacje odpowiedzialne za kształt infrastruktury i liczne społeczności internetowe. Dysponują one środkami egzekucji stanowionych przez siebie reguł¹⁰⁶. „Wbrew popularnej opinii – pisze Reidenberg – światowa infrastruktura informacyjna nie jest miejscem bez prawa. Stanowi ona raczej fundamentalne wyzwanie dla efektywnego kierownictwa i zarządzania. Prawa, regulacje i standardy nie tylko mogą wpływać na rozwój infrastruktury oraz na zachowania jej użytkowników, ale wpływają i będą wpływać. Reguły i procesy tworzenia reguł faktycznie tam występują. Jednak tożsamość prawodawców, jak i instrumenty używane do stanowienia reguł nie odpowiadają klasycznym modelom regulacji”¹⁰⁷. Internet należy więc postrzegać jako zjawisko przypominające nieco powrót do stanu natury, w którym jednostki pozostają w relacjach horyzontalnych, poza zasięgiem jakiegokolwiek suwerennej władzy zewnętrznej. Narasta wzajemna zależność i chęć ochrony własnych interesów poprzez budowanie nieugruntowanych terytorialnie wspólnot i przystępowanie do uzgadniania warunków nowego typu umowy społecznej. Wspólnoty te stopniowo wytwarzają normy postępowania, które następnie egzekwują. Stosują w tym celu środki dyscyplinarne tak względem członków wspólnoty, jak i intruzów. Są one możliwe do przymusowego wykonania w cyfrowym środowisku¹⁰⁸.

Przeciwko korzystaniu przy regulacji Internetu z tradycyjnych, państwowych metod tworzenia prawa przemawiają, zdaniem „separatystów”, ważne względy. Są to m.in. kwestie dotyczące: suwerenności prawodawcy, jurysdykcji, legitymacji, wymogu promulgacyjnego oraz egzekucji prawa.

Suwerenność państwa w nowożytnym ujęciu utożsamiana jest z monopolem decyzyjnym władzy politycznej w zakresie wszystkich spraw mających miejsce lub wszystkich działań wywierających skutki na określonym

¹⁰⁶ J.R. Reidenberg, *Governing Networks and Rule-making in Cyberspace*, „Emory Law Journal”, vol. 45, 1996, s. 917 i n.

¹⁰⁷ J.R. Reidenberg, *Governing Networks...*, s. 912.

¹⁰⁸ Por. J.S. Bauchner, *State Sovereignty and the Globalizing Effects of the Internet: a Case Study of the Privacy Debate*, „Brooklyn Journal of International Law”, vol. 26, 2000–2001, s. 718 i n.

terytorium¹⁰⁹. Podobne założenia przyjmuje pozytywistyczna teorii prawa. Zdaniem „separatystów” ekspansja Internetu stanowi poważne wyzwanie dla systemu, w którym pojedyncze, suwerenne państwa są wyłącznymi autorytetami prawotwórczymi. Henry H. Perritt uważa, że Internet stawia pod znakiem zapytania trzy podstawowe funkcje państwa. Po pierwsze, pojedyncze państwa nie są już w stanie zapewnić bezpieczeństwa odkład polityczni ekstremiści odnaleźli w nowym medium miejsce do bezkarnego prowadzenia agitacji i środków do dokonywanie nowego rodzaju ataków terrorystycznych. Po drugie, regulacja działalności gospodarczej dostosowana do warunków epoki przemysłowej staje się archaiczna, wobec narodzenia się transnarodowej gospodarki elektronicznej. Państwo nie jest też w stanie pełnić skutecznie funkcji polegającej na ochronie i promocji określonych, uznawanych przez nie wartości. Internet stwarza możliwość masowego i anonimowego dostępu do wielu treści prawnie zakazanych, których suweren nie potrafi powstrzymać albo selekcionować w ramach granic swego terytorium¹¹⁰. Internet osłabia możliwości prowadzenia przez państwo polityki kulturalnej, służącej *ex definitione* zachowaniu narodowej tożsamości, ochronie języka i rodzimej oryginalnej twórczości. Minał czas, gdy granice państwowe oddziaływały swoiste mikrosystemy kulturowe, pomiędzy którymi istniały wprawdzie interakcje, ale miały one charakter ilościowo ograniczony. Wiele państw świata prowadziło politykę służącą zachowaniu równowagi pomiędzy rozpowszechnianiem krajowych i zagranicznych wytworów przemysłu kinematograficznego. Nadawcy radiowi i telewizyjni byli prawnie zobowiązani do emitowania pewnego odsetka krajowej produkcji, zachowania właściwej proporcji pomiędzy tzw. kulturą wysoką i popularną. Internet praktycznie czyni tego rodzaju zabiegi niemożliwymi¹¹¹.

¹⁰⁹ Na temat narodzin i rozwoju nowożytnej koncepcji suwerenności zob. klasyczne dzieła Jeana Bodina, Roberta Filmera, Tomasza Hobbesa, Jana Jakuba Rousseau i in.

¹¹⁰ H.H. Perritt, *The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance*, „Indiana Journal of Global Legal Studies”, vol. 5, 1997–1998, s. 427 i n. Katalog funkcji państwa oparty został na orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych.

¹¹¹ O kłopotach prowadzenia tradycyjnej polityki kulturalnej w Kanadzie zob. J.A. Ragosta, *The Infor-*

Jest medium umożliwiającym dostęp do informacji z dowolnego miejsca, w dowolnym czasie, a nie medium typu nadawczego, takim jak radio, telewizja czy prasa. Jedynie użytkownik decyduje o tym, co i w jakich proporcjach chce oglądać. W cyberprzestrzeni wszystkie symbole, nazwy własne, oznaczenia towarowe, przemysłowe czy miejscowe wydają się występować na równych prawach. Przepisy kontrolujące używanie określonych nazw na danym obszarze geograficznym tracą rację bytu w sytuacji, gdy „wszystko jest wszędzie”¹¹².

Szybko rozwijający się Internet sprzyja decentralizacji i podsyca anarchistyczne inklinacje niektórych użytkowników. Tradycyjne prawo państwowe w wielu sytuacjach okazuje się bezradne. Mniejsza „podatność” Internetu na państwową kontrolę wynika z wielu względów. Radio i telewizja ograniczały zazwyczaj swój zasięg do granic jednego państwa¹¹³. Internet ma globalny zasięg i jest łatwo dostępny dla szerokiego grona nadawców i odbiorców informacji. Zdaniem niektórych „separatystów” architektonika Internetu jest niejako immanentnie odporna na wszelkie próby wprowadzenia cenzury. Wynika to z dwóch cech komunikacji elektronicznej. Po pierwsze, odbywa się ona tzw. techniką pakietową (informacja jest kodowana i zapisywana w postaci pakietów, które krążą niezależnie od siebie), po drugie Internet ma charakter otwartej sieci (uszkodzenie albo zablokowanie jednego z kanałów informacji nie uniemożliwia przepływu informacji innym kanałem)¹¹⁴. Kontrowersyjne treści są zazwyczaj wprowadzane do Internetu z terytoriów państw o liberalnym ustawodawstwie, a dostęp do nich mają użytkownicy na całym świecie.

mation Revolution – Culture and Sovereignty – A U.S. Perspective, „Canada – United States Law Journal”, vol. 24, 1998, s. 160 i n.

¹¹² L.J. Gibbons, *No Regulation, Government Regulation, or Self-regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace*, „Cornell Journal of Law and Public Policy”, vol. 6, 1996–1997, s. 502.

¹¹³ Dopiero w ostatnich dekadach XX wieku stan ten uległ zmianie ze względu na pojawienie się telewizji satelitarnej.

¹¹⁴ Doświadczenie krajów totalitarnych pokazują, że przy pewnej determinacji władzy przeszkody natury technicznej dają się przezwyciężyć, czego przykładem może być tzw. elektroniczny „chiński mur”.

Z drugiej strony, pojedyncze państwa nie posiadają legitymacji, aby rozpościerać swoją jurysdykcję nad całością Internetu, który ma ponadnarodowy zasięg. Próby takich regulacji podważałyby suwerenne uprawnienia innych państw. Według standardów „demokratycznych państw prawnych” brak legitymacji wynika także z braku zgody adresatów reguł na ich tworzenie. Odwołując się do tego samego kryterium, można stwierdzić, że wspólnota międzynarodowa także nie jest legitymowana do przeprowadzenia regulacji Sieci za względu na stosunkowo wąski krąg podmiotów uznawanych formalnie za podmioty prawa międzynarodowego.

W ramach Internetu dochodzi do symultanicznych interakcji pomiędzy osobami, które często nie znają się wzajemnie i nie są zorientowane, co do fizycznego położenia geograficznego drugiej strony. Aterytorialny status komunikacji elektronicznej trudno pogodzić z faktem, że suwerenność jest z zasady powiązana z władaniem określonym terytorium. Systemy prawne są głęboko uzależnione od fizycznej przestrzenności m.in. w aspekcie wytyczania zasięgu swojej jurysdykcji. Jeden z „ojców założycieli” Internetu, wynalazca jego protokołów i architektoniki, Vinc G. Cerf podnosił, że Sieć, z racji swojego projektu, „*ma charakter niegeograficzny i nienarodowy*”¹¹⁵. Cyberprzestrzeń jest przez „separatystów” uznawana za odrębne „miejsce”, w którym znaczenie geograficznego położenia komunikującej się jednostki maleje praktycznie do zera. Rozwój techniki światłowodowej sprawił, że umiejscowienie fizyczne poszczególnych elementów infrastruktury Sieci jest, z punktu widzenia sprawności jej funkcjonowania, sprawą wtórną i drugorzędną¹¹⁶. Zdarzenia zachodzące „w cyberprzestrzeni” mają miejsce „wszędzie” i „nigdzie” zarazem, a podział na „tu” i „tam” traci na znaczeniu. Wysyłane sygnały, unoszące z sobą cząstki informacji, nie przekraczają granic państwowych. One wręcz „*ignorują ich istnienie*”. Koszt i prędkość transmisji informacji nie zależy od położenia geograficznego odbiorcy i nadawcy. Informacje w formie danych mogą być wprawdzie przechowy-

¹¹⁵ Ekspertyza w sprawie *LICRA v. Yahoo! Inc.*, T.G.I. Paris, 6 X 2000, N° de RG: 00/5308 et 00/08085.

¹¹⁶ Lokalizacja zbiorów danych przez urządzenia informatyczne następuje poprzez ich adres logiczny a nie geograficzny.

wane na dającym się zlokalizować fizycznym nośniku, ale wiele zdarzeń i transakcji nie jest w żaden rozpoznawalny sposób związana z określonym miejscem na politycznej mapie¹¹⁷.

David Post nie zgadza się ze stanowiskiem, że kontrola nad określonym terytorium stanowi najważniejsze kryterium państwowości i nieodzowny warunek wstępny uczestniczenia w systemie międzynarodowym. Według niego władanie określonym terytorium jest wtórne wobec faktu istnienia sieci osób, które zgodziły się na przyjęcie i zastosowanie względem nich określonych reguł. Jeżeli sieć ta jest fizycznie odwzorowana na powierzchni dającego się objąć granicami terytorium, to władza ma charakter terytorialny, jeżeli taka sytuacja nie zachodzi, należy opracować inną koncepcję władzy¹¹⁸. Od wieków istnieją społeczności rządzące się prawem, które nie są zorganizowane na podstawie terytorialnej, np. niektóre związki religijne nie posiadające organizacji terytorialnej tylko personalną.

Interakcje, do których dochodzi poprzez Internet, mogą wywoływać skutki na powierzchni całego globu. Określenie tego, gdzie (w jakim państwie) miało miejsce dane zdarzenie (transmisja danych), pozostawiające cyfrowe ślady w Sieci jest tylko i wyłącznie kwestią społecznej (i prawnej) konwencji. Podważaniu ulega zasada, że każde państwo ma prawo do kontroli wszelkich zdarzeń odnoszących się do jego terytorium. Globalna dostępność publikowanych informacji sprawia, że przy zachowaniu takiego paradygmatu użytkownicy Internetu powinni stosować się do tego z systemów prawnych, który wprowadza najbardziej restrykcyjne regulacje¹¹⁹. Trudności w ustaleniu fizycznego położenia w przypadku działań podejmowanych w cyberprzestrzeni sprawiają, że stosowanie tradycyjnych zasad określania granic jurysdykcji krajowej okazuje się często przedsięwzięciem niepraktycznym i nieracjonalnym¹²⁰.

¹¹⁷ D.G. Post, *Governing Cyberspace*, „The Wayne Law Review”, vol. 43, 1996–1997, s. 158–160.

¹¹⁸ D.G. Post, *The „Unsettled Paradox”: The Internet, the State, and the Consent of the Governed*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998, s. 542.

¹¹⁹ Tenże, *Against „Against Cyberanarchy”*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 17, 2002, s. 1383 i n.

¹²⁰ J. Zakalik, *Law Without Borders in Cyberspace*, „The Wayne Law Review”, vol. 43, 1996–1997, s. 116.

Inną, istotną właściwością komunikacji elektronicznej jest jej swoista „czasowość”. Manifestuje się ona, po pierwsze, w szybkości powstawania stosunków społecznych, ich względnej nietrwałości oraz przełamaniu bariery czasu w relacjach międzyludzkich. Druga kwestia to bezustanny, gwałtowny rozwój samego Internetu. Techniki tworzące światową sieć komputerową ulegają ciągłej i niezwykle szybkiej transformacji. Wypowiedzi dotyczące się zjawisk prawnych w obrębie Internetu przechodzą niekiedy do domeny rozważań historyczno–prawnych, zaledwie po kilku miesiącach od momentu ich wygłoszenia. Podobne sytuacje mogą mieć miejsce w odniesieniu do orzecznictwa sądów. Podczas rozpatrywania przez Sąd Najwyższy USA pierwszej w historii sprawy dotyczącej Internetu (*Reno v. ACLU, 1997*) sędzieja Antonin Scalia, w jednej z ustnych wypowiedzi na rozprawie doszedł do następujących wniosków. „Mamy do czynienia ze strukturą podlegającą niezmiernie gwałtownej zmianie. Czy nie jest więc możliwe, że ustawa której konstytucyjność badamy i którą w dniu dzisiejszym uznajemy za niezgodną z konstytucją stanie się konstytucyjna np. w przyszłym tygodniu... lub w przyszłym roku albo za dwa lata?”¹²¹ W tym kontekście państwowe systemy stanowienia reguł prawnych jawią się jako powolne, scentralizowane, biurokratyczne molochy, które „poruszają się z prędkością waszyngtońską, a nie internetową”¹²². Nie potrafią one przystosowywać swoich struktur do szybkich i nieustannych zmian zachodzących w dziedzinie techniki. Tworzą reguły, które zawsze okazują się regułami zaprojektowanymi dla „wczorajszych” rozwiązań technicznych. Gwałtowność przemian na polu techniki nie znajduje również odzwierciedlenia w tempie działania państwowego wymiaru sprawiedliwości. Organy stosujące prawo wprowadzają dodatkowy element ryzyka. W czasie kilku miesięcy, które upływają zazwyczaj od momentu wszczęcia procesu sądowego do chwili jego zakończenia, może ulec całkowitej zmianie model prowadzenia działalności w obrębie gospodarki elektronicznej. W wielu przypadkach prowadzi to także do perturbacji przy wykonywaniu orzeczeń.

¹²¹ Zapis ustnej dyskusji, [w:] *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) (No. 96–511), 1997 WL 136253, at *49 (19 marca 1997 r.).

¹²² A.L. Bomse, *The Dependence of Cyberspace*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001, s. 1728.

Informacja przetwarzana elektronicznie i cyrkulująca w globalnej sieci stanowi dobro niematerialne, nieutrwalone na żadnym fizycznym nośniku. Z kolei prawo państwowe jest osadzone w świecie aktywności fizycznej. Rzeczywistość prawa zakłada istnienie fizycznych obiektów i podmiotów, którzy podejmują decyzje odnoszące się do tych obiektów. Aktywność internetowa ma naturę cyfrową, a proces decyzyjny, który odnosi się do informacji, często bywa niemal całkowicie zautomatyzowany. W wielu przypadkach niełatwo ustalić tożsamość człowieka, który podejmuje określone decyzje, działania czy wybory. Prawo buduje reżimy odpowiedzialności za treść informacji, opierając się na założeniu świadomego posługiwania się fizycznymi nośnikami wyrażającymi określoną treść¹²³. W jednym z artykułów John P. Barlow porównał próby dostosowywania prawa autorskiego do potrzeb „cyfrowej ekspresji” do usiłowania „objęcia prawem rzeczowym kwestii alokacji spektrum radiowo–telewizyjnego”. „Będziemy musieli – stwierdził – wynaleźć całkiem nowy zestaw metod, jak przystało na całkiem nowe okoliczności”¹²⁴. Niemal każde zagadnienie, każda kwestia prawna, która dotyczyć będzie Internetu obejmuje swoim zakresem pierwiastki odnoszące się do „słowa”, jak i do „majątku”. Tradycja prawna zwykle rozgraniczała te kategorie, pierwszą lokując w prawie publicznym, drugą w prawie prywatnym. Rewolucja informatyczna wywołała trwałe „wymieszanie” porządków, ciągnąc interakcję dyskursów publicznoprawnych i prywatnoprawnych.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy stwierdzić, że z punktu widzenia libertariańskich cyber–separatystów, największym zagrożeniem dla rozwoju Internetu są nieprzemyślane próby poddania go cenzurze przez państwowych „prawodawców – ignorantów”. Uważają oni, że w przypadku zaistnienia jakichkolwiek konfliktów społecznych na tle funkcjonowania Sieci, znacznie lepszym sposobem ich rozwiązania będzie odwołanie się do różnych środków samopomocy oraz do norm zwyczajowych¹²⁵.

¹²³ Ch. Reed, *Internet Law*, Cambridge 2005, s. 307–308.

¹²⁴ J.P. Barlow, *The Economy of Ideas*, „Wired”, 2.03 marzec 1994, źródło: <http://www.wired.com/wired/2.03/features/economy.ideas.html>.

¹²⁵ J.T. Delacourt, *The International Impact of Internet Regulation*, „Harvard International Law Journal”, vol. 38, nb. 1, 1997, s. 234–235.

Elektroniczny zwyczaj handlowy (*electronic custom*) stanowi przykład autonomicznego źródła prawa odpowiadającemu założeniom tej doktryny. Duża intensywność interakcji elektronicznych sprawia, że czas formowania się takich zwyczajów jest relatywnie krótki. Zwyczaje mogą wypełnić lukę normatywną wynikłą np. z braku międzynarodowych regulacji w zakresie handlu elektronicznego¹²⁶. Praktyki, o których mowa, muszą być jednak na tyle rozpowszechnione w danym okresie, aby ich respektowania można było racjonalnie oczekiwać. W przeciągu kilku lat funkcjonowania gospodarki elektronicznej ukształtowała się w ten sposób m.in. niepisana zasada, że „w przypadku transakcji dokonywanych za pośrednictwem sieci stron internetowych wszystkie warunki transakcji powinny być prezentowane nabywcy w postaci sumarycznej przed dokonaniem ostatecznego potwierdzenia złożenia zamówienia” (*order summary practice*). Zgodnie z inną praktyką, wszystkie tego rodzaju transakcje powinny zostać potwierdzone bezpośrednio po złożeniu zamówienia (*practice of providing transaction conformation*), a w przypadku transakcji bankowych wymagane jest wprowadzenie podwyższonych standardów bezpieczeństwa transmisji danych¹²⁷.

W wielu sytuacjach rozwiązania techniczne mogą wspomagać egzekucję norm przyjmowanych przez społeczności internetowe. Technika pozwala na ustalenie, pożądaných przez użytkownika parametrów „środowiska informacyjnego”. Obejmuje to ustalanie kryteriów akceptowalności cyrkulujących informacji (np. stopień przemocy), jak i sposób korzystania z nich (m.in. kwestie prywatności). Rozwiązania tego rodzaju nie mają bezpośredniego wpływu na zakres wolności innych użytkowników, dlatego bywają określane jako „regulacja w postaci samopomocy” (*self-help*)¹²⁸.

¹²⁶ O powstawaniu zwyczajów tego rodzaju pisze m.in. RP Polanski, *A New Approach to Regulating Internet Commerce: Custom as a Source of Electronic Commerce Law*, „Electronic Commerce Law Review”, vol. 9, 2002, s. 179.

¹²⁷ Ukształtowane w pierwszym okresie funkcjonowania Internetu zwyczaje handlowe bywały niekiedy wykorzystywane przy harmonizacji prawa państwowego, *Ibidem*, s. 191 i n.

¹²⁸ L.J. Gibbons, *No Regulation, Government Regulation, or Self-regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace*, „Cornell Journal of Law and Public Policy”, vol. 6, 1996–1997, s. 510–518.

Jednym z pierwszych w historii *międzysieci* systemów tego rodzaju była Platforma Selekcjonowania Zasobów Internetu (*Platform for Internet Content Selection*), w skrócie PICS. Stanowiła ona komercyjne przedsięwzięcie umożliwiające świadczenie usług polegających na tworzeniu różnego rodzaju rankingów i klasyfikacji informacyjnych zasobów Internetu. Jej powstanie, w połowie lat dziewięćdziesiątych, stanowiło odpowiedź inżynierów i wynalazców zajmujących się techniką informatyczną na próbę wprowadzenia przez rząd USA prawnych sankcji za rozpowszechnianie w Sieci „treści nieprzyzwoitych”¹²⁹. PICS umożliwiał „znakowanie” wszelkiego rodzaju przekazów informacyjnych pod względem nasilenia występującej w nich przemocy, erotyzmu, zgodności z określoną doktryną filozoficzną czy religijną. Klasyfikacji mogły dokonywać podmioty publikujące dane, a także osoby trzecie, np. różne organizacje społeczne, udostępniając rezultaty swoich dociekań na zasadach komercyjnych lub nieodpłatnie. Użytkownik miał do dyspozycji wiele zestandaryzowanych „kanonów dobrego smaku” oferowanych mu przez wyspecjalizowane podmioty. System działał na zasadach konkurencji; kto zaproponuje bardziej rozbudowane, pełniejsze zestawienia ten ma szansę zdobyć większą liczbę subskrybentów, a więc odpowiednio nowych klientów, nowych wyznawców czy potencjalnych członków¹³⁰. Odbiorca treści – internetowy „słuchacz” – stawał się cenzorem dla samego siebie (ewentualnie dla swoich dzieci), ale dla nikogo więcej. Miał do wyboru: samodzielną selekcję i wytypowanie „miejsc zakazanych”, oparcie się na klasyfikacji dokonanej przez autora treści albo na osobę trzecią, która niezależnie dokonała takiej oceny. Z systemu mogły także korzystać instytucje (uniwersytety, szkoły, domy starców) dla określenia warunków dostępu do zasobów Internetu dla studentów, uczniów czy pensjonariuszy. PICS pomyślano zatem jako system neutralny (*value-neutral*), zgodny z duchem libertariańskiej filozofii. Nie preferuje on jakiegokolwiek systemu wartości. Stworzony jako narzę-

¹²⁹ Administracja USA podjęła próbę usunięcia takich treści z międzysieci forsując przyjęcie przez Kongres w 1996 r. *Communications Decency Act*, który został uznany przez Sąd Najwyższy za niezgodny z Konstytucyjną zasadą wolności słowa.

¹³⁰ Pierwsza opcja została określona jako *first party labelling* druga: *third party labelling*.

dzie blokowania dostępu dzieci do pornografii, może być równie dobrze wykorzystywany w dowolnym innym celu, np. dla odciążenia członków grupy religijnej od nieprawomyślnych materiałów¹³¹.

Inny, autonomiczny projekt polegał na opracowaniu systemów przeciwdziałania nadużyciom przy korzystaniu z poczty elektronicznej. Jako przykład może posłużyć *Mail Abuse Prevention System* (w skrócie MAPS)¹³². MAPS zaprojektowany został w celu ograniczenia uciążliwego dla użytkowników zjawiska, polegającego na masowym rozsyłaniu niezamówionych wiadomości komercyjnych za pomocą środków elektronicznej komunikacji. Polegał na zastosowaniu skoordynowanego zbiorowego bojkotu podmiotów naruszających określone reguły postępowania. Administratorzy systemu tworzyli katalogi adresów internetowych (tzw. RBL, czyli *Realtime Blackhole List*), z których, według ich wiedzy, wysyłano niepożądane przekazy¹³³. Spis „spamerów” udostępniany był na zasadach odpłatnej subskrypcji. Dostawcy usług internetowych mogli, na podstawie informacji adresowych umieszczonych na liście, blokować wszelkie transmisje kierowane do takiego podmiotu albo od niego pochodzące. Wskutek bojkotu, podmioty korzystające z Internetu, w sposób nielojalny względem innych użytkowników były czasowo eliminowane ze wspólnoty komunikacyjnej¹³⁴. System MAPS funkcjonował na zasadach dobrowolności i pluralizmu. Żaden operator nie był zmuszany do używania go, jeżeli z sobie wiadomych powodów nie odpowiadał mu np. katalog czynów niedozwolonych proponowany przez MAPS, wybór sankcji, sposób egzekwowania reguł lub metod ustalania sprawców. Mógł dokonać wyboru innego systemu

¹³¹ W praktyce, libertariańska wizja niemal nieskończonej ilości różnorodnych pod względem wyznawanych wartości „osób trzecich” okazała się daleka od rzeczywistości. Koszty związane dokonaniem selekcji samych tylko stron WWW okazały się barierą trudną do przekroczenia. W efekcie, na rynku pozostało tylko kilka największych podmiotów. Wybory przez nich dokonywane stanowiły w praktyce o standardzie dostępu do określonych typów treści dla użytkowników systemu PICS.

¹³² Por. A.M. Froomkin, *Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, „Harvard Law Review”, vol. 116, no. 3, 2003, s. 831–834.

¹³³ D.G. Post, *Internet of Black Holes and Decentralized Law-Making in Cyberspace*, „Vanderbilt Journal of Entertainment Law and Practice”, vol. 2, 2000, s. 71.

¹³⁴ Sankcja ta jest określana mianem „internetowej kary śmierci” (*Internet Death Penalty*).

np. bardziej lub mniej represywnego, a także stworzyć własny system przeciwdziałania nadużyciom¹³⁵.

Konstrukcja globalnej Sieci stwarza warunki, w których prywatność użytkowników jest narażona na wiele zagrożeń. Zbieranie danych osobowych przez podmioty komercyjne następuje często na masową skalę, bez uzyskiwania uprzedniej zgody zainteresowanych. Interaktywna natura komunikacji elektronicznej sprawiła też, że użytkownicy są bardziej niż zazwyczaj skłonni do lekkomyślnego wyjawiania swoich danych, które mogą być następnie utrwalane w postaci elektronicznej i w różnorodny sposób przetwarzane. Jedną z „wolnościowych” odpowiedzi na tego rodzaju zagrożenia było odwołanie się do rozwiązań technicznych (*privacy-enhancing technologies*) umożliwiających indywidualnym użytkownikom określenie własnych standardów w zakresie ochrony prywatności. Jako przykład takiego systemu można wskazać Platformę na rzecz Prywatności (*Platform for Privacy Preferences*), w skrócie *P3P*. Stworzono ją z myślą o zautomatyzowaniu procesu porównywania preferencji użytkownika i „zapotrzebowania” na dane osobowe określonego przez właściciela strony WWW, z którą użytkownik się komunikuje. Aplikacja przeprowadza „negocjacje” w tym zakresie i wyraża „zgode” na transakcję albo sygnalizuje użytkownikowi wystąpienie rozbieżności. Użytkownik ma możliwość samodzielnego podjęcia decyzji, czy zgadza się na ujawnione określonych danych osobowych oraz w jaki sposób mogą być one później wykorzystane¹³⁶. *P3P* jest rozwiązaniem elastycznym. Umożliwia rozwój rynku danych osobowych, w ramach którego ujawnianiem danych rządziłyby prawa popytu i podaży. Użytkownik posiada pełną kontrolę nad swoimi danymi i może je sprzedać (ujawnić) jeżeli otrzyma odpowiednią ofertę. Technika wydatnie obniża koszty transakcyjne i stwarza możliwości konkurowania podmiotów gospodarczych wedle kryterium warunków prywatności, które można łatwo i szybko porównywać¹³⁷.

¹³⁵ D.G. Post, *Internet of Black Holes...*, s. 76.

¹³⁶ W. McGeeveran, *Programmed Privacy Promises: P3P and Web Privacy Law*, „New York University Law Review”, vol. 76, 2001, s. 1833.

¹³⁷ *Ibidem*, s. 1836.

Wyszczególnione rozwiązania techniczne zyskały uznanie libertarian, ponieważ nie pociągają za sobą potrzeby angażowania państwa. Wybór jakiego dokonuje użytkownik np. co do typu systemu nie jest zdeterminowany, czy też ograniczony statusem obywatelstwa. Taka strategia regulacji pozwala na unikanie skomplikowanych operacji wyznaczenia jurysdykcji i innych paradoksów ujawniających się w przypadku tradycyjnej regulacji prawnej.

3. Regulacyjny monopol państwa. *Konserwatyści vs. reformatorzy*

Opinie na rzecz daleko posuniętej niezależności Internetu od terytorialnych suwerenów szybko natrafiły na zdecydowany sprzeciw i krytykę. Podjęli ją autorzy, którzy nie zgodzili się, ani z tezą o utracie przez państwo faktycznej władzy nad komunikacją internetową, ani z tym, że utraciło ono legitymację do wydawania przepisów w tym zakresie. Kontestowane poglądy określili mianem „mitu Internetu” (*Internet fallacy*) albo „mitu separatyzmu” (*separatism fallacy*)¹³⁸. Ich zdaniem powstanie otwartej sieci teleinformatycznej nie jest istotnym wyzwaniem dla prawa, dla regulacyjnych możliwości państwa ani też dla podstawowych ustaleń współczesnej jurysprudenckiej. *„Mit cyberprzestrzeni głosi, że Internet stanowi nową jurysdykcję, w której nie znajdują zastosowania żadne z obowiązujących dotąd norm i przepisów. Jurysdykcja ta nie istnieje fizycznie; jest to wirtualna przestrzeń, która rozszerza się i zwięża wraz z tym jak poszczególne komputery i sieci tworzące Internet łączą się wzajemnie i rozłączają.”*¹³⁹

„Państwownicy” bronią *status quo*, wskazując m.in. na potrzebę przeciwstawienia się anarchii¹⁴⁰. Uważają, że państwo, w pojedynkę albo we współpracy z innymi państwami może i powinno regulować to, co

¹³⁸ Por. Ch.M. Kelly, *The Cyberspace Separatism Fallacy*, „Texas International Law Journal”, vol. 34, 1999.

¹³⁹ Ch. Reed, *op.cit.*, s. 1.

¹⁴⁰ J.L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, „The University of Chicago Law Review”, vol. 65, 1998.

dzieje się w ramach globalnej sieci teleinformatycznej. Samoregulacja nie jest właściwym rozwiązaniem, gdy z funkcjonowaniem Internetu może łączyć się ryzyko wystąpienia poważnych zakłóceń porządku publicznego. Niepaństwowe formy regulacji nie dysponują zazwyczaj środkami adekwatnego karania ciężkich naruszeń zasad współżycia¹⁴¹. Osadzone na fundamencie terytorialnym państwo było, jest i pozostanie naturalną organizacją polityczną społeczeństwa, służącą m.in. do interweniowania w tego typu sytuacjach.

Internet nie stanowi miejsca wyalienowanego z materialnego świata. Jest medium komunikacyjnym, które, podobnie jak inne, znane od dawna media (telefon, telegraf itd.), wspomaga komunikowanie się ludzi nie przestających być obywatelami państw, podległymi ich prawom. Problem transgranicznego przepływu informacji (*transborder data flow*) był przedmiotem prawnych analiz już w latach siedemdziesiątych XX wieku¹⁴². Nie jest żadną nowością dla nauki prawa to, iż podmioty wymieniające informacje przebywają na terytoriach podległych więcej niż jednej jurysdykcji. Zastosowanie w akcie komunikacji tego lub innego medium nie zmienia niczego w sytuacji prawnej osób, które się komunikują. „Państwownicy” głoszą, że historia zna wiele przypadków technik, które, według towarzyszących im powstaniu zapowiedzi, miały całkowicie i w niepowtarzalny sposób odmienić społeczne postrzeganie czasu i odległości, a świat ludzki uczynić bardziej koherentnym. Większość z nich bardzo szybko została zaabsorbowana przez państwowy system prawny, nie powodując żadnych zauważalnych przewartościowań w jego założeniach, naturze czy naczelnych zasadach¹⁴³.

„Separatysty”, broniąc autonomii Internetu, podnosili, że państwo nie ma legitymacji do regulowania zjawisk wykraczających poza jego teryto-

¹⁴¹ D. Goddard, *Does the Internet Require New Norms?*, „International Law Forum”, vol. 2, 2000, s. 187.

¹⁴² L.J. Damon, *Freedom of Information Versus National Sovereignty: the Need for a New Global Forum for the Resolution of a Transborder Data Flow Problems*, „Fordham International Law Journal”, vol. 10, 1986–1987.

¹⁴³ Ch. M. Kelly, *op.cit.*, s. 416.

rium. Tymczasem – odpowiadają „państwowcy” – tzw. „efekt przelania” (*spillover effect*), czyli oddziaływanie prawa krajowego jednego państwa na stosunki społeczne mające miejsce poza jego terytorium, nie jest zjawiskiem wyjątkowym, występującym wyłącznie przy prawnej regulacji Internetu. Jest on obecny przy okazji regulacji zjawisk, które nie mają z Internetem nic wspólnego. Ponadto, występowanie efektu *spillover* między państwami wywołuje znacznie mniejsze perturbacje, niż przyzwolenie na odrębność jurysdykcyjną Internetu, ponieważ wówczas efekt ten występowałby pomiędzy autonomicznie regulowanym Internetem a światem materialnym. Internet nie jest zamkniętym systemem (*self-contained medium*). Jego użycie może wyrządzać realne szkody w realnym świecie, także wśród osób trzecich – podmiotów w żaden sposób w komunikację internetową niezaangażowanych.

Sam problem „autonomii” Internetu mógł pojawić tylko i wyłącznie w określonym kontekście społeczno–politycznym, tzn. w liberalnych i demokratycznych państwach Zachodu, w warunkach ograniczonej władzy, wolnego rynku i autonomii jednostki. Zaistniały tam sprzyjające warunki dla tworzenia zdecentralizowanej Sieci, warunki, które nie występują w wielu innych miejscach na ziemi.

Z tych względów powstanie i funkcjonowanie Internetu nie podważa w żaden sposób zakresu uprawnień władzy państwowej wynikających z zasady terytorialnej suwerenności. Dotyczy to zarówno regulacji zachowań osób, jak i regulacji sposobu korzystania z narzędzi i urządzeń komunikacyjnych znajdujących się na terytorium państwa albo dokonywania prawnej oceny skutków działań podejmowanych z zagranicy¹⁴⁴.

Dla zwolenników państwowej regulacji punktem wyjścia dla analizy zjawisk powstałych wskutek rewolucji informatycznej jest uznanie aksjomatu suwerenności państwa. Jednym z jej atrybutów jest prawo do stanowienia reguł obowiązujących wszystkich, których działania są, lub mogą być odczuwalne na terytorium państwa. Ani szybkość transmisji

¹⁴⁴ J.L. Goldsmith, *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998, s. 476–477.

w obrębie Internetu, ani możliwości jakie stwarza on w zakresie komunikacji transgranicznej nie zmieniają tego stanu rzeczy. Z perspektywy państwa stanowiącego prawo w ramach swojego terytorium, każdy podmiot publikujący w Internecie określone treści, dostępne na terytorium podległym danej jurysdykcji, traktowany jest tak samo, jak osoby prowadzące analogiczną działalność w tradycyjny sposób, np. rozpowszechniając prasę czy przekazy radiowo–telewizyjne. Dostęp do audytorium daje nadawcy określone korzyści – marketingowe, propagandowe itp. Można zatem słusznie wymagać od niego wiedzy na temat obowiązujących na danym terytorium praw, jak też poddania się karom za ich naruszenie¹⁴⁵.

Według krytyków modelu „separatystycznego” państwo konstytucyjne, funkcjonujące na zasadach demokracji przedstawicielskiej, w pełniejszy sposób wyraża zasady liberalnych demokracji, niż mogłyby to uczynić jakiegokolwiek niepaństwowe formy organizacyjne skupiające użytkowników Internetu. Wspólnotom organizującym się w sposób wirtualny brakuje tego poziomu stabilności, który jest potrzebny, aby wytworzyć trwałe normy społeczne. Tylko instytucja państwa posiada odpowiednio długą tradycję, legitymację i autorytet. Jest ona również mniej podatna na szybkie i gwałtowne przemiany, jakim podlega Internet. Dysponuje mechanizmami takimi jak sądy konstytucyjne, pozwalające przeciwstawić się dyktaturze woli większości, prowadzącej niekiedy do dyskryminacji i wykluczeń¹⁴⁶. Według „państwowców”, zadaniem prawa jest pełnienie funkcji strażnika metawartości. Te z kolei, nie powinny ulegać zmianie niezależnej od woli suwerena, tylko z uwagi na fakt pojawienia się w przestrzeni społecznej nowych rodzajów techniki.

Większość, rzekomo unikalnych, internetowych „problemów prawnych” zostało sztucznie wykreowanych przez autorów, ulegających swoistej modzie na „prawo cyberprzestrzeni”. Zazwyczaj, przy wnikliwej analizie, okazuje się, że mamy do czynienia ze starymi problemami, które, co naj-

¹⁴⁵ *Ibidem*, s. 485.

¹⁴⁶ N.W. Netanel, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, „California Law Review”, vol. 88, 2000, s. 484.

wyżej, pojawiają się w nowej formie i większej częstotliwości. Z większością z nich, przynajmniej od strony formalnej, można się uporać przy pomocy tradycyjnych instrumentów prawnych.

„Państwowcy” odrzucają argument o charakterze deskryptywnym, głoszący, że państwo nie jest w stanie kontrolować Sieci. Krytykują twierdzenia o „odrębności”, „unikalności” Internetu, jego „niepodatności na regulację”. Separatyści zwracali uwagę na „amaterialność” procesów transmisji i przetwarzania informacji w formie elektronicznej. Tymczasem, jak podnoszą ich oponenti, trudną do opanowania przenikalność informacji przez granice państwowe można porównać do takich, znanych od dawna zjawisk, jak np. zanieczyszczenia powietrza emitowane spoza terytorium. Systemy prawne były w stanie wypracować rozwiązania, które pozwoliły adekwatnie odnieść się do tego typu sytuacji.

Rzeczywiście zachodzące procesy transmisji informacji mają niewiele wspólnego z metaforami, które kształtują potoczne wyobrażenia na temat „cyberprzestrzeni”. Warunkiem koniecznym, by jakikolwiek pakiet danych trafił do odbiorcy znajdującego się na terytorium danego państwa jest istnienie na tym terytorium określonych komponentów technicznych. Mają one charakter materialny. Korzystanie z nich może być przedmiotem kontroli państwowej. Państwa mogą zakazać sprowadzania i korzystania z urządzeń technicznych albo zawęzić krąg odbiorców. Mogą także zaprojektować własną sieć teleinformatyczną wedle określonych reguł i na zasadzie monopolu, bezpośrednio bądź pośrednio kontrolować podmioty zapewniające ludności dostęp do usług teleinformatycznych¹⁴⁷. Państwa są też władne podjąć działania zmierzające do narzucania użytkownikom oprogramowania (*software*), służącego do przetwarzania i odbioru informacji. W zależności od tego, z jakim reżimem politycznym będziemy mieli do czynienia, cele te będą realizowane w bardziej lub mniej represyjny sposób, poczynając od regulacji behawioralnej opartej na sankcjach, po regulację przez bodźce, np. ekonomiczne¹⁴⁸.

¹⁴⁷ J. Zittrain, *Internet Points of Control*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003, s. 673.

¹⁴⁸ Por. T.S. Wu, *Cyberspace Sovereignty? – The Internet and the International System*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 10, nb. 3, 1997, s. 650 i n.

Innym argumentem „separatystów” było powołanie się na aterytorialny charakter Sieci. Ich adwersarze odpowiadają, że kwestia ta przypomina, od dawna „oswojone” przez naukę prawą problemy regulacji telefonii, transmisji radiowych i telewizyjnych. Jedyna różnica dotyczy częstotliwości, szybkości i kosztów transmisji. Jednostki nadal rezydują na określonym terytorium, na którym są też odczuwane skutki ich zachowań. W wielu sytuacjach wystarczy ustalenie, które z terytorialnych praw powinno w określonej sprawie znaleźć zastosowanie¹⁴⁹. Okoliczność, że osoba, która przy wykorzystaniu Internetu swoim działaniem narusza prawo (np. inicjując transmisję danych) nie będzie obecna na terytorium tego państwa stwarza trudność zaledwie pozorną. Zwolennicy państwowej regulacji podnoszą, że wyciągnięcie prawnych konsekwencji może skutecznie nastąpić względem pozostałych podmiotów zaangażowanych w nielegalną transmisję – podmiotów, które znajdują się w granicach państwa. Są to m.in. konsumenci informacji korzystający z nielegalnych materiałów, przedsiębiorcy świadczący usługi teleinformatyczne, producenci sprzętu i oprogramowania. Ograniczając w ten sposób popyt na zakazane informacje, pośrednio powstrzymuje się też podaż.

Separatyści podnosili, że zgodnie z zasadą praworządności formalnej obowiązującą w większości państw, adresaci norm prawnych powinni mieć możliwość zapoznania się ich z treścią¹⁵⁰. Dotyczy to w równym stopniu osób korzystających z Internetu. Jego użytkownicy nie mają sposobności zapoznania się z treścią przepisów obowiązujących we wszystkich państwach, gdzie istnieje dostęp do globalnego medium. Nie wiedzą kto, gdzie i kiedy stanowi o ich prawach i obowiązkach, co można pochytywać za podważenie jednego z najważniejszych wyznaczników praworządności, tzn. pewności prawa. Zwolennicy modelu państwowego odpowiadają, że powyższe twierdzenia są kolejnym przykładem sądów opierających się na „miecie Internetu”. Po pierwsze, twierdzą, potencjalny podmiot publikujący informacje nie musi

¹⁴⁹ Por. J.P. Trachtman, *Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998, s. 568–569.

¹⁵⁰ J.L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, „The University of Chicago Law Review”, vol. 65, 1998, s. 1243–1244.

się martwić prawami obowiązującymi we wszystkich państwach, ponieważ, co do zasady, państwom tym nie przysługuje jurysdykcja wykonawcza (*enforcement jurisdiction*). Nie mogą egzekwować swoich praw względem użytkowników znajdujących się na terytorium obcego państwa¹⁵¹. Ponadto, istnieją rozwiązania techniczne przełamujące aterytorialność Internetu, tzn. umożliwiające nadawcom wprowadzenie zróżnicowanego dostępu do określonych treści, w zależności od miejsca zamieszkania odbiorcy. Przy użyciu technik geolokacyjnych (*geographical flow control devices*) świadczone są usługi dające nadawcy sposobność określenia kręgu odbiorców, którzy będą mieli dostęp do internetowego przekazu, np. poprzez ograniczenie tej grupy do mieszkańców danego kraju, miasta, kontynentu. Pozwala to na dostosowanie treści do praw obowiązujących na danym terenie, tak ze strony dostawcy treści publikowanej w Internecie, jak i terytorialnego suwerena¹⁵².

Wśród „etatystów” można wyróżnić odłam zachowawczy – przejawiający daleko idącą powściągliwość wobec wprowadzania jakichkolwiek zmian w systemie prawa¹⁵³ oraz odłam reformatorski. Znaczny odsetek przedsta-

¹⁵¹ Odmienne uważa J.R. Reidenberg, według którego powstanie Internetu wręcz rozszerzyło katalog dostępnych dla państwa środków egzekucyjnych o takie, które sprawiają, że „brak składników majątku należących do podmiotu zobowiązanego na terytorium państwa i brak współpracy ze strony zagranicznych sądów nie ograniczają już mocy egzekucyjnych państwa”. Są to przede wszystkim możliwości tworzenia blokad i wymiarzania sankcji na odległość poprzez odpowiednie wykorzystanie infrastruktury Internetu, por. tenże, *States and Internet Enforcement*, „University Ottawa Law & Technology Journal”, vol. 1, 2004.

¹⁵² Por. D. Svantesson, *Geo-location Technologies: A Brief Overview*, [w:] *Cyberspace 2004: Normative Framework*, „Acta Universitatis Brunensis, Iuridica”, nr 288, 2005, s. 47–54; B. Earle, G.A. Madek, *International Cyberspace: From Borderless to Balkanized*, „Georgia Journal of International and Comparative Law”, vol. 31, 2003, s. 256 i n.

¹⁵³ Mowa tu o konserwatyzmie w potocznym tego słowa znaczeniu, czyli tzw. konserwatyzmie sytuacyjnym albo funkcjonalnym. Przejawia się on w przyjmowaniu postawy konserwacyjnej wobec aktualnego *status quo*, niezależnie od tego, z jakim stanem rzeczy mamy do czynienia. W tym znaczeniu dopuszczalne wydaje się posłużenie terminem „konserwatyzm” dla określenia postawy niechętniej zmianom w obrębie zastanej konstrukcji systemu prawa. Tak zdefiniowanego konserwatyzmu funkcjonalnego nie należy utożsamiać z filozofią społeczną czy też ruchem politycznym zmierzającym do wcielenia w życie określonych konserwatywnych wartości i zasad ideowych np. absolutyzmu etycznego. Jest to tzn. konserwatyzm definiowany treściowo. W zakresie tego rozróżnienia por. J. Bartyzel, *Konserwatyzm bez kompromisu. Studium z dziejów zachowawczej myśli politycznej w Polsce w XX wieku*, Toruń 2002, s. 22–38.

wicieli nauki prawa („konserwatyści”) wyraża przekonanie, że mówienie o *cyberlaw* (cyberprawie, prawie cyberprzestrzeni, prawie informacyjnym) jako o nowej, odrębnej dziedzinie prawa państwowego jest już samo w sobie nonsensem. W związku z funkcjonowaniem Internetu ujawniają się, ich zdaniem, kwestie genetycznie przynależne do wielu istniejących od wieków gałęzi prawa i na gruncie tych gałęzi powinny one być badane. Przepisy, o których mówi się w kontekście „prawa cyberprzestrzeni” nie obejmują żadnej, dającej się w łatwo wyróżnić dziedziny życia społecznego, ani też nie mają wspólnej metody regulacji. Informacja zapisana w postaci elektronicznej jest dobrem na tyle fundamentalnym i wszechobecnym, że nie sposób byłoby wytyczyć granic takiej gałęzi.

Nurt reformatorski z kolei, skłania się ku stanowisku, że przynajmniej niektóre z tych zjawisk są rzeczywiście nowe i wymagają przyjęcia przez państwo swoistej dla nich regulacji prawnej. Wprowadzone w ten sposób przepisy mogą np. dla celów dydaktycznych być analizowane w ramach odrębnej dziedziny prawa. Konwergencja różnych sektorów technik wymiany informacji (telekomunikacja, teleinformatyka, media elektroniczne) przyczyniła się do wyróżnienia „prawo komunikacji elektronicznej” jako dziedziny obejmującej całą infrastrukturę komunikacyjną i związane z nią usługi¹⁵⁴.

Joseph H. Sommer jest zdania, że o rozwoju prawa pod wpływem techniki można mówić wówczas, jeżeli skutkiem jej społecznego wykorzystania będzie powstawanie nowego typu praktyk społecznych. Jest to, jego zdaniem, warunek konieczny, ale nie jest to warunek wystarczający. Nowo powstała praktyka może bowiem oprzeć się na rozwiązaniach prawnych istniejących już wcześniej. Wiele zastosowań technik internetowych nie ma, z tego punktu widzenia, nowatorskiego charakteru. Nie generują one nowych praktyk społecznych, a co najwyżej usprawnia te, które już istniały. Jeżeli nawet powstają jakieś nowego typu praktyki społeczne to

¹⁵⁴ Dotyczy to sieci telefonii stacjonarnej i komórkowej, sieci satelitarnych, radiowych i telewizyjnych sieci nadawczych, sieci telewizji kablowej oraz sieci teleinformatycznych. Por. J. Gołaczyński (red.), *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, Warszawa 2003, s. 149–150.

większość z nich może być, jak twierdzą konserwatyści, „obsłużona” przez tradycyjne konstrukcje prawne¹⁵⁵. Internet nie jest zjawiskiem unikalnym, jedynym w swoim rodzaju, nieznanym precedensu w historii prawa. Przewrót informatyczny nie wpłynął ani na to, kto posiada autorytet prawodawczy, ani na to, jak prawo jest postrzegane w społeczeństwie i jak ono funkcjonuje. Nie uległy zmianie naczelną zasady prawa, według których powinny być oceniane wszelkie zjawiska związane z funkcjonowaniem Internetu.

Zwolennicy państwowej regulacji Internetu wpisujący się w „nurt konserwatywny” są to, w przeważającej większości, przedstawiciele nauki prawa prywatnego z kręgu krajów *common-law*. Na początku XXI wieku użytkownicy Internetu z tych krajów wciąż stanowili większość internatów, tam też po raz pierwszy pojawiały się kwestie prawne w zakresie wykorzystania Internetu¹⁵⁶. W orzecznictwie takich krajów jak USA czy Wielka Brytania istnieje cały szereg precedensów ustanowionych przez sądy w związku z funkcjonowaniem różnych kategorii mediów. Można je, zdaniem „konserwatystów” odpowiednio (*per analogiam*) zastosować do Internetu. Od dawna istnieją prawa w zakresie deliktów, naruszenia praw autorskich itd. Ustawodawca nie musi więc kodyfikować nowych internetowych deliktów ponieważ skutki prawne zachowań dokonywanych przez Internet mogą być poddane ocenie na podstawie praw już istniejących¹⁵⁷.

Przykładem dawnej instytucji *common law*, która została użyta jako podstawa do rozstrzygnięcia sporów w nowych warunkach był tzw. *trespass to chattels*. Ów delikt majątkowy polegał pierwotnie na świadomym akcie fizycznego zakłócenia posiadania rzeczy ruchomych, które doprowadziło do wyrządzenia posiadaczowi

¹⁵⁵ J.H. Sommer, *Against Cyberlaw*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 15, 2000, s. 1148.

¹⁵⁶ J. Hughes, *The Internet and the Persistence of Law*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003, s. 361.

¹⁵⁷ J.D. Bick, *Why Should the Internet Be Any Different?*, „Pace Law Review”, vol. 19, 1998–1999, s. 66.

szkody¹⁵⁸. Mimo radykalnej zmiany okoliczności faktycznych sądy amerykańskie zaczęły, w oparciu o tę instytucję, przyznawać ochronę prawną przed naruszeniem funkcjonowania systemów teleinformatycznych, np. poprzez wysyłanie niepożądanych przekazów reklamowych, bądź też inne formy zdalnego posłużenia się cudzym urządzeniem na odległość. Sygnały elektroniczne tworzyły, zdaniem sądów, wystarczający „kontakt fizyczny” aby móc mówić o naruszenia mienia innej osoby albo o jego dewaluacji. Stanowi to przykład tego, jak instytucje *common law* podlegają ewolucji bez ingerencji ustawodawcy. W ciągu niespełna roku, niemal zapomniany, dziewiętnastowieczny *trespass to chattels* rozwinął się w orzecznictwie w *electronic trespass*, a następnie, w obliczu prawdziwej powodzi pozwów, w *Internet trespass*. Przedmiotem ochrony cywilnoprawnej stał się sam zapis informacji wyrażony w postaci elektronicznej, potraktowany jak mienie. Deliktem objęto różnorodne przykłady internetowej „jazdy na gapę” (*free riding*), czyli bezumownego wykorzystania wartościowych informacji zdobytych w wyniku uzyskania dostępu do systemów komputerowych należących do innych osób, jeżeli przyczyniało się to do obniżenia wartości tych informacji¹⁵⁹.

Konserwatyści, tacy jak Eugene Volokh nie zgadzają się z sformułowanym niekiedy poglądem, iż dopiero sieci komputerowe umożliwiły dokonywanie czynności prawnych w postaci tzw. dynamicznych kontraktów, które ulegają modyfikacji w czasie rzeczywistym, uwzględniając informacje pochodzące od stron. Tego rodzaju ewoluujące kontrakty miały odpowiadać „zróżnicowanym oczekiwaniom stron co do tego jak transakcja będzie przebiegać

¹⁵⁸ S.T. Middlebrook, J. Muller, *Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents*, „The Business Lawyer”, vol. 56, 2000–2001, s. 359 i n.; Krytycznie o zastosowaniu tej konstrukcji prawnej w nowych warunkach wypowiada się R.C. Merrell, *Trespass to Chattels in the Age of the Internet*, „Washington University Law Quarterly”, vol. 80, 2002; w podobnym tonie L. Quilter, *The Continuing Expansion of Cyberspace Trespass to Chattels*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 17, 2001.

¹⁵⁹ Przykładem może być tzw. głębokie odesłanie (*deep linking*) do baz danych znajdujących się w serwisach internetowych np. aukcjach, a także użycie oprogramowania szpiegującego (*software robots*) służącego zdobywaniu i kopiowaniu znacznych ilości informacji z systemów komputerowych. Porównaj przegląd orzecznictwa w: J.D. Saba jr., *Internet Property Rights: E-Trespass*, „St. Mary’s Law Journal”, vol. 33, 2001–2002.

i mogą ułatwiać rozwiązanie ewentualnego konfliktu”¹⁶⁰. Volokh twierdzi, że „kontrakty elektroniczne” nie zmieniają niczego w zakresie znanych od wieków praktyk obejmujących kształtowanie stosunków umownych. Szczególnie w stosunkach handlowych modyfikacje umów są bardzo częste, a rodzaj użytych do tego celu środków technicznych ma znaczenie drugorzędne¹⁶¹. Umowa, podstawowa instytucja prawa prywatnego, może posłużyć jako *panaceum* na większość „nierozwiązywalnych”, zdaniem „separatystów”, problemów prawa w cyberprzestrzeni. Gdy obrót elektroniczny, z racji swojego tempa, stworzył zapotrzebowanie na uproszczone mechanizmy zawierania umów, błyskawicznie rozwinęły się, początkowo głównie w zakresie sprzedaży oprogramowania, formy „szybkich” licencji, np. typu *shrink-wrap*, *click-on* itp.

„Konserwatyści” powołują się na znaną od dawna zdolność praktyki prawa prywatnego do kreowania nowych koncepcji prawnych, bez potrzeby ingerencji legislatora. Rozwój gospodarki elektronicznej (*electronic commerce*) powoduje wzrost zainteresowania praktyki prawniczej tym segmentem rynku. Przedstawiciele palestry przygotowują umowy, biorąc pod uwagę konieczność równoważenia interesów wszystkich stron zaangażowanych w handel elektroniczny. Doświadczenia zawodowe, praktyka, obserwowane przez lata funkcjonowania stosunków umownych prowadzą do stopniowego kształtowania się zwyczajów, co skutkuje ujednolicaniem postanowień umownych w coraz szerszej skali. Zapisy umowne, które się nie sprawdziły są odrzucane, te które zdały egzamin zdobywają popularność. Tego rodzaju gospodarcze praktyki w zakresie umów są często spisywane w formie prywatnych lub publicznych niewiążących kodyfikacji, które dostarczają zainteresowanym gotowych, sprawdzonych w praktyce wzorców umownych¹⁶².

¹⁶⁰ M.E. Katsh, *Law in a Digital World*, New York 1995, s. 118–119.

¹⁶¹ E. Volokh, *Technology and the Future of Law*, „Stanford Law Review”, vol. 47, 1994–1995, s. 1385.

¹⁶² Chris Reed przytacza następujące przykłady tego rodzaju kompilacji: ICC Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission (the UNCID Rules), European Commission Recommendation of 19 October 1994 relating to the legal aspects of electronic data interchange (94/920/EC), OJ L 334, 1994, American Bar Association Model Electronic Data Interchange Trading Partner Agreement (1st edn, 1990) por. Ch. Reed, *op.cit.*, s. 309.

W sytuacji permanentnej niepewności co do kierunków technologicznej zmiany zalecane jest posługiwanie się metodą typową dla *case law*. Stanowienie reguł w systemie precedensowym gwarantuje elastyczność prawa, możliwość szybkiej zmiany i zachowanie ostrożności wobec pokus przedwczesnej generalizacji. Kodyfikacja, interwencja legislacyjna jako odpowiedź na wyzwania nowych technik została określona przez Josepha H. Sommera mianem „nakładania gorsetu jeszcze nie rozpoznanej przyszłości”¹⁶³.

Konserwatywni technosceptycy są zdania, że przewrót informatyczny i jego pochodna w postaci ekspansji Internetu nie ma wpływu na formę stanowienia prawa i na jego funkcjonowanie. Nie może być zatem mowy o autonomicznym systemie stanowienia reguł dla Internetu ani o żadnym systemie prawnym, który nie byłby oparty na fundamencie suwerenności państwowej. Nie ma poważnych powodów, aby zmieniać obowiązujące prawo państwowe ani też wyodrębnić nową dyscyplinę badawczą. Wiele społecznych praktyk podlega transformacji pod wpływem technik informatycznych, ale bardzo niewiele z nich da się zredukować do praktyk czysto internetowych¹⁶⁴.

Zdaniem sędziego Franca H. Easterbrooka łączenie nauki prawa z innymi dyscyplinami powinno zawsze służyć tłumaczeniu całokształtu zjawisk prawnych. Bardzo łatwo popaść w dyletantyzm, szczególnie gdy przedstawiciele nauk humanistycznych starają się na własną rękę przewidywać rozwój techniki. Zamiast analizować niezliczone kazusy poświęcone deliktom wyrządzanym i kontraktom zawierany przez Internet należy, w jego ocenie, poświęcić więcej uwagi studiowaniu zasad prawa, reguł ogólnych odpowiedzialności itd. „Prawo cyberprzestrzeni” jest równie sztucznie wyodrębnione jak niegdyś, w niektórych szkołach prawa na południu USA wyodrębniano tzw. prawo końskie (*the law of the horse*)¹⁶⁵.

¹⁶³ Por. J.H. Sommer, *Against Cyberlaw*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 15, 2000, s. 1160.

¹⁶⁴ *Ibidem*, s. 1157.

¹⁶⁵ F.H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, „The University of Chicago Legal Forum”, 1996, s. 207–208.

Ze wskazanych względów konserwatyści zalecają umiar w tworzeniu nowych przepisów prawnych i postulują zwrócenie się raczej ku historii prawa, w której można znaleźć wiele odpowiedzi na pytania powstające pod wpływem rewolucji informatycznej¹⁶⁶.

Wśród zwolenników tezy o supremacji regulacji państwowej nie brak autorów, którzy dostrzegają potrzebę zmiany prawa. Na potrzeby niniejszej pracy, będą oni określani mianem „reformatorów”. Podobnie jak „konserwatyści”, zasadniczo nie dopuszczają odstępstw od podstawowych założeń pozytywizmu prawniczego. W szczególności, żywią przekonanie o konieczności zachowania tradycyjnego systemu źródeł prawa krajowego i międzynarodowego. Zauważają jednak to, czego konserwatyści dostrzec nie chcieli, czyli fakt, iż *techniki komunikacyjne i informatyczne* wywierają istotny wpływ na kształtowanie się wielu instytucji i praktyk społecznych we współczesnym świecie. Ma to związek z pogłębieniem się zależności kolejnych dziedzin życia od systemów elektronicznego przetwarzania danych.

„Reformatorzy” są na ogół zgodni, że informacja przetwarzana elektronicznie zasługuje na uzyskanie statusu autonomicznego dobra prawnego. Twierdzą, iż prawo państwowe powinno dotrzymywać kroku postępowi technicznemu. Może ono, skuteczniej niż inne środki kontroli, oddziaływać na kształt i przebieg rewolucji informatycznej, w tym na funkcjonowanie Internetu. W związku z tym należy poszukiwać właściwego sposobu odzwierciedlenia zmian społecznych w dyskursie naukowym, który toczy się na gruncie poszczególnych dogmatycznych nauk prawnych. Wskazują na problem dezaktualizacji dawnych regulacji w nowych realiach.

Przedmiotem każdej regulacji prawnej jest wyodrębniony w określony sposób kompleks stosunków społecznych. Stosunki te powstają w rzeczywistości materialnej, której parametry są zazwyczaj względnie stabilne,

¹⁶⁶ Zdaniem J.H.Sommera, *op.cit.*, gospodarka elektroniczna (*e-commerce*) nie rodzi potrzeby wprowadzenia istotnych zmian w doktrynie prawa cywilnego i handlowego. Wiele znanych od wieków instytucji prawnych w pełni odpowiada wymogom nowego otoczenia technicznego. Konieczna nowelizacja ogranicza się do usunięcia z instytucji niektórych ukrytych założeń papierowej formy dokumentowania czynności prawnych.

determinowane przez prawa przyrody i ustalone praktyki społeczne. Wraz z postępem rewolucji naukowo–technicznej coraz częściej ujawniała się konieczność zmiany prawa wywołana przemianami rzeczywistości materialnej, zarówno otoczenia człowieka, jak też narzędzi pracy, środków komunikacji czy uzbrojenia. „Reformatorzy” uświadamiają sobie fakt, że wszechstronne i masowe zastosowanie technik komunikacyjnych i informatycznych doprowadziło do destabilizacji ustalonego układu stosunków w takich dziedzinach jak chociażby sfera produkcji i dystrybucji dóbr intelektualnych. Powstają nowego rodzaju konflikty i napięcia społeczne. Wzrasta liczba użytkowników Internetu, a pośród nich także przedsiębiorców szukających nowych obszarów inwestycyjnych. Powstaje wzmożone zapotrzebowanie na normatywny ład, który zapewniłby większą przewidywalność i określoność sytuacji prawnej jednostki. Pomni tych faktów reformatorzy, nie wyciągają z nich jednak tak daleko idących wniosków, jak czynili to libertarianie. Właściwą i wystarczającą reakcją na zaistniały stan rzeczy jest, ich zdaniem, zmiana prawa albo przyjęcie nowych unormowań. Nowelizacje te powinny służyć z jednej strony tworzeniu ram prawnych dla wykorzystania nowych technik w poszczególnych dziedzinach życia społecznego, z drugiej zapobieżeniu potencjalnym ryzykom, które się z tym faktem wiążą¹⁶⁷. Istotnym zadaniem jest także wykreowanie otoczenia instytucjonalnego odpowiadającego wprowadzanym zmianom. Ogółem, przewrót informatyczny postrzegają jako wyzwanie dla państwowych prawodawców, bynajmniej nie jako zjawisko odbierające im rację bytu.

W najnowszej literaturze prawniczej głównym wątkiem dyskusji nad prawnymi aspektami przewrotu informatycznego są kwestie „dostosowywania” systemu prawa państwowego do „potrzeb kształtującego się społeczeństwa informacyjnego”¹⁶⁸. Niniejsza praca nie ma na celu dokonanie wyczerpującej prezentacji tematu „wielkiej reformy” prawa państwowego, a jedynie wskazanie najważniejszych założeń tego przedsięwzięcia.

¹⁶⁷ T. Dreier, *Law and Information Technology – An Uneasy Marriage, or Getting Along with Each Other?*, „Information & Communications Technology Law”, vol. 14, no. 3, 2005, s. 208.

¹⁶⁸ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet a prawo*, Kraków 1998, s. 12.

Prawo krajowe, a w mniejszym stopniu także prawo międzynarodowe, podjęło, zakrojona na szeroką skalę, operację „kolonizacji” rubieży Internetu. Bez trudu można przytoczyć przykłady efektywnego pełnienia przez państwowe akty prawne funkcji regulatorów zachowań na tym obszarze. Podstawowym założeniem nurtu reformatorskiego jest uznanie Internetu za wynik ewolucyjnych przemian technicznych. Pojawienie się *międzysieci* nie było zdarzeniem nagłym. Stanowiło rezultat długiego procesu, skutek ewolucji techniki telekomunikacyjnej, postępującej od momentu wynalezienia elektryczności. Prawo państwowe od początku towarzyszyło temu procesowi i ma to miejsce także w odniesieniu do Internetu.

Andrzej Adamski wyróżnia kilka etapów „*dostosowywania prawa do wymogów rewolucji informatycznej*” w państwach kultury zachodniej. Pierwsza fala reform ustawodawczych nastąpiła w latach siedemdziesiątych XX w., kiedy to zaczęto przyjmować regulacje dotyczące ochrony danych osobowych, w odpowiedzi na zagrożenia dla prywatności związane z elektronicznym przetwarzaniem danych. W kolejnej dekadzie zmiany w prawie miały dopomóc w bardziej niż dotąd skutecznym zwalczaniu przestępstw popełnianych z wykorzystaniem elektronicznych systemów przetwarzania danych. W kolejnej fazie reform kraje zachodnie zaczęły roztaczać prawnokarną ochronę nad oprogramowaniem komputerowym. Na lata dziewięćdziesiąte przypadł „*początek ery globalnego społeczeństwa informacyjnego i poszukiwania prawnych rozwiązań problemów związanych z eksploatacją sieci teleinformatycznych*”¹⁶⁹.

Podobną drogę przebyło prawo prywatne, w szczególności prawo autorskie. Stopniowo dostosowywano je do wyzwań stwarzanych przez nowe zdobycze techniki. Kongres Stanów Zjednoczonych od połowy XIX wieku zmieniał federalne prawo autorskie, najpierw w związku z pojawieniem się fotografii, później, na początku XX wieku, nagrań dźwiękowych i filmów. Sądy dokonywały twórczej interpretacji prawa własności intelektualnej w celu objęcia jego zakresem radia (lata dwu-

¹⁶⁹ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. XVI-XVII.

dzieste), a następnie telewizji (lata pięćdziesiąte). W latach osiemdziesiątych ustawodawca dostosował prawo autorskie do potrzeb programów komputerowych, poddając je szczególnemu reżimowi ochrony¹⁷⁰.

Rok 1995 stanowił ważny moment w historii państwowej regulacji Internetu. Poczynając od tego momentu, znacznie wzrosła częstotliwość pojawiania się przed sądami na całym świecie spraw dotyczących różnych aspektów korzystania z Sieci. Sądy, w sytuacji braku stosownych precedensów i aktów normatywnych *explicite* odnoszących się do Internetu, często korzystały z wnioskowania przez analogię. W efekcie zapadały rozstrzygnięcia, które często nie przystawały do oczekiwań kształtującego się społeczeństwa informatycznego¹⁷¹. Taka sytuacja dostarczyła argumentów zwolennikom dokonania głębokiej reformy prawa w drodze interwencji legislacyjnej. Nowe przepisy miały zapewnić skuteczną realizację pożądanых przez prawodawcę wartości, chronić społeczeństwo przed nowymi formami zagrożeń i ułatwiać mu skorzystanie z nowych szans i możliwości. Wzmoczonej aktywności judykatury w połowie lat dziewięćdziesiątych towarzyszył wzrost zainteresowania nową dziedziną ze strony nauki prawa i organów władzy prawodawczej¹⁷². Prowadzono dyskusje akademickie. Publikowane były raporty rządowe i oficjalne plany działań, poświęcone kwestii dostosowania systemu prawa do nowych warunków tak, aby w pełni wykorzystać potencjał Internetu. Postulowano zmiany w kierunku prawa bardziej racjonalnego, proporcjonalnego do pojawiających się potrzeb, a z drugiej strony na tyle elastycznego, aby nowe reguły mogły znajdować zastosowanie przy stale zmieniających się uwarunkowaniach technicznych.

¹⁷⁰ E. Samuels, *Can our Current Conception of Copyright Law Survive the Internet Age?*, „New York School Law Review”, vol. 46, 2002–2003, s. 221–223.

¹⁷¹ Przegląd orzecznictwa z tego okresu w USA i Europie prezentuje M.A. Geist, *The Reality of Bytes: Regulating Economic Activity in the Age of the Internet*, „Washington Law Review”, vol. 73, 1998, s. 531–544.

¹⁷² W USA wydano w badanym okresie następujące akty prawne: *Communications Decency Act (CDA)*, *Child Online Protection Act (COPA)*, *Children’s Internet Protection Act (CIPA)*, *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, *Uniform Electronic Transaction Act (EUTA)*, *Anti-Cybersquatting Consumer Protection Act (ACPA)*, *E-Sign*, *Uniform Computer Information Transaction Act (UCITA)*.

Z uwagi na potrzebę zachowania właściwych proporcji poszczególnych jednostek systematyzacyjnych pracy, w tym miejscu poprzestać należy na dokonaniu syntetycznego przedstawienia najważniejszych tendencji w prawie państwowym oraz zarysowaniu głównych nurtów dyskusji, która tym zmianom towarzyszyła.

W obliczu postępującego przewrotu informatycznego, celem większości państw świata stało się należyte wykorzystanie potencjału ekonomicznego nowej, rewolucyjnej techniki. Rynek internetowy nie zna tradycyjnych barier przestrzennych i czasowych. Konsumenci mają dostęp do niemal nieograniczonej liczby konkurujących ze sobą dostawców oraz do informacji o oferowanych przez nich produktach. Redukcji ulegają koszty związane z dostępem do odległych sprzedawców, koszty negocjowania z nimi warunków transakcji, a następnie dostawy niektórych kategorii produktów w postaci elektronicznej (np. oprogramowania, nagrań muzycznych, filmów)¹⁷³. Państwa, dla pełnego wykorzystania tego potencjału, przystąpiły do budowania podstaw prawnych dla funkcjonowania elektronicznej gospodarki (*electronic commerce*)¹⁷⁴.

W wielu przypadkach zmiana przepisów została oparta na założeniach „funkcjonalnej ekwiwalencji” i „technicznej neutralności” prawa¹⁷⁵. Uchyłano przepisy, które przewidywały wyłącznie „papierową” formę czynności prawnych, co miało umożliwić przejście od obrotu bazującego na dokumentacji papierowej, w kierunku obrotu posługującego się dokumentami w formie zdigitalizowanej. Przy zastosowaniu konstrukcji fikcji prawnej, ustalano

¹⁷³ Narzędzia elektronicznej gospodarki usprawniają proces zaspokajania zindywidualizowanych potrzeb konsumentów. Techniki informatyczne wydatnie obniżają koszty przetwarzania danych dotyczących preferencji kupujących, np. poprzez błyskawiczne udostępnianie zwrotnych informacji na temat upodobań i preferencji użytkowników (*feedback*). Zaawansowany technologicznie produkt informacyjny może być w czasie rzeczywistym modelowany i profilowany dla konkretnej osoby (tzw. *just-in-time production*).

¹⁷⁴ W szerokim znaczeniu *e-commerce* obejmuje, poza obrotem dobrami informacyjnymi w postaci zdigitalizowanej również rynek tradycyjnych towarów i usług, a także handel fizycznymi nośnikami dóbr niematerialnych, który jest inicjowany i monitorowany przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej.

¹⁷⁵ D. Goddard, *Does the Internet Require New Norms?*, „International Law Forum”, vol. 2, 2000, s. 188.

m.in. kryteria dla określenia miejsca i czasu składania oświadczeń woli w formie elektronicznej¹⁷⁶.

Prawodawcy zaczęli akceptować fakt, iż niektóre reguły obowiązujące w zakresie obrotu dobrami materialnymi nie nadają się do regulacji obrotu produktami w postaci zdigitalizowanej¹⁷⁷. Świadczenie dóbr niematerialnych (utworów literackich, muzycznych, informacji z baz danych) może następować nie tylko na tradycyjnych nośnikach fizycznych, ale także bezpośrednio drogą komunikacji elektronicznej, wprost do systemów informatycznych należących do konsumentów. Takie świadczenie może być uzyskiwane „na żądanie”, w dowolnym miejscu na świecie i w dowolnym czasie.

Wskazane tendencje rozwoju prawa Nicholas Negroponte określił obrazowo jako przechodzenie od „prawa atomów” w kierunku „prawa bitów”¹⁷⁸. Wraz z rewolucją informatyczną pojawiła się kwestia prawnego statusu nowych generacji oprogramowania, aplikacji przeznaczonych do wspierania, czy wręcz wyřęczania ludzi w dokonywaniu przez nich określonych czynności, do koordynowania procesów budowania relacji między różnymi podmiotami, w tym także relacji prawnych. Tzw. „elektroniczni pośrednicy” (*electronic agents, software agents*) mają za zadanie wykonywanie poleceń użytkowników, odnoszących się do różnych operacji elektronicznego przetwarzania danych¹⁷⁹. Od użytkowników zależy określenie celu użycia

¹⁷⁶ Por. R. Sorieul, J.R. Clift, J.A. Estrella-Faria, *Establishing a Legal Framework for Electronic Commerce: The Work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, „The International Lawyer”, vol. 35, 2001, *passim*; Analogiczne zmiany w prawie Federacji Rosyjskiej opisuje A.V. Trofimenko, *The Legal Regulation of Informational Relations: A Note on the Use of the Internet in the Russian Federation*, „Review of Central and East European Law”, vol. 29, no. 3, 2004.

¹⁷⁷ Nie oznacza to bynajmniej, że postulat przeprowadzenia reformy kiedykolwiek obejmował cały system prawa gospodarczego. Obok obszarów wymagających nowego podejścia i istotnej zmiany prawa, występują dziedziny stosunków społecznych, których skuteczna koordynacja następuje przy użyciu tradycyjnych instytucji prawa zobowiązań i prawa rzeczowego w oparciu na zasadzie swobody umów.

¹⁷⁸ N. Negroponte, *Being Digital*, New York 1996, s. 237.

¹⁷⁹ W ramach tej kategorii mieści się np. licytowanie w ramach elektronicznych aukcji, prowadzenie korespondencji handlowej, poszukiwanie określonych informacji albo zarządzanie bazami danych dla różnorodnych celów prywatnych i zawodowych.

„elektronicznego pośrednika” i stopień jego niezależności. Przedstawiciele nauki prawa i prawodawcy muszą dokonać oceny skutków prawnych tej sytuacji, w tym kwestii ponoszenia odpowiedzialności za ewentualne szkody majątkowe i niemajątkowe¹⁸⁰. Rozwój techniki prowadzi do konstruowania aplikacji coraz bardziej złożonych i niezależnych, włączając w to wykorzystanie przy ich budowie rozwiązań z zakresu sztucznej inteligencji. Tego rodzaju aplikacje nie wymagają już bieżącego nadzoru ze strony czynnika ludzkiego. Potrafią uczyć się i podejmować decyzje na podstawie zdobytych wcześniej doświadczeń. Ewolucyjnie zmieniają swoją charakterystykę i właściwość. Pierwsza generacja „elektronicznych pośredników” stanowiła w zasadzie rodzaj narzędzi, których użycie w celu np. zawarcia umowy wymagało uprzedniego wstępnego porozumienia na ten temat między stronami. Kolejne generacje przypominają bardziej sztucznych pomocników czy służących, posiadających znaczną niezależność. Odpowiednie stosowanie przepisów prawa o składaniu oświadczeń woli przestaje być, w odniesieniu do nich, rozwiązaniem w pełni satysfakcjonującym. Konstatacja tego faktu przez doktrynę prawa prowadzi do debaty na temat zasadności uznania podmiotowości prawnej najbardziej zaawansowanych technologicznie elektronicznych agentów (*intelligent software agents*), a w konsekwencji traktowanie ich, w niektórych sytuacjach, jako przedstawicieli w ścisłym sensie prawnym (*legal agents*)¹⁸¹.

Innego typu racjonalizację dla interwencji prawa w dziedzinę komunikacji elektronicznej stanowi potrzeba zapewnienia minimum bezpieczeństwa i pewności na tworzącym się rynku oraz ochrona uczciwej konkurencji

¹⁸⁰ W Stanach Zjednoczonych przyjęto w związku z tym następujące akty prawne: Uniform Electronic Transactions Act (UETA) z 1999 r., The Electronic Signature in Global and National Commerce Act (E-SIGN) z 2000 r., Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) z 2000 r. Por. także S. Anil, *An Overview of the Law of Internet Commerce and an Introduction to the Law of Software Agent*, „The EDI Law Review”, vol. 8, 2001, s. 24–30; A.J. Jr. Bellia, *Contracting with Electronic Agents*, „Emory Law Journal”, vol. 50, 2001, s. 1068–1072.

¹⁸¹ S. Smed, *Intelligent Software Agents and Agency Law*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 14, 1998, s. 506; G. Teubner, *Rights of Non-humans? Cyborgs and Animals Between Science, Law and Society*, „Journal of Law and Society”, vol. 33, 2006; T. Allen, R. Widdison, *Can Computers Make Contracts?*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 9, nb. 1, 1996, s. 35.

w tym sektorze¹⁸². Sprawą sporną pozostaje ustalenie właściwych proporcji pomiędzy bezpieczeństwem transakcji i pewnością rynku, a jego elastycznością i innowacyjnością. W tym kontekście pojawiła się kwestia tego, na ile prawo powinno wyprzedzać proces tworzenia standardów przez rynek, np. przy okazji ustanawiania wymogów jakim ma odpowiadać podpis elektroniczny¹⁸³. W doktrynie sformułowano postulat elastyczności regulacji, tworzenia praw w maksymalnym stopniu „neutralnych technicznie”, nie nakazujących stosowania żadnej, ściśle wskazanej techniki, ale raczej wskazujących na funkcje, które ma ona spełniać. Miało to umożliwić stabilność prawa i dalszy rozwój techniki, nie nakładać jej „gorsetu”, a wręcz przeciwnie – stymulować producentów przez stworzenie im możliwości konkurowania w zakresie oferowanych rozwiązań¹⁸⁴.

„Reformatorzy” wskazali na potrzebę zróżnicowania sposobu ponoszenia prawnej odpowiedzialności przez poszczególne kategorie podmiotów zaangażowanych w procesy transmisji informacji w sieci teleinformatycznej. Istnieją osoby lub instytucje, które decydują o treści przesyłanych informacji (*content providers*). Po drugiej stronie znajdują się firmy telekomunikacyjne udostępniające infrastrukturę telekomunikacyjną, nieposiadające żadnej wiedzy o treści i charakterze transmitowanych komunikatów (*network providers*). Istnieją też podmioty które, mimo, że same niczego nie publikują, to w mniejszym lub większym zakresie mogą dokonywać oceny treści informacji pochodzącej od jej dostawców i na tej podstawie blokować do niej dostęp (*hosting providers*). Na tę kategorię pośredników prawo państwowe może nałożyć reżim podwyższonej odpowiedzialności, chcąc w ten sposób skłonić ich do dyscyplinowania i kontrolowaniu swoich klientów (dostawców

¹⁸² Por. rozważania na temat regulacji kwestii dopuszczalności rozsyłania przez Internet niezamówionych treści, przede wszystkim o charakterze komercyjnym – M.P. Ochoa, *Recent State Laws Regulating Unsolicited Electronic Mail*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 16, 2000.

¹⁸³ J.K. Winn, *The Emperor’s New Clothes: the Shocking Truth About Digital Signatures and Internet Commerce*, „Idaho Law Review”, vol. 37, 2000–2001.

¹⁸⁴ D. Goddard zwraca uwagę na to, iż Internet jest tylko jedną z wielu nowych konstrukcji w obrębie znacznie szerszego zjawiska, t.j. postępu w dziedzinie technik służących do taniej transmisji wielkich ilości danych. Wiele wynalazków technicznych wciąż powstaje i wywiera wpływ na komunikowanie się ludzi w wymiarze transgranicznym; tenże, *op.cit.*, s. 183.

treści), piętnowania naruszeń własności intelektualnej czy rozpowszechniania pornografii. Zabieg ten ma dla liberalnego państwa także ten, dodatkowy walor, że nie stawia go w roli cenzora wolnego słowa, pośrednio przenosząc tę funkcję na podmioty niepubliczne, a jednocześnie pacyfikuje rewolucyjny impet Internetu. Z drugiej strony, skutkiem ubocznym takiego rozwiązania może być spowolnienie rozwoju gospodarki elektronicznej, zahamowanie powstawania nowych rodzajów usług i związanego z tym wzrostu zatrudnienia. Wiele krajów poszło inną drogą. Podmiotom pośredniczącym w wymianie informacji przyznane zostały swoiste immunitety, zwalniające od odpowiedzialności za transmitowane treści¹⁸⁵. Często zakres ich wolności jest szerszy niż w przypadku analogicznych „dystrybutorów” treści w tradycyjnych formach.

Rozwój gospodarki elektronicznej nadał nową dynamikę dyskusji nad reformą prawa podatkowego. Coraz bardziej efektywny i coraz tańszy stał się transfer towarów i usług sprowadzonych do postaci cyfrowej. Nowy tryb ich dystrybucji odbywa się w skali globalnej. Pozbawione substratu materialnego transakcje stanowią potencjalne zagrożenie dla dochodów podatkowych poszczególnych państw. Dostosowanie systemów prawnych do nowych sposobów prowadzenia działalności gospodarczej polega m.in. na jednoznacznym ustaleniu, jak fakt dokonania określonych czynności za pośrednictwem Sieci ma się do obowiązku zapłaty podatku w określonym państwie oraz czy transakcje, które nie mają żadnych substratów materialnych powinny być opodatkowane według jednych i tych samych reguł¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Ch. Butler, *Plotting the Return of an Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers*, „Michigan Telecommunication and Technology Law Review”, vol. 6, 2000, s. 247; C. Garvey, *The New Corporate Dilemma: Avoiding Liability in the Age of Internet Technology*, „University of Dayton Law Review”, vol. 25, 1999–2000.

¹⁸⁶ Większość umów dwustronnych z zakresu prawa podatkowego stanowi, że państwo może opodatkować dany podmiot zagraniczny, jeżeli sprzedaje on na jego rynek wewnętrzny i posiada tam swoją „stałą placówkę” (*permanent establishment*). Pojawia się pytanie, czy musi to oznaczać istnienie materialnego urządzenia technicznego czy też „placówka” może mieć charakter niematerialny np. sklepu internetowego zarejestrowanego w domenie narodowej? Por. A.J. Cockfield, *Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation*, „Minnesota Law Review”, vol. 85, 2000–2001, s. 1222; OECD, *Working Party no. 1 on Tax Conventions and Related Questions, Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in E-Commerce: Changes to the Commentary on Article 5*.

Prawo podatkowe może też stać się instrumentem służącym do promowania rozwoju gospodarki elektronicznej np. poprzez stosowanie systemu ulg i zwolnień.

W obliczu przewrotu informatycznego, poza realizacją interesów *stricto* ekonomicznych, państwa dążyły do usprawnienia innych, pełnionych przez siebie funkcji. Wobec powszechnego obowiązywania formalnej zasady *the rule of law* wymagało to odpowiedniej zmiany prawa. Prawo publiczne musiało określić zadania i kompetencje nowych instytucji powołanych w celu prowadzenia bieżącej kontroli (np. poprzez certyfikację, koncesjonowanie) lub zarządzania różnorodnymi procesami elektronicznej komunikacji. Ta sama metoda regulacji była właściwa dla przeprowadzenia informatyzacji aparatu państwowego, jego transformacji i modernizacji w kierunku „elektronicznego rządu” i „elektronicznego samorządu” (*electronic government*), świadczącego tą drogą różne usługi publiczne. Przeprowadzenie odpowiednich zmian w procedurze administracyjnej otworzyło nowe kanały oficjalnej komunikacji urzędów z obywatelami tj. m.in. w zakresie składania podań, wymiany korespondencji, powiadomień czy decyzji¹⁸⁷. Informatyzacja wymiaru sprawiedliwości wymaga wcześniejszej zmiany prawa procesowego pozwalającej na uznanie ważności czynności procesowych dokonywanych przy użyciu nowych środków technicznych¹⁸⁸.

Przystosowanie prawa karnego do realiów „przewrotu informatycznego” polega przede wszystkim na kryminalizacji nadużyć skierowanych przeciwko systemom automatycznego przetwarzania danych. Autonomicznym przedmiotem ochrony czyni się bezpieczeństwo informacji, w szczególności takie jej atrybuty jak dostępność, integralność i poufność. Nowe typy przestępstw obejmują różnorodne nieuprawnione ingerencje

¹⁸⁷ F. Galindo, R. Traummüller, *E-government: Legal, Technical and Pedagogical Aspects*, Albarracín 2003.

¹⁸⁸ Przykłady zmian tego rodzaju to m.in. legalizacja doręczania korespondencji przy użyciu poczty elektronicznej, możliwość ograniczenia protokołowania metodą tradycyjną w przypadku utrwalania obrazu i dźwięku środkami technicznymi oraz dopuszczalność przesłuchiwanie świadków na odległość w drodze telekonferencji albo wideokonferencji. Zob. A. Lach, *Wykorzystanie technologii informatycznych w postępowaniu karnym po nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 10 stycznia 2003 r.*, [w:] Z. Sobolewski, G. Artyniak, C.P. Kłak (red.), *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, Kraków 2003, s. 160–164.

w systemy komputerowe, mające na celu uzyskanie dostępu do danych, ich modyfikację, zniszczenie, zakłócenie funkcjonowania systemu, itp.¹⁸⁹ Oprócz przestępstw komputerowych *sensu stricte*, drugą kategorię czynów stanowi użycie *technik informatycznych i komunikacyjnych* w celu naruszenia innych niż informacja dóbr, objętych ochroną prawa karnego. Tą drogą może być popełnionych wiele rodzajów „tradycyjnych” przestępstw, takich jak zniewaga, groźba karalna czy rozpowszechnianie pornografii z udziałem dzieci. Kwestią sporną, różniącą „konserwatystów” i „reformatorów” jest m.in. to, jak ustawodawca powinien potraktować tego rodzaju nowe możliwości działalności przestępczej. Zwolennicy tezy, że „*Internet to w sumie nic nowego*” są zdania, że wprowadzenie różnych kar dla tych samych czynów dokonywanych raz w świecie rzeczywistym, raz w warunkach środowiska cyfrowego nie ma merytorycznego uzasadnienia. Przedstawiciele drugiej grupy podnoszą z kolei, że wysokość kary powinna być wprost proporcjonalna do tego, jak duże jest, w danej sytuacji, prawdopodobieństwo, że sprawca nie zostanie ujęty. Specyfika środowiska globalnej sieci teleinformatycznej zwiększa, co do zasady, szansę uniknięcia odpowiedzialności. Przemawia to za wprowadzeniem wyższego wymiaru kary w razie popełniania przestępstwa w takich okolicznościach. Dodatkowo, koszty przygotowania i dokonania „tradycyjnego” przestępstwa przez Internet są zazwyczaj niższe¹⁹⁰. Szczególnie groźnym, nowym rodzajem przestępczości jest tzw. cyberterrorizm, polegający na paraliżowaniu środków komunikacji i przetwarzania danych w najbardziej newralgicznych węzłach elektronicznej komunikacji. Odpowiedzią na to zagrożenie jest m.in. rozszerzanie kompetencji właściwych służb państwowych, przyznawanie im prawa stosowania środków elektronicznych służących do nadzoru i inwigilacji, czyli metod adekwatnych do nowych sposobów działania sprawców przestępstw¹⁹¹ W kontekście olbrzymich możliwości

¹⁸⁹ A. Adamski, *op.cit.*, s. 30–45.

¹⁹⁰ Zob. N.K. Katyal, *Criminal Law in Cyberspace*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 143, 2000–2001, s. 1004–1009.

¹⁹¹ Por. przyjętą w USA w 2001 r. ustawę *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* (USA PATRIOT Act).

inwigilacji, które stwarzają nowoczesne techniki przetwarzania informacji, konstytucyjna zasada państwa prawa wymaga, aby kwestie stosowania tych środków przez organy państwowe oraz procedury zbierania dowodów elektronicznych zostały precyzyjnie uregulowane i poddane sądowej kontroli¹⁹². Powstaje potrzeba wprowadzenia do procedury karnej nowych instytucji specjalnych, takich jak np. przeszukanie systemu informatycznego czy zabezpieczenie danych w postaci elektronicznej¹⁹³.

O kształcie i treści przepisów służących zapewnieniu bardziej efektywnej realizacji funkcji poszczególnych państw, decyduje w znacznej mierze to, z jakim reżimem politycznym mamy w konkretnym przypadku do czynienia. Reżimy autorytarne koncentrują swoją uwagę na stworzeniu gwarancji dla ochrony interesów państwa jako takiego, w szczególności na kwestii zapewniania porządku i bezpieczeństwa publicznego, obronności kraju, ochrony moralności publicznej i przeciwdziałania propagandzie nieprzyjaciela¹⁹⁴. Przejawem tego rodzaju podejścia jest wzmożona kontrola treści pochodzących z zagranicy oraz baczne nadzorowanie komunikacji elektronicznej w wykonaniu własnych obywateli. Względ na interes państwa stanowi uzasadnienie dla różnego rodzaju ograniczeń wolności obywatelskich. Prawo służy jako instrument realizacji tej polityki na różne sposoby, począwszy od pełnienia funkcji prawnokarnych, stworzenia podstawy działania instytucji kontrolnych, skończywszy na regulacji cen urządzeń (*hardware*) i aplikacji (*software*) służących do uzyskania dostępu do Internetu. W skrajnym przypadku może to oznaczać całkowite „odcięcie” społeczeństwa od światowej infrastruktury informacyjnej, np. poprzez delegalizację wszelkich środków technicznych umożliwiających dostęp do

¹⁹² Muszą zostać odpowiednio zmienione przepisy nadające tym służbom uprawnienia do działań ingerujących w prawa obywatelskie np. w zakresie stosowania podsłuchu. W tego typu sytuacjach nie jest bowiem dopuszczalna wykładnia rozszerzająca dotychczasowych przepisów albo odwołanie się do analogii, np. zastosowanie przepisów o użyciu podsłuchu telefonicznego do kontroli poczty elektronicznej. Zob. A.E. Orr, *Marking Carnivore's Territory: Rethinking Pen Registers on the Internet*, „Michigan Telecommunication and Technology Law Review”, vol. 8, 2002.

¹⁹³ A. Lach, *op.cit.*, s. 167.

¹⁹⁴ A. Staiman, *Shielding Internet Users from Undesirable Content: The Advantages of PICS based Rating System*, „Fordham International Law Journal”, vol. 20, 1996–1997, s. 898.

międzysieci. Specyfiką strategii niektórych państw niedemokratycznych, w szczególności Chin Ludowych, w zetknięciu z ekspansją Internetu było dążenie do osiągnięcia jak największych korzyści ekonomicznych, pod warunkiem zachowania pełni władzy politycznej i możliwości kontroli społeczeństwa. Temu celowi podporządkowana została polityka stanowienia prawa. Internet wzmógł napięcie istniejące pomiędzy para–kapitalistyczną gospodarką i państwowym panowaniem nad obiegiem informacji. Obok regulacji stanowiących odpowiedniki praw przyjmowanych w państwach zachodnich i służących generalnie określeniu ram prawnych dla obrotu elektronicznego, od połowy lat dziewięćdziesiątych przyjmowane były także regulacje zakazujące tworzenia, wyszukiwania, powielania i rozpowszechniania informacji zagrażających „bezpieczeństwu państwa” i „porządkowi publicznemu”, czy wręcz takich, które „godzą w morale i wysiłki na rzecz budowy socjalistycznej cywilizacji”. Każdy serwis internetowy podlega rejestracji i działa na podstawie zezwolenia. Odpowiedzialność za naruszenie wspomnianych zakazów ponoszą zarówno konsumenci informacji, jak i pośrednicy w transmisji informacji (*Internet service providers*)¹⁹⁵. Państwa demokratyczne podejmują różne próby przeciwstawienia się cenzurze Internetu, z którą mamy do czynienia na Kubie, w Chińskiej Republice Ludowej, Arabii Saudyjskiej, Laosie, Birmie, Syrii, Tunezji, Wietnamie czy Jemenie¹⁹⁶. W USA przyjęto regulacje nawiązujące to do tradycji finansowania rozgłośni radiowych nadających transmisje na obszary okupowane podczas wojen światowych czy w okresie zimnej wojny¹⁹⁷.

Na skutek przewrotu informatycznego państwa demokratyczne i liberalne podjęły szereg zabiegów legislacyjnych dla określenia nowych sposobów korzystania z wolności obywatelskich i ustaleniu koniecznych granic tych

¹⁹⁵ C. Liang, *Red Light, Green Light: Has China Achieved Its Goals Through the 2000 Internet Regulations*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law”, vol. 34, 2001.

¹⁹⁶ Te państwa są najczęściej wskazywane, jako „cenzorzy Internetu” w raportach organizacji pozarządowych. Por. Human Rights Watch (dostępne pod adresem: <http://www.hrw.org>), Reporters Without Borders (<http://www.rsf.org>).

¹⁹⁷ E.M. Chen, *Global Internet Freedom: Can Censorship and Freedom Coexist?*, „DePaul–LCA Journal of Art. And Entertainment Law”, vol. 13, 2003.

wolności. Przykładem tego, w jaki sposób przewrót informatyczny przyczynił się do rozszerzeniu zakresu praw jednostki mogą być akty przyznające jej prawo do informacji o kwestiach publicznych. Organy publiczne zostały zobligowane do szybkiego i efektywnego dostarczania informacji przy użyciu *technik informatycznych i komunikacyjnych*. Model dostępu do informacji funkcjonujący na zasadzie „zamów i czekaj” został zastąpiony modelem udostępniania określonych kategorii informacji w trybie ciągłym (dostęp zdalny i natychmiastowy). Urzędy państwowe mają obowiązek świadczyć usługi polegające na umożliwieniu zainteresowanym zdalnego wyszukiwania potrzebnych im informacji¹⁹⁸.

Osobnego omówienia wymagają dwie wartości prawne, które uzyskały zupełnie nowy wymiar wskutek przewrotu informatycznego i powstania Internetu. Są to własność intelektualna i prywatność. Chociaż państwa demokratyczne na ogół zgodne uznają, że prywatność stanowi konieczny warunek istnienia społeczeństwa obywatelskiego to, jak zauważa Joel R. Reidenberg, „*Stany Zjednoczone powierzyły jej ochronę w większym stopniu rynkowi niż prawu. W państwach europejskich, odmiennie, zabezpieczenie prywatności traktuje się jako imperatyw zakotwiczony w fundamentalnych prawach człowieka.*”¹⁹⁹ Ta antynomia pomiędzy USA a Europą uległa zaostrzeniu na skutek rozwoju gospodarki elektronicznej. Fakt ten miał znaczący wpływ na zakres prywatności uczestników sieciowych form komunikacji. Zmianie uległ sposób i skala przetwarzania danych osobowych użytkowników i to nie tylko przez podmioty publiczne, ale przede wszystkim przez prywatnych przedsiębiorców. Odmiennie modele ochrony danych osobowych po dwóch stronach Atlantyku doprowadziły do perturbacji w zakresie wymiany towarów i usług na tym obszarze. W amerykańskim prawie konstytucyjnym nie występuje, wyrażone *explicite*, publiczne prawo do prywatności, ani też prawo jed-

¹⁹⁸ Ewolucja amerykańskiego systemu dostępu do informacji publicznej (Freedom of Information Act z 1966) pod wpływem rewolucji informacyjnej analizuje M.E. Tankersley, *How The Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996 Update Public Access for the Information Age*, „Administrative Law Review”, vol. 50, 1998.

¹⁹⁹ J.R. Reidenberg, *E-commerce and Trans-Atlantic Privacy*, „Houston Law Review”, vol. 38, 2001–2002, s. 730–731.

nostki do informacyjnego samookreślenia²⁰⁰. Federalne regulacje prawne miały w tej materii charakter sektorowy. Poddają ochronie poszczególne kategorie danych lub podmiotów znajdujących się w określonych sytuacjach (np. konsumentów). Dostosowanie prawa do warunków przewrotu informatycznego w USA następuje w podobnym trybie. Przyjmowane są kolejne ustawy „sektorowe”, np. w zakresie ochrony prywatności dzieci komunikujących się przez Internet²⁰¹. W Europie postulat „dostosowania” prawa do nowej rzeczywistości społeczeństwa informatycznego został zrealizowany, przede wszystkim, poprzez instrumenty prawa publicznego. Wkrótce po pojawienie się pierwszych komputerowych baz danych, obywatelom państw Starego Świata przyznane zostały nowe publiczne prawa podmiotowe. Wczesne regulacje tych kwestii z lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych poddano harmonizacji w skali zachodniej części kontynentu²⁰². Powołano wspólny europejski rynek informacyjny, którego indywidualni uczestnicy uzyskali prawo do informacyjnego samookreślenia, tzn. kontroli informacji na swój temat, udzielania zgody na jej przetwarzania i możliwość poprawienia ewentualnych nieścisłości. Europejskie prawo o ochronie danych przewiduje, że poza sytuacją świadomego wyrażenia zgody podmiotu danych, ich przetwarzanie może nastąpić jedynie na podstawie wyraźnego

²⁰⁰ W orzecznictwie Sądu Najwyższego USA pojawia się pojęcie „strefy prywatnej” otaczającej każdą jednostkę. Sąd nie wyciągnął jednak z tego rodzaju twierdzeń żadnych daleko idących wniosków w zakresie objęcia ochroną danych osobowych. Nie określili też granic wspomnianej „strefy”.

²⁰¹ Na temat regulacji sektorowej na przykładzie *Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)* por. uwagi D.A. Valentine, *Privacy on the Internet: the Evolving Legal Landscape*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 16, 2000, s. 410 i n.; Sytuacja w tej dziedzinie istniejąca na terenie Stanów Zjednoczonych mogłaby dostarczyć argumentów zarówno zwolennikom „regulacyjnego separatyzmu” jak i „konserwatystom”. Ochrona prywatności w USA następuje przy użyciu elastycznych mechanizmów przemysłowej, dobrowolnej samoregulacji (*voluntary codes of conduct*), a także instytucji *common law* – formujących się tzw. *privacy torts*. Zob. A.M. Froomkin, *The Death of Privacy?*, „Stanford Law Review”, vol. 52, 1999–2000, s. 1541.

²⁰² Por. Konwencja Rady Europy w sprawie ochrony jednostek w odniesieniu do automatycznego przetwarzania danych osobowych (1981); dyrektywa nr 95/46/WE w zakresie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych (1995); a także dyrektywa nr 97/66/WE w sprawie ochrony danych w telekomunikacji (1997) i zmieniająca ją dyrektywa 2002/58/WE o ochronie danych w sektorze komunikacji elektronicznej (2002). Na rozwiązaniach europejskich wzorowały się prawe uregulowania m.in. w Kanadzie i w RPA.

upoważnienia ustawowego. Regułą jest także powoływanie organów nadzoru (najczęściej agencji państwowych) nad przetwarzaniem danych. Ekspansja Internetu w końcu XX wieku ujawniła potrzebę dokonania kolejnych zmian prawa. Polegały one na konkretyzacji generalnych zasad ochrony danych w nowo powstałym sektorze cyfrowej telekomunikacji. Nowe zagrożenia dla prywatności wiązały się przede wszystkim z możliwością systematycznego, komputerowego utrwalania i dalszego przetwarzania tzw. danych ruchowych (*traffic data*)²⁰³ w dynamicznie rozwijających się sieciach prywatnych. Uregulowano m.in. kwestie poufności komunikacji i rozsyłania komercyjnego spamu, czyli niezamówionych przekazów informacyjnych o charakterze handlowym²⁰⁴. W kontekście prawa do prywatności pojawia się także problem dopuszczalnego stopnia dostępu państwa do danych przesyłanych między obywatelami w ramach komunikacji elektronicznej oraz określenie sytuacji, w których jest to zasadne. W tym celu prawo może nakładać na operatorów obowiązek przechowywania danych przez określony czas.

Stosowanie w komunikacji elektronicznych technik szyfrujących (kryptograficznych) budzi kolejne kontrowersje. Tzw. twarda kryptografia czyni przekaz informacyjny niejawnym nawet dla organów ścigania i może stanowić tarczę (barierę technologiczną) nie tylko dla podmiotów obawiających się, że padną ofiarą przestępstwa, ale także dla tych, którzy sami wchodzi w konflikt z prawem²⁰⁵. Zaszifrowane komunikaty mogą służyć nie tylko do wymiany wiadomości. Niekiedy pełnią funkcję transak-

²⁰³ Są to dane generowane podczas przekazów informacji w formie elektronicznej ale nie stanowiące samej treści informacji. Mogą określać m.in. nadawcę informacji, jej przeznaczenie, czas, datę, rozmiar oraz czas trwania procesu komunikacji.

²⁰⁴ Problem niepożądanego korespondencji elektronicznej, zakłócającej prawidłowe funkcjonowanie infrastruktury jest wspólny dla państw liberalno-demokratycznych i państw o ustrojach autorytarnych. W tych ostatnich traktowany jest bardziej w kategoriach ochrony rynku i porządku publicznego niż zabezpieczenia praw obywatelskich. Por. J. D'Ambrosio, *Should 'Junk' E-Mail Be Legally Protected?*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 17, 2000–2001.

²⁰⁵ Wychodząc z tego założenia ustawodawca amerykański postanowił przeciwdziałać niepożądanego dystrybucji technik szyfrujących m.in. poprzez wprowadzenie ograniczeń eksportu tzw. „twardej” kryptografii. Por. A.W. Hodkowski, *The Future of Internet Security: How New Technologies Will Shape the Internet and Affect the Law*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 13, 1997, s. 236 i n.

cyjną – służą do dystrybucji zdigitalizowanych dóbr i usług, która bardzo często odbywa się poza jakąkolwiek kontrolą i świadomością podmiotów władzy publicznej. Z technik kryptograficznych na równi korzystają amatorzy dziecięcej pornografii i handlarze narkotyków, terroryści i szpiedzy. Bezpieczeństwo państwa i możliwość efektywnej egzekucji prawa kładzie się na przeciwległej szali względem prawa do prywatności i możliwości ochrony np. tajemnic handlowych.

Wśród zwolenników reformy prawa nie ma zgody co do tego, w jakim kierunku powinna zmierzać transformacja prawa autorskiego, czy też, w szerszym ujęciu, jaki poziom ochrony ma gwarantować znowelizowane prawo własności intelektualnej. Zarówno ustalenie tego poziomu nazbyt nisko, jak i nadmierne intensyfikowanie ochrony praw wyłącznych może mieć niepożądany wpływ na dalszy rozwój społeczeństwa informatycznego²⁰⁶. Niewątpliwie *techniki komunikacyjne i informatyczne* stwarzają doskonałe warunki do rozkwitu twórczości wszelkiego rodzaju. Od kształtu prawa w dużej mierze zależy to, czy potencjał ten zostanie właściwie wykorzystany. Przewrót informatyczny doprowadził do największej, od czasów wynalezienia druku, zmiany w sposobie dystrybucji informacji. Radykalnie obniżyły się koszty i w podobnym stopniu wzrosła szybkość wykonywania kopii o jakości utrwalenia nie różniącej się od oryginału. W efekcie „*czas, koszt i jakość przestały grać w jednej drużynie z uprawnionymi z tytułu praw autorskich*”²⁰⁷. Wcześniej nakłady związane z wierną reprodukcją dzieła znacznie przewyższały koszt nabycia legalnej kopii. Przewrót informatyczny doprowadził do podważenia tej reguły.

²⁰⁶ Paradoksalnie, mimo relatywnie niskiego stopnia poszanowania wyłącznych praw własności intelektualnej, w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia odnotowywano dynamiczny rozwój gospodarki elektronicznej i sektora informatycznego oraz wzrost inwestycji. Lawrence Lessig pisał o tym zjawisku w roku milenijnym: „*Oto wielka ironia ostatniej dekady. Kiedy Wschód uczy się dobrodziejstwa własności, Zachód cieszy się dobrobytem pochodzącym z zanegowania własności. Kiedy Wschód tworzy system ochrony własności, aby odbudować gospodarkę i społeczeństwo, Zachód buduje ekonomię i społeczeństwo w przestrzeni, w której nie króluje własność.*” Por. L. Lessig, *The Death of Cyberspace*, „*Washington and Lee Law Journal*”, vol. 57, 2000, s. 345.

²⁰⁷ L.A. Kurtz, *Copyright and the Internet – World without Borders*, „*The Wayne Law Review*”, vol. 43, 1996–1997, s. 117.

Pozostaje kwestią sporną, czy informacja zapisana w postaci elektronicznej powinna być traktowana jak każdy inny przedmiot praw majątkowych. Czy musi być chroniona prawami typu własnościowego, ponieważ stanowi to warunek wstępny (konieczny) do powstania rynku dóbr informacyjnych? Czy też, odmiennie – takie rozwiązanie równałoby się narzucaniu sztucznie wykreowanego monopolu w dziedzinie, która wcześniej cieszyła się naturalną wolnością²⁰⁸.

Rozwój *technik komunikacyjnych i informatycznych* doprowadził do naruszenia dotychczasowego faktycznego układu relacji istniejących pomiędzy konsumentami a producentami dóbr intelektualnych. Powstała niepewność co do tego, w jakich sytuacjach i w jaki sposób podmioty uprawnione będą mogły pobierać wynagrodzenie za korzystanie z ich utworów za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Architektura Internetu pozwala w takim samym stopniu na wymianę treści objętych i tych nieobjętych ochroną prawa własności intelektualnej. Powoduje to wzrost napięcia pomiędzy konsumentami dóbr informacyjnych, użytkownikami Internetu przywykłymi do nieodpłatnej dystrybucji wiedzy wszelkiego rodzaju a uprawnionymi z tytułu praw własności intelektualnej.

Ci ostatni zbudowali silne i wpływowe lobby. Dąży ono do zmiany prawa w taki sposób, aby uprawnieni z tytułu praw własności intelektualnej autorów uzyskali satysfakcjonujący poziom kontroli nad wykorzystywaniem ich dóbr przez inne osoby w środowisku cyfrowym. W Stanach Zjednoczonych i w innych państwach kultury zachodniej nastąpiło przyspieszenie rozwoju koncepcji własnościowych w obrębie różnych kategorii informacji (*commodification, proprietarisation*). W systemach *common law* sądy zaczęły uznawać quasi-własnościowe uprawnienia wyłączne na nowych kategoriach dóbr informacyjnych, niezależnie od tego czy były one chronione przez ustawowe prawo własności intelektualnej²⁰⁹. W jednym z modeli ochrony prywatności

²⁰⁸ Por. J. Boyle, *Foucault in Cyberspace...*, s. 180. Autor podaje przykłady diametralnych różnic w stosunku do własności intelektualnej istniejących wśród prominentnych przedstawicieli libertariańskich, prorynkowych opiniotwórczych instytucji w USA.

²⁰⁹ H.V. Barry, *Information Property and the Internet*, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 19, 1996–1997, s. 621 i n.

pojawiła się nawet propozycja, aby status własnościowy nadać danym osobowym²¹⁰. Przyznawanie ochrony prawnej stało się pochodną nie tylko kreatywności, ale również nakładu finansowego lub organizacyjnego, który nadał poszczególnym kategoriom informacji wartość i znaczenie handlowe²¹¹. W tym nurcie mieści się tworzenie praw dla ochrony interesów podmiotów czyniących nakłady na zebranie i uporządkowanie określonych informacji, a następnie wyrażenie ich w formie elektronicznych baz danych²¹².

Pojawiła się także tendencja do rozszerzania zakresu przedmiotu ochrony prawa własności intelektualnej, czyli zakresu monopolu autorskiego. Postulaty reformy prawa idące w tym kierunku zakładają m.in., że za eksploatację dzieła w warunkach obrotu elektronicznego należy uznać każdą formę dostępu do niego. W środowisku cyfrowym dostęp taki pociąga bowiem za sobą nieodłączne wykonanie kopii i zapisanie jej (choćby krótkotrwałe) w ramach systemu informatycznego²¹³.

Z uwagi na właściwości technik komunikacyjnych i informatycznych, luki w prawie i kłopoty natury egzekucyjnej postulowano zmiany jeszcze dalej idące. W miejsce przyjmowania przepisów określających, jak użytkownicy powinni korzystać z dóbr intelektualnych, postulowano wprowadzenie zakazu omijania środków technicznych, które efektywnie kontrolują dostęp do dzieła. Zakazana, pod groźbą surowej kary, została również produkcja i rozpowszechnianie urządzeń służących do omijania takich zabezpieczeń. Tego typu rozwiązania znalazły się w szeregu aktów prawnych wzorowanych na postanowieniach konwencji Światowej Organizacji Własności Intelektualnej z 1996 r.²¹⁴, np. w amerykańskim *Digital Millennium Copy-*

²¹⁰ P. Samuelson, *Privacy As Intellectual Property?*, „Stanford Law Review”, vol. 52, 1999–2000, s. 1130–1151.

²¹¹ Por. J. Gołaczyński (red.), *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, Warszawa 2003, s. 286.

²¹² Por. Dyrektywa Unii Europejskiej 96/9 z 11 marca 1996 r. o prawnej ochronie baz danych.

²¹³ W realiach sprzed przewrotu informatycznego oznaczałoby to przyznanie twórcom prawa żądania wynagrodzenia, np. za każde przeczytanie książki, obejrzenie obrazu czy wysłuchanie utworu, motywowane tym, że takie czynności prowadzą do stworzenia „kopii” dzieła w pamięci człowieka.

²¹⁴ Por. art. 18 Konwencji WIPO w sprawie wykonań i fonogramów przyjętej na konferencji dyplomatycznej w Wiedniu 20 grudnia 1996 r.

right Act z 1998 r.²¹⁵ Na skutek tych zabiegów legislacyjnych poprawie uległa skuteczność i efektywność w walce z nieautoryzowanym kopiowaniem²¹⁶. Sukcesowi lobby własności intelektualnej towarzyszy jednak obawa, czy takie rozwiązanie nie ograniczy niektórych uprawnień publiczności, np. tych wynikających z prawa do dozwolonego użytku²¹⁷.

Idea reformy prawa polegającej na intensyfikacji ochrony praw własności intelektualnej znajduje liczne grono krytyków. Twierdzą oni, że propozycje zmian idące w tym kierunku opierają się na błędnej i demonicznej zarazem wizji Internetu, jako wielkiej „*maszynki do kopiowania*”, którego funkcje ograniczają się do masowej reprodukcji i niekontrolowanej dystrybucji chronionych prawem dóbr intelektualnych. James Boyle charakteryzuje założenia tego rodzaju polityki prawa w sposób następujący: „*przyjmuje się, że im większa będzie równość w dostępie do technicznych środków reprodukcji, tym więcej będzie naruszeń praw autorskich, stąd wzmocnienie ochrony prawnoautorskiej przedstawia się jako konieczna formę rekompensaty twórców za ich utracone zyski*”²¹⁸.

Internet pozwala na wykreowanie nowych produktów i rynków zbytu dla dóbr intelektualnych. Obniżeniu ulegają koszty ich dystrybucji, co prowadzi do powiększenia zysków ze sprzedaży na odległość. W tym duchu formułowane są tezy, iż prawo własności intelektualnej powinno stwarzać ogółowi zachęty dla autorów i artystów, ale w nie mniejszym stopniu zapewniać jak najszerszy dostęp do twórczości. Przy reformie prawa własności intelektualnej nie można zapomnieć

²¹⁵ Pub. L. No. 105–304, 112 Stat. 2860 (1998).

²¹⁶ B.J. Gaffney, *Copyright Statutes That Regulate Technology: a Comparative Analysis of the Audio Home Recording Act and the Digital Millennium Copyright Act*, „Washington Law Review”, vol. 75, 2000, s. 627 i n.

²¹⁷ Problem ten zostanie rozwinięty w kolejnym rozdziale. Por. J.E. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, „Berkeley Technology Law Review”, vol. 12, 1997, s. 181.

²¹⁸ J. Boyle, *Intellectual Property Policy Online: A Young Person's Guide*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 10, no. 1, 1996, s. 52–53. Tamże Boyle przytacza list zbiorowy skierowany do przedstawicieli administracji USA, podpisany przez ponad stu profesorów, protestujących przeciwko propozycjom zmiany prawa, idącym w kierunku znacznego rozszerzenia monopolu autorskiego.

o ochronie domeny publicznej, która stanowi warunek konieczny funkcjonowania wolnej konkurencji, tworzy ważną gwarancję dla wolności słowa i „rezerwuar” pomysłów i motywów dla nowych pokoleń twórców. Nadmierne intensyfikowanie ochrony praw wyłącznych, stwarza ryzyko ograniczenia dotychczasowej swobody dostępu i przepływu informacji, wymiany idei stanowiącej fundament społeczeństwa informatycznego. Pojawienie się Internetu i techniki cyfrowej zmieniło parametry „środowiska”, w którym dochodzi do społecznej komunikacji. Zostały one tak zdefiniowane, aby dopuścić interaktywność, masową partycypację, nieekskluzywne korzystanie z wytworów kultury i ich twórcze przetwarzanie przez ogół zainteresowanych. Dzięki cyfrowej technice wolność komunikowania się uzyskała zupełnie nowy wymiar²¹⁹. Usunięcie jakiegokolwiek informacji z domeny publicznej zawsze zubaża dyskurs. Ustanowienie praw wyłącznych na kolejnych kategoriach informacji o faktach (np. ochrona baz danych) prowadzi wręcz do ograniczania rozwoju edukacji publicznej. Znajomość faktów jest bowiem niezbędnym warunkiem formułowania myśli i ich wyrażania. Tego rodzaju politykę można porównać do stwarzania monopolu²²⁰. Jest to w większym stopniu ochrona pewnych sektorów gospodarki przed konkurencją niż wspieranie twórczości.

Zdaniem części zwolenników reformy prawa autorskiego, w kontekście przewrotu informatycznego należy dbać przede wszystkim o te unikalne właściwości nowych form komunikacji elektronicznej, które stymulują rozwój „wolnej kultury”. Według Lessiga, „*wolne kultury są kulturami*,

²¹⁹ Zdaniem Jacka M. Balkina, tradycyjna koncepcja wolności powinna być rozszerzona o nowe elementy: „(1) prawo do publikowania, dystrybucji i dostępu do publiczności; (2) prawo do wchodzenia w interakcje z innymi w celu wymiany idei, co zawiera w sobie uprawnienie do wywierania wpływu i do bycia inspirowanym, do transmisji przekazów kulturowych i odbierania ich; (3) prawo do korzystania z dostępnych zasobów w celu ich unowocześniania, przetwarzania i łączenia a następnie dzielenia się z innymi; (4) prawo udziału w tworzeniu kultury, zabierania głosu w procesie rozwoju tych sił kulturowych i komunikacyjnych, które kształtują i określają podmiotowość jednostki”. Zob. J.M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, „New York University Law Review”, vol. 79, 2004, s. 46.

²²⁰ J. Barta, R. Markiewicz, *Internet...*, s. 322.

które pozostawiają wiele treści otwartych, tak by inni mogli tworzyć na ich podstawie. W kulturach zniewolonych lub opartych na przyzwoleniu, swobodnych pozostaje o wiele mniej treści.”²²¹ Jednym z możliwych rozwiązań prawnych służących ochronie „wolnej kultury” byłoby ustanowienie publicznych praw podmiotowych gwarantujących powszechny dostęp do niektórych, społecznie istotnych informacji. Zgodnie z tą filozofią chronić należy przede wszystkim prawo do dozwolonego użytku. Uzasadnia to ograniczanie zakresu pewnych kategorii praw wyłącznych, szczególnie tych, które mogą doprowadzić do paraliżu nowych form komunikacji elektronicznej.

Obok omawiania kwestii szczegółowych w dyskusji o „wielkiej reformie” prawa pojawiają się zagadnienia znacznie bardziej fundamentalne. Zdaniem Günthera Teubnera digitalizacja jest, obok „uprywatnienia” i globalizacji, jednym z najważniejszych wyzwań, przed którymi stoi współczesna teoria konstytucyjna. Teubner widzi konieczność przekształcenia dziedzictwa konstytucjonalizmu państw narodowych w taki sposób, aby mogło ono posłużyć do „oddania sprawiedliwości” tym zjawiskom²²².

Zjawisko powszechnej digitalizacji przekazów kulturowych skłania do postawienia ważnych pytań. Czy wolności i prawa obywatelskie powinny przysługiwać w takim samym stopniu niezależnie od tego, przy użyciu jakich środków uprawnieni z nich korzystają? Czy liczy się forma w jakiej podejmuje się określonych działania (elektroniczna albo tradycyjna), czy też jedynie funkcja, której realizacji te działania służą?²²³ Jak ochronić niektóre wartości konstytucyjne przed zagrożeniami, jakie stwarza dla nich wszechobecna technika informatyczna i rozwijająca się

²²¹ L. Lessig, *Wolna kultura*, Warszawa 2005, s. 56

²²² G. Teubner, *Konstytucjonalizm społeczny. Alternatywy dla teorii konstytucyjnej nakierowanej na państwo*, Wykład im. Leona Petrażyckiego wygłoszony na Wydziale Prawa i Administracji UW 27 maja 2004, *Ius et Lex*, s. 6, *Ibidem*, s. 18–26.

²²³ Problem ten, na gruncie prawa amerykańskiego, rozważa Orin S. Kerr, który dochodzi do wniosku, że prawo przyznaje zbyt duży stopień ochrony komunikacji internetowej por. tenże, *Are We Overprotecting Code? Thoughts on First-Generation Internet Law*, „Washington and Lee Law Review”, vol. 57, 2000.

błyskawicznie elektroniczna gospodarka? Czy media, których budowa zdaje się sprzyjać wolności ekspresji stwarzają zagrożenie dla innych wartości, np. prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie ze swoim przekonaniem?

Jedną z konsekwencji przewrotu informatycznego było zwielokrotnienie stopnia dostępności różnorodnych treści w formie elektronicznej dla szerokiej publiczności. Niektóre z nich uznano za potencjalnie groźne dla moralności publicznej (pornografia), czy też bezpieczeństwa publicznego (instrukcje sporządzania materiałów wybuchowych)²²⁴, uzasadniające tym samym zdecydowaną interwencję prawodawcy²²⁵. Państwa demokratyczne zaczęły poszukiwać nowych sposobów określenia granicy pomiędzy różnymi wartościami konstytucyjnymi.

Według badań przeprowadzanych w USA, na początku XXI wieku, nawet najmłodszy użytkownicy Internetu byli wystawiani na oddziaływanie przekazów o silnym nacechowaniu seksualnym, niezależnie od swojej własnej woli, ani tym bardziej od woli opiekunów. W przypadku nastolatków problem ten dotyczył praktycznie co drugiej badanej osoby²²⁶. Amerykański ustawodawca podjął próbę znalezienia rozwiązań prawnych, które pozwoliłyby chronić małoletnich. Przyjmowane w tym celu ustawy, począwszy od roku 1996, kiedy wydano *Communications Decency Act*, były kolejno uznawane przez Sąd Najwyższy USA za sprzeczne z Pierwszą Poprawką do Konstytucji²²⁷. Sąd stwierdził, że twórcy tego rodzaju ustaw, chroniąc

²²⁴ Por. debata na temat dopuszczalności publikowania w Internecie instrukcji budowania ładunków wybuchowych, o której pisze B.J. Yeazel, *Bomb-making Manuals on the Internet: Maneuvering a Solution Through First Amendment Jurisprudence*, „Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy”, vol. 16, 2002.

²²⁵ R.W. Peters, *There is a need to regulate indecency on the Internet*, „Cornell Journal of Law and Public Policy”, vol. 6, 1996–1997.

²²⁶ D. Thornburgh, H.S. Lin (red.), *Youth, Pornography, and the Internet*, National Academy Press, 2002.

²²⁷ Zakazem rozpowszechniania objęto nie tylko treści obsceniczne (*obscene*), które już wcześniej zostały wyłączone z zakresu zastosowania pierwszej poprawki do Konstytucji USA jako pozbawione społecznej wartości. Rozciągnięto go także na treści dotąd uznawane za nieprzyzwoite (*indecent*) ale objęte konstytucyjną ochroną.

dzieci, nie byli w stanie zabezpieczyć praw osób dorosłych²²⁸. Wszelkie ograniczenia wolności słowa ze względu na treść przekazu podlegają w Stanach Zjednoczonych ścisłej i surowej analizie pod kątem ich zgodności z Ustawą Zasadniczą (*strict scrutiny analysis*). Internet stał się siłą napędową dyskursu obejmującego z jednej strony rozważania poświęcone wartościom konstytucyjnym i zasadom techniki prawodawczej, z drugiej zahaczającym o pogłębioną analizę właściwości systemów przetwarzania i transmisji danych. Technika, do której nowe ustawy się odnosiły, podlegała i podlega ciągłej, szybkiej transformacji. W tych warunkach niezwykle trudne okazywało się tworzenie norm, które mogłyby w sposób precyzyjny i adekwatny do potrzeb realizować uzasadniony interes społeczny (*compelling interest*), a zarazem byłyby w najmniejszym, możliwym stopniu obciążające dla innych interesów i wartości. Ustawodawca amerykański ponosił kolejne porażki sądowe w starciach z obrońcami wolności obywatelskich, ponieważ nie potrafił pogodzić ochrony małoletnich z ochroną wolności słowa.

W kontekście sporu o ochronę dzieci pojawił się pogląd, że model regulacji behawioralnej nie jest dobrym rozwiązaniem tego problemu. Z punktu widzenia zobowiązań państwa w zakresie wolności słowa, znacznie lepszym pomysłem mogą okazać się różne formy autocenzury albo samoregulacji, dyskretnie wspierane przez rząd. Regulacją pośrednią, czy też sterowaniem przez bodźce ekonomiczne będzie przykładowo uzależnienie przyznawania szkołom i bibliotekom subsydiów rządowych od tego, czy zostaną w nich zastosowane aplikacje pozwalające na elektroniczne blokowanie niepożądanych treści na poziomie użytkownika (*software blocking*). Otwiera to nowy rozdział w zakresie kontrowersji konstytucyjnych. Po pierwsze dotyczą one określenia zakresu zautomatyzowanego blokowania. Nazbyt szerokie jego rozciągnięcie obejmie treści, które podlegają ochronie konstytucyjnej (choroby weneryczne, zaburzenia seksualne itp.). Zbyt wąski

²²⁸ Kwestionowano konstytucyjność m.in. *Child Pornography Prevention Act* z 1996 r., *Child Online Protection Act* (1998), *Child Internet Protection Act* (2000), *Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act* (2003). Por. S.H. Kosse, *Try, Try Again: Will Congress Ever Get It Right? A Summary of Internet Pornography Laws Protecting Children and Possible Solutions*, „University of Richmond Law Review”, vol. 38, 2003–2004.

zakres byłby równoznaczny z nieefektywnością systemu. Pozostaje też wątpliwość co do tego, kto ma ustalać kryteria selekcyjne, na bieżąco oceniać legalność obrazów, dźwięków i tekstów. Zasoby ludzkie i materialne organizacji produkujących „elektroniczne filtry” są zazwyczaj zbyt małe w porównaniu z potencjałem przemysłu internetowego (*content industry*) i produkcji informacyjnej. Prawo stoi przed wyzwaniem opracowania metody oceny konstytucyjności instrumentów regulacji, w sytuacjach, gdy cele polityczne nie są realizowane drogą stanowienia reguł behawioralnych, ale np. poprzez promowanie określonego standardu technicznego²²⁹.

Z kolei wzmiankowane przez Teubnera zjawisko „uprywatnienia” można odnieść do stosunków własnościowych panujących w obrębie infrastruktury Internetu, zarówno w zakresie urządzeń, jak i oprogramowania. Znajduje się ona przeważnie w rękach prywatnych. W kontekście pogłębiającej się zależności społeczeństwa od komunikacji elektronicznej nasila się problem wpływu podmiotów niepaństwowych na sposób korzystania ze swobód i wolności obywatelskich. W szczególności dotyczy to „prywatnej kontroli” wolności słowa, przez różnego rodzaju elektroniczne blokady komunikacyjne stosowane przez operatorów, dostawców Internetu, itp. Pod wpływem przewrotu informatycznego, w niektórych dziedzinach życia społecznego zatarciu ulega rozróżnienie, na to, co jest, a co nie jest działaniem państwa, za które bierze ono odpowiedzialność. W tle działań „często” prywatnych znajdują się uregulowania w zakresie własności i zobowiązań, które pozwalają na egzekucję „prywatnych reguł umownych” przy użyciu państwowego przymusu. Swoboda „ekspresji” w postaci rozpowszechniania różnego rodzaju wytworów kultury wpływa niekiedy destrukcyjnie na stan „majątku” (własność intelektualną), podczas gdy rozbudowana ochrona informacyjnego „majątku” może z kolei tłumić wolność wypowiedzi²³⁰. Państwo przyznając albo definiując prawa ochronne dla coraz to nowych wytworów ludzkiej myśli, stwarza, tym

²²⁹ L. Lessig, *Code and the Other Laws of the Cyberspace*, New York 1999, s. 181.

²³⁰ B.E. Jr. Nodzon, *Free Speech in Digital Economy: an Analysis of How Intellectual Property Rights Have Been Elevated at the Expense of Free Speech*, „The John Marshall Law Review”, vol. 36, 2002–2003, *passim*.

samym, „mikromonopole” na korzystanie z fragmentów domeny publicznej. Wiele przemawia za tym, że działania takie powinny być objęte kontrolą zgodności z ustawą zasadniczą. Konstytucja przyznaje obywatelom określone prawa, ale również jest odbiciem wartości podzielanych przez społeczeństwo. Te wartości mogą zostać naruszone tak przez podmioty prywatne, jak i publiczne. Przewrót informatyczny skłania do poważnej debaty na temat rozwinięcia doktryny publicznych praw podmiotowych, objęcia jej zakresem nie tylko wymiaru wertrykalnego, pomiędzy państwem a obywatelem (w jurysprudencji amerykańskiej tzw. *state action doctrine*), ale także horyzontalnego, rozciągającego się między podmiotami prywatnymi (*private action*). W przeciwnym wypadku może okazać się, że życie społeczne „wyemigrowało” do przestrzeni prywatnej, przy czym określenie „prywatna” będzie oznaczać „wyzwolona” z wartości konstytucyjnych²³¹.

Trzecim wyzwaniem dla współczesnej teorii konstytucyjnej jest fenomen globalizacji. Zygmunt Bauman zalicza nowoczesne środki komunikacji do najważniejszych czynników stymulujących mobilność we współczesnym świecie. Prowadzi to do kurczenia się czasu i przestrzeni. Sprzyja powstawaniu wspólnot o charakterze ogólnoświatowym i równoległej erozji wspólnot tradycyjnych, które, na skutek przewrotu informatycznego, utraciły ważny atut. „Komunikacja wewnątrzgrupowa nie posiada żadnej przewagi nad procesem wymiany informacji pomiędzy wspólnotami, jeżeli obydwa te procesy odbywają się w okamgnieniu.”²³²

Z wielowymiarowym zjawiskiem globalizacji wiąże się potrzeba reformułowania niektórych klauzul konstytucyjnych odnoszących się do standardów zachowań, typowych dla społeczeństw przedindustrialnych. Jedną z nich są popularne w prawie amerykańskim tzw. *community standards*, np. „bieżące standardy lokalnej społeczności w zakresie opisu lub przedstawiania treści seksualnych”²³³. Ocena stopnia „nieprzyzwoitości” (*obscenity*) ofero-

²³¹ P.S. Berman, *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to 'Private' Regulation*, „University of Colorado Law Review”, vol. 71, 2000, *passim*.

²³² Z. Bauman, *op.cit.*, s. 22.

²³³ Klauzula ta stanowi część „testu obscenicznego”, który został ustalony w wyroku Sądu Najwyższego USA – *Miller v. California* 413 U.S. 15, 24 (1974).

wanych do sprzedaży książek, czasopism, publicznie dostępnych pokazów i widowisk została w Stanach poddana ocenie według kryteriów przyjmowanych w społecznościach lokalnych (tzn. tych, z których wywodzą się sędziowie przysięgli). Zastosowanie tego rodzaju standardów w środowisku cyfrowym wydaje się utrudnione, ponieważ *community standards* opierają się na wzorcach ocennych, powstałych w ramach społeczności zorganizowanych na gruncie fizycznego sąsiedztwa²³⁴. Wiele przemawia za tym, że doktryna w zakresie „nieprzyzwoitości” powinna ulec rekonceptualizacji. Zmienia się znaczenie pojęcia „społeczności”, tracąc stopniowo swój dawny, terytorialny charakter. Przeobraża się też sposób dystrybucji tego rodzaju materiałów. Dotychczasowa konstrukcja normatywna prowadzi do nieracjonalnego wniosku, iż każdy podmiot publikujący w Sieci powinien zapoznać się ze standardami obowiązujących w setkach, o ile nie tysiącach lokalnych społeczności. Globalizacja środków horyzontalnej komunikacji elektronicznej może zatem przyspieszyć proces ujednoczenia i uniwersalizacji sztandarów ocennych, do ich liberalizacji albo zmiany, w taki sposób, aby stały się niezależne od terytorialnych przesłanek²³⁵.

Globalna dostępność treści publikowanych w Internecie stworzyła także okazję do powstawania konfliktów dotyczących stopnia ochrony różnych wartości konstytucyjnych. Dochodzi do nich również pomiędzy krajami o reżimach demoliberalnych, takimi jak np. Francja i USA. Przykładowo, prawo francuskie zabrania publicznego przedstawiania umundurowania, symboli i emblematów organizacji odpowiedzialnych za zbrodnie przeciwko ludzkości. Dotyczy to m.in. byłej niemieckiej partii nazistowskiej.

²³⁴ Por. D.D. Burke, *Cybersmut and the First Amendment: A Call for a New Obscenity Standard*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 9, nb. 1, 1996, s. 108–113; J.S. Zanghi, „Community Standards” in *Cyberspace*, „Dayton Law Review”, vol. 21, 1995–1996, s. 108 i n.

²³⁵ Problem ten porusza William D. Deane, uznając, że zastosowanie standardów ocennych geograficznie wyodrębnionych społeczności do ustalenia odpowiedzialności karnej podmiotu publikującego przez Internet stanowi nadmierną ingerencję w wolność słowa – tenże, W.D. Deane, *Copa and Community Standards on the Internet: Should the People of Maine and Mississippi Dictate the Obscenity Standard in Las Vegas and New York?*, „Catholic University Law Review”, vol. 51, 2001–2002; Podobną opinię wyraża P.E. Lewis, *A Brief Comment on the Application of the „Contemporary Community Standard” to the Internet*, „Campbell Law Review”, vol. 22, 1999–2000.

Pierwsza Poprawka do Konstytucji USA chroni tymczasem również taką formę ekspresji. Umieszczenie przez amerykańskiego operatora (*Yahoo! Inc.*) w serwisie aukcyjnym, ogłoszenia o sprzedaży nazistowskich pamiątek doprowadziło do procesu przed francuskim sądem przeciwko lokalnemu przedstawicielowi firmy. Sąd nakazał zastosowanie wszelkich możliwych środków technicznych, aby uniemożliwić Francuzom dostęp do tego typu aukcji. Sąd amerykański orzekł z kolei, że decyzja sądu francuskiego nie mogłaby zostać wykonana na terytorium USA, ponieważ godzi ona w chronioną prawem wartość konstytucyjną²³⁶. Podobnie przedstawia się sytuacja z publicznym zaprzeczaniem zbrodniom nazistowskim oraz tzw. mowie nienawiści (*hate speech*), które są kryminalizowane w wielu krajach europejskich, a także w sąsiedzkiej względem USA Kanadzie²³⁷. Przewrót informatyczny wywołuje wzrost częstotliwości tego rodzaju konfrontacji pomiędzy uregulowaniami konstytucyjnymi. Stwarza presję na rzecz harmonizacji prawa, wypracowanie wspólnego standardu ochrony powszechnie uznawanych, choć różnie rozumianych wartości konstytucyjnych. Z drugiej strony istnienie różnych standardów narodowych stanowi swoista tamę przed próbami ocenzurowanie globalnej sieci przez którekolwiek państwo.

Nakazy sądów w tego typu sprawach jak *Yahoo! Inc.* można porównać do usiłowania „użycia techniki w celu symulowania granic państwowych”, odwzorowania ich przebiegu w amorficznej, cyfrowej przestrzeni Internetu. Ekspansja demograficzna i terytorialna Sieci osiągnęła na początku XXI wieku taki zasięg, iż dane w niej opublikowane stały się faktycznie dostępne z każdego miejsca na Ziemi. Działania podejmowane przy użyciu środków elektronicznej komunikacji, za pośrednictwem globalnej sieci teleinformatycznej zaczęły wywierać skutki wykraczające poza granice jednego państwa. W transgraniczne interakcje coraz częściej zaczęły angażować się podmioty o średniej lub małej wielkości, które wcześniej, z racji

²³⁶ Sprawa *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L'Antisemitisme*, 169 F. Supp. 2d 1181 (N.D. Cal. 2001).

²³⁷ C. Fogo-Schensul, *More Than a River in Egypt: Holocaust Denial, the Internet, and International Freedom of Expression Norms*, „Gonzaga Law Review”, vol. 33, 1997–1998.

ograniczeń ekonomicznych, nie miały do czynienia z problemami prawa kolizyjnego. Dochodziło do masowych i często spontanicznych interakcji pomiędzy użytkownikami Internetu, w wielu przypadkach anonimowymi lub kryjącymi się pod pseudonimami i rozproszonymi geograficznie. Niektóre z nich miały charakter działań prawnych: umów, deliktów czy wręcz przestępstw. Popularne przekonanie o szczególnych właściwościach *międzysieci*, zrodziło niepewność co do tego, w jaki sposób powinno się dokonać oceny skutków prawnych wynikających z tego rodzaju sytuacji.

Dla „reformatorów” transgraniczność Internetu nie stanowi problemu posiadającego status nowej jakości. Jest to raczej problem ilościowy, który, jak twierdzą orędownicy państwowej regulacji Internetu, może być rozwikłany przy pomocy tradycyjnych instrumentów prawnych²³⁸. Warunkiem jest odpowiednie ich zastosowanie a niekiedy również dokonanie odpowiednich zmian prawa.

Jurysdykcja krajowa jest to ogólną właściwość (kompetencja) sądów i innych organów danego państwa do dokonania wiążącej oceny określonych faktów prawnych. Ocena taka może następować wskutek działań ustawodawczych, wykonawczych lub na drodze sądowej. Jurysdykcja jest atrybutem państwa, jako dzierzyciela władzy suwerennej²³⁹. Najczęstszym pytaniem, które pojawia się w kontekście funkcjonowania Internetu, jest to, jakie okoliczności faktyczne powinny być uznane za istotne dla powiązania faktu publikacji określonych danych w Sieci z terytorium danego państwa albo z porządkiem prawnym tego państwa. Czy rozstrzygać o tym ma siedziba, względnie miejsce zamieszkania, podmiotu odpowiedzialnego za treść publikacji, czy też wystarczy stwierdzenie, że opublikowane dane trafiają do odbiorców przebywających na danym terytorium? Kluczowe znaczenie mają podmiotowe lub przedmiotowe łączniki jurysdykcyjne. Specyfika nowej formy komunikacji elektronicznej polega na tym, że każdy korzystający z Internetu ma potencjalny, minimalny

²³⁸ A.R. Stein, *The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace*, „The International Lawyer”, vol. 32, 1998, s. 1191.

²³⁹ J. Ciszewski, T. Erciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Część czwarta*, Warszawa 2006, s. 31–33; M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006, s. 371 i n.

kontakt ze wszystkimi innymi użytkownikami²⁴⁰. Nie sposób zakładać, że podmioty te znają miejsce zamieszkania osób, na których ich zachowanie może mieć wpływ. Pojawia się wątpliwość, czy i w jakim stopniu reguły określające jurysdykcję krajową i wybór prawa właściwego, które były tworzone z myślą o zastosowaniu ich w przestrzeni geograficznej powinny znaleźć zastosowanie w sprawach dotyczących transmisji informacji w przestrzeni Internetu. Wobec globalnego zasięgu Internetu i różnorodności państwowych uregulowań w takich dziedzinach, jak np. dopuszczalny zakres wolności słowa, stwierdzenie przez sąd istnienia jurysdykcji krajowej w danej sprawie nie jest kwestią techniczną, ale bardzo często przyjmuje charakter decyzji o istotnych konsekwencjach politycznych²⁴¹.

Stanowiska w dyskusji na temat pożądanego kształtu regulacji tego zagadnienia są zróżnicowane, począwszy od twierdzeń, że dotychczasowe przesłanki ustalania jurysdykcji krajowej są w zupełności wystarczające dla potrzeb Internetu, poprzez postulaty wprowadzenia nowych przesłanek dostosowanych do specyficznych właściwości nowych mediów, aż po twierdzenia o potrzebie traktowania Internetu na wzór przestrzeni międzynarodowej, zastosowanie wyłącznie łączników personalnych i rezygnację z zasady terytorialności²⁴².

²⁴⁰ Jest to tzw. opcja domyślna. Istnieją bowiem rozwiązania techniczne pozwalające kierować transmisję wyłącznie do klientów znajdujących się w obrębie jurysdykcji, której prawo jest nadawcy znane.

²⁴¹ Por. J.P. Trachtman, *Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998, s. 569.

²⁴² Według tej propozycji „cyberprzestrzeń” należałoby traktować analogicznie do tzw. „przestrzeni międzynarodowych” (*international spaces*), takich jak przestrzeń kosmiczna, obszar wód międzynarodowych i terytorium Antarktydy. Są to wielkie obszary, nad którymi żadne państwo nie sprawuje władzy suwerennej. Łącznikiem pomiędzy faktami prawnymi mające tam miejsce a jurysdykcją danego państwa jest zazwyczaj obywatelstwo. Zastosowanie tego rozwiązania względem cyberprzestrzeni miałyby, zdaniem jego zwolenników, usunąć cały szereg problemów prawa kolizyjnego, powodujących np. że twórca strony WWW może stać się potencjalnie obiektem zainteresowania ze strony wszystkich jurysdykcji. Jeżeli cyberprzestrzeń byłaby „przestrzenią międzynarodową” rozstrzygać powinno obywatelstwo osoby odpowiedzialnej za daną stronę. Koncepcja ta, mimo że pozwala zachować równowagę między anarchią a stanem odpowiedzialności uniwersalnej, wydaje się niemożliwa do zaakceptowania przez państwa, które są przywiązane do imperatywu ochrony własnego terytorium. D.C. Menthe, *Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces*, „Michigan Telecommunication and Technology Law Review”, vol. 4, 1998, s. 70–71; H.H. Perritt jr., *The Internet is Changing the Public International Legal System*, „Kentucky Law Journal”, vol. 88, 1999–2000, s. 923–930.

W systemach *common law* powstawanie nowych „testów jurysdykcyjnych” było konsekwencją uznania przez sądy nieadekwatności rozwiązań tradycyjnych. W USA rozgorzała debata na temat tego, co w nowych warunkach prowadzenia działalności gospodarczej oznaczają pojęcia takie jak „fizyczna obecność” powoda na terytorium państwa sądu, czy też „minimalny kontakt” z tym terytorium. Rozpatrywano m.in., czy urządzenia techniczne (*host server*, urządzenia dostępowe, itp.) umiejscowione na terytorium danego państwa mogą stanowić ekwiwalent fizycznej obecności osoby podejmującej określone działania prawne, czy sama dostępność danych w Internecie jest wystarczająca, czy też sposób ich prezentacji powinien wykazywać określony stopień interaktywności. Sądy amerykańskie w niektórych orzeczeniach uzależniały objęcie danej sprawy zasięgiem swojej jurysdykcji od oceny tego, na ile stopień oddziaływanie przekazów informacyjnych na obywateli państwa sądu był zderminowany przez aktywną postawę nadawcy informacji. Rozpatrywano też, czy można wypracować uniwersalny test dostosowany do warunków komunikacji elektronicznej. Analizując pod tym kątem orzecznictwo amerykańskie, należy uznać, że sądy zatoczyły koło i niejako powróciły do punktu wyjścia. Po początkowych próbach konstruowania testów jurysdykcyjnych „specyficznych ze względu na technikę” powróciły do testów technicznie neutralnych. Najpierw w *case law* pojawiały się testy *sensu stricte* internetowe, biorące pod uwagę „naturę i skalę działalności gospodarczej, którą jednostka prowadziła przez Internet”. Sądy badały czy dana strona WWW ma charakter „aktywny” czy „pasywny”, tzn. w jakim stopniu zagraniczny przedsiębiorca wykorzystuje Internet do świadomego nawiązywania interakcji z konsumentami w określonym państwie²⁴³. W późniejszych orzeczeniach następuje powrót do tradycyjnych testów, opierających się na ocenie efektów zachowań pozwanego, a nie na fakcie użycia przez niego tej czy innej techniki komunikacji elektronicznej. Kwestia, czy kontakt z danym terytorium nastąpił za pośrednictwem strony WWW, czy w inny sposób, stał się sprawą drugorzędną²⁴⁴.

²⁴³ *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc.* 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

²⁴⁴ Odmienne zdania jest Natascha Bettelheim, która uważa, że Internet powinien mieć własny test jurysdykcyjny por. teź, *Personal Jurisdiction and the Internet: Cyber Differences Shed New Light on Existing Conflicts*, „Journal of Internet Law”, January 2006.

Sądy amerykańskie generalnie odstąpiły więc od zamiaru zmiany prawa, na rzecz lepszego rozeznania właściwości techniki i możliwych za jej pośrednictwem interakcji. Formuła testu neutralnego technicznie pozwala na zachowanie aktualności również wówczas, gdy technika ulega przeobrażeniu²⁴⁵. Również względy polityki prawa przemawiały przeciwko nazbyt szerokiemu rozszerzaniu zasięgu jurysdykcji krajowej, ponieważ mogłoby to doprowadzić do zahamowania rozwoju gospodarki elektronicznej, jak i do powstawania napięć między państwami na tle ochrony suwerenności. Uznanie i respektowanie przez władze publiczne granic politycznych w obrębie Internetu wydaje się, paradoksalnie, warunkiem koniecznym dla zachowania wolnościowego charakteru tego medium. W przeciwnym wypadku każde państwo traktowałoby Internet jako swoją wyłączną suwerenną domenę, tylko na tej zasadzie, że treści w nim publikowane są dostępne na jego terytorium²⁴⁶.

Jeszcze większe kontrowersje niż w przypadku przypisywalności jurysdykcji, wywołała kwestia określenia warunków wykonalności orzeczeń wydanych w jednym państwie, przed sądami innego państwa. Okazało się, że w dłuższej perspektywie czasowej żadne rozwiązania prawne w tej materii nie będą w pełni satysfakcjonujące i skuteczne, jeżeli zakres ich zastosowania ograniczony zostanie do pojedynczego terytorium. Jednym z najważniejszych wyzwań, które stanęły przed zwolennikami reformy prawa jest osiągnięcie konwergencji przepisów w skali ponadnarodowej²⁴⁷. Dopiero usunięcie różnic pomiędzy krajowymi systemami prawnymi może doprowadzić do rozwiązania najważniejszych problemów. Niemal w każdej z dziedzin szczególnych „dotkniętych” przewrotem informatycznym, takich jak ochrona prywatności, zawieranie umów, przestępczość czy własność

²⁴⁵ Por. T. Nguyen, *A Survey of Personal Jurisdiction Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 19, 2004, *passim*.

²⁴⁶ Por. G.J. Wrenn, *Cyberspace Is Real, National Borders Are Fiction: The Protection of Expressive Rights Online Through Recognition of National Borders in Cyberspace*, „Stanford Journal of International Law”, vol. 38, 2002, s. 97.

²⁴⁷ Termin „konwergencja” został zastosowany w tym kontekście przez Chrisa Reeda. Ch. Reed, *op.cit.*, s. 310.

intelektualna, pojawia się postulat ujednoczenia przepisów. Jawi się ono jako nadrzędny cel procesu dostosowania prawa do warunków rewolucji informacyjnej. Osiągnięcie tego celu pozwoliłoby ograniczyć ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, a także zneutralizować niepożądane, z uwagi na wymóg poszanowania suwerenności, występowanie efektu *spill-over* przy próbach unilateralnej regulacji globalnego zjawiska.

Wiele kontrowersji wzbudzają dążenia do opracowania międzynarodowej konwencji regulującej kompleksowo funkcjonowanie Internetu. Abstrahując od tego, jak długotrwały musiałyby to być proces, sama idea wydaje się być sprzeczna z zasadą neutralności technicznej. Internet wywiera wpływ na funkcjonowanie wielu dziedzin prawa. Wymagają one harmonizacji, ale w taki sposób, aby nowo powstające normy mogły znaleźć zastosowanie „również”, a nie „tylko i wyłącznie” do Internetu. Społeczne znaczenie przewrotu informatycznego może mieć co najwyżej wpływ na kolejność dziedzin poddawanych koordynacji, danie pierwszeństwa tym z nich, które mają największy wpływ na rozwój i stabilność elektronicznej gospodarki²⁴⁸.

Harmonizacja prawa materialnego może następować w wyniku realizacji przez państwa wzajemnych zobowiązań. Z taką sytuacją mamy do czynienia w ramach Unii Europejskiej. Innym trybem jest dobrowolne przyjmowanie proponowanych przez wyspecjalizowane organizacje międzynarodowe „praw modelowych”²⁴⁹. Jak dotąd najważniejszym obszarem prawa poddanym harmonizacji było prawo karne. Ekspansja Internetu sprawiła, że przestępczość komputerowa przybrała charakter międzynarodowy. Podpisana w 2001 r. Konwencja Rady Europy o Cyberprzestępczości (1) wymaga, aby jej sygnatariusze wprowadzili określone typy przestępstw komputerowych do swoich systemów prawnych, (2) dostosowali procedurę karną do ścigania tych przestępstw oraz

²⁴⁸ D. Goddard, *Does the Internet Require New Norms?*, „International Law Forum”, vol. 2, 2000, s. 191 i n.

²⁴⁹ Por. Model Law on Electronic Commerce z 1996 r. przygotowany przez United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

(3) przyczyniali się do współpracy przy egzekwowaniu prawa międzynarodowego w zakresie zwalczania przestępczości popełnianej poprzez systemy komputerowe²⁵⁰.

Konwergencja prawa następuje nie tylko przez odwołanie się do klasycznych instrumentów konwencyjnych, ale także na skutek porozumień międzyrządowych. Jest to tzw. „soft” *harmonisation*, której przykładem może być porozumienie zawarte w 2000 r. pomiędzy Departamentem Handlu USA a Komisją Europejską w sprawie warunków ochrony prywatności jakie muszą spełnić przedsiębiorcy amerykańscy, aby mogli importować dane osobowe klientów z terytorium Unii²⁵¹. Porozumienie było rezultatem presji wynikającej z przyjętej w UE zasady wzajemności. Jeżeli USA nie wprowadziłyby pożądaných rozwiązań ochronnych, określone rodzajowo amerykańskie dobra informacyjne nie podlegałyby ochronie w Europie.

Interesującym przypadkiem „konwergencji” prawa w dziedzinie komunikacji elektronicznej jest przyjmowanie przez państwa określonych jednolitych rozwiązań wskutek nacisku ze strony przemysłu i wpływowych organizacji pozarządowych. Dowodzi to, w jak znacznym stopniu Internet oddziałuje na wszelkie dziedziny działalności gospodarczej, w których dochodzi do przetwarzania i transmisji informacji. Rządy konsultują projekty ustaw z przedstawicielami gospodarki, którzy często domagają się rozwiązań stosowanych już z dobrym skutkiem w innych krajach (tzw. *parallelism convergence*)²⁵².

Na dłuższą metę, ujednolicaniu prawa materialnego nie sprzyja różnorodność kultur i tradycji narodowych. Łatwiejsze do przeprowadzenia

²⁵⁰ „Cyberkonwencja” została przyjęta przez Komitet Ministrów Rady Europy 23 listopada 2001 r., weszła w życie 1 lipca 2004 r. W literaturze polskiej por. opracowanie Andrzeja Adamskiego, *Przestępczość w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle Konwencji Rady Europy*, Toruń 2001.

²⁵¹ Decyzja Komisji Unii Europejskiej z 26 lipca 2000 w nawiązaniu do Dyrektywy 95/46/EC, stwierdzająca adekwatność ochrony przewidzianej przez *Safe Harbour Privacy Principles oraz Related Frequently Asked Questions* wydane przez Departament Handlu USA, 2000 O.J. (L 215) 7, 7–9.

²⁵² W taki sposób harmonizowane były m.in. zasady odpowiedzialności dostawców usług internetowych, por. J. Hughes, *The Internet and the Persistence of Law*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003, s. 382 i n.

wydaje się dokonanie modyfikacji w już istniejących konwencjach albo harmonizacja jedynie reguł kolizyjnych. Na uwagę zasługuje proces polegający na upowszechnianiu w skali międzynarodowej zasady, że podmioty zagraniczne nie ponoszą surowszej odpowiedzialności, niż wynika to z ich rodzimego ustawodawstwa. Rozwiązanie takie umożliwia zachowanie wszystkim krajom kulturowej autonomii przy zwiększeniu powszechnej pewności prawa²⁵³. Jednocześnie zapobiega ograniczaniu globalnego dyskursu przez najbardziej restrykcyjny z systemów krajowych²⁵⁴. W takim kierunku zmierza np. uregulowanie przyjęte w europejskiej dyrektywie o handlu elektronicznym. Przewiduje ono, że podmiot świadczący w ramach Unii usługi drogą elektroniczną (dostępne we wszystkich państwach Unii) będzie poddany, z nielicznymi wyjątkami, reżimowi prawnemu państwa, w której ma siedzibę. Zgodnie z zasadą państwa pochodzenia (*country of origin rule*)²⁵⁵ pozostałe państwa, na których terytorium usługi są dostępne, nie mogą rościć sobie prawa do ich prawnej kontroli²⁵⁶. Mark F. Kightlinger zaproponował przyjęcie międzynarodowej konwencji określającej granice uprawnień państw w zakresie regulacji Internetu, wzorując się na mode-

²⁵³ W okresie 1995–2005 trwały prace nad konwencją o jurysdykcji i wykonywalności orzeczeń (tzw. Konwencja Haska), której celem jest określenie zasady wskazywania państwa, którego sądy są właściwe do rozstrzygania spraw dotyczących transakcji pomiędzy przedsiębiorcami a konsumentami przez Internet. Por. P.P. Swire, *Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 153, 2005, s. 1989–1990.

²⁵⁴ M.F. Sutton, *Legislating the Tower of Babel: International Restrictions on Internet Content and the Marketplace of Ideas*, „Federal Communications Law Journal”, vol. 56, 2003–2004, s. 431 i n.

²⁵⁵ Por. Art. 3 (2) dyrektywy 2000/31/WE w sprawie niektórych aspektów prawnych usług w społeczeństwie informacyjnym, a w szczególności handlu elektronicznego w obrębie wspólnego rynku (2000).

²⁵⁶ Warto zaznaczyć, że rozwój Internetu i transnarodowej gospodarki elektronicznej okazał się na tyle istotny, że reguła państwa pochodzenia została wprowadzona bez uprzedniej harmonizacji prawa w państwach członkowskich, co stanowiło swoisty ewenement. Państwa zostały zobligowane do akceptowania tego, że na ich terytoriach będą dostępne przez Internet treści, które mogą być sprzeczne z prawem krajowym. Jedynie wówczas, gdy zastosowanie reguły państwa pochodzenia mogłoby doprowadzić do naruszenia istotnych celów politycznych w państwie A, państwo to może wystąpić na drodze dyplomatycznej do państwa B o rozwiązanie problemu. Takie wystąpienie następuje przez zastosowanie zinstytucjonalizowanej, kilkustopniowej procedury. Jeżeli nie przyniesie ona pożądanego rezultatu, może dojść do przełamania standardu państwa pochodzenia (*override mechanism*) i nałożenie określonych obowiązków przez państwo A na usługodawcę mającego siedzibę w państwie B.

lu europejskim. Przewodnymi zasadami tego porozumienia miałyby być: zasada „wyróżnialności”, „kontroli przez państwo ojczyste”, „minimalnej harmonizacji prawa” i „ustanowienie administracyjnej procedury do rozstrzygnięcia potencjalnych konfliktów między państwami”²⁵⁷.

4. O słabości teoretycznej i praktycznej stanowisk skrajnych

Po zreferowaniu poglądów typowych dla rewolucyjnie zorientowanych „separatystów” oraz zachowawczych „etatystów” kolejnym punktem rozważań będzie próba sformułowania odmiennego od poprzednich stanowiska teoretycznego, które pozwoli na bardziej adekwatne opisanie tego fragmentu ponowoczesnej rzeczywistości jakim jest funkcjonowanie Internetu. Stanowisko to bierze pod uwagę słabości i niespójności dwóch wcześniej przedstawionych teorii.

Teza „separatystyczna” opiera się na skrajnie indywidualistycznej filozofii politycznej. Jest przy tym utopijna, ponieważ nie uwzględnia faktycznego rozkładu sił pomiędzy podmiotami władzy politycznej a społecznymi uczestnikami procesów samoregulacji. Separatyści ignorują między innymi fakt, iż architektonika Sieci nie stanowi bezpiecznego schronienia przed ingerencją państwa. Jest na tyle elastyczna, że może zostać odpowiednio zmodyfikowana w drodze decyzji politycznych, podejmowanych w ramach danego terytorium. Druga strona sporu opiera się z kolei na przestarzałej koncepcji prawa, niedostosowanej do realiów złożonej, transnarodowej rzeczywistości społecznej, ekonomicznej i technicznej, na którą nałożyły się zmiany wywołane przez przewrót informatyczny.

Nowoczesne systemy prawa cywilnego bazują na modelu indywidualnych transakcji, dwustronnych stosunków prawnych, w których prawa

²⁵⁷ M.F. Kightlinger, *A Solution to the YAHOO! Problem? The EC E-Commerce Directive as a Model for International Cooperation on Internet Choice of Law*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 24, 2002–2003, s. 744 i n.

i obowiązki stron mogą podlegać przymusowemu wykonaniu. Nie odpowiada to specyfice relacji społecznych powstających poprzez masowe wykorzystanie Internetu, gdzie niemal regułą staje się stosunek obejmujący wiele anonimowych podmiotów, często mający przypadkowy i nietrwały charakter. Nie są to stosunki wielostronne, dobrze znane doktrynie prawa prywatnego, ale raczej struktury sieciowe, które wciąż nie doczekały się własnej jurydycznej teorii²⁵⁸.

Funkcjonowanie państwowego wymiaru sprawiedliwości nastawione jest na wyciąganie konsekwencji prawnych z norm ogólnych w konkretnym, wyizolowanym przypadku. Przypadek taki (stan faktyczny) staje się przedmiotem procesu stosowania prawa, poprzedzonym ustaleniem jurysdykcji krajowej. Nawet wówczas, gdy sprawa dotyczy serii czynów popełnionych przez grupę osób zawsze w założeniu są to czyny policzalne, czas, który można zmierzyć a kolektyw sprawców rozłożyć na czynniki pierwsze. Państwowy wymiar sprawiedliwości nie jest generalnie przystosowany do rozstrzygania kwestii prawnych w nanoskali – drobnych, masowych, czynów, których skutki znoszą się nawzajem, których ślady zacierane są pod zalewem nowej masy podobnych drobnych działań. Tak bowiem wygląda rzeczywistość przepływów informacji w środowisku Internetu. Tradycyjny wymiar sprawiedliwości może wprawdzie wyizolować jednostkowe zdarzenia, np. te pociągające za sobą znaczne skutki finansowe, ale znacznie trudniej wykorzystać go, jako instrument do egzekwowania praw jednostki, w przypadku, gdy dopiero znaczna ilość niepozornych naruszeń tworzy szkodę. Przykładem może być np. problem *spammingu*.

Oryginalność Internetu polega również na tym, że potęguje on częstotliwość pojawiania się tradycyjnych kwestii prawnych²⁵⁹. Działania prawne dokonywane przez Internet niczym nie różnią się od tych dokonywanych innymi środkami, jeżeli weźmie się je w izolacji (*vide* jednostkowe na-

²⁵⁸ Por. T. Dreier, *Law and Information Technology – An Uneasy Marriage, or Getting Along with Each Other?*, „Information & Communications Technology Law”, vol. 14, no. 3, 2005, s. 212–214.

²⁵⁹ T.I. Hardy, *The Proper Legal Regime for „Cyberspace”*, „University of Pittsburgh Law Review”, vol. 55, 1993–1994, s. 1054.

ruszenia praw autorskich w sieciach *peer-to-peer*). Zasadnicze różnice pojawiają się, jeżeli zostaną one ujęte w skali makro (por. fakt, że z sieci *peer-to-peer* korzystało kilkadziesiąt milionów Amerykanów, których formalnie należałoby uznać za przestępców i ścigać)²⁶⁰. Owa skala jest nowym zjawiskiem prawnym²⁶¹.

Dostrzeżenie niektórych słabości tradycyjnych instrumentów prawnych nie powinno stanowić przesłanki do lansowania utopijnej wizji „niepodległej”, wyobcowanej ze świata materialnego cyberprzestrzeni, jak czynią to „separatyści”. Internet był i jest głęboko zakorzeniony w rzeczywistości, z tym jednak zastrzeżeniem, iż sama rzeczywistość społeczna i polityczna znacznie odbiega od jej projekcji ujawnianej w pismach pozytywistów prawniczych. Mimo polaryzacji stanowisk „separatystów” i „państwowców”, łączy je wspólna wizja suwerenności jako „całowładności i samowładności”. Internet musi być albo bez reszty poddany państwu albo stanowić obszar, któremu przysługuje *sui generis* niepodległość. Tak w jednym, jak i w drugim modelu nie ma miejsca na stany pośrednie.

Tymczasem nie sposób zignorować zmian, jakie w przeciągu ostatniego półwiecza zaszły w sposobie postrzegania prawa i suwerenności. Umiejętności i zasoby niezbędne do sprawowania władzy ulegają rozproszeniu wśród podmiotów państwowych, niepaństwowych i ponadnarodowych. Państwo i jego właściwości nie zawsze muszą znajdować się w centrum analizy problemu regulacji zachowań. W licznych przypadkach, wysoce uporządkowane ekonomiczne lub społeczne relacje powstają w środowiskach, gdzie aktywność państwa jest minimalna.

Należy podzielić pogląd wielu współczesnych filozofów prawa i teoretyków społeczeństwa, którzy poddają krytyce konstytucyjne tezy pozytywizmu

²⁶⁰ Lawrence Lessig rozważa, czy racjonalnie rzecz biorąc prawo może określać mianem kryminalistów odsetek populacji sięgający blisko pięćdziesięciu procent; tenże, *Wolna kultura*, Warszawa 2005, s. 233.

²⁶¹ D.G. Post, *Against 'Against Cyberanarchy'*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 17, 2002, s. 1378.

prawniczego, w szczególności tzw. tezę społeczną zakładającą monopol i omnipotencję państwowej regulacji prawnej. Jedną z konkurencyjnych względem niej propozycji jest koncepcja „państwa post-regulacyjnego” (*post-regulatory state*), sformułowana w obliczu zacierania się wyraźnego rozgraniczenia pomiędzy państwami i rynkami, pomiędzy sferą publiczną a prywatną. Jest to taki typ organizacji politycznej, w którym kontrola zachowań następuje poprzez wykorzystanie szerokiej gamy procesów sterowania, a nie jedynie wskutek użycia prawa państwowego. Prawo pełni funkcję jednego z wielu systemów kontrolnych. Towarzyszą mu różnorodne formy i procedury tworzenia norm, m.in. kontrakty, standardy techniczne, normalizacja. Istnieje wiele mechanizmów kontroli i wiele ośrodków kontroli, np. ponadnarodowe zrzeszenia, organizacje pozarządowe, związki zawodowe, organizacje akredytacyjne, ubezpieczeniowe, bankowe itp.²⁶² Prawo jest tylko i wyłącznie jedną z taktyk rządzenia, która dodatkowo przejmuje metody sterowania od innych systemów, np. zapożycza instrumenty regulacyjne z dziedziny ekonomii czy edukacji (sterowanie przez bodźce ekonomiczne, kampanie społeczne, itp.)²⁶³ Obecnie katalog potencjalnych środków kontroli poszerza się dodatkowo o rozwiązania techniczne wykorzystywane w informatyce.

Zbiorowość złożona z użytkowników światowej sieci teleinformatycznej ma wymiar ponadnarodowy. W jej obrębie stosunki społeczne kształtowane są niejako „w poprzek” podziałów na granice polityczne. Pole konceptualne dla tego zjawiska tworzą niektóre współczesne doktryny prawne i społeczne.

Jedną z nich jest liberalna teoria stosunków międzynarodowych, opracowana na początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku przez Andrzeja Moravcsika oraz pokrewne jej koncepcje transnacionalizmu²⁶⁴

²⁶² Por. C. Scott, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, [w:] J.Jordana (red.), D. Levi-Faur (red.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, 2005.

²⁶³ L. Morawski, *Główne problemy...*, s. 93–102.

²⁶⁴ Jednym z pierwszych, który posłużył się pojęciem „prawo transnarodowe” był w latach pięćdziesiątych XX w. Philip C. Jessup.

oraz transrządowości w ujęciu Anny Marii Slaughter. Główne założenie teorii Moravcsika polega w uproszczeniu na ujmowaniu międzynarodowego systemu politycznego z perspektywy „oddolnej”, a nie „odgórnej”. Pozostaje to w opozycji do tez stawianych w tradycyjnych teoriach stosunków międzynarodowych²⁶⁵. U podstaw propozycji Moravcsika tkwi założenie, że zasadniczymi aktorami w międzynarodowej polityce są tak naprawdę nie państwa, ale podmioty społeczne takie jak jednostki i ich zrzeszenia²⁶⁶. Działania podejmowane przez państwo silnie determinuje relacja zachodząca pomiędzy nim samym a wewnętrznym i transnarodowym kontekstem społecznym, w którym jest ono osadzone. Czynniki kształtujące interesy państw mają dla Moravcsika przede wszystkim charakter społeczny, a nie wyznaczony przez strukturę systemu międzynarodowego i zinstytucjonalizowane praktyki w jego obrębie²⁶⁷. Każde państwo, odpowiednio według formy rządów, reprezentuje pewien podzbiór społeczeństwa, którego preferencje stają się preferencjami samego państwa realizowanymi na zewnątrz, w postaci polityki zagranicznej. Według liberalnej teorii, państwo, mimo iż pozostaje ważnym podmiotem stosunków międzynarodowych, nie jest uznawane za aktora samoistnego. Pełni funkcję instytucji przedstawicielskiej, która podlega „*aktom opanowywania i odzyskiwania, konstrukcji i rekonstrukcji*” przez pozostających w różnych konfiguracjach aktorów społecznych²⁶⁸.

²⁶⁵ Określenie „liberalna” w nazwie teorii nie oznacza postulatu przypisania państwom, na płaszczyźnie międzynarodowej, takiej samej pozycji jaką jednostki mają w liberalnych demokracjach, tzn. uznania, że jako autonomiczne podmioty mogą one tworzyć system opierający się na konsensusie i poszanowaniu suwerenności. Jest to raczej zaakcentowanie odrębności tej teorii od tzw. realistycznej teorii stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego, która opisuje system międzynarodowy przy użyciu modelu „kul bilardowych”. Mają one symbolizować państwa, jako identyczne byty o ustalonych preferencjach.

²⁶⁶ A. Moravcsik, *Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics*, International Organization, vol. 51, 1997, s. 516–520.

²⁶⁷ Por. A.–M. Slaughter Burley, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, American Journal of International Law, vol. 98, 1993, s. 227–228.

²⁶⁸ A. Moravcsik, *Liberal Internatrional Relations Theory: A Scientific Assessment*, [w:] C. Elman, M.F. Elman (ed.), *Progress in International Relations Theory: Appraising the Field*, Cambridge 2003, s. 163.

W świetle poczynionych ustaleń, państwa nie powinny być postrzegane jako twory monolityczne (suwerenne „czarne skrzynki” o nieustalonej zawartości), ale raczej jako transparentne agregaty, na które składają się obywatele, ich organizacje, a także różne instytucje rządowe i inne organy władzy. Każdy z tych podmiotów jest w różnym stopniu indywidualnie odpowiedzialny za pełnioną funkcję i realizowane w jej ramach zadania. „Państwo nie znika, ale ulega dezagregacji na oddzielne, funkcjonalnie odmienne części.”²⁶⁹ „W tym modelu” – pisze Anna Maria Slaughter – „państwa nie są podobne do bilardowych kul. Przypominają raczej atomy o różnych wewnętrznych kompozycjach. Stosunki między państwami – kooperacyjne czy konfliktowe – są zależne od tych wewnętrznych struktur.”²⁷⁰ Ważną rolę pełnią w tym względzie ideologie państwowe i aktywność podmiotów społecznych. Te, przede wszystkim, czynniki determinują to, w jakim stopniu poszczególne państwa będą reagować na procesy autonomizacji i samoregulacji zachodzące w związku z funkcjonowaniem Internetu. Czy poddadzą je ścisłej kontroli, czy też pozostawią im pewien margines tolerancji. W miejsce pytań o możliwości regulacyjne państwa jako pewnej idealizacji („kuli bilardowej”), należy raczej rozważać, czy konkretne państwo (Stany Zjednoczone, Chiny, Nigeria albo Nowa Zelandia) powinno i jest w stanie regulować ten wycinek rzeczywistości jaki tworzy globalna Sieć²⁷¹.

Transpozycja liberalnej teorii stosunków międzynarodowych Moravscika na grunt prawa międzynarodowego skłania do przeprowadzenia tam istotnych przewartościowań. Rozszerzeniu ulega sam zakres pojęcia, obejmując wszelkie reguły kształtujące szeroko rozumiany *porządek międzynarodowy*. Nie jest to tylko prawo określające stosunki międzypaństwowe. Porządek międzynarodowy jest tworzony oddolnie. Istotnego znaczenia nabierają reguły rządzące ponadgranicznymi interakcjami typu: jednostka – jednostka, agenda rządowa państwa „A” – agenda rządowa państwa „B”.

²⁶⁹ A.-M. Slaughter, *The Real New World Order*, „Foreign Affairs”, vol. 76, 1997, s. 183–184.

²⁷⁰ Tejże, *A Liberal Theory of International Law*, „The American Society of International Law Proceedings”, vol. 94, 2000, s. 241.

²⁷¹ D. Goddard, *Does the Internet Require New Norms?*, „International Law Forum”, vol. 2, 2000, s. 186.

Na najniższym poziomie jednostki i ich zrzeszenia działające w transnarodowym społeczeństwie przyjmują, na zasadach dobrowolności, określone zasady postępowania (*codes of conduct*) oraz procedury w celu zastąpienia albo uzupełnienia regulacji państwowej w niektórych dziedzinach. Różnego rodzaju prawa korporacyjne, kodeksy etyki zawodowej, dobre praktyki biznesowe wykraczają poza granice jednego państwa, tworząc transgraniczne prywatne „reżimy reguł”²⁷².

Kolejny poziom stanowi tzw. prawo transnarodowe i transrządowe. Transrządowe sieci regulacyjne (*transgovernmental networks*) są to sieciowe struktury organizacyjne skupiające instytucje przynależne do różnych segmentów władzy wykonawczej, które wchodzą w interakcje ze swoimi odpowiednikami w innych państwach. Większość z nich posiada określone kompetencje normodawcze. Sieci funkcjonują na różnym stopniu formalizacji i instytucjonalizacji. Zazwyczaj powstają w ramach organizacji międzynarodowych albo kształtują się wokół porozumień międzyrządowych²⁷³. Pewien ich odsetek formuje się bez angażowania centralnych ośrodków władzy państwowej, nie działa na podstawie żadnej formy porozumienia międzypaństwowego, nie ma też formalnej podmiotowości prawnomiędzynarodowej, siedziby czy sekretariatu. Powstają *ad hoc* i są finansowane z budżetów tworzących jej instytucji. W ostatnich dekadach struktury tego rodzaju stają się jednym z najszybciej się rozwijających, elastycznych mechanizmów globalnego zarządzania. Transnarodowa współpraca na różnych szczeblach administracji służy wymianie informacji, pozwala koordynować narodowe bądź regionalne polityki i współpracować przy rozwiązywaniu wspólnych problemów. W ramach „sieci” ustalane są wspólne standardy, uzgadniane wspólne sposoby działania w obrębie posiadanych kompetencji, które niekiedy przybierają formę memorandumów (*memoranda of understand-*

²⁷² Niektóre z nich regulują również kwestie o dużym znaczeniu społecznym. Przykładowo koncepcja „korporacyjnej odpowiedzialności” przewiduje dobrowolne zobowiązanie się korporacji na rzecz własnych pracowników. Innego typu „prywatnym” prawem regulującym stosunki między jednostkami są reguły powstające w ramach międzynarodowego arbitrażu gospodarczego. A.–M. Slaughter, *A Liberal Theory...*, s. 242–245.

²⁷³ Transrządowa sieciowość stanowi jedną z nieformalnych zasad organizacyjnych zarówno OECD jak i Unii Europejskiej, w której bywa określana angielskim terminem „*comitology*”.

ding). Mimo że nie mają one formalnej mocy wiążącej, często bywają, dzięki swej elastyczności, instrumentem znacznie bardziej efektywnym niż tradycyjne procesy zawierania traktatów²⁷⁴. W dziedzinie gospodarczej tego rodzaju struktury tworzą np. przedstawiciele banków centralnych, nadzorcy ubezpieczeniowi i inne podmioty działające na rzecz stabilizacji finansowej. Stanowią nieformalne standardy regulujące np. zasady oceny zdolności kredytowej. Współpracują w ten sposób prokuratorzy, specjaliści od ochrony środowiska, ochrony konkurencji, itp.²⁷⁵ Horyzontalne, transnarodowe interakcje występują również między sądami²⁷⁶. Niektóre z tego typu „sieci” obejmują przedmiotem swego działania kwestie dotyczące pośrednio Internetu, np. w zakresie sytuacji prawnej konsumenta. Podejmowane są wysiłki na rzecz rozwiązywania wyłaniających się problemów nie na drodze harmonizacji praw państwowych, ale poprzez harmonizację określonych praktyk postępowania, wymianę *know-how*, itp.²⁷⁷ Wiele zagadnień o wymiarze ponadnarodowym ulega wręcz depolityzacji, niektóre funkcje publiczne przechodzą na wyspecjalizowane jednostki funkcjonujące na zasadach technokratycznych, oparte na legitymizacji efektywnościowej odwołującej się do wiedzy i profesjonalnych umiejętności. Na coraz szerszą skalę dochodzi do transformacji „rządu” (*government*) w „zarząd/zarządzanie” (*governance*).

Moravscik i Slaughter słusznie zwracają uwagę na dynamikę podskórnych względem polityki procesów społecznych. Uzupełnieniem i roz-

²⁷⁴ A.-M. Slaughter, *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, *Michigan Journal of International Law*, vol. 24, 2002–2003, s. 1043–1053.

²⁷⁵ Tejze, *Building Global Democracy*, *Chicago Journal of International Law*, vol. 1, 2000, s. 227.

²⁷⁶ Prowadzi to do formowania się judycjalnej wspólnoty. Wskutek ścisłych i intensywnych wzajemnych zapożyczeń, rozróżnień i cytowań kształtuje się globalna jurisprudencja w takich obszarach jak np. prawo do prywatności czy kara śmierci. Dotyczy to w szczególności sądów konstytucyjnych ale także gospodarczych. W dziedzinie prawa upadłościowego sądy zawierają niekiedy nieformalne porozumienia w celu podziału zadań i czynności.; A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no. 1, 2003, s. 193.

²⁷⁷ W 1992 r. powstała sieć *The International Consumer Protection and Enforcement Network (ICPEN)* złożona z Federlanej Komisji Handlu USA i odpowiadających jej agencji z dwudziestu ośmiu innych państw. P.P. Swire, *Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet*, „*University of Pennsylvania Law Review*”, vol. 153, 2005, s. 1988–1989.

winięciem ich koncepcji są teorie Neila MacCormicka i Günthera Teubnera poszerzające wyłom uczyniony w pozytywistycznej tezie społecznej. Pierwsza z nich – idea prawa jako instytucjonalnego porządku normatywnego uznaje istnienie wielości porządków prawnych. Druga – konstytucjonalizm społeczny – uznaje pluralizm za funkcjonalną właściwość formującego się prawa globalnego.

MacCormick uznaje prawo państwowe za jeden z wielu „podgatunków” należących do szerszej kategorii określanej jako „instytucjonalne porządki normatywne”. Szkocki filozof jest współtwórcą instytucjonalnej teorii prawa²⁷⁸, teorii, która dopuszcza możliwość występowania pluralizmu prawnego. Mamy z nim do czynienia w sytuacji, gdy położenie prawne jednostki jest wyznaczane jednocześnie przez więcej niż jeden instytucjonalny porządek normatywny, a konflikt norm nie może być rozwiązany przy użyciu metod prawniczych. Teza taka pozostaje w oczywistej sprzeczności z założeniami „czystej teorii prawa” Hansa Kelsena, w szczególności ze twierdzeniem, że każdy porządek normatywny, aby mieć moc obowiązującą, musi pozostawać częścią powiązanego w sposób dynamiczny systemu norm prawnych²⁷⁹. Przykładem, który posłużył MacCormickowi do zilustrowania jego koncepcji były relacje, w jakich pozostają systemy prawne wspólnot europejskich, prawa międzynarodowego i prawa krajów członkowskich²⁸⁰. Centralnym punktem zainteresowania instytucjonalnej teorii prawa nie są wyizolowane normy, ale porządki normatywne regulujące rozległy zakres potencjalnych zdarzeń, które mogą wystąpić w danym miejscu i czasie. Taki porządek jest punktem odniesienia dla autonomicznej jednostki, pełni funkcję przewodnika, ale nie determinuje zachowań w kategoriach przyczynowości. Porządek normatywny tworzą normy konwencjonalne²⁸¹.

²⁷⁸ N. MacCormick, O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986.

²⁷⁹ „Zasadnicza norma porządku prawnego [...] jest ustaleniem zasadniczego stanu rzeczy dla procesu wytwarzania prawa.”; H. Kelsen, *Czysta teoria prawa. Metoda i pojęcia zasadnicze*, Warszawa 1934, s. 40.

²⁸⁰ N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999, s. 14.

²⁸¹ Tenze, *Institutional Normative Order: A Conception of Law*, „Cornell Law Review”, vol. 82, 1996–1997, s. 1053–1057.

Dla jego rozwoju i trwania muszą istnieć jednostki lub grupy, które, opierając się na regułach danego porządku, będą formułować krytyczne twierdzenia – sądy o relacji stanu postulowanego przez dany porządek i faktycznego stanu rzeczy. Pierwszym krokiem do instytucjonalizacji porządku normatywnego jest pojawienie się pośredników w procesie formułowania sądów krytycznych – heteronomicznych względem jednostki podmiotów dokonujących tego rodzaju ocen. W drodze kształtującej się praktyki przyjmują one stałe funkcje rozstrzygania w danym przedmiocie. Postępująca instytucjonalizacja prowadzi do wytworzenia się zasady, że orzeczenia uzyskują walor przymusowego wykonania, a samo ich wydawanie zaczyna być obwarowywane ścisłymi normami proceduralnymi. Instytucjonalizacja krytycznych sądów jest zjawiskiem towarzyszącym większości organizujących się porządków normatywnych, powstających np. w ramach kościołów, organizacji sportowych i gospodarczych, korporacji społeczeństwa obywatelskiego, organizacji międzynarodowych i ich agencji, jak również państw.

W następstwie instytucjonalizacji porządku normatywnego nabierają cech typowych dla „samo-odnoszących” się systemów. W przypadku kolizji rozstrzygnięć zapadłych w ramach konkurencyjnych porządków nie jest więc możliwe przyznanie jednej z nich pierwszeństwa, na podstawie instrumentarium wnioskowań prawniczych. Niezbędne staje się odwołanie do kryteriów zewnętrznych wobec systemów. Takimi może być np. rozważenie stosunków siły, struktur i relacji władzy, która wspiera ten lub inny porządek²⁸². Ze szczególną sytuacją mamy do czynienia w przypadku instytucjonalnego porządku normatywnego wytworzonego przez państwo. Fakt, iż władza była dotąd, w przeważającej mierze, skoncentrowana w organizacjach terytorialnych sprawił, że prawo państwowe praktycznie zdominowało wszelkie inne porządki, a samo pojęcie prawa stało się synonimem prawa państwowego. Mimo to, jak słusznie zauważa MacCormick, „państwo i prawo są konceptualne odrębne choć empirycznie współobecne”²⁸³.

²⁸² *Ibidem*, s. 1058.

²⁸³ Tenże, *Institutions and Laws Again*, *Texas Law Review*, vol. 77, 1998–1999, s. 1434.

Faktem jest, że powiązania takie występowały w określonym miejscu i czasie. Jednakże obserwowane współcześnie przemiany w strukturach władzy, sposobie jej postrzegania i sprawowania, związane np. z procesami globalizacji, zmieniają relacje sił stojących za poszczególnymi porządkami normatywnymi, w tym także wyobrażenia o ich wzajemnym podporządkowaniu i zależności.

Koncepcja pluralizmu prawnego nie jest sama w sobie tak rewolucyjna i progresywna jak by się mogło na pierwszy rzut oka wydawać. Stanowi ona raczej powrót do tradycji obecnej w myśli prawnej od stuleci, a jedynie przyćmionej przez rozwój dziewiętnastowiecznego pozytywizmu prawniczego²⁸⁴.

Na szczególne podkreślenie zasługują następujące tezy sformułowane przez MacCormicka:

- a) Prawo i państwo nie są tożsame. Może istnieć więcej niż jeden porządek przymusu konstytuujący ludzką zbiorowość²⁸⁵. Nie istnieje żaden analityczny związek pomiędzy prawem i państwem, gdyż należy rozróżnić normatywne formy władzy od form nienormatywnych, tj. władzy w sensie faktycznym, społecznym. Prawo państwowe to zaledwie jedna z form prawa, a tzw. państwo prawne to co najwyżej jedna z form państwa, w której stosunki władzy są zapośredniczone przez prawo. Pośrednio prowadzi to do wniosku, że porządek światowy może być zbudowany poza koncepcją suwerenności państwowej jako takiej²⁸⁶.

²⁸⁴ Tradycja ta polegała na przyjmowaniu szerokiej wizji prawa kształtowanego przez różne tradycje historyczne wielu narodów, a nie wyłącznie bieżącą politykę i aktualne wartości. W dziele-pomniku jurysprudencji zatytułowanym *Commentaries on the Laws of England* (1765–1769), Sir William Blackstone za oczywistość uznawał to, że w Anglii funkcjonują następujące rodzaje prawa: prawo natury, prawo Boże, prawo narodów, angielskie prawo powszechne (*common law*), lokalne prawo zwyczajowe, prawo rzymskie, kanoniczne, handlowe, ustawowe (*statute law*) i prawo oparte na zasadzie słuszności (*equity law*). Por. H.J. Berman, *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa 1995, s. 13.

²⁸⁵ Jest to nawiązanie i zanegowanie tezy H. Kelsena, zgodnie z którą „państwo pojęte jako osoba nie oznacza nic innego jak uosobienie porządku prawnego, a państwo pojęte jako moc nie jest niczym innym, jak skutecznością tego porządku” oraz „każde państwo musi być państwem prawnym” – *op.cit.*, s. 65–66.

²⁸⁶ N. MacCormick, *Institutional...*, s. 1067.

- b) Różne systemy normatywne mogą współistnieć. Uznanie ważności jednego z nich nie musi koniecznie prowadzić do odbierania innym normatywnego charakteru lub podważania ich niezależności.
- c) Rozstrzygnięcie konfliktów międzysystemowych jest domeną polityki a nie prawa.

Liberalna teoria stosunków międzynarodowych znajduje również rozwinięcie w poglądach Günthera Teubnera na temat globalizacji prawa. Według niemieckiego uczonego, postęp procesów globalizacyjnych, znacznie szybciej niż w obrębie polityki i prawa państwowego, ujawnia się w innych sektorach społecznych. Zdaniem Teubnera „polityczne teorie prawne nie na wiele się zdadzą dla zrozumienia globalizacji prawa. Dotyczy to szczególnie teorii pozytywistycznych, które podkreślają jedność państwa i prawa, jak również tych teorii krytycznych, które usiłują zredukować prawo do władzy politycznej. Obsesyjnie śledząc ścieranie się sił na globalnej arenie międzynarodowej polityki, gdzie globalizacja następuje jedyne w niewielkim stopniu, teorie te, nie dostrzegają dynamicznych procesów zachodzących w innych obszarach, w których globalne zjawiska prawne pojawiają się w relatywnej izolacji od polityki.”²⁸⁷

Obok globalizacji prawa, która postępuje wskutek współpracy między państwowej, procesów unifikacji, harmonizacji i konwergencji państwowych porządków prawnych, daje się obecnie wyróżnić inny, policentryczny rodzaj globalizacji. Polega on na tym, że poszczególne obszary życia społecznego (ekonomia, medycyna, edukacja, technika, transport, media) przekraczają swoje granice regionalne i organizują się w skali globalnej z właściwą sobie dynamiką, w sposób autonomiczny względem polityki. Tworzą w ten sposób autonomiczne sektory światowego społeczeństwa ulegające stopniowej jurydyzacji. Reżimy reguł powstają w drodze porozumień pomiędzy „prywatnymi” uczestnikami stosunków transnarodowych: organizacjami pozarządowymi, przedsiębiorstwami z międzynarodowym kapitałem, międzynarodowymi kancelariami prawniczymi, funduszami

²⁸⁷ G. Teubner, *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, [w:] *Global Law Without a State*, Dartmouth 1997, s. 6.

i stowarzyszeniami zawodowymi. Reguły powstają także w ramach systemów negocjacyjnych i procesów standaryzacji. Aktywnymi uczestnikami sektorowej globalizacji są trybunały arbitrażowe, ciała mediacyjne oraz różnego rodzaju komisje etyczne²⁸⁸.

Teoria prawnego pluralizmu jest pomocna dla wyjaśnienia fenomenu powstawania globalnego prawa, a właściwie całej serii globalnych praw. Według Teubnera, tradycyjna dyferencjacja na relatywnie autonomiczne narodowe porządki prawne jest zastępowana zasadą dyferencjacji sektorowej – dyferencjacji globalnego prawa na transnarodowe reżimy prawne, których zakres przebiega według linii przedmiotowych, a nie terytorialnych i które roszczą sobie prawo do ogólnoświatowej ważności²⁸⁹. W ten sposób powstają porządki prawne globalne, ale zarazem partykularne. Jednym z głównych zadań teorii konstytucyjnej u progu nowego stulecia jest więc, zdaniem Teubnera, uogólnienie i przeformułowanie pojęcie konstytucji państwa narodowego na potrzeby wypracowania modelu uniwersalnej konstytucji światowej. Na plan pierwszy wysuwa się koncepcja konstytucji społecznej, która „pojawia się stopniowo w procesie konstytucjonalizacji wielu autonomicznych podsystemów społeczeństwa światowego”²⁹⁰. Jedną z takich konstytucji społeczeństwa światowego, jest również „konstytucja cyfrowa”, powstająca dla sektora organizującego się wokół transnarodowego Internetu²⁹¹.

Poruszone dotąd wątki teoretyczne dotyczyły podmiotowego aspektu regulacji (tzn. tego, kto jest normodawcą) – kwestii konfliktów pomiędzy procesami tworzenia reguł o charakterze formalnym i nieformalnym, zcentralizowanym i zdecentralizowanym. Istotnym zagadnieniem, szczególnie w odniesieniu do problematyki Internetu jest również aspekt funkcjonalny,

²⁸⁸ G. Teubner, *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?*, [w:] K.-H. Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalisation*, Aldershot 2004.

²⁸⁹ A. Fischer-Lescano, G. Teubner, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 25, s. 1009.

²⁹⁰ G. Teubner, *Konstytucjonalizm społeczny. Alternatywy dla teorii konstytucyjnej nakierowanej na państwo*, Wykład im. Leona Petrażyckiego wygłoszony na Wydziale Prawa i Administracji UW 27 maja 2004, *Ius et Lex*, s. 8.

²⁹¹ *Ibidem*, s. 6.

czyli to, przy użyciu jakich środków dochodzi do regulacji. We współczesnych systemach prawnych, obok regulacji behawioralnej, występuje też tzw. regulacja poprzez bodźce. Język, jako medium sterownia procesami społecznymi, zastępowany jest przez inne instrumenty regulacyjne, np. sterowanie przez stymulacje ekonomiczne (ulgi, subwencje) albo sterowanie infrastrukturalne (tworzenie stref gospodarczych)²⁹². Przewrót informatyczny uczynił rzeczywistość społeczną jeszcze bardziej złożoną i przez to jeszcze mniej podatną na kształtowanie jej za pośrednictwem prostych nakazów i zakazów. W takim stanie rzeczy, w sposób naturalny powstała potrzeba znalezienia mechanizmów kontroli dostosowanych do transnarodowego charakteru relacji społecznych występujących w ramach cyfrowego środowiska komunikacyjnego²⁹³.

Reguły zachowań mogą być niejako „wpisywane” czy też „wkomponowane” w architekturę systemów teleinformatycznych²⁹⁴. Projekt techniczny może „ucieleśniać” pewne preferencje i wartości, które odpowiadają interesom jego twórców (*codewriters*) czy też fundatorów. Środki o charakterze technicznym służą wówczas jako medium sterowania. Konfiguracja systemów teleinformatycznych wyznacza zakres nie tylko dozwolonych, ale i fizycznie możliwych działań użytkowników. Zasięg tego rodzaju regulacji nie jest ograniczony pod względem terytorialnym. Kontrola przestrzegania „wbudowanych” w technikę reguł następuje w sposób zautomatyzowany, poprzez odpowiednią konfigurację systemu pojedynczego użytkownika, ich grupy albo całej populacji²⁹⁵.

²⁹² L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 93–100.

²⁹³ L. Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, „Harvard Law Review”, vol. 113, 1999–2000, s. 502.

²⁹⁴ J.R. Reidenberg, *Rules of the Road for Global Electronic Highways: Merging the Trade and Technical Paradigms*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 6, 1992–1993; tenże *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, „Texas Law Review”, vol. 76, no. 3, 1998. Stosunkowi wcześniej temat ten poruszali także: W.M. Mitchell, *City of Bits: Space, Place and the Infobahn*, Cambridge Mass, 1995; M.E. Katsh, *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, „The University of Chicago Legal Forum”, vol. 1996, 1996.

²⁹⁵ J.R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, „Texas Law Review”, vol. 76, no. 3, 1998.

Ośrodki władzy politycznej lub ekonomicznej mogą pośrednio lub bezpośrednio oddziaływać na projektowanie architektoniki systemów elektronicznych i w ten sposób przeciwdziałać określonym typom transmisji danych, a promować inne.

W książce o wymownym tytule „*Code and Other Laws of Cyberspace*” Lawrence Lessig²⁹⁶ przedstawił kilka możliwych sposobów zaprojektowania cyfrowych „światów”, sztucznie utworzonych w ramach Internetu rzeczywistości, które determinują określone zachowania użytkowników. Lessig wyróżnił dwa rodzaje mechanizmów regulacyjnych, które w warunkach amerykańskich określił jako: *East Coast Code* i *West Coast Code*²⁹⁷. „Kod Zachodniego Wybrzeża” to zasady funkcjonowania systemów komputerowych określające również pośrednio zakres możliwych działań ich użytkowników. Tworzy je przemysł informatyczny skupiony przede wszystkim w Kalifornii. Z kolei na Wschodnim Wybrzeżu, tam gdzie położony jest Waszyngton, powstają ustawy (*kody prawne*)²⁹⁸. *Code* pierwszego rodzaju jest medium sterowania zachowaniem ludzi przez technikę (regulacja pozanormatywna), w drugim znaczeniu pojęcie to denotuje tradycyjne stanowienie norm behawioralnych. „Kod Zachodniego Wybrzeża” kształtuje architektonikę cyfrowego środowiska. Ten rodzaj sterowania jest, według koncepcji Lessiga, jedną z czterech „modalności przymusu”, obok prawa, norm społecznych i rynku²⁹⁹. W świecie materialnym, pierwszoplanowym regulatorem zachowań jest prawo. W ramach Internetu znaczącą rolę ogrywa konstytuujące go połączenie urządzeń (*hardware*) i oprogramowania (*software*)³⁰⁰. „Kod” daje się kształtować, może podlegać daleko idącym, dynamicznym i celowym transformacjom. Lessig przedstawia, w jaki sposób przemiany w obrębie „kodu” wpływają na zachowania użytkowników Internetu, jak determinują one zakres

²⁹⁶ Por. tenże, *Reading the Constitution in Cyberspace*, Emory Law Journal, vol. 45, no. 3, 1996, s. 896–900.

²⁹⁷ W języku angielskim termin *code* oznacza zarówno „kod” jak i „kodeks”.

²⁹⁸ L. Lessig, *Code and the Other Laws of the Cyberspace*, New York 1999, s. 53.

²⁹⁹ Por. L. Lessig, *The New Chicago School*, „The Journal of Legal Studies”, vol. 27, 1998, s. 663 i n.

³⁰⁰ Tenże, *Code...*, s. 6.

wolności i skalę możliwej kontroli zachowań. Architektonika cyfrowego środowiska Internetu może ułatwiać państwu kontrolę zachowań, albo też stwarzać warunki do unikania wymiaru sprawiedliwości, zapewniając anonimowość wszelkich transmisji danych. Sposób w jaki „kod” wpływa na zachowanie się jednostek jest różny w zależności od tego, czy znają one jego założenia konstrukcyjne, czy też są tej wiedzy pozbawione. Pierwsza sytuacja pozostawia im większy zakres autonomii, stanowiąc rodzaj bodźca, druga prowadzi do determinizmu technologicznego³⁰¹. Według Jacka M. Balkina: *„Aby chronić wolność słowa w epoce cyfrowej prawnicy powinni stać się cyber-prawnikami; nie tylko prawnikami, którzy studiują cyber-prawo, ale także prawnikami którzy rozważają jak poprzez mądre zaprojektowanie techniki można nadać jej najlepszą formę oraz osiągnąć pożądane cele polityczne.”*³⁰²

„Kod” jest medium sterowania, które, w odróżnieniu od np. języka, ma samowystawczą naturę. Z punktu widzenia kryterium skuteczności jest rozwiązaniem niemal optymalnym. Łączy w sobie funkcje tworzenia, stosowania i egzekwowania reguł. Nie dopuszcza na ogół wyjątków, ponieważ funkcjonuje na zasadzie zero/jedynkowej. Teubner zwraca uwagę na odmienności strukturalne zachodzące pomiędzy „kodem” a „prawem”, które prowadzą do przekształcenia normatywnego porządku cyberprzestrzeni. *„Porządek ten nie opiera się na perswazyjnych właściwościach reguł prawnych, ale na elektronicznych ograniczeniach bezpośrednio regulujących komunikację odbywającą się w Internecie.”*³⁰³

5. Wnioski

Szybki, spontaniczny rozwój Internetu, który następował od połowy lat dziewięćdziesiątych zdawał się potwierdzać niektóre z tez stawianych przez

³⁰¹ *Ibidem*, s. 14, 20, 25, 49, 105.

³⁰² J.M. Balkin, *Commentary: Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, „New York University Law Review”, 79/2004.

³⁰³ G. Teubner, *Konstytucjonalizm...*, s. 23–24.

„separatystów”. W końcu kwietnia 1995 roku finansowana przez rząd USA szkieletowa sieć komputerowa Narodowej Fundacji Nauki przestała funkcjonować. Najbardziej technologicznie rozwinięte państwo świata wycofało się z pełnienia roli podmiotu stymulującego i kontrolującego proces rozwoju Sieci. Mimo to Internet nadal działał. Miejsce dotychczasowej infrastruktury zastąpiły usługi świadczone przez prywatne firmy. Dla większości użytkowników zmiana ta praktycznie nie była zauważalna. Z technicznego punktu widzenia nie miała ona większego znaczenia. Funkcjonowanie Internetu stało się domeną koordynacji rynkowej. W momencie gdy zasięg Internetu wykroczył poza granice Stanów Zjednoczonych, praktycznie żadne państwo nie mogło go w pełni kontrolować.

Wnioski, które z faktu prywatyzacji i globalizacji Internetu wyciągnęli „separatyści” były daleko idące. Czerpiąc inspirację z doktryny amerykańskiego libertarianizmu i wolnościowego ducha pierwszych społeczności Internetowych, ogłosili nie tylko ograniczoną autonomię Internetu w stosunku do tradycyjnych systemów politycznych, ale wręcz całkowite z nimi zerwanie, wyrażone sloganem: „*Internet – strefa wolna od prawa*” (*law free zone*). W krótkim czasie powstała nowa odmiana liberalizmu – tzw. cyberlibertarianizm, która zdobyła sobie znaczne kręgi sympatyków. Prominentnym reprezentantem tego kierunku i jego ideologiem był, wspomniany już, autor „Deklaracji niepodległości cyberprzestrzeni” John P. Barlow.

Stopniowo okazywało się jednak, że tradycyjne podmioty władzy politycznej zaczynają coraz śmielej ingerować w to, co dzieje się w ramach Internetu, zdobywając kolejne bastiony jego rzekomej niezależności. Państwa „odwzorowały” granice jurysdykcyjne na „aterytorialnej” strukturze Sieci. Jaskrawym tego przykładem była wzrastająca ilość orzeczeń sądów państwowych w sprawach dotyczących użycia nowej techniki, które w większości były wykonywane przy użyciu tradycyjnych środków egzekucji³⁰⁴. Im większe stawało się społeczne znaczenie Sieci, tym bardziej okazywała się one być przedmiotem zainteresowania ze strony „suwerenów

³⁰⁴ Por. m.in. N.W. Akkard, D.A. Kass, *Law and Order in Cyberspace: Washington Report*, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 19, 1996–1997.

ze stali”. Szczególnie wyraźnie uwidaczniało się to w dziedzinach, gdzie obecność rządów i organizacji międzynarodowych miała długą tradycję, wspominając jedynie usługi telekomunikacyjne, prawo autorskie, patenty, znaki towarowe, kwestie ochrony prywatności i regulację gospodarki³⁰⁵.

Mimo, iż zaangażowanie państw w sprawy Internetu jest faktem, z którym nie sposób polemizować, nie sposób również uznać twierdzenia, że model wszechwładnej regulacji państwowej jest jedyną alternatywą dla modelu wyalienowej ze świata materialnego, odrębnej jurysdykcji Internetu. Modele te nie mogą być uznane za satysfakcjonujące próby opisu zjawisk prawnych towarzyszących powstaniu i ekspansji Internetu, a ich przeciwstawianie wydaje się być sztuczne i mylące. Co jednak pozostaje po odrzuceniu zarówno cyber-separatyizmu, jak i „twardego” pozytywizmu? Próbę zmierzenia się z tym pytaniem stanowi wizja regulacji uwzględniająca przemiany pojęcia prawa w dobie po-nowoczesności. Wchodzą tu w grę takie procesy jak erozja suwerenności, transrządowość, globalizacja prawa i pluralizm prawny. Wraz z transformacją struktury społecznej w kierunku społeczeństwa informatycznego wzrasta znaczenie procesów opracowywania standardów technicznych. Kształt i format informacji, która trafia do ludzi uzależniony jest od standardów elektronicznego przesyłania danych. Projektowanie reguł działania systemu urządzeń teleinformatycznych staje się stopniowo formą sterowania zachowaniem użytkowników danego systemu. Takie mechanizmy pozostają w zasadzie w rękach podmiotów prywatnych (firm telekomunikacyjnych, producentów oprogramowania, producentów sprzętu elektronicznego). W sytuacji, gdy ilość użytkowników systemu nabiera charakteru masowego (a w 2008 r. piąta część ludności świata korzystała z Internetu), ten rodzaj sterowania trzeba uznać za istotny element katalogu środków kontroli społecznej. Dynamika społecznych procesów często wyprzedza logistyczne możliwości państw, stąd niektóre zadania normodawcze pozostawiane są przez państwa do kompetencji różnego rodzaju quasi-publicznych (hybrydowych) czy transnarodowych tworców.

³⁰⁵ Por. K. Bowrey, *Law and Internet Cultures*, Cambridge 2005, s. 56.

Możliwe jest współistnienie różnych podmiotowo i rodzajowo form regulacji Internetu, w tym również samoregulacji w ramach transnarodowych globalnych reżimów prawnych, wykorzystujących środki kontroli technicznej. Stanowisko to daje się pogodzić z faktem, że obecnie wiele państw szybko dostosowuje prawo do potrzeb przewrotu informatycznego, przez co czynią one swoje panowanie w Sieci coraz bardziej skutecznym i widocznym. Mimo sukcesów państwowej regulacji wciąż istnieją obszary, w ramach których dochodzi do zjawisk społecznych i wywoływanych przez nie zjawisk prawnych wykraczających poza ramy pozytywistycznego paradygmatu. Pozostają granice, których państwa nie chcą (ze względów ideowych czy ekonomicznych), bądź też nie są w stanie przekroczyć (np. z uwagi na konflikty interesów na poziomie międzynarodowym, słabość gospodarczą). W takich kurczących się niszach znalazło się miejsce do rozwoju *legis informatica*. Temu zagadnieniu poświęcony został kolejny rozdział.

LEX INFORMATICA
– REGULACJA TYPU PONOWOCZESNEGO

1. Uwagi ogólne

W latach 1995–2000 koncepcja samoregulacji Internetu zdobywała sobie znaczną popularność. Echa wywodzących się z libertarianizmu postulatów minimalizacji wszelkiej ingerencji czynników politycznych pobrzmiwały w dokumentach programowych, zarówno rządu USA³⁰⁶, jak i organów Unii Europejskiej³⁰⁷. W oficjalnych deklaracjach znalazły się zapisy o „przewodniej roli sektora prywatnego przy zawieraniu zbioro-

³⁰⁶ Por. *Statement of Principles* administracji prezydenta USA W. Clintona, *A Framework for Global Electronic Commerce*, źródło: <http://www.ecommerce.gov/framework.htm#PRINCIPLES>.

³⁰⁷ Por. *Ministerial Declaration from European Ministerial Conference* (Bonn, Germany), *Global Information Networks: Realising the Potential*, 6–7, lipca, 1997 r.

wych porozumień i opracowywania standardów”. Władza publiczna chciała samoograniczyć się do „tworzenia przewidywalnego, minimalistycznego, prostego i spójnego otoczenia prawnego dla gospodarki”³⁰⁸. Odpowiadało to założeniom teorii Friedricha Augusta von Hayeka, według którego prawo powinno być w maksymalnym stopniu ogólne, tak aby prawodawca nie mógł uczynić sobie z niego instrumentu planowania³⁰⁹. W tym okresie rządy większości krajów liberalno–demokratycznych prowadziły tzw. *hands-off policy* – politykę powstrzymywania się od ingerencji w dynamicznie rozwijający się nowy sektor gospodarki³¹⁰. Najważniejszymi koordynatorami systemu miały pozostać zespoły złożone z inżynierów i informatyków tworzących otwarte, niekomercyjne standardy techniczne dla Internetu³¹¹. W 1997 roku prezydent USA poinstruował przedstawicieli administracji federalnej, aby „uznali unikalne właściwości Internetu, w szczególności jego zdecentralizowaną naturę i tradycję oddolnego zarządzania”³¹². Neoliberalne podejście ośrodków władzy państwowej, w połączeniu z szybkim rozwojem Internetu stworzyło grunt dla rozwoju różnych systemów pozarządowej regulacji (*private ordering*).

³⁰⁸ Według dokumentu amerykańskiego ingerencja legislacyjna (tzn. nakierowana na osiągnięcie określonego celu) powinna ograniczać się do tworzenia „*ułatwień rozwoju gospodarki elektronicznej (electronic commerce) oraz ochrony konsumenta*”. Rząd USA uznawał i pozytywnie oceniał tradycję zarządzania Internetem na zasadzie „*bottom-up*”, deklarując chęć dostosowania własnej koncepcji regulacji do tej specyfiki. W efekcie oficjalną doktryną państwa, w którym Internet się narodził i w którym przybrał dojrzały kształt było przez długi okres hasło deregulacji i popierania samoregulacji poprzez wolne umowy i prawa majątkowe.

³⁰⁹ F. Hayek, *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*, Chicago 1978.

³¹⁰ Na terenie Stanów Zjednoczonych, agendy rządowe przyjęły w stosunku do Internetu politykę regulacyjną, która opierała się na odmiennych założeniach od tych stosowanych przy regulacji sektora telekomunikacyjnego *sensu largo*. Federalna Komisja Komunikacji (*Federal Communication Commission, FCC*) zgodziła się na to, aby ład w funkcjonowaniu Internetu został zaprowadzony przez oddziaływanie innych czynników niż bezpośrednia regulacja prawna. Strategia FCC zakładała też, że regulacja następować będzie wskutek samo–ograniczeń nakładanych sobie przez przedsiębiorstwa świadczące usługi w branży informatycznej a także w drodze innych mechanizmów rynkowych.

³¹¹ J.P. Weiser, *Internet Governance, Standard Setting, and Self-Regulation*, „*Northern Kentucky Law Review*”, vol. 28, 2001, s. 823.

³¹² *Presidential Directive on Electronic Commerce*, lipiec 1997 r. Tekst dostępny pod adresem: <http://www.ecommerce.gov/presiden.htm>.

Poczynając od przełomu wieków rozpoczął się zdecydowany odwrót od pierwotnych założeń dotyczących regulacji Internetu. Postępowała coraz skuteczniejsza ingerencja rządów w to, co działo się w ramach transnarodowej Sieci. Znacznie osłabił entuzjazm jaki względem „cyber-separatyizmu” prezentowała wcześniej znaczna część doktryny prawniczej. Zakwestionowano koncepcję „suwerennej cyberprzestrzeni”. Jej „granice” nie okazały się wystarczająco trwałe, aby zapobiec faktycznej ekspansji państwowych porządków prawnych, a więc i sama idea zaczęła tracić sens. Wydawać by się mogło, że w przedmiocie regulacji Internetu wszystko powróciło na tradycyjne pozycje. „Bezgraniczny” Internet został faktycznie ograniczony, „ograniczone” systemy prawne coraz częściej regulowały zachowania w taki sposób, jakby granice przestały istnieć³¹³.

Mimo to, niektórych społecznych skutków przewrotu informatycznego o charakterze transnarodowym nie sposób było odwrócić, ani też doprowadzić do ich marginalizacji. Trwałą tendencją wydaje się być postępujące uzależnienie życia społecznego od sprawnego funkcjonowania otwartych systemów teleinformatycznych w skali globalnej oraz fakt, że w warunkach gospodarki rynkowej ustalanie zasad działania tych systemów stanowi wspólną domenę działania sektora publicznego i prywatnego. Te dwa fakty przemawiają na rzecz kontynuowania teoretycznych dociekań poświęconych specyficze regulacji Sieci.

W dalszej części pracy wprowadzone zostanie pojęcie *lex informatica*, zażyczone z piśmiennictwa amerykańskiego³¹⁴. W związku z wieloznacznością

³¹³ Michael Geist określa ten proces jako przejście od „cyber-prawa” w wersji 1.0 do „cyber-prawa” w wersji 2.0., por. tenże, *Cyberlaw 2.0*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003, s. 332.

³¹⁴ Termin *lex informatica* został przeze mnie zapożyczony od dwóch autorów amerykańskich Joela R. Reidenberga i Arona Mefforda, którzy posłużyli się nim niezależnie od siebie, w celu opisanego różnych kwestii mieszczących się w szeroko pojętej problematyce regulacji Internetu: pierwszy w ujęciu funkcjonalnym, jako o sposobie rozwiązywania problemów politycznych środkami z zakresu technik informatycznych (*Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace*, „Emory Law Journal”, vol. 45, 1996; *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, Texas Law Review, vol. 76, no. 3, 1998), drugi jako o niezależnym prawie Internetu, (*Lex informatica: Foundations of Law on the Internet*, Global Legal Studies Journal, vol. 5, 1997–1998). Terminem *lex informatica* operowali także W.H. van Boom i J.H.M. van Erp w odniesieniu do państwowego prawa kolizyjnego, por. tychże, *Electronic Highways: On the Road to Liability*, [w:] V. Bekkers (ed.), *Emerging Electronic Highways: New Challenges for Politics and Law*, 1996.

tego terminu konieczne staje się sformułowanie definicji projektującej. W tym celu można posłużyć się typologią, którą zaproponował Stuart Biegel.

Porządkując możliwe do wyobrażenia modele regulacji Internetu w pierwszej kolejności wyróżnił stronę podmiotową zagadnienia (*кто reguluje*). Biegel wskazał na trzy kategorie podmiotów: pojedyncze państwa, organizacje międzynarodowe, podmioty niepubliczne. Drugą kwestią pozostaje określenie: *jak, przy pomocy jakich środków* proces regulacji może następować. Istnieją środki normatywne i pozanormatywne (np. infrastrukturalne). Kombinacja trzech typów podmiotów i dwóch kategorii środków daje w sumie sześć „metod regulacji Internetu”: (1) regulacja behawioralna w drodze wydawania przepisów prawnych przez poszczególne państwa, (2) państwowa regulacja metodami infrastrukturalnymi, (3) prawo międzynarodowe, (4) wprowadzanie określonych rozwiązań technicznych przez organizacje międzynarodowe, (5) stanowienie reguł przez podmioty niepubliczne, (6) implementacja „kodu” środkami prywatnymi (*private architectural adjustment*)³¹⁵. W niniejszej pracy „*lex informatica*” denotuje łączne zastosowanie piątej i szóstej metody regulacji Internetu. Termin ten oznaczać więc będzie reguły określające powinne zachowania użytkowników globalnej sieci teleinformatycznej, których przestrzeganie może zostać wyegzekwowane poprzez zastosowanie środków z dziedziny *technik informatycznych i komunikacyjnych*³¹⁶.

³¹⁵ W sensie faktycznym dla użytkowników Internetu obowiązujące są reguły tworzone według pierwszej, trzeciej i piątej metody regulacji. Zachowania ich są również determinowane przez regulację pozanormatywną przeprowadzaną według punktów drugiego, czwartego i szóstego. Por. S. Biegel, *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, MA 2001, s. 124, 315.

³¹⁶ Pojęcie *lex informatica* w ujęciu niniejszej pracy nie obejmuje swym zasięgiem ogółu reguł prawnych, które wpływają na sposób w jaki ludzie korzystają z informacji. Takie kompleksowe podejście zaproponowane przez Johna Cahira ma niewątpliwie wartość systematyzującą materiał prawny i jest, być może, interesującą propozycją z zakresu metodologii nauk prawnych. Z punktu widzenia filozofii prawa nie ma ono jednak większej wartości. Teoria prawa informacyjnego (*information law*) Cahira pozostaje w granicach wyznaczonych przez pozytywizm prawniczy. W jego ujęciu „prawo” oznacza zawsze prawo państwowe. Por. tenże, *Understanding Information Laws: A Sociological Approach*, „The Journal of Information, Law and Technology (JILT)”, 3/2002.

Niepaństwowe reguły *lex informatica* mogą powstawać w różny sposób, zarówno przez akty jednostronnego stanowienia, jak i w drodze uzgodnień pomiędzy twórcami norm i ich adresatami (podmioty związane regułami postępowania uczestniczą w tworzeniu i egzekucji tych reguł)³¹⁷. Wraz z prywatyzacją Internetu pojawiła się potrzeba wypracowania nowych mechanizmów podejmowania decyzji o technicznych i administracyjnych funkcjach tworzącego się systemu. Miało to służyć zapewnieniu i podtrzymywaniu interoperatywności Sieci. Powstała potrzeba ciągłego doskonalenia reguł w zakresie m.in. rozwoju protokołów komunikacyjnych oraz pozostałych specyfikacji ogólnych jak również zarządzanie nazwami i adresami. Nie wszystkie tego rodzaju decyzje mogły być podejmowane na poziomie rozproszonych terytorialnie prywatnych dostawców usług internetowych i administratorów sieci lokalnych. Wyłoniło się co najmniej kilka globalnych porządków normatywnych o różnym stopniu instytucjonalizacji, które objęły swoim zasięgiem różne wymiary Internetu: od kwestii czysto technicznych zaczynając, na zagadnieniach własności intelektualnej kończąc.

Przedmiotowy zakres zastosowania *legis informaticae* obejmuje zachowania użytkowników Sieci, polegające na ich zaangażowaniu w procesy komunikacji elektronicznej, a więc tę część aktywności intelektualnej społeczeństwa, która w dobie informacjonizmu związana jest z elektronicznym przetwarzaniem danych. Przykłady takich dziedzin to: zarządzanie dobrami twórczości intelektualnej, korzystanie z różnorodnych form ekspresji indywidualnej i zbiorowej, ochrona prywatności i tożsamości informacyjnej. Egzekucja reguł *legis informaticae* następuje poprzez wykorzystanie właściwości architektoniki, czy też „kodu” Internetu. Do tego celu używane są środki sterowania infrastrukturalnego. Stanowią one swoiste „tworzywo” do budowania systemów kontroli ludzkich zachowań, których przykłady zostaną bardziej szczegółowo opisane w dalszej części pracy³¹⁸.

³¹⁷ J.W. Maxwell, T.P. Lyon, S.C. Hackett, *Self-regulation and social welfare: the political economy of corporate environmentalism*, „The Journal of Law and Economics”, vol 43, no. 2, 2000, s. 584.

³¹⁸ Należy zwrócić uwagę na pewną cechę strukturalną *lex informatica*, którą określam mianem

Różnie może się układać relacja pomiędzy *lege informatica* a państwem. W latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku jedne państwa, jak USA, wyzbywały się władztwa publicznego nad infrastrukturą informatyczną w drodze prywatyzacji, wiele innych pozostawało w stanie swoistej dezorientacji, co do oceny rodzącego się aterytorialnego żywiołu. Po tym stosunkowo krótkim okresie, dalszy rozwój reguł i środków egzekucji *legis informaticae* wymagał już co najmniej biernej postawy ze strony najbardziej rozwiniętych państw, tzn. pewnego minimum negatywnej tolerancji. Podobnie jak niegdyś *lex mercatoria* (powszechne prawo średniowiecznych kupców), *lex informatica* mogło rozwijać się w stanie przyzwolenia, neutralności bądź braku zainteresowania ze strony ośrodków władzy politycznej. W okresie będącym przedmiotem analizy w niniejszej pracy istniała względna autonomią ośrodków tworzenie reguł *legis informaticae* względem tradycyjnych suwerenów politycznych. Niekiedy przyjmowało to formę *ko-regulacji*, czyli współwystępowania prywatnego i publicznego stanowienia reguł. *Lex informatica* wypełniło technologiczne „nisze”, których tradycyjna, „państwocentryczna” aktywność prawodawcza nie chciała, nie umiała albo wciąż nie była w stanie osiągnąć.

Celem tego rozdziału jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, jak w praktyce realizuje się niepozytywistyczna koncepcja regulacji Internetu, która dopuszcza niepaństwowe ośrodki prawodawcze operujące m.in. środkami kontroli poprzez odpowiednie zastosowanie techniki. Przedstawione

swoistej „warstwowości”. Wiąże się ona z zapośredniczeniem oddziaływania *lex informatica* w „kodzie” stanowiącym medium regulacji. Architektonikę Sieci tworzy co najmniej kilku poziomów (warstw), w ramach których może dochodzić do ingerowania w zachowania użytkowników. Na najniższym poziomie znajdują się tzw. *technical standards*, które wyznaczają podstawowe protokoły transmisji danych i z tego względu są nazywane niekiedy „prawem inżynierskim”. Kolejny poziom zajmują tzw. *technological standards*. Standardy „drugiego poziomu” wyznaczają wzorce w zakresie oprogramowania (*software*), które również może być wykorzystane do regulacji zachowań. Każdy kolejny poziom jest niejako fundowany na poziomie wcześniejszym. Zmiana w obrębie niższego poziomu determinuje zmianę w obrębie rozwiązań *lex informatica* wyższego rzędu. Egzekucja norm *lex informatica* na niższych poziomach może następować niezależnie od świadomości osoby, której zachowanie jest poddawane kontroli. Są one tak wtopione w środowisko, że ingerencja staje się niezauważalna dla użytkowników. Na wyższych poziomach sytuacja ta ulega zmianie, gdyż fakt bycia poddanym kontroli jest łatwiejszy do rozeznania..

zostaną przykłady kilku tego rodzaju porządków normatywnych o różnym stopniu instytucjonalizacji. Nie wyczerpują one zakresu podmiotowego i przedmiotowego *legis informaticae*, ale ilustrują istotne i reprezentatywne odsłony tego zjawiska na przełomie wieków.

2. Regulacja poprzez stanowienie standardów technicznych

Ustalanie standardów dla protokołów transmisji danych w sieciach komputerowych należy do tej klasy sytuacji, w których projektowanie reguł działania systemu urządzeń technicznych staje się formą sterowania zachowaniem użytkowników tego systemu. Regulacja tego rodzaju spełnia kryteria definicyjne przyjęte dla *legis informatica*³¹⁹. Historia Internetu dowodzi, że procesy standaryzacji mogą skutecznie postępować w ramach organizacji nieposiadających formalnego umocowania prawno-politycznego. Była to od samego początku domena specjalistów, uczonych i inżynierów. Jedyne kryterium udziału w ich pracach stanowiła możliwość wykazania się wymaganą wiedzą i umiejętnościami³²⁰. Przez kilkadziesiąt lat nowe standardy opracowywane były w trakcie nieformalnych narad i spotkań grup eksperckich o zmiennym i otwartym składzie osobowym.

Zasięg stanowionych w ten sposób reguł sięgał wszędzie tam, gdzie docierały odgałęzienia Sieci. Joel R. Reidenberg uznał to zjawisko za zwiastun nowego „*technicznego paradygmatu regulacji*”, który w odróżnieniu od paradygmatu politycznego zakłada prymat granic Sieci nad granicami państw. W dobie informacjonizmu ekspansja „regulacji technicznej” obej-

³¹⁹ Daniel Benoliel słusznie zauważa, że nazbyt często standaryzacja jest ignorowana literaturze prawno-politologicznej jako domena czysto techniczna, podczas gdy pełni ona doniosłą społecznie rolę regulatora zachowań. Por. tenże, *Cyberspace Technological Standardization: An Institutional Theory Retrospective*, „Berkeley Technology Law Journal” vol. 18, 2003, s. 1261.

³²⁰ Por. J. Reynold, J. Postel, *The Request of Comments Reference Guide*, Network Working Group RFC 1000 (dostępne pod adresem: <http://ietf.org/rfc/rfc1000.txt>).

mowała kolejne aspekty funkcjonowania Internetu, przez co rozszerzała się na kolejne obszary życia społecznego³²¹.

Odkąd Internet uniezależnił się od rządu USA w połowie lat dziewięćdziesiątych, każdy zainteresowany mógł tworzyć kolejne węzły *międzysieci*. Ustały wszelkie ograniczenia podmiotowe jak i te wynikające z finansowania systemu ze środków publicznych. Każda lokalna sieć mogła stać się częścią Internetu pod warunkiem, że jej konfiguracja odpowiadała wymogom zapisanym w protokołach transmisji danych. Dotyczyło to w równym stopniu nowo tworzonych węzłów o przeznaczeniu komercyjnym, jak i niekomercyjnym, publicznym i prywatnym.

Mimo zwiększającego się i różnicującego grona użytkowników Internetu łączył ich konsensus co do potrzeby zachowania interoperatywności poszczególnych części systemu, a także jego funkcjonalności. Wzrastało społeczne znaczenie procesów decyzyjnych w obrębie technicznych i organizacyjnych funkcji systemu. Powstała konieczność koordynacji w skali globalnej wysiłków na rzecz rozwoju protokołów komunikacyjnych i innych specyfikacji ogólnych.

Kluczowa rola w realizacji tej misji przypadła *Internet Engineering Task Force* (IETF), tj. niezależnej od ośrodków władzy politycznej jednostce, w której skład weszli uznani eksperci z zakresu informatyki i telekomunikacji³²². Metody stanowienia standardów technicznych w ramach IETF uwzględniają specyfikę Internetu, tj. głęboką decentralizację systemu, brak jednego ośrodka decyzyjnego oraz potrzebę rozwiązywania problemów na możliwie jak najniższym szczeblu. Nieoficjalnym *credo* zespołu stały się słowa przypisywane Davidowi Clarkowi z *Massachusetts Institute of Technology*: “*We reject kings, presidents, and voting. We believe*

³²¹ J.R. Reidenberg, *Rules of the Road for Global Electronic Highways: Merging the Trade and Technical Paradigm*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 6, 1992–1993, s. 296–301.

³²² Praktykę działania IETF opisuje Paulina Borsook, *How Anarchy Works? On location with the Masters of the Metaverse, the Internet Engineering Task Force*, „Wired” 3.10 1995. Por. także *The Internet Standards Process – Revision 2*, Network Working Group RFC 1602 (dostępne pod adresem: <http://ietf.org/rfc/rfc1602.txt>).

in rough consensus and running code”³²³. Mimo wyodrębnienia w strukturze wewnętrznej zarządu (*steering group*) i grup roboczych (*working groups*)³²⁴ IETF nigdy nie przekształciło się w organizację hierarchiczną. Jego otwarta i zdecentralizowana struktura opiera się na pracy wolontariuszy, wśród których dominuje nieformalna forma koordynacji działań. Jednym z podstawowych zadań statutowych IETF jest rozpoznawanie i rozwiązywanie najpilniejszych operacyjnych i technicznych problemów Internetu, poprzez sporządzanie specyfikacji rozwoju i sposobu użycia protokołów komunikacyjnych oraz architektoniki Sieci³²⁵.

Za formalne źródło tworzonych reguł można uznać wydawane przez IETF dokumenty, tzw. *Request for Comments* (skrót: RFC), czyli cykliczne memoranda, zapisy rozważań i dyskusji obejmujące rezultaty badań, innowacje i metodologie, znajdujące zastosowanie w technice internetowej³²⁶. Każdy dokument uzyskuje niepowtarzalny numer seryjny i jest zapisywany w specjalnym archiwum. Udoskonalonym wersjom wcześniejszych RFC nadawane są nowe oznaczenia. Funkcjonowanie archiwum RFC przypomina dziennik promulgacyjny, seryjne wydawnictwo, w którym niektóre zapisy obowiązują, podczas gdy inne są uchylane albo zmieniane.

Treściom zawartych w niektórych RFC nadawany jest status szczególny. Określane są jako „Standardy Internetu”. Proces ich formowania składa się z kilku etapów. Tzw. „ścieżka powstawania standardu” rozpoczyna się od wszechstronnego rozważania zgłaszanych wniosków przez powołaną w tym celu grupę roboczą. Jeżeli w ramach grupy uda się osiągnąć po-

³²³ „Niepełny konsensus” – polega on na „ucieraniu” opinii, czyli poszukiwaniu dominujących poglądów wśród grupy osób podejmujących decyzję przy niezwykle uważnym analizowaniu głosów przeciwnych.

³²⁴ Najważniejsze grupy robocze IETF obejmują kwestie: *Applications Area, Internet Area, Operations & Management Area, Routing Area, Security Area, Transport Area*.

³²⁵ RFC 3160 „*The Tao of IETF*”. Dostępne: <http://www.ietf.org/tao.html>.

³²⁶ Ich wydawaniem zajmuje się redaktor RFC, który odpowiada nie tylko za formatowanie i publikację ale również prowadzi archiwum „Próśb o komentarz”. Udział w wykonywaniu tych zadań ma *Internet Society (ISOC)*, organizacja zrzeszająca użytkowników Internetu, aspirująca do pełnienia funkcji reprezentanta interesów tej społeczności na arenie międzynarodowej, a także organizująca materialne podstawy funkcjonowania IETF.

rozumienie (według zasady tzw. *rough consensus*), propozycja standardu może uzyskać status projektu (*draft standard*), o czym ostatecznie rozstrzyga *steering group*. Następnie *draft* przechodzi czteromiesięczny okres testów, po którym może zostać opublikowany jako *Internet Standard*, czyli tzw. pełny standard Internetu. Standardy tworzone w ramach IETF można zakwalifikować jako standardy *de iure*, a jednocześnie standardy niekomercyjne, o jawnym (co do zasady) kodzie źródłowym, tworzone z intencją doskonalenia techniki³²⁷. Standardy takie, po ich opublikowaniu, stają się częścią domeny publicznej.

Standardy publikowane w formie RFC nie pełnią jedynie funkcji sugestii, zalecenia, głosu w dyskusji, których naruszenie nie pociągają za sobą żadnych konsekwencji. Istnieje wiele organizacji zajmujących się czuwaniem nad tym by kluczowe Standardy Internetu były honorowane przez użytkowników. Podmioty lub „miejsca” w Sieci, które nie podporządkowują się tym zaleceniom mogą trafić na tzw. czarne listy (*black lists*). Dane osób lub instytucji niestosujących się do wymogów RFC są ujawniane publicznie. W komentarzu dodanym do jednej z tego rodzaju list zapisano: „*należy zauważyć, że nikt nie ma obowiązku stosowania się do RFC, jednakże »kooperatywna interoperatywność«, warunkująca przetrwanie Sieci, wymaga, żeby każda jej część funkcjonowała na podstawie tych samych reguł technicznych*”. Umieszczenie na liście samo w sobie nie tworzy blokady komunikacyjnej, służy jedynie rejestracji tych, którzy postanowili nie implementować protokołów opisanych w dokumentach *Request for comments*. Każdy użytkownik lub operator systemu może samodzielnie podjąć decyzję, czy nadal chce komunikować się z systemami wyłamującymi się od ustalonego standardu³²⁸.

Kolejne węzły Sieci powstają w sposób niekontrolowany i spontaniczny. Jednakże niezachowanie zgodności z przyjętymi standardami technicznymi może doprowadzić do wykluczania „odstępców” z globalnego systemu. Wielu

³²⁷ Ich przeciwieństwem będą standardy *de facto* tworzone w ramach przemysłu, przez podmioty ukierunkowane na odniesienie indywidualnej korzyści materialnej. Standardy te mają zazwyczaj utajniony kod źródłowy. Por. D. Benoliel, *Cyberspace...*, s. 1284.

³²⁸ <http://www.rfc-ignorant.com>.

operatorów sieci lokalnych nie akceptuje transmisji danych pochodzących od lub skierowanych do osób ignorujących technologiczne uzgodnienia (tzw. *RFC ignorants*). Wiadomości wysyłane do takich lokalizacji często nie trafiają do miejsc przeznaczenia. Tworzenie „czarnych list” ma z założenia utrudnić życie osobom i instytucjom, które rozpowszechniają spam lub wirusy komputerowe albo podejmują inne nieakceptowane działania. Te kategorie podmiotów najczęściej ignorują standardy RFC³²⁹. Używanie innych, niż ustalone przez IETF standardów stwarza ryzyko, że liczba użytkowników, z którymi możliwa będzie interakcja ulegnie drastycznemu zmniejszeniu. Z kolei zastosowanie się do nich maksymalizuje potencjalny zasięg komunikacji (*connectivity*).

Wraz z postępującym wzrostem ilości nowych użytkowników indywidualnych, szybko okazało się, że standaryzacja techniczna jest tylko pozornie neutralna względem sfery polityki i gospodarki³³⁰. Przykład tego typu sytuacji podaje Kathy Bowrey, autorka książki pt. *„Prawo i kultury Internetu”*. Opisuje ona przypadek, gdy na „czarną listę” trafiła cała klasa adresów internetowych przeznaczona dla biznesu australijskiego, tj. domena „com.au”³³¹. W konsekwencji, wielu operatorów z całego świata wstrzymało komunikację z tymi adresami, traktując ich jako potencjalnych naruszcycieli standardów Sieci. Transmisje danych kierowane do i od klientów australijskich firm nie docierały do adresatów. Stworzyło to poważne perturbacje wśród przedsiębiorców, ponieważ wielu z nich uczyniło Internet głównym medium dla reklamy i promocji swoich towarów i usług, a często również podstawowym kanałem komunikacji z rynkiem. Zagrożona została egzystencja całej gałęzi gospodarki narodowej w postaci usług elektronicznych, gałęzi głęboko uzależnionej od stałego dostępu do Sieci. Powodem „odcięcia” domeny „com.au” było naruszenie przez kilka australijskich instytucji rejestrujących adresy domenowe wytycznych jednego ze standar-

³²⁹ K. Bowrey, *Law and Internet Cultures*, Cambridge 2005, s. 3.

³³⁰ J. Abbate, *Inventing the Internet*, Cambridge, Mass. 1999, s. 147.

³³¹ W narodowej domenie australijskiej, au, organizacje komercyjne rejestrują się w subdomenie generycznej „com”. Każdy adres tam zarejestrowany ma powstać xxx.com.au.

dów Internetu. Standard ten (opisany w dokumencie *RFC 954 NICKNAME/WHOIS*, z października 1985 roku) ustalał, że każdy podmiot, który rejestruje dla siebie adres domenowy powinien udostępnić publicznie dane o swojej tożsamości, w tym dane kontaktowe. Australijskie instytucje rejestrujące, powołując się na własną politykę ochrony prywatności zablokowały do tych danych dostęp. Zostało to uznane za naruszenie globalnego standardu Sieci, mogące zagrozić jej funkcjonalności i interoperatywności. Wyciągnięte surowe konsekwencje spowodowały wniesienie do IETF petycji o rozważenie przeprowadzenia zmiany standardy RFC 954³³². Przykład ten ilustruje w jaki sposób standardy techniczne wkraczają w sferę prawnopolityczną i jak wzrasta ich znaczenie wraz z pogłębianiem się zależności społeczeństw od nowych globalnych technik. Podobny charakter mają dokumenty RFC mówiące o wykluczeniu kwestii inwigilacji elektronicznej z zakresu działania IETF³³³, czy też opowiadające się za szeroką dopuszczalnością stosowania technik kryptograficznych, służących rozwojowi gospodarki elektronicznej i ochronie prywatności użytkowników³³⁴.

Bardzo szybki rozwój technik internetowych był początkowo wynikiem pracy światowej klasy specjalistów prowadzonej w trybie *royalty free*. Uczestnicy tego procesu dobrowolnie rezygnowali z wynagrodzenia za swój wkład intelektualny, nie zgłaszali też dokonywanych w trakcie pracy wynalazków w celu uzyskania na nie patentów, mimo że dawałoby to im prawo wyłącznego z nich korzystania w sposób zarobkowy. To podejście stało się swego rodzaju zwyczajem. Stąd, w początkowym okresie, warunkiem koniecznym dla nadania danemu rozwiązaniu technicznemu statusu Standardu Internetu było to, aby nie pozostawał on pod chronioną praw własności intelektualnej gwarantujących jednemu podmiotowi wyłączność (*proprietary standard*)³³⁵.

³³² K. Bowrey, *op.cit.*, s. 4–7.

³³³ *Policy on wiretapping, RFC 2804* (dostępny pod adresem: <http://www.ietf.org/rfc/rfc2804.txt>).

³³⁴ *RFC 1984* (dostępny pod adresem: <http://www.ietf.org/rfc/rfc1984.txt>).

³³⁵ A.M. Froomkin, *Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, „Harvard Law Review”, vol. 116, no. 3, 2003, s. 795.

Z biegiem czasu zaczęło się zarysowywać stopniowe uzależnianie należących do *legis informaticae* standardów od systemu praw własności intelektualnej chronionych przez aparat państwowy. Potwierdza to tezę o, co najwyżej, względnej autonomii *legis informaticae*. IETF stanęła wobec poważnego dylematu. Ci, którzy mogliby w największym stopniu przyczynić się do rozwoju technik Internetu funkcjonowali w systemie zakładającym ochronę praw własności intelektualnej, np. byli zatrudnionymi w wielkich korporacjach. Doszło do zderzenia pomiędzy etosem *royalty free* – pracy opartej na współdziałaniu i otwartości oraz prawem własności intelektualnej, w szczególności prawem patentowym, którego założeniem jest istnienie konkurencji wynalazców, gdzie zwycięzca uzyskuje monopol. IETF zmuszone było dokonać wyboru: albo zachować bezwzględną zasadę otwartych (jawnych) standardów, choćby były one nie najwyższej jakości, albo też wybierać najlepsze rozwiązania, nawet jeżeli łączyłoby się to z „uwikłaniem” w prawa własności intelektualnej³³⁶.

Na poziomie standardów określających protokoły transmisji danych *lex informatica* opiera się na sieciowej filozofii koordynacji działań. Standardy techniczne ustalane są w drodze dyskursu, przy braku jednego, oficjalnego organu nadzoru nad ich przestrzeganiem i występowaniem wielu niezależnych podmiotów testujących i dokumentujących odstępstwa. Egzekucja przebiega w trybie „sankcji rozproszonych”, ale jest przy tym wystarczająco skuteczna. Polega na zastosowaniu środków technicznych (pozanormatywnych), czyli odpowiedniej manipulacji „kodem” Internetu.

3. *Digital Rights Management (DRM)*

Eksploracja dóbr własności intelektualnej zapisanych w formie elektronicznej jest drugim obszarem, w którym ma miejsce tworzenie i egzekucji norm *legis informaticae*. Skutkiem powszechnej digitalizacji

³³⁶ K. Bowrey, *op.cit.*, s. 70–79.

utworów była nie tylko poprawa ich jakości, ale również radykalne obniżenie kosztów wytworzenia i dystrybucji cyfrowych kopii. Wywołało to kryzys tradycyjnego systemu ochrony własności intelektualnej. Jego konceptualna struktura i mechanizmy implementacji nie były dostosowane do zmian wywołanych rozwojem techniki. Większość przedstawicieli „przemysłu informacyjnego”³³⁷ funkcjonowała w oparciu o wypróbowane od lat schematy, tzn. pobieranie tantiem za każdą wykonaną kopię utworu. Straty wynikające z tzw. „internetowego piractwa”, czyli, przede wszystkim, niekontrolowanej dystrybucji i powielania produktów informacyjnych (literackich, muzycznych, filmowych), sięgnęły kwot rzędu miliardów USD rocznie³³⁸.

„Posiadacze” praw autorskich na całym świecie stanęli w obliczu następujących faktów. (1) Popularyzacji nowej generacji środków technicznych, których kontrola, przy zastosowaniu tradycyjnej regulacji prawnej, nie przynosi pożądaných efektów. (2) Postępującej digitalizacji prawnie chronionych produktów informacyjnych, powielania ich w formie cyfrowej i rozpowszechniania na masową skalę. (3) Rosnących kosztów i obniżonej skuteczności w zakresie wykrywania nielegalnych kopii, ustalania tożsamości osób naruszających prawa autorskich i pociągania ich do odpowiedzialności.

W tym stanie rzeczy kwestią „być albo nie być” dla całej gałęzi przemysłu stało się wynalezienie mechanizmu umożliwiającego skuteczniejszą ochronę własnych interesów majątkowych. Remedium na kryzys wywołany rozwojem techniki dostrzeżono w samej technice – środkach

³³⁷ Jedną z właściwości przewrotu informatycznego jest tendencja do konwergencji różnych mediów i produktów informacyjnych. Wydawcy prasy, producenci filmowi, telewizyjni, muzycni, nadawcy radiowi a nawet niezależni twórcy stają się homogeniczną kategorią tzw. dostawców treści (informacji), które są konsumowane i przekazywane do odbiorców oraz między nimi, przy pomocy tych samych środków technicznych. W nowych opracowaniach określa się ich mianem *information industry* (przemysłu informacyjnego) lub *content providers industry* tj. przemysłu dostawców treści.

³³⁸ Szybkość transmisji danych w Internecie w USA już w początku XXI wieku osiągnęła poziom umożliwiający kopiowanie filmów między poszczególnymi użytkownikami w ciągu kilkunastu sekund. Według szacunków kraje posiadające słabiej rozwiniętą infrastrukturę osiągną ten poziom w perspektywie kilku lat.

technicznych zapewniających niemal perfekcyjną kontrolę tego, kto, gdzie, kiedy i w jaki sposób staje się konsumentem informacyjnych produktów. „*Takie nowe technologie*” – zauważa Lawrence Lessig – „*chroniłyby prawa autorskie, kontrolowałyby powielanie i dystrybucję materiałów chronionych prawami autorskimi. Miałyby postać kodu, który zmieniałby oryginalny kod Internetu, by ponownie zapewnić ochronę właścicielom praw autorskich.*”³³⁹ Stworzono specjalne oprogramowanie służące do nadzorowania użytkowników mediów elektronicznych: czytelników, odbiorców, widzów i słuchaczy. Podmioty niepubliczne zaczęły, coraz skuteczniej, ingerować w zakres dostępu publiczności do wytworów kultury³⁴⁰.

Od połowy lat dziewięćdziesiątych XX wieku coraz szersze zastosowanie znajdują tzw. elektroniczne systemy zarządzania prawami (*digital rights management systems, DRM systems*³⁴¹). Już wcześniej techniczne zabezpieczenia przed powielaniem były znane i wykorzystywane do ochrony programów komputerowych. W związku z pojawieniem nowych produktów informacyjnych, powstało zapotrzebowanie na nowe generacje, coraz bardziej wyrafinowanych aplikacji, służących do zarządzania intelektualną konsumpcją. Każdy akt takiej konsumpcji uwarunkowany został spełnieniem wymogów stawianych przez wspomniane systemy.

DRM jest zbiorczą nazwą technik umożliwiających wykrywanie, śledzenie i, w miarę możliwości, powstrzymywanie niepożądanych transmisji treści informacyjnych. Techniki DRM wytyczają własne reguły korzystania z produktów. Pełnią głównie funkcje prewencyjne, chroniąc przed naruszeniami praw własności intelektualnej. Służą również do oznaczania podmiotów uprawnionych i potwierdzania oryginalności produktu³⁴²,

³³⁹ L. Lessig, *Wolna kultura*, Warszawa 2005, s. 185.

³⁴⁰ J.E. Cohen pisze w tym kontekście o „prywatnej legislacji”; J.E. Cohen, *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, „Berkeley Technology Law Review”, vol. 12, 1997, s. 181.

³⁴¹ Na fali krytyki rozwiązań DRM akronim ten zaczęto odczytywać jako *Digital Restrictions Management*.

³⁴² W użyciu są różne rozwiązania, m.in. technika imitująca znak wodny (*watermark*). Nieautoryzowane przez system kopiowanie i zmiana miejsca położenia tak oznakowanego produktu mogą

kontrolowania dostępu i bezpiecznej komunikacji pomiędzy dostawcą a konsumentem. Posiadają znaczny potencjał zastosowań. Ich wszechstronność polega m.in. na tym, że mogą zostać wykorzystane do obsługi różnych rodzajowo produktów (muzycznych, graficznych, filmowych). Zautomatyzowane zarządzanie prawami obejmuje swoim zakresem np. ustalanie ceny, dopuszczalnej wielokrotności użycia, przekazania do korzystania osobom trzecim czy też czasu trwania licencji. Niektóre systemy DRM zostały zaprojektowane w taki sposób, by mogły generować tzw. „raporty zwrotne” na temat zachowań i preferencji użytkownika, transmitowane następnie automatycznie do dostawcy produktu. Raport taki może ograniczać się do danych potrzebnych przy zawarciu umowy. Może też zawierać informacje o szczególnych upodobaniach nabywcy produktu, jak też o tym jakie inne produkty czy aplikacje są utrwalone na danym urządzeniu odbiorczym i czy są one legalne³⁴³. Rozbudowane raporty zwrotne mogą posłużyć do budowania profili osobowych użytkownika w zakresie jego intelektualnych upodobań (rodzaju preferowanego medium, gatunku twórczości, zwykłej pory konsumpcji itd.). Wyposażony w taką wiedzę dostawca ma możliwość dostosować odpowiednio własną ofertę albo sam profil uczynić przedmiotem obrotu.

Przykładem zastosowania systemu DRM jest zawieranie tzw. bezpiecznych umów licencyjnych typu *click-wrap*³⁴⁴. Licencje te umożliwiają

być monitorowane i kontrolowane przez sprzedawcę. Por. E.G. Thornburg, *Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution*, „University of California Davis Law Review”, vol. 34, 2000–2001, s. 174–179.

³⁴³ Por. J.E. Cohen, *DRM and Privacy*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 18, 2003, s. 587. „Szpiegowskie” oprogramowanie (tzw. *rootkit*) instalujące się głęboko w systemie bez wiedzy i zgody użytkownika zostało wykryte w 2005 r. m.in. w systemach DRM stosowanych przez Sony, dodawanych do płyt audio (por. <http://www.sysinternals.com/blog/2005/10/sony-rootkits-and-digital-rights.html>).

³⁴⁴ Techniki te znajdują zastosowanie w wielu innych formach udostępniania treści, np. sprzedaży abonamentu, odpłatnego kopiowania (*paid download*), subskrypcji, dostępu czasowego, dostępu ilościowego, systemów *pay-per-view*, video na życzenie itp. Ograniczenia w tym względzie nie stanowi też sposób transmitowania treści: nadawanie w postaci przekazu, który jest udostępniony użytkownikowi w czasie rzeczywistym, bez pozostawienia trwałej kopii na jego urządzeniu odbiorczym (*streaming*), kopiowanie (*downloading*), transmitowanie poprzez tradycyjne media albo systemy wymiany plików

uzyskiwanie za pośrednictwem Internetu różnego rodzaju produktów informacyjnych, np. nagrań muzycznych, filmów, zdjęć, oprogramowania. Typowe działanie systemu przedstawia się następująco. Po wypełnieniu *on-line* formularza z danymi osobowymi i danymi dotyczącymi płatności użytkownik składa ofertę zawarcia licencji w celu nabycia cyfrowego produktu. Jeżeli identyfikacja użytkownika przebiegnie pomyślnie, sprzedawca oznacza kupowany produkt tzw. znakiem wodnym. Następnie określa (koduje)³⁴⁵ reguły jego użycia (*usage rules*) i po zaszyfrowaniu całości przesyła produkt do użytkownika. Przy zawieraniu umowy licencyjnej użytkownik jest też zazwyczaj zmuszany do wyrażenia zgody na aktywowanie aplikacji, która umożliwi działanie systemu DRM³⁴⁶. Kiedy aplikacja ta potwierdzi, że dany użytkownik jest upoważniony do użycia określonego produktu, produkt zostaje odszyfrowany i udostępniony do korzystania według ustalonych przez producenta reguł. W przypadku, jeżeli produkt zostałby przeniesiony na inne urządzenie, system samoczynnie wykryje ten fakt i procedura licencyjna rozpoczyna się od początku. Użytkownik jest wzywany do uiszczenia opłaty, podania wymaganych danych itd. Również w sytuacji, gdy zmianie ulegnie np. model biznesowy stosowany przez producenta, DRM może być użyty do postawienia użytkownikowi nowych wymogów warunkujących sposób dalszego korzystania przez niego z danego produktu³⁴⁷.

Zadaniem systemu DRM jest, co do zasady, rejestrowanie wszelkich prób naruszenia reguł umowy zawartej pomiędzy dostawcą produktu a jego konsumentem. *Usage rules* mogą określać m.in. ilość dozwolonych

komputerowych typu *peer-to-peer*.

³⁴⁵ Niekiedy występuje również określenie „*permissions*” (zezwolenia); por. L. Lessig, *Wolna kultura*, Warszawa 2005, s. 177 i n.

³⁴⁶ Techniki DRM mogą być wkomponowane w system operacyjny, przyjmować postać oddzielnej aplikacji albo stanowić część urządzenia w ramach którego odtwarzany jest chroniony przekaz. Por. C.J. Hoofnagle, *Digital Rights Management: Many Technical Controls on Digital Content Distribution Can Create a Surveillance Society*, „*The Columbia Science and Technology Law Review*”, vol. 5, 2004, s. 2.

³⁴⁷ Yu-Lin Chang, *Does Lessig’s Criticism of Digital Rights Management Target One Technology That the Information Industries Desire More Than They can Actually Provide?*, „*International Review of Law Computers and Technology*”, vol. 19, no. 3, 2005, s. 238.

(a więc także faktycznie możliwych) odtworzeń pliku muzycznego w danej jednostce czasu, ilość możliwych „odczytów” wirtualnej książki oraz czas, który ma wystarczyć do tego celu, przesądzać o możliwości wydrukowania całości bądź części tekstu, o skali dopuszczalnego powiększenia obrazu itp. W praktyce system DRM „czuwa” nad przestrzeganiem również innych, określonych jednostronnie przez producenta brzegowych warunków użycia produktu, które zostały w nim zakodowane w postaci „reguł użycia”. Niekiedy producent zmusza odbiorcę np. do zapoznania się z przekazem reklamowym albo ostrzegawczym wkomponowanym w konstrukcję produktu w taki sposób, że nie można go pominąć.

Umowy tego rodzaju nazywane są niekiedy „samoegzekwującymi się kontraktami cyfrowymi” (*self-enforcing digital contracts*)³⁴⁸, a ich interpretacja pozostaje wyłącznym atrybutem producenta. Zjawisko to można zilustrować następującym przykładem. Według powszechnie przyjmowanej reguły prawa autorskiego, egzemplarz książki, czy też nośnik utworu muzycznego, który został zakupiony od producenta może stać się przedmiotem dalszego obrotu np. sprzedaży lub darowizny³⁴⁹. W przypadku identycznego treściowo produktu cyfrowego chronionego systemem DRM, producent każdorazowo decyduje o tym, czy nabywca będzie mógł przekazać produkt innej osobie, nawet wówczas, gdy nie musi w tym celu wykonywać jego kopii. Producent jest w stanie także ograniczyć możliwość korzystania z produktu do wydzielonego obszaru geograficznego (*region coding*)³⁵⁰ albo zawęzić możliwość jego odtwarzania tylko do określonych typów urządzeń³⁵¹.

³⁴⁸ Por. E.G. Thornburg, *op.cit.*, s. 175–176. Autor przytacza przykład postanowień tego rodzaju kontraktu obejmujących m.in. wyrażenie zgody użytkownika na automatyczne i zdalne modyfikowanie systemu zainstalowanego na jego urządzeniu bez potrzeby uzyskiwania każdorazowo pozwolenia.

³⁴⁹ W prawie autorskim mówi się o tzw. wyczerpaniu prawa (*first-sale doctrine*).

³⁵⁰ System CSS (*Content Scrambling System*) zabezpieczający przed kopiowaniem płyty DVD uniemożliwia ich odtwarzanie na odtwarzaczach DVD sprzedawanych w innych krajach, niż np. kraj w którym nastąpiła sprzedaż danego egzemplarza.

³⁵¹ System taki stosował np. sklep internetowy Apple’s iTunes Store. Do kodowania utworów posłużono się formatem AAC opracowanym przez iPod, tak, że mogły być one odtwarzane wyłącznie na urządzeniach tej firmy.

Wirtualne obiekty są „zaopatrywane” w zestawy reguł i protokołów określających zasady ich użycia. *Mutatis mutandis* przypomina to znane zjawisko tzw. prawa personalnego. Na podobnej zasadzie jak poszczególne grupy religijne np. w Indiach podlegają różnym regulacjom, poszczególne cyfrowe produkty „noszą” ze sobą własne prawo i własne reguły niezależnie od tego, gdzie, kiedy i kto ich używa. Reguły użycia, (*usage rules*) wkomponowane w kształt produktu przy pomocy specjalnego języka programowania³⁵², są przez producentów traktowane jako synonim uprawnień (*rights*). Aktywowanie poszczególnych opcji korzystania z produktu wizualizowane jest w postaci komunikatu o przyznaniu określonego uprawnienia. Paralele pomiędzy „faktem” (algorytmem zawartym w programie komputerowym) a „normą” (wiązką uprawnień, którą jurysprudencja określa jako prawo podmiotowe) wydają się być wprowadzane celowo i mieć funkcjonalne uzasadnienie. *Usage rules* są dostarczane użytkownikowi niezależnie od samego produktu i mogą być zmieniane również w trakcie eksploatacji. Przypomina to proces legislacji i nowelizacji. Faktycznie dostępny zakres korzystania z produktu (ilość „uprawnień”) ulega rozszerzeniu lub zwięźeniu w zależności od wysokości uiszczanej opłaty licencyjnej. Niektóre sposoby użycia mogą zostać czasowo albo permanentnie dezaktywowane jako reakcja, swoisty rodzaj sankcji, za próbę dokonania nadużycia ze strony użytkownika. Przykładowo, usiłowanie skopiowania utworu muzycznego prowadzi do skutku w postaci zmniejszenia przez system liczby dopuszczalnych jego odtworzeń. Nieuprawnione użycie produktu (np. programu komputerowego, pakietu płatnej telewizji) pociąga za sobą konsekwencję w postaci zablokowania do niego dostępu³⁵³. Producenci podejmują próby pójścia jeszcze o krok dalej, tzn. wykorzystania systemu DRM do lokalizowania i usuwania wszelkich treści uznanych za nielegalne z urządzeń informatycznych należących do użytkowników. W wersji najbar-

³⁵² Wykorzystywany w tym celu jest m.in. język programowania XrML, coraz powszechniej uznawany za „światowy standard w zakresie wyrażania uprawnień” (*worldwide standard for rights expression*) por. Yu-Lin Chang, *op.cit.*, s. 246.

³⁵³ Por. J.E. Cohen, *op.cit.*, str. 586.

dziej represyjnej produkty takie byłyby bezpowrotnie kasowane, w wersji liberalnej jedynie blokowanie (zaszyfrowywane) do czasu ich zalegalizowania np. poprzez zawarcie umowy licencyjnej lub zapłacenie opłaty abonamentowej³⁵⁴.

Producenci, nadając zaprojektowanym przez siebie „regułom użycia” nazwę uprawnień, stwarzają wrażenie, że reguły te wprost wynikają z norm prawa stanowionego albo, odwołując się do stanowiska realistycznego w teorii prawa, są prawem stanowionym. Tymczasem *usage rules* są, w najlepszym wypadku, wyrażeniem własnej interpretacji prawa, dokonanej przez producenta.

Większość państwowych porządków prawnych traktują systemy DRM w szczególny sposób, przyznając ich twórcom i koordynatorom prawnie chronioną autonomię. Prawo państwowe wzmacnia i chroni funkcjonowanie systemów DRM, tak iż często naruszenie reguł *legis informaticae* stanowi również naruszenie prawa, nawet jeżeli wykraczają one poza zakres prawnej regulacji. Szczególnie wyraźnie widać tę relację na przykładzie amerykańskiego *Digital Millennium Copyright Act*³⁵⁵, z założenia regulacji czysto technicznej, nie mającej rodzić istotnych implikacji w zakresie polityki publicznej. „DMCA miało być czymś na kształt ustawy wspierającej zabezpieczenia w postaci »kodu«, stworzonego do ochrony materiałów objętych prawami autorskimi. Można powiedzieć, że to był kod prawny, który miałby wzmocnić działanie kodu programowego, który z kolei miał wspierać kod prawny prawa autorskiego”³⁵⁶. Akt wprowadził zakaz obchodzenia technicznych zabezpieczeń chroniących dostęp (*access*) do chronionych wytworów intelektualnych (np. usług płatnej telewizji), a także zabraniał wytwarzania urządzeń służących do

³⁵⁴ Rozwiązanie tego rodzaju wykorzystywał m.in. Napster popularny system wymiany plików *peer-to-peer*. Użytkownik, który wykupił subskrypcję mógł pobrać z systemu dowolną ilość plików muzycznych. Jednak w sytuacji gdyby zaprzestał opłacania abonamentu wszystkie utwory zostałyby automatycznie przez system zablokowane, tak, iż dalsze z nich korzystanie stałoby się niemożliwe.

³⁵⁵ Komentarz dotyczy uregulowania znajdującego się w sekcji 1201 wskazanego aktu.

³⁵⁶ L. Lessig, *Wolna kultura...*, s. 185.

przełamania takich zabezpieczeń³⁵⁷. Ustawa nie stworzyła podobnych gwarancji dla urządzeń zabezpieczających przed *powielaniem*³⁵⁸. Rozwiązanie dające szerszy zakres ochrony urządzeniom kontrolującym *dostęp*, w porównaniu z tymi kontrolującymi *kopiowanie* doprowadziło do upowszechnienia się wśród producentów określonych strategii rynkowych. Z uwagi na niezwykłą plastyczność i elastyczność cyfrowych produktów informacyjnych pojawił się trend, aby wszystkim takim produktom nadawać postać *transmisji*, ponieważ wówczas podlegałyby one szerszej ochronie prawnej. W praktyce prowadzi to do sytuacji, w której konsument, chcąc przeczytać tekst artykułu albo książki nie nabywa już cyfrowego egzemplarza (kopii) utworu, ale uzyskuje dostęp do transmisji tego rodzaju produktu informacyjnego. Tym samym doszło do rozszerzania uprawnień dostawcy treści kosztem jej odbiorcy. Nastąpiło przewartościowanie całej konstrukcji praw autorskich, opartej na wypracowanym przez lata konsensusie w postaci równoważenia interesów twórców, wydawców i odbiorców. „Prawo dostępu” stało się nowym, wprowadzonym tylnymi drzwiami, uprawnieniem autorskim. Dotąd prawo chroniło wyłącznie „użycie” utworu – piętnowało nieuprawnione skopiowanie książki, ale już nie samo jej przeczytanie. Zmiana, która zaistniała, wyeliminowała w wielu przypadkach możliwość skorzystania z dzieła na warunkach określonych przez prawo dozwolonego użytku. Dzieje się tak ponieważ systemy DRM często nie przewidują faktycznej możliwości skorzystania z uprawnień, które ustawy większości krajów przyznają publiczności. W szczególności jest to prawo do swobodnego korzystania z utworu, który na skutek upływu czasu trafił do domeny publicznej oraz prawo odsprzedania nabytego raz nośnika (*first-sale doctrine*). Kontrowersje wzbudza także ingerencja w uprawnienia wynikające z prawa własności rzeczy. Stanowiące przedmiot prywatnej własności urządzenie informa-

³⁵⁷ Po wejściu w życie DMCA za czyn niezgodny z prawem należałoby uznać np. wyprodukowanie systemu DeCSS, który służył do omijania zabezpieczeń systemu CSS, służącego do ochrony przed kopiowaniem płyt DVD.

³⁵⁸ Źródłem takiego zróżnicowania jest fakt, iż w wielu przypadkach wykonanie kopii utworu następuje w ramach tzw. dozwolonego użytku.

tyczne może zostać przez system DRM czasowo lub trwale wyłączone z normalnego użytku.

Skutki łącznego oddziaływania państwowego prawa i prywatnych systemów cyfrowego nadzoru są aż nadto widoczne wśród amerykańskich użytkowników. Zdarza się, że kiedy system DRM unieruchamia dane urządzenie (np. komputer), uznając, że doszło do próby naruszenia „usage rules”, użytkownicy, w obawie przed surową sankcją przewidzianą za „obchodzenie” zabezpieczeń, nie podejmuje na własną rękę działań zmierzających do przywrócenia stanu poprzedniego³⁵⁹. Ma to miejsce nawet wówczas, gdy system w oczywiste błędny sposób ocenił zachowanie użytkownika. Systemy DRM zmieniają układ sił pomiędzy „posiadaczami” praw autorskich a ich użytkownikami. W poprzednim stanie prawnym przemysł informacyjny musiał występować z roszczeniami wobec sprawców naruszeń, ostatecznie weryfikowanymi przez niezawisłe sądy. Obecnie interesy tej grupy podmiotów coraz skuteczniej zaczęła chronić technika i to użytkownik musi dochodzić uznania swoich uprawnień wynikających np. z klauzuli dozwolonego użytku na drodze sądowej.

Na zakończenie tej części rozważań należy zaznaczyć, że ukierunkowanie systemów DRM na maksymalizację kontroli stanowi zaledwie jeden z możliwych scenariuszy ich wykorzystania. Teoretycznie możliwe jest opracowanie projektu bardziej zrównoważonego pod względem chronionych wartości (*value-sensitive design approach*). System DRM stworzony w tym duchu mógłby służyć nie tylko realizacji prywatnych interesów producenta, ale również uwzględniać interes konsumentów oraz interes publiczny³⁶⁰. Systemy „czułe na wartości” muszą bazować na algorytmach, które nie są elektronicznym odpowiednikiem „sylogistycznego modelu stosowania prawa”, ale opierają swój proces decyzyjny na wazieniu argumentów i interesów. Przejawem tego byłoby np. ograniczenie przypadków stosowania „sankcji” polegających na zablokowaniu urządzenia użytkownika wyłącznie

³⁵⁹ Por. Z. Lofgren, *Edited Transcript of the David Nelson Memorial Keynote Address: A Voice from Congress on DRM*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 18, 2003, s. 496.

³⁶⁰ Por. J.E. Cohen, *DRM...*, s. 611 oraz tam przytoczona literatura.

do szczególnie rażących przypadków nadużyć. Kwestią fundamentalną pozostaje ustalenie tego, kto powinien wyznaczać wartości, które mają być zachowane w cyfrowym środowisku.

Podmioty kontrolujące systemy DRM mogą regulować zachowania użytkowników poprzez umiejętne operowanie „regułami użycia” zawartymi w konstrukcji informacyjnych produktów. Wersja oficjalna wyjaśnienia tego stanu rzeczy głosi, że kontrolne funkcje wbudowane w poszczególne produkty są legitymizowane aktem dobrowolnej zgody użytkownika i mieszczą się w ramach swobody kontraktowej. W praktyce techniki monitorowania i zautomatyzowanych sankcji prowadzą często do naruszenia stanu równowagi pomiędzy stronami umowy. Zaprojektowany na zlecenia producenta dóbr intelektualnych system DRM samodzielnie wymierza kary, czyni korzystanie z produktu bardziej uciążliwym, napomina, blokuje. Przemysł informacyjny zdobywa przewagę nad konsumentami dóbr intelektualnych, a jego reprezentanci będący podmiotami prywatnymi tworzą autonomiczne systemy ochrony własności intelektualnej, które są istotną egzemplifikacją zjawiska, nazwanego w tej pracy *lex informatica*.

Do takich konkluzji skłaniają następujące cechy DRM:

- jest to regulacja, która urzeczywistnia się poprzez wykorzystanie technik i technologii informatycznych (najczęściej oprogramowania)³⁶¹, a jej skuteczność warunkowana jest zazwyczaj stałym dostępem zarówno kontrolowanych, jak i kontrolujących do globalnego systemu teleinformatycznego,
- kontrola zachowań ma charakter zautomatyzowany,
- zakres przestrzenny regulacji wyznaczają nie granice państwowe, ale stopień rozpowszechnienia technologii i urządzeń pozwalających korzystać z danego rodzaju cyfrowych produktów informacyjnych,

³⁶¹ W zaproponowanej przeze mnie w przypisie 318. wielopoziomowej strukturze *lex informatica* systemy typu DRM sytuują się najczęściej na poziomie drugim. Bazują one na istniejącej infrastrukturze Internetu i na protokołach transmisji danych (pierwszy poziom). Ingerują na płaszczyźnie aplikacji użytkownika (*software*).

- podmiotowy aspekt kontroli nie przystaje do schematu państwo – obywatele; występuje wiele ośrodków normotwórczych, które ze sobą rywalizują³⁶², kontrolowany często nie wie, kto go nadzoruje, o treści reguł dowiaduje się niekiedy dopiero wówczas, gdy usiłuje uczynić coś, co jest z nimi niezgodne,
- wpływ państwa na rozwój systemów DRM nie przyjmuje, jak dotąd, kształtu bezpośredniej odgórnej regulacji, ale raczej polega na stworzeniu obszaru autonomii dla quasi–prywatnej działalności przemysłu informacyjnego.

4. Regulacja jako zarządzanie systemem adresowania

W dziedzinie koordynacji różnorodnych funkcji Internetu ważnym aktorem instytucjonalnym jest Korporacja ds. Rozdziału Nazw i Adresów (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, w skrócie ICANN). Korporacja kontroluje kluczowy aspekt architektoniki Sieci, a jej oddziaływanie ma zasięg globalny. W ramach ICANN działa system międzynarodowego arbitrażu dla rozstrzygania niektórych sporów dotyczących funkcjonowania *międzysieci*. Jego funkcjonowanie doprowadziło do wykształcenia się niepublicznego, autonomicznego systemu tworzenia i egzekucji reguł, niezależnego od względów geografii politycznej.

Podobnie jak Internet nie znajduje precedensu w historii techniki komunikacyjnej, znacznych trudności przysparza próba porównania ICANN do czegokolwiek istniejącego wcześniej na płaszczyźnie instytucjonalnej.

³⁶² Poszczególni producenci oprogramowania tworzą standardy dla systemów DRM niezależnie od siebie. Ścierają się dwie strategie rozwoju. Według pierwszej z nich zasadnym jest dążenie do ustalenia przez przemysł informacyjny wspólnego, „otwartego” standardu, ponieważ spowodowałoby to przerwanie kosztownych, gdyż prowadzonych niezależnie, prac w tym zakresie. Zaoszczędzone w ten sposób środki mogłyby zostać przeznaczone na upowszechnienie zastosowań systemu w skali globalnej. Druga strategia wychodzi z założenia, że producent, który zdoła narzucić swój własny standard DRM innym osiągnie największy zysk, wyeliminuje konkurencję i uzyska kontrolę nad sposobem eksploatacji produktów informacyjnych na świecie; Yu–Lin Chang, *op.cit.*, s. 245–249.

Rozproszonych po całym świecie operatorów sieci nie wiąże żaden obowiązek prawny uznawania reguł wyznaczanych przez ICANN. Jest to raczej autorytet *de facto*, efekt ukształtowania się złożonej, technokratycznej struktury i trwającego przez lata procesu jej legitymizacji i optymalizacji. Akceptacja ta wynika również z obawy przed chaosem, który mógłby zapanaować w przypadku odstąpienia od pierwotnych założeń konstrukcyjnych wypracowanych przez twórców Internetu.

ICANN powstała w 1998 roku w Kalifornii, jako organizacja pożytku publicznego działająca na zasadach *non-profit*. Korporacja wzięła czynny udział w prywatyzacji Internetu, przejmując od rządu Stanów Zjednoczonych odpowiedzialność w zakresie koordynowania systemu adresów internetowych (*Domain Name System, DNS*)³⁶³. Na system ten składa się zbudowana na zasadach hierarchicznych baza danych oraz funkcjonalnie z nią powiązany układ urządzeń teleinformatycznych pozwalający użytkownikom lokalizować dane. DNS radykalnie usprawnia i upraszcza korzystanie z zasobów Internetu³⁶⁴.

Powstanie ICANN było odpowiedzią sektora prywatnego na ogłoszoną przez rząd USA politykę wspierania przemysłowej samoregulacji Internetu. Zakładała ona, że uczestnicy rynku internetowego sami porozumieją się i doprowadzą do wypracowania zadawalającego wszystkich zainteresowanych *modi vivendi*. Takie rozwiązanie zyskało poparcie wielu tzw. zwykłych użytkowników, którzy nie aprobowali powierzenia zarządzania systemem nazw domenowych żadnej z istniejących organizacji międzynarodowych np. Międzynarodowej Unii Telekomunikacyjnej czy samej ONZ³⁶⁵.

³⁶³ Rząd Stanów Zjednoczonych powierzył ICANN zarządzanie rdzeniem (*root zone*) Systemu Nazw Domenowych, pozostawiając sobie jedynie prawo do weryfikowania niektórych strategicznych decyzji.

³⁶⁴ System powstał i kształtował od, co najmniej, kilkunastu lat w ramach jednej z jednostek akademickich w Kalifornii. W momencie, gdy zasięg Internetu wykroczył poza granice USA zaszła potrzeba wynalezienia nowej formuły zarządzania DNS. Przez lata nadzorował go samodzielnie Jonathan Postel przewodzący *Internet Assigned Numbers Authority*. Zapleczem organizacyjnym jego działalności był *Information Sciences Institute* na Uniwersytecie Południowej Kalifornii.

³⁶⁵ Obawy dotyczyły m.in. niewydolności organizacyjnej organizacji międzynarodowych oraz ich braku doświadczeń w zakresie szybkiego, elastycznego zarządzania i tworzenia reguł wobec błyskawicznie

Jedyną formalnoprawną podstawą działania ICANN w sferze publicznej jest porozumienie (*memorandum of understanding*) zawarte z Departamentem Handlu USA. Memorandum nakłada na Korporację obowiązek koordynowania działań technicznych służących promowaniu i utrzymywaniu w ramach Internetu uniwersalnej „zdolności przyłączeniowej” (*universal connectivity*). Katalog powierzonych zadań objął zachowanie stabilności, konkurencyjności, promowanie koordynacji oddolnej, a przede wszystkim uwzględnienie wymogu ponadnarodowej partycypacji w procesach decyzyjnych³⁶⁶. W sferze ponadnarodowej aktywność ICANN opiera się wyłącznie na dobrowolnym uznawaniu jej poczynań przez podmioty sprawujące kontrolę nad kluczowymi fragmentami infrastruktury Internetu, zarówno te reprezentujące dziedzinę publiczną (państwa lub ich związki), jak i prywatną o wymiarze transnarodowym. ICANN zawarła szereg umów z podmiotami odpowiedzialnymi za techniczne aspekty funkcjonowania systemu domen internetowych³⁶⁷. Podmioty te poddały się autorytetowi ICANN. Przyjęły zobowiązania do przestrzegania wszystkich strategii (*policies*) ogłaszanych przez Korporację w zakresie utrzymania stabilności i interoperatywności systemu. Jedynym ograniczeniem kompetencji decyzyjnej ICANN jest wymóg uzyskania „udokumentowanego konsensusu”³⁶⁸.

Nietypowe umocowanie prawne, a z drugiej strony znaczny zakres samodzielności sprawiają, że Korporacja jest określana w orzecznictwie amerykańskim jako „*nowe, quasi-rządowe ciało zarządzające Internetem*”³⁶⁹. Zgodnie z aktem założycielskim jej działania powinny służyć „*dla dobra*

zmieniającego się otoczenia technicznego i rynkowego. Por. T. Frankel, *The Managing Lawmaker in Cyberspace: A Power Model*, „*Brooklyn Journal of International Law*”, vol. 27, 2002, s. 877.

³⁶⁶ *Memorandum of Understanding between U.S. Department of Commerce and Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, dostępny pod adresem: <http://www.icann.org/general/icann-mou-25nov98.htm>.

³⁶⁷ W szczególności byli to rejestratorzy domen (*registrars*) oraz podmioty prowadzące rejestry adresów (*registries*).

³⁶⁸ D.R. Johnson, D. Post., S.P. Crawford, *A Commentary on the ICANN „Blueprint” for Evolution and Reform*, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, 2002–2003, s. 1128–1130.

³⁶⁹ *Weber–Stephen Prods. Co. v. Armitage Hardware & Bldg. Supply*, No. 00–C–1738, 2000 U.S. Dist. LEXIS 6335, at *3 (N.D. Ill. 2000).

wspólnoty internetowej jako całości”³⁷⁰. Udział przedstawicieli rządów jest ograniczony do funkcji doradczych w ramach jednego z afiliowanych przy Korporacji komitetów.

ICANN stanowi instytucję o globalnym zakresie działania. Opracowywane przez nią reguły mają zastosowanie do najpopularniejszego, dominującego w Internecie systemu adresowania i identyfikowania zasobów informacyjnych³⁷¹. Aby wymiana danych mogła odbywać się poprawnie, dowolny podmiot w nią zaangażowany powinien być jednoznacznie identyfikowany przez system na poziomie technicznym. Każde urządzenie podłączone do Internetu ma dlatego swój numeryczny adres (tzw. adres IP, *Internet Protocol Address*). Adres ten jest niepowtarzalny, ale ponieważ został zapisany w formacie cyfrowym jest zazwyczaj trudny do zapamiętywania³⁷². O wiele wygodniejszą i „przyjazną” użytkownikowi formą adresowania są tzw. adresy domenowe, które stanowią substytut adresów numerycznych i przybierają formę słowną (mnemotechniczną)³⁷³. Adresy domenowe odpowiadają komunikacyjnej intuicji użytkowników Internetu, co do charakteru danych, bądź co do tożsamości podmiotu funkcjonującego pod danym adresem. Przykłady tego rodzaju adresów to: *www.umk.pl*, *www.arbeit.de*, *www.cnn.com*³⁷⁴. W przeciwieństwie do głęboko zdecentralizowanej infrastruktury technicznej Internetu, System Nazw Domenowych jest zbudowany na zasadach hierarchiczności. W ramach domeny najwyższego poziomu (jest to ostatni człon adresu: *.pl*, *.de*, *.com*), rejestrowane są nazwy domen drugiego poziomu („*umk*”,

³⁷⁰ Punkt 4 z: *Articles of Incorporation of Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, tekst dostępny pod adresem: <http://www.icann.org/general/articles.htm>.

³⁷¹ Większość transmisji danych następuje za pośrednictwem DNS, mimo że teoretycznie nic nie stoi na przeszkodzie powstawania systemów alternatywnych. W praktyce byłoby to jednak przedsięwzięcie niezwykle kosztowne, a przede wszystkim wymagające porozumienia się milionów operatorów sieci lokalnych co stawia pod znakiem zapytania szansę powodzenia takiego projektu.

³⁷² Przykład adresu IP: „128.127.50.224”.

³⁷³ Przykłady adresów domenowych: *law.uni.torun.pl*, *rzeczpospolita.pl*, *whitehouse.gov* itp. Za wynalazcę systemu DNS uznaje się Paula Mockapetrisa, który dokonał tego w początku lat osiemdziesiątych.

³⁷⁴ Cały adres domenowy nie może być dłuższy niż dwieście pięćdziesiąt pięć znaków i składa się z co najmniej dwóch wyrazów oddzielonych kropką.

„arbeit”, „cnn”), a następnie kolejnych poziomów. Hierarchia jest także zasadą organizacyjną dla systemu zarządzania systemem domen, w tym ich alokacji. Rejestracje nazw domenowych w ramach niższych poziomów są możliwe jedynie za zgodą i na warunkach określonych przez podmioty kontrolujące domeny wyższych poziomów. Wszystkie wywodzą się z jednego źródła, a ono pozostaje pod kontrolą ICANN.

Wobec przekraczającej możliwości percepcyjne przeciętnego użytkownika ilości „miejsc” przechowywania dostępnych za pośrednictwem Internetu danych³⁷⁵, istnieje powszechne oczekiwanie, aby adresy internetowe były możliwie krótkie, łatwe do zapamiętania i odróżnienia. Stąd wynika przekonanie, że sprawne i niezawodne działanie systemu nazw domenowych jest jednym z warunków rozwoju gospodarki elektronicznej i wszelkich innych form Internetowej aktywności społecznej. Kontrola nad tymi procesami stanowi istotny wyznacznik władzy w środowisku Internetu. ICANN jest instytucją, która w skali globalnej koordynuje proces „przydzielania” (*assignment*) poszczególnym komputerom adresów domenowych, czyli ustalania, któremu adresowi numerycznemu odpowiadać będzie określony adres tekstowy. To przyporządkowanie jest następnie zapisane w specjalnym systemie baz danych (*registry's database*). Korporacja pełni zatem funkcję internetowego nawigatora i kartografa jednocześnie. Tworzy zrozumiałą dla użytkowników „mapę” globalnej *międzysieci* oraz wskazuje im, którymi „ścieżkami” na tej mapie powinni się poruszać aby trafić do pożądaných obiektów.

Na przełomie XX i XXI wieku domena internetowa zaczęła być postrzegana w kategoriach dobra majątkowego, z uwagi na pełnioną przez nią funkcję identyfikatora uczestników rynku i komercyjnych zasobów Internetu. Domeny same w sobie stały się przedmiotem obrotu, a niektóre z nich osiągnęły zaskakująco wysokie ceny³⁷⁶. Dysponowanie atrakcyjnym

³⁷⁵ Lider wśród wyszukiwarek internetowych – Google.com indeksuje około biliona adresów URL.

³⁷⁶ Domena *business.com* została sprzedana za 8 mln USD, *AsSeenOnTv.com* za 5,1 mln, *Altavista.com* za 3,3 mln por. artykuł pt. *Million Dollar Domain Name* dostępny pod adresem: <http://www.active-domain.com/resources/million-dollar-domains.htm>.

adresem stanowi jeden z czynników, które mogą ułatwić przedsiębiorcy pozyskaniu klientów, co często rozstrzyga o rynkowym sukcesie. System domen internetowych ma swój wymiar polityczny. Obok domen rodzajowych (ogólnych) istnieją także domeny narodowe np. „.pl” (Polska), „.de” (RFN), „.au” (Australia), w ramach których najczęściej rejestrują się podmioty związane z danym państwem³⁷⁷. Powstawanie nowych domen narodowych, podobnie jak domen ogólnych pozostaje w gestii ICANN. Znaczenie takiej decyzji jest nie tylko symboliczne. Wobec występujących konfliktów międzynarodowych na tle uznania niektórych państw (Tajwan, Palestyna, Cypr itd.) albo ustalenia co jest państwem (*casus* Unii Europejskiej), przyznanie odrębnej domeny narodowej jest wyrazem udzielenie legitymacji dla danego bytu politycznego w oczach rzeszy użytkowników Internetu. Odebranie domeny narodowej mogłoby z kolei doprowadzić do bardzo poważnych zaburzeń w systemie komunikacyjnym państwa, a nawet do swoistej blokady informacyjnej³⁷⁸.

Wśród użytkowników Internetu o ponadnarodowym zakresie działania (firm, instytucji, organizacji) najbardziej popularne jest rejestrowanie nazw domenowych w ramach domen ogólnych, takich jak np. „.com” (*co do zasady dla biznesu*), „.org” (*dla organizacji niekomercyjnych*), „.edu” (*dla instytucji edukacyjnych*)³⁷⁹. Każdy podmiot, który chce zaistnieć w Sieci pod określoną nazwą musi złożyć wniosek o rejestrację do akredytowanej przez ICANN instytucji (*registry manager*). Po dokonaniu rejestracji nazwy domenowej rejestrator ma w każdym momencie możliwość odebrania lub zablokowania wcześniej przydzielonej domeny. Rozdział domen ma

³⁷⁷ *Country Code Top-Level Domain Names ccTLD*.

³⁷⁸ T. Frankel, *op.cit.*, s. 886–888.; H. Burkert, *About a Different Kind of Water: an Attempt at Describing and Understanding some Elements of the European Union Approach to ICANN*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 36, 2002–2003, s. 1213 i n.; A.M. Froomkin, *Wrong Turn in Cyberspace: using ICANN to Route Around the APA and the Constitution*, Duke Law Journal, vol. 50, 2000–2001, s. 47–49.

³⁷⁹ W ramach zasad jednolitej polityki opracowanej przez ICANN funkcjonują instytucje zarządzające domenami najwyższego poziomu. Kolejne poziomy adresu domenowego odczytywane są od lewej do prawej. Podmiot zarządzający np. domeną „.com” może w jej ramach rejestrować subdomeny np. „.ibm.com”, „.lexisnexis.com” itp.

charakter rozłączny. Oznacza to, że dany adres domenowy nie może być przyporządkowany więcej niż jednemu adresowi IP. Struktura systemu wyklucza sytuację, w której jedna domena zostałaby równolegle przydzielana dwóm podmiotom. Przy rejestracji stosuje się zasadę pierwszeństwa (*first-come, first-served*), czego naturalną konsekwencją jest pojawienie się sporów o prawa do poszczególnych nazw. Zaistnienie sporu będzie szczególnie prawdopodobne w sytuacji, gdy zarejestrowana nazwa domena jest tożsama z wyrażeniem prawnie chronionym, takim jak nazwa przedsiębiorstwa, znak towarowy, czy też nazwa rodzajowa towaru bądź usługi³⁸⁰. Występuje wiele przyczyn konfliktów o nazwy domenowe³⁸¹. Zazwyczaj w skali globu istnieje więcej niż jeden podmiot uprawniony do korzystania z określonego wyrażenia związanego z prowadzoną działalnością. Rejestracja domeny internetowej odpowiadającej takiej nazwie, nawet jeżeli jest dokonana przez jedną z osób do tego uprawnionych, może wywołać protesty innych zainteresowanych, obawiających się wprowadzenia swojej klienteli w błąd. Z celowym wywołaniem konfliktu mamy do czynienia w przypadku tzw. *cyber-squattingu*³⁸², tzn. rejestrowania atrakcyjnych, słynnych nazw jako adresów domenowych przez osoby, które nie są do nich uprawnione. Najczęstszym motywem takich działań jest perspektywa odniesienia korzyści majątkowej w drodze późniejszego, spekulacyjnego odsprzedania adresu albo podszycia się pod kogoś innego i korzystania z jego renomy. Spory o domeny mogą powstać na jeszcze innej płaszczyźnie. Popularność Internetu sprawia, że zamienia się on w ogólnoswiatowy *Hyde Park* służący satyrze, krytyce, agitacji politycznej czy rozrywce. Niektóre adresy domenowe rejestrowane są tylko po to, aby wyrazić dezaprobatę np. dla określonych praktyk marketingowych, postaw czy zachowań.

³⁸⁰ J. Ożegalska-Trybalska, *Adresy internetowe Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 2003, s. 28.

³⁸¹ K.K. Yee, *Location.Location.Location: Internet Addresses as Evolving Property*, „Southern California Interdisciplinary Law Journal”, vol. 6, 1997–1998, s. 211.

³⁸² Nazwa pochodzi od angielskiego słowa „*squatting*” oznaczającego zamieszkiwanie na dziko w cudzych, najczęściej opuszczonych domach. Odwrotną praktyką jest „*reverse domain name hijacking*”. Polega ona na nieuprawnionym domaganiu się wydania domeny pod zarzutem rzekomego naruszenia praw własności intelektualnej.

Przyjmują wówczas postać: *stop-the-war.org*, *do-not-vote-bill-clinton.com*, itp. Często występują domeny typu: *microsoft-sucks.com*, w ramach których publikowane są wypowiedzi krytykujące politykę światowych lub lokalnych potentatów gospodarczych. W takich sytuacjach dochodzi do konfliktów wartości różnego rodzaju. Wolność ekspresji czyli wartość niematerialna, staje w szranki z interesami majątkowymi (ochrona własności intelektualnej w postaci firmy lub znaku towarowego).

Wobec wzrastającej częstotliwości sporów o domeny, rozwój gospodarki elektronicznej opartej na uczciwej konkurencji był uzależniony od wynalezienia rozsądnych mechanizmów ich rozstrzygnięcia. Tradycyjne środki prawne okazywały się w tej sytuacji często mało efektywne³⁸³. Wobec braku wiążących w skali globalnej reguł prawnych i instytucji upoważnionych do ich stosowania sięgnięto po rozwiązanie w postaci quasi-sądowych metod rozstrzygnięcia sporów. Na początku XXI wieku funkcjonowało kilkadziesiąt różnych procedur polubownego rozwiązywania konfliktów o nazwy domen internetowych. W przypadku domen ogólnych największą popularność zyskał sobie system polubownego rozstrzygnięcia

³⁸³ Powstałe w epoce przemysłowej prawo własności intelektualnej bardzo często w ogóle nie przewidywało ochrony, np. przed praktykami *cybersquattingu*. Zainteresowani podjęli próby wywodzenia tego rodzaju ochrony z ogólnych przesłanek odpowiedzialności za naruszenia prawa do znaku towarowego albo przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co nie zawsze prowadziło do satysfakcjonujących i wyważonych rezultatów. Jedynie w nielicznych krajach ustanowione zostały odrębne przepisy regulujące wprost kwestie odpowiedzialności za nieuprawnione zarejestrowanie i używanie domeny. Najczęściej ich zakres zastosowania ogranicza się przy tym do domen krajowych (ccTLD). Przykładem tego rodzaju rozwiązań może być amerykański *Anticybersquatting Consumer Protection Act*, *ACPA* z 26 października 1999 r. będący nowelizacją ustawy o znakach towarowych; w Japonii wprowadzono w 2002 r. podobną poprawkę do prawa nieuczciwej konkurencji – *Unfair Competition Prevention Act*, *UCPL*. Należy również nadmienić, że oprócz tego, co stanowią przepisy poszczególnych państw, zarządzanie systemem domen internetowych w domenach krajowych powinno odbywać się w zgodzie z ogólnymi zasadami rejestracji domen, zawartymi w dokumentach *Request for Comments (RFC-1591)*, czyli jednym ze źródeł *legis informaticae*, wydawanych przez podmioty koordynujące infrastrukturę międzysieci. Por. B.T. Yonehara, *landoftherisingsun.co.jp: a Review of Japan's Protection of Domain Names Against Cybersquatting*, „IDEA – The Journal of Law and Technology”, vol. 43, nb. 2, 2003, s. 221; O.R. Gutierrez, *Get Off My URL! Congress Outlaws Cybersquatting in the Wild West of the Internet*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 17, 2000–2001; R.A. Badgley, *Internet Domain Names and ICANN Arbitration: the Emerging „Law” of Domain Name Custody Disputes*, „Texas Review of Law and Politics”, vol. 5, 2000–2001, s. 346 i n.

stworzony przez ICANN. „Polityka jednolitego rozstrzygania sporów dotyczących nazw domen” (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, UDRP) pierwszy raz opublikowana w 1999 r.³⁸⁴, wraz z zasadami postępowania opisanymi w „Regulaminie stosowania UDRP” (*Rules*)³⁸⁵ stanowi materialną i proceduralną podstawę jego funkcjonowania³⁸⁶. Reguły tam zawarte stały się integralną częścią umów o rejestrację nazw domen internetowych³⁸⁷. Od momentu wejścia w życie „Polityki jednolitego rozstrzygania”, każdy podmiot zawierający umowę z rejestratorem domeny zobowiązywał się jednocześnie do poddania się obligatoryjnemu postępowaniu polubownemu³⁸⁸. Do rozstrzygania sporów na podstawie regulaminu UDRP są uprawnione panele arbitrów (*Administrative Panels*) wystawiane przez organizacje (*Dispute Resolution Service Providers*), z którymi ICANN podpisał stosowne porozumienia³⁸⁹. Pierwsza skarga wpłynęła w styczniu 2000 roku³⁹⁰.

Literalna wykładania przesłanek dopuszczalności skargi zapisanych w UDRP może prowadzić do konkluzji, iż przedmiotowy zakres spraw rozstrzyganych przez panele arbitrów jest ograniczony do stosunkowo wąskiej ich kategorii dotyczącej znaków firmowych i towarowych. Według publicznych deklaracji UDRP miała stanowić „sprawną, niedrogą, administracyjną procedurę rozstrzygania sporów, wynikłych z rejestracji nazw domen internetowych dokonanych w złej wierze”³⁹¹. Skarżący powinien każdorazowo wykazać,

³⁸⁴ Tekst UDRP dostępny pod adresem: <http://www.icann.org/udrp/udrp-policy-24oct99.htm>.

³⁸⁵ Tekst *Rules for UDRP* dostępny pod adresem: <http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm>.

³⁸⁶ Omówienie genezy, treści i praktyki systemu UDRP por. A.M. Froomkin, *ICANN's „Uniform Dispute Resolution Policy” – Causes and (Partial) Cures*, „Brooklyn Law Review”, vol. 67, no. 3, 2002.

³⁸⁷ Por. K. Komaitis, S. Schiavetta, *ICANN's Role in Controlling Information on the Internet*, „International Review of Law, Computers and Technology”, vol. 17, no. 3, 2003, s. 275.

³⁸⁸ Art. 1 i art. 4 UDRE

³⁸⁹ Najwięcej sporów kierowanych jest do paneli wystawianych przez Centrum Arbitrażu Światowej Organizacji Własności Intelektualnej, skrót ang.: *WIPO Mediation and Arbitration Center*. Organizacja ta, podobnie jak pozostali dostawcy usług arbitrażowych posługuje się uzupełniającymi regułami postępowania. Są to tzw. *supplemental rules*.

³⁹⁰ Hejny S., *Opening the Door to Controversy: How Recent ICANN Decisions Have Muddied the Waters of Domain Name Dispute Resolution*, „Houston Law Review”, vol. 38, 2001–2002, s. 1046.

³⁹¹ *Second Staff Report on Implementation Documents for the Uniform Dispute Resolution Policy*

że rejestracja i użycie nazwy domenowej dokonane zostało z naruszeniem praw osób trzecich i zamiarem czerpania korzyści majątkowych z cudzych znaków towarowych (tzw. *abusive registration*). Ostatni warunek zachodzi, jeżeli nazwa domeny jest identyczna lub łądząco podobna do słownego znaku towarowego, do którego osoba skarżąca ma prawo³⁹².

Jak pokazują doświadczenia pierwszych lat funkcjonowania systemu³⁹³, panele arbitrów często dokonywały twórczej wykładni przepisów. Uznawały swoją właściwość w sprawach, które formalnie wykraczały poza zakres „Polityki jednolitego rozstrzygania”, takich jak np. rejestrowanie znanych nazwisk lub pseudonimów jako nazw domenowych³⁹⁴. Innym przykładem rozszerzania kognicji były orzeczenia przesądzające o tym, kto (jednostka administracyjna czy spółka turystyczna) ma prawo do domeny zawierającej nazwę miasta³⁹⁵. Drogę do rozszerzającej wykładni w tego typu sprawach otwierał zazwyczaj przepis odsyłający art. 15 Regulaminu. Stanowi on, że przy rozstrzyganiu Panel może w sposób komplementarny wykorzystywać takie „reguły i zasady prawa, które uzna za właściwe”. W efekcie rozstrzygnięcia cechował znaczny stopień zróżnicowania.

Szczególnie interesującym przypadkiem są spory o nazwy domenowe zawierające słowne znaki firmowe i towarowe łączące się z określeniami wyrażającymi dezaprobatę, typu „-boycotts”, „-sucks” etc. Tego rodzaju adresy są rejestrowane najczęściej w celach krytyki, parodii lub poddania pod osąd opinii publicznej praktyk danego przedsiębiorcy. Skargi w takich

z 24 października 1999, tekst dostępny pod adresem: <http://www.icann.org/udrp/udrp-second-staff-report-25oct99.htm>.

³⁹² Art. 4 (a) UDRP.

³⁹³ W zakresie szczegółów dotyczących powstania ICANN i pierwszych lat praktyki rozstrzygania sporów por. S.H. King, *The „Law That It Deems Applicable”*: ICANN, Dispute Resolution, and the Problem of Cybersquatting, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 22, 1999–2000.

³⁹⁴ Por. S. Hejny, *Opening the Door to Controversy: How Recent ICANN Decisions Have Muddied the Waters of Domain Name Dispute Resolution*, „Houston Law Review”, vol. 38, 2001–2002, s. 1054 i n.; P.L. Moreland, C.B. Springer, *Celebrity Domain Names: ICANN Arbitration Pitfalls and Pragmatic Advice*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 17, 2000–2001; J. Ożegalska-Trybalska, *op.cit.*, s. 233–236 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

³⁹⁵ *Excelentísimo Ayuntamiento de Barcelona v. Barcelona.com* (No. D2000–0505)

sprawach mają zdecydowanie inny ciężar gatunkowy od tzw. prostych naruszeń, dokonanych z jednoznacznych i jednowymiarowych pobudek materialnych. Panele arbitrów akredytowane przez ICANN podjęły próbę wypracowania na własną rękę standardów ocennych dla przypadków, w których dochodzi do konfliktu różnego rodzaju wartości. Niektóre składy uznawały, że „krytyczne” nazwy domenowe wprowadzają w błąd pewną grupę klientów (np. tych, którzy nie posługują się językiem angielskim)³⁹⁶, inne zaś stanęły na stanowisku, że odebranie praw do takiej nazwy byłoby niedopuszczalną ingerencją w sferę wolności ekspresji³⁹⁷. Skutkiem prowadzenia tego rodzaju argumentacji było rozszerzenie zakresu stosowania UDRP na sprawy, które według pierwotnych założeń, poprzedzających powstanie ICANN miały pozostawać do wyłącznej oceny państwowych sądów powszechnych³⁹⁸.

Günther Teubner zwrócił uwagę na problem pojawiający się ilekroć przy orzekaniu w sporach dotyczących domen arbiter bierze się pod uwagę prawa podstawowe, np. wolność słowa, które co do zasady mają zastosowanie wyłącznie w relacjach wertykalnych (państwo – obywatel) a nie horyzontalnych (jednostka–jednostka). Odwołanie się w takich przypadkach przez panel do któregoś z krajowych porządków prawnych prowadziłyby do zarzutu „imperializmu prawnego”, kolonizacji transnarodowej przestrzeni komunikacyjnej przez jedną z narodowych kultur prawnych³⁹⁹. Alternatywą mogłoby więc być stworzenie autonomicznego porządku prawnego w drodze prawa precedensowego. Z namiastką tego

³⁹⁶ *Société Accor contre M. Philippe Hartmann (D2001–0007)*, *Diageo plc v. John Zuccarini, Individually and t/a Cupcake Patrol (D2000–0996)*.

³⁹⁷ *Lockheed Martin Corporation v. Dan Parisi (WIPO Case No. D2000–1015)*, *Asda Case D2002–085*; Orzecznictwo powstałe na bazie UDRP w tym zakresie omawia m.in. A. Goldstein, *ICANNSucks.biz (And Why You Can't Say That): How Fair Use of Trademarks in Domain Names is Being Restrained*, „*Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*”, vol. 12, 2001–2002, 1171–1182.

³⁹⁸ Por. opublikowana przez Departament Handlu USA w 1998 r. tzw. Biała księga, *White Paper – Management of Internet Names and Addresses* 63 Fed. Reg. 31 747 (1998).

³⁹⁹ G. Teubner, V. Karavas, <http://www.CompanyNameSucks.com>: *The Horizontal Effect of Fundamental Rights on 'Private Parties' within Autonomous Internet Law*, „*German Law Journal*”, vol. 4, no. 12, s. 1341.

rodzaju zjawiska mamy do czynienia w systemie UDRP. Poszczególne składy arbitrów tworzą system prawa precedensowego opierając rozstrzygnięcia na wcześniej wydanych decyzjach (*stare decisis*), albo też, wprowadzając rozróżnienia (*distinguishing*). Zdaniem Teubnera dokonują one „autonomicznej reprodukcji praw fundamentalnych w obrębie niezależnej logiki internetowego systemu społecznego”. Składy arbitrów przyjmują funkcję „wspólnego rdzenia” zasad prawnych o globalnym zasięgu, obejmującym także prawa człowieka. Konkretyzują specyficzne dla warunków Internetu prawa podstawowe w obrębie prawa powszechnego *międzysieci*⁴⁰⁰.

Działalność paneli ICANN prowadzi do kształtowania się autonomicznego systemu norm⁴⁰¹, który posiada pewne cechy wspólne z systemem średniowiecznego „prawa kupieckiego” (*lex mercatoria*). Zarówno powstające w ramach ICANN prawo precedensowe, jak i *lex mercatoria* są systemami niepaństwowymi, czy też anarodowymi. Przewaga systemu powstającego w ramach ICANN względem *legis mercatoriae* ujawnia się w dziedzinie sankcjonowania i egzekucji. W tym zakresie autonomia „powszechnego prawa kupców” nie wykraczała poza sferę tzw. sankcji rozsianych, nieformalnych wymierzanych poprzez odwoływanie się do instrumentów rynkowych. Jeżeli okazałyby się one niewystarczające, rozstrzygnięcia organów arbitrażowych musiały być najpierw uznane, a następnie egzekwowane w ramach państwowych jurysdykcji. Egzekucja decyzji wydawanych przez panele ICANN nie wymaga tego rodzaju instytucjonalnego wsparcia. Rozstrzygnięcia są transponowane na język „kodu Internetu”. Następuje cyfrowe wyrażenie norm postępowania poprzez ich wkomponowanie w architekturę *międzysieci*. W tym sensie można stwierdzić, iż mają one charakter samowymuszający (*self-enforcing*). Nie ma potrzeby istnienia zewnętrznych instytucji, procedur i środków przymusu, które by zaprowadzały stan zgodności z podjętą decyzją⁴⁰². Orzeczenia paneli

⁴⁰⁰ G. Teubner, V. Karavas, *op.cit.*, s. 1343; por. także A.D. Murray, *Regulation and Rights in Networked Space*, „Journal of Law and Society”, vol. 30, no. 2, 2003.

⁴⁰¹ W innym miejscu G. Teubner określa system tworzący się w ramach ICANN jako „lex electronica”. Por. G. Teubner, *Konstytucjonalizm społeczny...*, s. 19.

⁴⁰² *Ibidem*, s. 1355–1356.

rozstrzygających spory (*Administrative Panels*) wiązą rejestratorów domen. Wydana na podstawie UDRP decyzja nakazująca przeniesienie spornej domeny na stronę skarżącą lub usunięcie nazwy domeny z rejestru jest wykonywana przez rejestratora, jeśli w ciągu dziesięciu dni od jej wydania strona pozwana nie wniesie sprawy do sądu⁴⁰³. Wysokie koszty i długi czas trwania postępowań przez państwowymi sądami sprawiają, że w większości przypadków strony poprzestają na postępowaniu polubownym, akceptując tam zapadające rozstrzygnięcia. Zaletą alternatywnego postępowania UDRP jest także brak konieczności osobistego stawiennictwa stron, stosunkowo niskie opłaty i krótki czas oczekiwania na uzyskanie decyzji oraz jej egzekucję. ICANN, w odróżnieniu od instytucji państwowych, bez trudu egzekwuje orzeczenia w sprawach o domeny, ponieważ kontroluje on w skali globalnej istotny fragment infrastruktury technicznej *międzysieci*. Należy pamiętać, że rozstrzygnięcia paneli arbitrażowych mogą rodzić bardzo poważne konsekwencje gospodarcze i społeczne. Odebranie praw do domeny, w warunkach gospodarki elektronicznej, oznacza praktycznie wyeliminowanie danego podmiotu z rynku.

W związku z działalnością ICANN formuje się swoisty porządek prawny, istniejący w stanie ograniczonej autonomii względem systemów funkcjonujących w ramach struktur politycznych. Podstawowe pytanie, które nasuwa się w takiej sytuacji dotyczy legitymacji władzy sprawowanej przez Korporację. Nie jest to legitymacja legalna ani demokratyczna. Można ją raczej określić mianem nowego typu legitymacji technologicznej, której podstawę stanowią efektywność, konsensus i profesjonalizm⁴⁰⁴. Funkcjonowanie ICANN wsparły te ośrodki władzy, którym najbardziej zależało na utrzymaniu stabilności i operatywności *międzysieci*, a więc przede wszystkim: wspólnoty ekspertów, niektóre przedsiębiorstwa działające w branży teleinformatycznej oraz państwa o najbardziej rozwiniętej infrastrukturze informatycznej⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Art. 4(k) UDRP

⁴⁰⁴ O przyczynach niepowodzenia projektu demokratyzacji ICANN pisze m.in. D. Hunter, *ICANN and the Concept of Democratic Deficit*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 36, 2002–2003.

⁴⁰⁵ T. Frankel, *op.cit.*, s. 880.

Pod adresem ICANN wysuwany jest zarzut deficytu demokracji, a pod adresem paneli arbitrażowych – niejednolitej interpretacji reguł i nieuzasadnionej ekspansji ich orzecznictwa na nowe obszary. Decyzje zapadające w ramach systemu UDRP mają charakter prawotwórczy, wykraczają poza sferę ograniczoną do interesów zainteresowanych stron. Pojawiają się głosy, że państwa powinny mieć możliwość stworzenia gwarancji dla ochrony publicznych wartości, które wchodzą w grę w trakcie postępowań arbitrażowych, szczególnie w zakresie wolności słowa, dóbr własności intelektualnej, a także praw konsumenckich⁴⁰⁶. obrońcy praw dzieci wskazują na potrzebę skłonienia ICANN do działań na rzecz ochrony małoletnich przed demoralizacją np. poprzez techniczne odseparowanie (*zoning*) materiałów obscenicznych od pozostałych treści⁴⁰⁷. Korporacja poddawana jest często antagonistycznym naciskom ze strony różnych grup interesów. Gdy społeczność Internetu żąda nowych rodzajów domen, sprzeciwiają się temu posiadacze znaków towarowych, ponieważ dla nich każda nowa domena najwyższego poziomu oznacza potencjalne zagrożenia *cyber-squattingiem*.

Większość formułowanych zarzutów jest następstwem szczególnego statusu organizacji. ICANN – prywatna korporacja aktywna w sferze publicznej – bywa niekiedy postrzegana jako monopolista naruszający prawo antymonopolowe⁴⁰⁸. W okresie będącym przedmiotem badań w niniejszej pracy nie powstał alternatywny względem DNS system gwarantujący sprawne adresowanie zasobów internetowych i wiele wskazuje na to, że ten stan rzeczy może się utrzymać. ICANN, która została powołana w celu pełnienia funkcji menadżera od spraw technicznych i standaryzacji jest

⁴⁰⁶ Por. E.G. Thornburg, *Fast, Cheap, and Out of Control: Lessons From The ICANN Dispute Resolution Process*, „The Journal of Small & Emerging Business Law”, vol. 6, 2002, s. 233 i n.; J. Weinberg, *ICANN and the problem of legitimacy*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001, s. 212–217.

⁴⁰⁷ Zgłoszono m.in. postulat stworzenie przez ICANN nowej domeny ogólnej „xxx” z wyłącznym przeznaczeniem na materiały o charakterze obscenicznym. Za: P.T. Holsen, *ICANN't Do It Alone: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers and Content-Based Problems on the Internet*, „Marquette Intellectual Property Law Review”, vol. 6, 2002, s. 162–164, 170–171.

⁴⁰⁸ Por. A.M. Froomkin, M.A. Lemley, *ICANN and Antitrust*, „University of Illinois Law Review”, vol. 2003, 2003.

często zmuszona podejmować decyzje i dokonywać wyborów w sprawach o charakterze politycznym i prawnym. Czyniąc to, wkracza w domenę organów państwowych przy jednoczesnym ignorowaniu wymogów np. procedury administracyjnej przewidzianej dla takich organów czy też kontroli konstytucyjnej⁴⁰⁹.

Status porządku normatywnego tworzonego przez ICANN nie jest określony przez prawo międzynarodowe. Niektórzy autorzy uznają wręcz, że mamy do czynienia ze sztuczką prawną administracji USA, która chce z jednej strony utrzymać kontrolę na systemem rejestracji domen, a jednocześnie uniknąć odpowiedzialności politycznej i prawnej za jego funkcjonowanie. Według tej wizji rzeczywistą przyczyną silnej pozycji ICANN jest to, że posiada on nieformalne poparcie ze strony rządu amerykańskiego, który dyskretnie dokonał delegacji kompetencji prawotwórczych, zyskując jednocześnie wpływ na Internet w skali globalnej⁴¹⁰.

Podmiot, który kontroluje *Domain-Name System* mógłby teoretycznie stać się globalnym cenzorem Internetu, decydującym o tym jakie treści przestaną być dostępne dla masowego użytkownika. W związku z tym narasta silna presja poddania ICANN kontroli ze strony społeczności międzynarodowej, która może w przyszłości doprowadzić do zmiany jego formy organizacyjnej. Kilka lat funkcjonowanie ICANN wykazało, że przy wszystkich zastrzeżeniach zgłaszanych pod jego adresem możliwe jest istnienie pozarządowej instytucji, która koordynuje globalny Internet, a przynajmniej pewien istotny społecznie aspekt jego funkcjonowania. W jego ramach powstał jeden z najbardziej złożonych systemów tworzenia i implementacji reguł *legis informaticae*, który rozwija się na zasadzie typowej dla *case law*. Zasięg jurysdykcji tego systemu rozciąga się praktycznie na cały nowoczesny świat

⁴⁰⁹ Por. m.in. A.M. Froomkin, *Wrong Turn in Cyberspace: using ICANN to Route Around the APA and the Constitution*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001.

⁴¹⁰ A.M. Froomkin, *Form and Substance in Cyberspace*, „The Journal of Small & Emerging Business Law”, vol. 6, 2002, s. 117; tenże, *Wrong Turn in Cyberspace...*, *passim*. Polemika z tym stanowiskiem: J. Sims, C.L. Bauerly, *A Response to Professor Froomkin: Why ICANN Does Not Violate The APA or The Constitution*, „The Journal of Small & Emerging Business Law”, vol. 6, 2002.

połączony *międzysięcią*. Jego egzekucja następuje poprzez użycie elektroniki, jest szybka i w większości wypadków niezawodna.

5. Wnioski

Przezwrot informatyczny stanowi jeden z tego rodzaju współczesnych fenomenów, których zawiłościom nie sposób poddać jedynie poprzez zastosowanie tradycyjnych metod prawoznawstwa. Specyficzne właściwości informacji, w połączeniu z możliwościami, które stwarza użycie nowoczesnych *technik informatycznych i komunikacyjnych* prowadzą do powstawania zjawisk, które niezwykle trudno opisać przy pomocy siatki pojęciowej pozytywizmu prawniczego⁴¹¹. Nauka o prawie, aby reagować na to i inne wyzwania czasów postindustrialnych, musi zweryfikować niektóre ze swoich założeń. Wyłożona w pracy koncepcja *lex informatica* osadzona została na gruncie ponowoczesnej wizji prawa.

Lex informatica jest symptomatyczne dla globalnego, a nie jedynie międzynarodowego wymiaru Internetu. Tworzy coś, co Günther Teubner nazwał konstytucją jednego z sektorów globalnego społeczeństwa tzn. konstytucją cyfrową⁴¹². Nasuwają się analogię pomiędzy *lege informatica* a *lege mercatoria*. Dawne powszechne prawo kupców obejmowało specjalistyczne kwestie handlowe, które terytorialne organizmy polityczne wolały pozostawić autonomicznej regulacji. W średniowieczu międzynarodowy handel musiał sprostać wyzwaniu wynikającemu z obecności licznych lokalnych władców. W tych warunkach koszty transakcyjne mogły

⁴¹¹ Autor nie stawia przy tym tezy o faktycznej niemożności zachowania wszystkich założeń pozytywizmu prawniczego w odniesieniu do Internetu. Jest to oczywiście możliwe, podobnie jak możliwe było obstawanie przy teorii geocentrycznej jeszcze przez wiele lat po odkryciu dokonany przez Mikołaja Kopernika.

⁴¹² G. Teubner, *Konstytucjonalizm społeczny. Alternatywy dla teorii konstytucyjnej nakierowanej na państwo*, Wykład im. Leona Petrażyckiego wygłoszony na Wydziale Prawa i Administracji UW 27 maja 2004, *Ius et Lex*, s. 17.

uczynić go nieopłacalnym. Średniowieczne sądy lokalne, zajmujące się, przede wszystkim, sprawami o posiadanie ziemi, nie w pełni rozumiały specyfikę spraw kupieckich, gdyż była to dziedzina prawa, która podlegała ciągłej ewolucji pod wpływem zwyczaju i praktyki. Powstało zatem zapotrzebowanie na ujednoczone, elastyczne reguły i możliwość szybkiego rozstrzygnięcia sporów. Kupcy powołali sądy specjalne, których orzeczenia były honorowane przez władców, zainteresowanych rozkwitem handlu. *Lex mercatoria* cieszyło się niezależnością, było powszechnie akceptowane, nie podważało ani nie zastępowało lokalnego prawa⁴¹³.

Przytoczone wcześniej przykłady pokazują, że reguły *legis informaticae* powstające wskutek samoregulacji mogą pokojowo koegzystować z regułami wydanymi przez państwo. Zjawisko to wydaje się być typowe dla kultury widzianej z perspektywy postmodernistycznej, która, jak zauważa Marek Zirk-Sadowski jawi się jako rodzaj pastiszu, „w którym prezentują się poszczególne formy kultury dopuszczające współistnienie obok siebie skrajnie różnych koncepcji i poglądów”⁴¹⁴. Ten rodzaj koegzystencji różnych form regulacji może być wynikiem celowej polityki państwa. Samoregulacja nie musi bowiem wykluczać regulacji rządowej, czy też stanowić dla niej alternatywy. Może mieć charakter komplementarny, pojawiać się w sytuacjach, gdy koszty ekonomiczne, społeczne czy polityczne interwencji państwa w dany obszar aktywności wydają się niewspółmierne do szans powodzenia. Taka sytuacja zachodzi w przypadkach, gdy państwo musi zmierzyć się z problemem o wymiarze ponadnarodowym. Jak powszechnie wiadomo, szybkość osiągnięcia konsensusu na poziomie międzynarodowym jest bardzo mała. Potrzeba uzyskania jednomyślności prowadzi niekiedy do zawężenia zakresu regulacji, a konieczność przeprowadzenia ratyfikacji w poszczególnych krajach powoduje, że wiele norm konwencyjnych doty-

⁴¹³ Por. na temat analogii *lex informatica – lex mercatoria* – A. Mefford, *Lex informatica: Foundations of Law on the Internet*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998, s. 223–226; D.R. Johnson, D. Post, *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, „Stanford Law Review”, vol. 48, 1995–1996, s. 1389; T.I. Hardy, *The Proper Legal Regime for „Cyberspace”*, „University of Pittsburgh Law Review”, vol. 55, 1993–1994, s. 1019–1022.

⁴¹⁴ M. Zirk-Sadowski, *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000, s. 139.

czących rozwoju techniki może okazać się przestarzała już w momencie wejścia w życie⁴¹⁵. Samoregulacja stanowi w takich przypadkach atrakcyjną propozycję, nawet jeżeli jest traktowana na zasadzie „tymczasowej protezy” czy wręcz „zła koniecznego”. Samoregulacja danej gałęzi gospodarki np. gospodarki elektronicznej bywa też niekiedy wynikiem akcji wyprzedzającej ewentualne interwencje państw, które mogłyby się okazać mniej korzystne ekonomiczne niż dobrowolnie przyjęte ograniczenia. Z kolei *lex informatica*, powstające w drodze decyzji jednostronnych, w ramach systemów DRM, jest zaaprobowanym przez państwo sposobem wzmocnienia pozycji uprawnionych z tytułu praw własności intelektualnej. Państwo stworzyło w tym przypadku warunki dla rozwoju prywatnej legislacji. Powstała złożona konstrukcja – układ instrumentów normatywnych i pozanormatywnych. Po pierwsze, prawo tradycyjnie chroni dobra własności intelektualnej, zakazując ich zwielokrotniania osobom nieuprawnionym, po drugie, środki techniczne przeciwdziałają naruszeniom tego prawa, po trzecie, prawo chroni zabezpieczenia techniczne przed próbami ich omijania. Inne zespoły norm *legis informaticae* (np. w ramach ICANN) można porównać do konstrukcji hybrydowej – zbioru reguł powstających w wyniku współpracy organizacji globalnego społeczeństwa obywatelskiego, organizacji technicznych, rynku i podmiotów publicznych, np. organizacji międzynarodowych i państw. Za przykład tego typu rozwiązań, funkcjonujących w innej dziedzinie, może podać współpracę pomiędzy przemysłem a Międzynarodową Organizacją Lotnictwa Cywilnego⁴¹⁶ czy też Międzynarodową Unią Telekomunikacyjną⁴¹⁷. Obydwie organizacje powstały na podstawie umów międzyrządowych, ale w obydwu przypadkach powstawanie i implementacja reguł spoczywa na podmiotach prywatnych⁴¹⁸.

⁴¹⁵ J.A. Cannataci, J.P.M. Bonnicu, *Can Self-regulation Satisfy the Transnational Requisite of Successful Internet Regulation?*, „International Review of Law, Computers and Technology”, vol. 17, no. 1, 2003, s. 51–54.

⁴¹⁶ *The International Civil Aviation Organisation* (ICAO).

⁴¹⁷ *The International Telecommunication Union* (ITU).

⁴¹⁸ Por. H.H. Perritt, *The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance*, „Indiana Journal of Global Legal Studies”, vol. 5, 1997–1998, s. 433.

Nie należy, jak to czynili libertarianie, postrzegać *legem informaticam* jako autarkicznego, samowystarczalnego porządku, pozostającego w pełnej izolacji od regulacji politycznej. Mamy raczej do czynienia z porządkiem reguł jedynie w części autonomicznym, podlegającym ciągłym wpływom prawa międzynarodowego i praw krajowych. *Lex informatica* jest formą regulacji globalnej *in statu nascendi*, poszukującą swojego miejsca w amalgamacie nowych zjawisk społecznych i prawnopolitycznych. Przyszłość może przynieść różne scenariusze rozwoju wypadków. Możliwy jest i taki, w którym państwa w drodze porozumienia zapanują ostatecznie nad architekturą „miedzysieci” i wpiszą „kod” do katalogu stosowanych przez siebie mechanizmów regulacji. Wiele jednak wskazuje na to, że globalizacja prawna przebiegać będzie raczej „w poprzek” tradycyjnych kategorii politycznych, a państwa niekoniecznie muszą być pierwszoplanowymi bohaterami tego procesu.

Źródłami „formalnymi” norm *legis informaticae* są decyzje zapadające w organizacjach tworzących standardy techniczne, regulaminy arbitrażowe, strategie marketingowe przemysłu informacyjnego kodowane w postaci DRM, itp. Źródłami materialnymi są ideologie panujące wśród użytkowników Internetu – obok wspomnianego już libertarianizmu, należy wskazać na pewne elementy myślenia po-nowoczesnego, wyrażającego się m.in. w akceptacji pluralizmu prawnego. *Lex informatica* mogła zaistnieć w pewnych, specyficznych warunkach. Nie jest do końca jasne jak długo ten eksperyment będzie trwał oraz jak trwale będą zmiany, które pojawienie się *legis informaticae* wprowadzi do sposobu postrzegania prawa i refleksji nad nim. Tego rodzaju rozważań dotyczyć będzie trzecia część niniejszej pracy.

CZĘŚĆ TRZECIA

FILOZOFICZNOPRAWNY WYMIAR PRZEWROTU INFORMATYCZNEGO

WPROWADZENIE

Trzecia część pracy zawiera rozważania, których celem jest wyjaśnienie niektórych fundamentalnych zjawisk w obszarze władzy i prawa, towarzyszących rozwojowi informacjonizmu. Zarówno tradycyjnie ukierunkowana na badania formalno-językowe teoria prawa, jak i nauki dogmatyczne nie analizują na ogół głęboko zakorzenionych związków zachodzących pomiędzy prawem a technicznym poziomem życia społeczeństwa oraz zapośredniczonymi w technice formami komunikacji społecznej. Tymczasem wiedza o tych zjawiskach i o różnych postaciach ich wzajemnych oddziaływań jest istotna dla określania miejsca prawa w społeczeństwie⁴¹⁹.

Rozwój filozofii prawa jest zazwyczaj odzwierciedleniem transformacji kulturowych. Stan kultury, procesy w niej zachodzące, pośrednio wywierają wpływ na preferowaną tematykę rozważań, zakres i intensywność podejmowania przez filozofów określonych zagadnień⁴²⁰. Jednym z bodźców tego rodzaju jest technicyzacja kultury, jej informatyzacja i digitalizacja.

Media komunikacyjne nie powinny być postrzegane jedynie przez pryzmat treści, które przenoszą. Doświadczenia historyczne potwierdzają prawidłowość, iż dominująca w danym okresie forma komunikacji wpły-

⁴¹⁹ P. Gulda, *Postmodernizm a filozofia prawa*, (praca doktorska niepublikowana) Toruń 2003, s. 119.

⁴²⁰ A. Szahaj ujmuje filozofię jako „barometr stanu całej kultury, narzędzie werbalizacji zachodzącej w niej procesów”, por. tenże, *Jednostka czy wspólnota. Spór liberalistów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Warszawa 2000, s. 5 i n.

wała na kształtowanie się określonych wartości i instytucji społecznych. Druk dostarczył oręża do walki z ustalonymi autorytetami, zapewniał zachowanie ciągłości i integralności wytworów kultury niematerialnej, wzmógł poczucie egalitaryzmu, umożliwił szerokiej publiczności dostęp do abstrakcyjnych idei. Marshall McLuhan dowodził, że „w praktycznym działaniu środek komunikowania sam jest komunikatem” (*the medium is the message*). Każda nowa generacja takich środków wywołuje konsekwencje indywidualne i społeczne, które „wynikają z owej nowej skali, jaką wprowadza w nasze sprawy każde nowe przedłużenie [zmysłów człowieka], czyli każda nowa technika”. Środek komunikowania – maszyna, kolej żelazna, transport lotniczy, światło – staje się komunikatem, ponieważ kształtuje on zakres ludzkich związków i działania⁴²¹.

Nowo powstające media oddziałują również na prawne instytucje i towarzyszące im doktryny. Z związku z wynalezieniem i zastosowaniem druku rozwinęły się doktryny prawa autorskiego dla ochrony interesów majątkowych twórców, ale także cenzura – chroniąca interes władcy lub wpływowych grup w państwie. Według jednej z prognoz na przyszłość „najgłębsza zmiana w prawie najpewniej dokona się poprzez oddziaływanie nowych mediów na wartości prawne, na nawyki i poglądy jednostek oraz te społeczne uwarunkowania, które powodują, że powstaje zapotrzebowanie na prawo dla rozstrzygnięcia konfliktów.”⁴²²

W teorii społeczeństwa sieci Manuela Castellsa istotną hipotezę badawczą stanowi twierdzenie o dokonującej się zmianie paradygmatu technicznego, który określa materialne podstawy istnienia struktury społecznej. Castells wymienia pięć cech konstytuujących, jego zdaniem, sedno rodzącego się informacjonizmu. Po pierwsze, (1) informacja staje się surowcem podlegającym technicznemu przetworzeniu⁴²³; (2) rozwój

⁴²¹ M. McLuhann, *Środki komunikowanie – przedłużenia człowieka*, [w:] A. Siciński (red.), *Technika a społeczeństwo*, Warszawa 1974, s. 77–79.

⁴²² M.E. Katsh, *Communication Revolutions and Legal Revolutions: The New Media and the Future of Law*, „Nova Law Journal”, vol. 8, 1983–1984, s. 633.

⁴²³ W połowie lat dziewięćdziesiątych Castells opublikował wyniki badań empirycznych obejmujących państwa z grupy G–7, które potwierdzały wzrastające znaczenie wiedzy, informacji i bazujących

techniki informacyjnej przynosi wszechobecny efekt, ponieważ przedmiot jej oddziaływania – informacja – jest integralną częścią każdej ludzkiej aktywności. (3) Układ relacji społecznych bazujący na technice informacyjnej sam przyjmuje logikę sieci. Morfologia sieci – twierdzi Castells – jest najlepiej dostosowana do wzrastającej złożoności takich relacji i trudnych do przewidzenia kierunków rozwoju wynikających z potencjału ich kreatywności. Czwartą cechą informacjonizmu (4) jest elastyczność (*flexibility*). Społeczeństwo sieci charakteryzuje ciągła zmienność i płynność organizacyjna. Z uwagi na to, że materialna podstawa organizacji społecznej może być przeprogramowywana, reorganizowana i wyposażana w nowe narzędzia możliwa staje się całkowita zmiana zasad funkcjonowania organizacji bez konieczności jej niszczenia. Ostatnią właściwością nowego paradygmatu jest (5) tendencja do konwergencji poszczególnych wyspecjalizowanych technik komunikacyjnych w wysoce zintegrowany system, tak, że ztraca się możliwość ich ponownego wyodrębnienia⁴²⁴.

Mechanizmy koordynacji społeczeństwa sieci przedstawione w części drugiej nie były, jak dotąd, przedmiotem pogłębionej refleksji filozoficz-noprawnej. Tymczasem wiele pojęć i problemów filozoficznych nabiera w dobie informacjonizmu nowych znaczeń. Dostrzeżona luka stanowi jeden z istotnych motywów podjęcia w tym miejscu tego właśnie tematu, przeprowadzenia refleksyjnego namysłu nad konkretnym wydarzeniem historycznym, nad powstaniem globalnych systemów dystrybucji informacji opartych na nowych technikach informatycznych i komunikacyjnych. Abstrahując od problemów filozofii „wiecznej i powszechnej”, uniwersalnego i ponadhistorycznego podmiotu, praca koncentruje się na krytycznej analizie świata zastanego, na tym wymiarze filozofii, który analizuje konkretne „tu i teraz”⁴²⁵.

na nich usług jako źródła produktywności: M. Castells, Y. Aoyama, *Paths Towards the Informational Society: Employment Structure in G-7 Countries, 1920-90*, „International Labour Review”, vol. 133, 1994.

⁴²⁴ M.Castells, *The Information Age: Economy, Society and Culture.Vol 1.: The Rise of the Network Society*, Oxford 2000, s. 69-76.

⁴²⁵ Pytania tego rodzaju, co warte odnotowania, jako pierwszy postawił Kant w eseju „Co to jest Oświecenie” z końca XVIII w. – por. M. Foucault, *Podmiot i władza*, „Lewą nogą”, 10/8, 1998, s. 182.

W skarbnicy ludzkiej myśli nie brakuje teorii, które mogłyby posłużyć jako punkt wyjścia do tego rodzaju rozważań. Na szczególną uwagę zasługują dwa nurty myśli krytycznej, dwie tradycje wyrosłe w pokantowskiej filozofii. Pierwszy jest wyznaczony szeregiem: Hegel – Marks – Habermas, drugi: Nietzsche – Weber – Foucault. Tradycja heglowska „polega na realizacji nowoczesności przez zwiększenie samoświadomości własnego autentycznego bycia oraz przez wypracowanie normatywnych kryteriów oceny działania”. U nietzscheanistów nowoczesność „objawia się przez problematyzowanie własnej woli prawdy i niemożność ugruntowania własnego działania w uniwersalnych, ahistorycznych teoriach”⁴²⁶. Te dwie tradycje starły się w drugiej połowie dwudziestego wieku w postaci antynomii modernizmu i postmodernizmu.

Osią wywodu będzie rozważenie przeciwieństw pomiędzy podejściem pary współczesnych wybitnych przedstawicieli wymienionych nurtów w kontekście problematyki wyznaczonej tytułem pracy. Obydwaj – zarówno Jürgen Habermas, jak i Michel Foucault – przynależą chronologicznie do ery postmodernizmu. Ich teorie uznaje się za najbardziej wpływowe, konkurujące ze sobą, nowe ujęcia krytycznej teorii społeczeństwa⁴²⁷. Obydwaj uznają język za ostatecznego architekta wszelkich procesów uspołecznienia. Różnie postrzegają natomiast jego rolę. Przedstawiciel drugiego pokolenia szkoły frankfurckiej widzi w języku czynnik porządkujący historię, fundujący zasady moralne i elementy demokracji. Filozof francuski koncentruje się na negatywnych aspektach języka jako potencjalnego medium kontroli i dominacji⁴²⁸. Zdaniem Bernharda Waldenfelsa tak Habermas, jak i Foucault pragnie na swój sposób podołać wielkiemu filozoficznemu wyzwaniu współczesności. Wyzwaniem tym jest sytuacja, gdy „w próżnię powstała po rozpadzie ładu klasycznego wdzierają się przypadkowość, pozytywność i konflikty władz”. Habermas, chcąc ratować

⁴²⁶ A. Kapusta, *Filozofia ekstremalna. Wokół myśli krytycznej Michela Foucaulta*, Lublin 2002, s. 166.

⁴²⁷ Por. A. Honneth, *Kritik der Macht. Reflexionstufen einer kritischen Gesellschaftstheories*, Frankfurt am Main 1985, s. 7–8.

⁴²⁸ Por. P. Anderson, *In the Tracks of Historical Materialism*, London 1983, s. 64 i n.

tradycję Oświecenia, odrzuca pogląd o rozumności tkwiącej w rzeczach lub w świecie, aby zastąpić go własnym „projektem nowożytności”. Głosi program racjonalności minimalnej – podzielonej, sformalizowanej i postkonwencjonalnej. Z kolei Foucaultowska teoria rozumu mówi o transformacji rozumu polegającej na jego rozproszeniu się w siatce wiedzy. Francuz odrzuca tezę o jedności rozumu na rzecz pluralizmu racjonalności. *„Odmienność, różnica i heterogeniczność, nie ograniczając się już do obszaru wstępnego czy brzegowego, wdzierają się one do sfery centralnej rozumu i rozbijają go na drobne kawałki”*⁴²⁹. Jürgen Habermas, starając się kontynuować tradycję racjonalizmu, jawi się często jako obrońca zasadniczych idei nowożytnej filozofii. Chwilami zbliża się do postmodernistów i poddaje nowoczesne społeczeństwa surowej krytyce w duchu antypozytywizmu i antyscentyzmu. Nie poszukuje jednak inspiracji w filozofii Nietzschego i Heideggera, ale zachowuje przekonanie o autonomii podmiotu i uniwersalności rozumu. Usiłuje ocalić koncepcję rozumu, dokonując podziału jego władz na rozum praktyczny i teoretyczny. Dla Foucaulta ponowoczesność objawia się jako triumf spełnionego Oświecenia, jako okres, gdy samo *„panowanie jest już niczyje”*. Monopolistyczna i bezosobowa władza dyskursów staje się wszechobecna. Towarzyszy jej dominacja anonimowego systemu – *„bezwstydna, niczym nieosłonięta władza eksploatację ekskluzji”*⁴³⁰. Przeciwstawne koncepcje Habermasa i Foucaulta mają zwracać uwagę na zasadnicze napięcie współczesności – napięcie istniejące pomiędzy konsensusem a konfliktem. Habermas, podążając za Kantem, jest filozofem moralności ugruntowanej na konsensusie. Foucault, podobnie jak przed laty Nietzsche, zajmuje się *„rzeczywistą historią”*, opowiadaną w kategoriach konfliktu i władzy. Władza jako taka jest *„zawsze obecna”*, a więc nie sposób wyobrazić sobie procesów komunikacyjnych, które wyzwoliłyby się ze stosunków władzy. Foucault trawestuje i odwraca słynną frazę teoretyka wojny Carla von Clausewitzta głoszącą, że *„wojna jest tylko kontynuacją polityki innymi środkami”*⁴³¹.

⁴²⁹ B. Waldenfens, *Podział czy rozproszenie rozumu? O dyskusji między Habermasem i Foucault*, „Studia filozoficzne”, 1–2 (242–243)/1986, s. 61, 63, 66.

⁴³⁰ S. Wróbel, *Władza i rozum. Stadia rozwojowe krytycznej teorii społecznej*, Poznań 2002, s. 125.

⁴³¹ C. von Clausewitz, *O naturze wojny*, Warszawa 2006, s. 46.

„Władza” – ripostuje francuski filozof – „to wojna prowadzona z użyciem innych środków”. U podłoża stosunków władzy tkwi zawsze wojenne ścieranie się sił. Rolą władzy politycznej jest odnawianie relacji sił będącej wynikiem ostatniej wygranej przez nią bitwy, poprzez wpisywanie jej w instytucje, w sferę nierówności ekonomicznych, czy też w język⁴³².

Myśl Habermasa i Foucaulta posłuży do zmierzenia się z kilkoma ważnymi problemami filozoficznymi zaktualizowanymi w dobie informacjonizmu. Nie sposób, biorąc odpowiedzialność za słowo, przewidzieć, jakie formy komunikacji, instrumenty i narzędzia powstaną na skutek dalszego rozwoju *technik informatycznych i komunikacyjnych* oraz jakie będą ich nowe zastosowania w praktyce społecznej. Jednak co najmniej dwa zjawiska, spośród tych, które pojawiły w nowej rzeczywistości, wydają się trwałe. Pierwsze z nich to kwestia kondycji osoby ludzkiej, stającej się jednocześnie *przedmiotem stałej, informacyjnej inwigilacji*, jak i *podmiotem niemal doskonałej, nieskrępowanej komunikacji*. Drugi dotyczy bytowania tej osoby w sztucznie wykreowanym, podlegającym zaprogramowanym zmianom środowisku, w ramach którego wspomniane procesy mają miejsce.

Niektóre cechy informacjonizmu sprzyjają instytucjonalizacji Habermasowskiego dyskursu jako metody dobrowolnej koordynacji zachowań, inne zbliżają nas do wizji Foucaulta – totalnej kontroli, niedającego się rozerwać sprzężenia władzy/wiedzy. Przykłady przytoczone w części pierwszej wskazują na to, że *lex informatica* może powstawać i być weryfikowane w drodze konsensusu, za pośrednictwem dyskursu praktycznego. Proponowana przez Habermasa etyka dyskursywna ma szansę stać się bazą dla przyszłej organizacji społeczeństwa sieci. Obserwując innego rodzaju próby regulacji Internetu pojawiające się na przełomie XX i XXI wieku, np. koncepcję *digital rights management*, można dostrzec zapowiedź tendencji przeciwnej – ukierunkowanej na dyskretną dominację i kontrolę. Jeżeli mechanizmy *legis informaticae* przybiorą postać środków znanych z wizji Foucaulta, użytkownicy technik informatycznych mogą stać się kolejną

⁴³² M. Foucault, Wykład z 7 stycznia 1976, [w:] *Trzeba bronić społeczeństwa*, Warszawa 1998, s. 27–28.

historyczną generacją poddaną działaniu Panoptykonu. Pierwotnie tym mianem został określony pewien optyczny układ, architektoniczny aparat zaprojektowany przez Jeremy Benthama na potrzeby więzienia (zakładu psychiatrycznego, szkoły, koszar, czy fabryki), składający się z widzialnego czynnika i świetlnego otoczenia. Nadzorca mógł widzieć wszystko, nie będąc widzianym, a poddani jego obserwacji mogli być widziani w każdym momencie, nie widząc się wzajemnie. Foucaultowski „panoptyzm” polega na uogólnieniu i wyabstrahowaniu funkcji spełnianej przez system wieży centralnej i bocznych cel, na rozciągnięciu jej na całość pola społecznego. Panoptykon staje się czystą funkcją dyscyplinarną. Operowanie jedynie „światłem i spojrzeniem” może służyć narzuceniu dowolnego zachowania, dowolnej ludzkiej wielości, pod warunkiem, że zostanie ona odpowiednio „zredukowana” i „zacieśniona” w przestrzeni⁴³³. Posługiwanie się narzędziami i produktami techniki informatycznej może stać się nowym wcieleniem procesu *formowania* (a także bycia poddawanych formowaniu) analogicznym do opieki, edukacji, przystosowywania do pracy, tresowania czy karnej izolacji.

Kolejne dwa rozdziały pracy posłużą rozwinięciu antagonistycznych, ale równocześnie dopełniających się wizji przyszłości, a w szczególności opisaniu możliwości regulacyjnych i formacyjnych, jakie stwarza nowe położenie człowieka w sztucznym, technologicznym środowisku, już to jako podmiotu doskonałej komunikacji, już to jako przedmiotu perfekcyjnej obserwacji.

⁴³³ Por. M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1998, s. 191–220.

**DYSKURSYWNY POTENCJAŁ TECHNIKI
W ŚWIETLE TEORII
DZIAŁANIA KOMUNIKACYJNEGO
JÜRGENA HABERMASA**

1. Uwagi ogólne

W liberalnej filozofii dziejów postęp naukowo–techniczny jawił się jako siła pociągająca za sobą postęp moralny i polityczny. Wyobrażenie takie było powszechne w wieku XVIII, w czasach pierwszej rewolucji przemysłowej. Każdy kolejny wynalazek zmniejszał ciężar pracy fizycznej, a przez to rozmiar związanych z nią cierpień i niebezpieczeństw. Również marksistowska ekonomia polityczna dopatrywała się powiązań pomiędzy rozwojem techniki, w szczególności technik produkcji a pożądanymi zmianami w organizacji społecznej. Rozwój sił wytwórczych miał prowadzić do wyzwolenia ludzi z represyjnej przemocy doświadczanej ze strony przyrody i układu stosunków produkcji. Dopiero doświadczenia wieku XX

zmieniły nastawienie filozofii względem przyrody. Technikę zaczęto coraz częściej traktować jako ucieleśnienie rozumu instrumentalnego, służącego do opanowywania zarówno przyrody, jak i człowieka. Herbert Marcuse uznał, że rozum techniczny ma treść polityczną. Stwierdził, iż racjonalność technologiczna stapia się z represyjną racjonalnością polityczną⁴³⁴.

Problematykę tą podjął wybitny przedstawiciel drugiego pokolenia frankfurtczyków Jürgen Habermas. Następstwa społeczne postępu technicznego były jednymi z pierwszych zagadnień poruszonych w jego pracy naukowej. Habermas zyskał rozgłos w kręgach międzynarodowej publiczności za sprawą opublikowanego w końcu lat sześćdziesiątych zbioru artykułów pt. „Technika i nauka jako ideologia”⁴³⁵. Później filozof często powracał do tych zagadnień. W ocenie techniki Habermas stopniowo oddalał się od, charakterystycznego dla poglądów Marcusego, Horkheimera czy Adorna, zawężania jej funkcji wyłącznie do opanowywania przyrody. Jego przemyślenia posłużą za punkt wyjścia do dalszych rozważań nad filozoficznym znaczeniem zmiany paradygmatu technicznego z industrializmu na informacjonizm.

2. Teoria działania komunikacyjnego

U źródeł komunikacyjnej teorii społeczeństwa stworzonej przez Jürgena Habermasa legło żywione przez niego przeświadczenie o fundamentalnym znaczeniu języka i zdolności porozumiewania się. To one wyróżniają ludzi ze świata przyrody. Dzięki darowi języka *homo sapiens* rozwinął swoją rozumność. Badania językowe wydają się więc być kluczem do odpowiedzi na najważniejsze pytania filozofii. Zamyśl polegający na ustaleniu zależności pomiędzy dociekaniem lingwistycznymi a dyskursem etycznym, teoretycznym i estetycznym jest realizowany w twórczości

⁴³⁴ H. Marcuse, *Człowiek jednowymiarowy*, Warszawa 1991, s. 200.

⁴³⁵ Z. Krasnodębski, *Upadek idei postępu*, Warszawa 1991, s. 210.

Jürgena Habermasa od połowy lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia⁴³⁶. Zwieńczeniem badań nad tą problematyką było *magnum opus* niemieckiego myśliciela, czyli „Teoria działania komunikacyjnego”.

Wobec przeświadczenia, iż Oświecenie podważyło pozycję tradycji religijnej do tego stopnia, że definitywnie przestała ona pełnić rolę czynnika integrującego zachodnie społeczeństwa Habermas chce odnaleźć ekwiwalent dla tradycyjnej etyki, rozwijając etykę dyskursu *vel* etykę komunikacyjną. Ma ona za zadanie wypełnić rozległe dziedziny życia nowoczesnych społeczeństw, które zostały praktycznie ogołoczone z odniesień normatywnych⁴³⁷.

Opuszczone miejsce tradycji religijnej powinien zająć rozum służący doprowadzaniu do konsensu. Potencjał rozumności, który niegdyś zawierał się w religijnych obrazach świata, sytuuje się teraz w intersubiektywnych warunkach komunikowania się. Można go określić mianem rozumu komunikacyjnego.

Habermas dokonuje kluczowego dla swojej koncepcji rozróżnienia dwóch typów racjonalności i powiązanych z nimi dwóch odmian teorii działania. Działania społeczne różnią się między sobą pod względem sposobu koordynacji – następującej albo w drodze zazębienia się egocentrycznych kalkulacji korzyści (działanie ukierunkowane na cel), albo też dochodzenia do porozumienia w sensie kooperatywnego procesu interpretacji (działanie komunikacyjne)⁴³⁸.

Od czasów starożytnych, filozoficznej refleksji poddawane było pojęcie działania ukierunkowanego na cel, czyli takiego, w którym podmiot działający urzeczywistnia swoje zamiary albo sprawia, że następuje ocze-

⁴³⁶ J. Habermas, *Interesy konstytuujące poznanie*, „Colloquia Communia”, 2/1985, s. 167.

⁴³⁷ Rozszerzające się „obszary przygodności i swobody, pozostawione interakcjom wyzwolonym z kontekstów normatywnych” obejmują zarówno niesformalizowaną sferę prywatną pozostawioną w gestii rodziny, jak i sferę publiczną. Habermas podziela pogląd Durkheima o tym, że w miarę jak ulega rozkładowi podstawowy konsens religijny a władza państwowa przestaje być asekurowana przez *sacrum*, jedność zbiorowości można wytworzyć i utrzymać już tylko jako jedność wspólnoty komunikacyjnej osiągniętą na drodze interakcji, w politycznym wymiarze sfery publicznej. J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, Warszawa 1999, t. 1, s. 149.

⁴³⁸ *Ibidem*, s. 189.

kiwany stan, dobierając i w odpowiedni sposób stosując w danej sytuacji środki obiecujące powodzenie. Sednem tego rodzaju działań jest decyzja oparta na interpretacji sytuacji: dokonanie wyboru między alternatywnymi działaniami. Według oceny Habermasa, racjonalność ze względu na cel, czyli tzw. racjonalność kognitywno – instrumentalna formowała strukturę nowoczesnych społeczeństw, począwszy od XVI wieku. Do jej instytucjonalizacji doszło wraz z powstaniem kapitalistycznych przedsiębiorstw i nowoczesnej administracji państwowej. Ekonomia i państwo stopniowo podporządkowywały swoim imperatywom inne obszary życia, odsuwając na margines wszystko, w czym ucieleśniać by się mogła racjonalność praktycznomoralna⁴³⁹.

Działania społeczne oceniane według tego wzorca są tym bardziej racjonalne, im bardziej ukierunkowują się na realizację określonego celu⁴⁴⁰. „Z Weberowskiej socjologii gospodarki, socjologii państwa i socjologii prawa” – pisze Habermas – „wynosi się nieodparte wrażenie, że zaczęciem procesów racjonalizacji w nowoczesnych społeczeństwach jest jedynie wiedza empiryczno–teoretyczna oraz instrumentalne i strategiczne aspekty działania, natomiast racjonalność praktyczna nie może się instytucjonalizować samodzielnie, tzn. mocą własnej logiki wewnętrznej, specyficznej dla danego podsystemu.”⁴⁴¹ W tym ujęciu inne kompleksy racjonalności, do których wykształcenia i wyodrębnienia się doszło po rozpadzie tradycyjnych obrazów świata nie odgrywają istotnej roli, ponieważ nie znalazły one ucieleśnienia instytucjonalnego w porządkach życia nowoczesnych społeczeństw.

Habermas chce, opierając się na pojęciu działania komunikacyjnego i w nawiązaniu do teorii aktów mowy, ugruntować konceptualnie rów-

⁴³⁹ *Ibidem*, s. 372, 578.

⁴⁴⁰ Obciąża to w znacznym stopniu Maxa Webera, który za punkt odniesienia w badaniach nad racjonalizacją społeczną uczynił racjonalność ze względu na cel. Analizując racjonalizację społeczną w epoce nowoczesnej, Weber utożsamiał ją ze wzrostem instrumentalnej i strategicznej racjonalności układów zależności, w które wpisane jest działanie. Stworzył niejako idealny typ działania teleologicznego. *Ibidem*, s. 191, 374.

⁴⁴¹ *Ibidem*, s. 427.

niez inne, dające się racjonalizować, aspekty działania. Jego zdaniem konkurują ze sobą różne zasady integracji społecznej, tj. zorientowany na roszczenia ważnościowe mechanizm komunikacji językowej, „który w coraz czystszej postaci wyłania się z racjonalizacji świata życia”, a z drugiej strony „pozbawione znamion języka media sterowania, za pośrednictwem których następuje wyodrębnienie się systemów działania zorientowanych na założony rezultat”⁴⁴². „Media sterowania” to przede wszystkim pieniądź i władza.

Działanie komunikacyjne jest każdorazowo interakcją przynajmniej dwóch podmiotów zdolnych do mówienia i działania, które wchodzi w stosunki interpersonalne. W tym przypadku kryterium racjonalizacji stanowi przede wszystkim nie skuteczność, ale raczej dobrowolność rozumnego przyjęcia obowiązujących norm. Wraz ze wzrostem tego typu racjonalności, rozszerza się w obrębie wspólnoty komunikacyjnej zakres wolnego od przymusu koordynowania działań oraz konsensualnego zażegnania konfliktów związanych z tymi działaniami⁴⁴³. Rozum komunikacyjny może wypełnić pustkę po tradycji religijnej ponieważ pod wieloma względami przypomina dawne wyobrażenia na temat Logosu⁴⁴⁴, mimo że wyraża się w zdecentralizowanym pojmowaniu świata. Wprowadza „konotacje jednoczącej mocy dyskursu, która bez przymusu ustanawia konsens między jego uczestnikami; uczestnicy dyskursu przewyżniają swoje zrazu subiektywne poglądy na rzecz racjonalnie umotywowanej zgody”⁴⁴⁵. Podmioty podejmujące działania komunikacyjne koordynują je nie przez egocentryczną kalkulację szans sukcesu, lecz przez akty dochodzenia do porozumienia. Stawiają własny sukces na drugim planie, zmiierzając do osiągnięcia partykularnych celów jedynie pod warunkiem, że mogą swoje plany wzajemnie zestroić na gruncie wspólnych definicji sytuacji.

⁴⁴² *Ibidem*, s. 560.

⁴⁴³ *Ibidem*, s. 41.

⁴⁴⁴ Idea racjonalności metafizycznej, obecna już u filozofów starożytnych, Ojców Kościoła a później także u Hegla zakładała możliwość rozumowego odkrywania sensu bytu i przenikającego go porządku moralnego. Por. R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków 1996, s. 115–116.

⁴⁴⁵ J. Habermas, *Filozoficzny dyskurs nowoczesności*, Kraków 2000, s. 355.

Pojęciem komplementarnym wobec działania komunikacyjnego jest świat życia (*Lebenswelt*), czyli tworzące kontekst komunikacji językowej zaplecze dla procesów dochodzenia do porozumienia. Jest to zespół nie-refleksyjnej wiedzy i wzorów interpretacji, z których działający czerpie swoje przekonania. W tym transcendentálním miejscu może dochodzić do „spotkań” uczestników dyskursu, w ramach których będą oni przedstawiać swoje argumenty, poddawać je krytyce bądź potwierdzać, zmagać się z brakiem zgody oraz osiągać zgodę. Dla świata życia elementami konstytutywnymi są język i kultura. Poprzez działanie komunikacyjne reprodukują się symboliczne struktury świata życia⁴⁴⁶. Zdaniem Habermasa symptomy urzeczowienia występujące w rozwiniętych społeczeństwach kapitalistycznych, można wyjaśnić tym, że działania odłączają się od procesów komunikacyjnych. Działania społeczne są w coraz większym stopniu koordynowane za pośrednictwem uogólnionych wartości instrumentalnych, takich jak pieniądz i władza z pominięciem językowych procesów wykształcenia konsensu⁴⁴⁷.

Kwestią wymagającą wyjaśnienia, jest to, czy rozwój techniki musi w każdym przypadku służyć przestawianiu społecznych działań integracyjnych z mechanizmu uspołecznienia, którym jest językowe dochodzenie do porozumienia, na mechanizmy systemowe i sterowaną przez media racjonalność ukierunkowaną na cel. Sprowadza się to do podjęcia poszukiwań odpowiedzi na pytanie, czy technika (czy każda technika) jest ucieleśnieniem rozumu instrumentalnego i prowadzić musi, podobnie jak pieniądz i władza, do uniezależnienia działania społecznego od integracji zapośredniczonej przez konsens aksjologiczny.

⁴⁴⁶ Tenże, *Teoria...*, t. 1, s. 220–221, t. 2, s. 224, 360.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, t. 2, s. 323.

3. Technika jako przedmiot sporu dwóch pokoleń szkoły frankfurckiej

Habermas jest przedstawicielem drugiego pokolenia filozofów, socjologów i psychologów społecznych zaliczanych do szkoły frankfurckiej⁴⁴⁸ – jej ideowym spadkobiercą, a jednocześnie wymagającym recenzentem, obnażającym słabości „wczesnej” teorii krytycznej. Jednym z tego rodzaju „międzypokoleniowych” punktów spornych była kwestia oceny procesów rozwoju nauki i techniki. Horkheimer, Adorno i Marcuse (tzn. pierwsza generacja), podobnie jak Weber i Marks uznawali techniczną efektywność za podstawowy standard społecznej racjonalizacji. W tym nurcie myślowym funkcjonował pogląd, że o przewadze człowieka nad niższymi organizmami świadczy przede wszystkim to, iż jest on zdolny stanąć do „walki z przyrodą”. Zwierzęta jedynie wykorzystują sprzyjające warunki danego środowiska lub przystosowują się do naturalnych niedogodności. Z kolei „racjonalny” człowiek jest w stanie urzeczywistnić funkcję innowacyjną. Rozwój cywilizacji jawi się jako coraz doskonalsze przystosowywanie i porządkowanie otoczenia naturalnego, dokonywane z punktu widzenia aktualnych potrzeb i aspiracji ludzi. Proces ten zachodzi poprzez wykorzystanie techniki – charakterystycznej dla gatunku ludzkiego całości, którą tworzą narzędzia wraz z procedurami ich zastosowania⁴⁴⁹.

Różnica pomiędzy Marksem a frankfurtczykami polegała na odmiennej ocenie przyrostu tak rozumianej racjonalności. W pismach Marksa technika posiadała potencjał emancypacyjny. Była przez niego przedstawiana jako ostateczny czynnik sprawczy przemian historycznych. Marks uważał,

⁴⁴⁸ „Szkoła frankfurcka” to nieformalne określenie grupy uczonych skupionych wokół Instytutu Badań Społecznych we Frankfurcie nad Menem. Pierwszym przywódcą grupy był Max Horkheimer dyrektor Instytutu od roku 1930, który również koordynował dobór problemów badawczych. Najwybitniejszymi przedstawicielami szkoły, uznawanymi za jej „pierwsze pokolenie” byli m.in. Herbert Marcuse, Teodor W. Adorno, Erich Fromm i Walter Benjamin.

⁴⁴⁹ Por. A. Siciński, *Technika a egzystencja ludzka*, [w:] A. Siciński (red.), *Technika a społeczeństwo*, Warszawa 1974, s. 10 –11.

że racjonalizacja społeczna dokonuje się przez rozwój sił wytwórczych, tj. ulepszanie dostępnych narzędzi i umiejętności technicznych służących produkcji. Postęp techniczny prowadzi do tego, że „wszystko, co stanowe i zakrzepłe, znika, wszystko, co święte, ulega sprofanowaniu i ludzie muszą wreszcie spojrzeć trzeźwym okiem na swoją pozycję, na swoje wzajemne stosunki”⁴⁵⁰. Odwołując się do nomenklatury pojęciowej stosowanej przez Habermasa, można stwierdzić, że na gruncie materializmu historycznego postęp techniczny wywiera „racjonalizującą presję” na stosunki produkcji i wytwarzanie przez nie określonych form nadbudowy politycznej, prawnej czy religijnej. Stosunki własnościowe, podział i organizacja pracy (baza) są uzależnione od stanu opanowania natury, rozwoju środków służących wyzyskaniu sił przyrody dla ludzkiej korzyści⁴⁵¹. W literaturze zasada ta została zwerbalizowana jako „prawo o koniecznej zgodności stosunków produkcji z charakterem sił wytwórczych”⁴⁵². Dla Marksa rozwój tych sił stanowił więc obiektywną przesłankę postępu społecznego, który upatrywał w przewyciężeniu kapitalizmu.

Taka ocena techniki ulega diametralnemu odwróceniu w pismach pierwszego pokolenia frankfurtyczków pojmujących racjonalizację społeczną w kategoriach urzeczowienia świadomości. Horkheimer i Adorno – uznani przez Leszka Kołakowskiego za przedstawicieli „paramarksisistowskiego ruchu niemieckiego”⁴⁵³ – stonęli na przeciwnym względem Marksa stanowisku. Twierdzili, że naukowo–techniczne siły wytwórcze wręcz stapiają się ze stosunkami produkcji i w związku z tym zupełnie tracą swą siłę rozsądzającą system. Następuje związanie techniki i panowania, przekształcenie jej w medium społecznej represji. Siły wytwórcze nie prowadzą do przemian w zakresie stosunków produkcji, ale wręcz je utrwalają i petryfikują. Techniczne ujarzmianie natury idzie więc w parze z ujarzmianiem człowieka przez człowieka: „w wyniku rozwoju wiedzy technicznej kurczy się autonomia

⁴⁵⁰ K. Marks, F. Engels, *Dzieła*, t. 4, Warszawa 1962, s. 517–518.

⁴⁵¹ Por. L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu*, cz. 1 *Powstanie*, Poznań 2000, 403–454.

⁴⁵² O. Lange, *Ekonomia polityczna*, t. I: *Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1961, s. 29–30.

⁴⁵³ L. Kołakowski, *op.cit.*, cz. 3 *Rozkład*, s. 401.

jednostkowego podmiotu, maleje jego możliwość stawiania oporu rozrastającemu się aparatowi masowej manipulacji, jego wyobraźnia i niezależny osąd⁴⁵⁴. W społeczeństwie przemysłowym gwałtownemu przyspieszeniu ulega proces urzeczowienia. Wszystkie produkty ludzkiej działalności przekształcają się w towary. Za produktywne uznaje się wyłącznie urzeczowienie tych celów, które przynoszą dochód. Technokratyczne idee przysyłają, zdaniem frankfurczyków, fakt, iż produkcja staje się również narzędziem walki o władzę.

Według Horkheimera, coraz sprawniejsze opanowywanie przyrody musi prowadzić do wzrostu efektywności komenderowaniem ludźmi. Rozum, sam zredukowany do postaci czystego instrumentu, redukuje do roli środka wszystko, co napotyka w każdej sferze bytu. Ta refleksja skłania go to do konstatacji, że „*opanowywanie natury implikuje panowanie nad człowiekiem*”⁴⁵⁵. Wynajdowanie nowych aparatów do ujarzmiania natury ma niejako drugie dno, polegające na konieczności ciągłego dostosowywania się do nich człowieka, który musi im służyć, jeśli chce przeżyć. Na skutek rozwoju metod produkcji zarówno produkcja materialna, jak i społeczna organizacja stają się coraz bardziej skomplikowane i urzeczowione. Stechnicyzowany świat przeistacza się w świat środków, przestając być światem celów⁴⁵⁶.

Habermas stoi na stanowisku, że pojęcie działania, leżące u źródła przytoczonej krytyki techniki i rozumu instrumentalnego, nie jest dość kompleksowe, aby w działaniach społecznych wychwycić wszystkie aspekty, z którymi może się łączyć społeczna racjonalizacja⁴⁵⁷. Nie obejmuje ono wprowadzonej przez niemieckiego filozofa koncepcji racjonalizacji stosunków społecznych ukrytej w samej strukturze mówienia. *Mutatis mutandis* Habermas podziela stanowisko przedstawicieli szkoły frankfurckiej na temat

⁴⁵⁴ M. Horkheimer, *Krytyka instrumentalnego rozumu*, [w:] M. Horkheimer, *Społeczna funkcja filozofii*, Warszawa 1987, s. 244–245. Na temat urzeczowienia się podmiotu w proces techniczny por. także M. Horkheimer, T.W. Adorno, *Dialektyka oświecenia. Fragmenty filozoficzne*, Warszawa 1994, s. 46.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, s. 329.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, s. 330–337.

⁴⁵⁷ J. Habermas, *Aspekty racjonalności działania*, [w:] A.M. Kaniowski, A. Szahaj (red.), *Wokół teorii krytycznej Jürgena Habermasa*, Warszawa 1987, s. 120.

diagnozy i oceny postępu technicznego. Zgadza się, iż sam postęp techniczny nie może przynieść automatycznego powiększenia zakresu ludzkiej wolności. „Wyzwolenie od głodu i trudów nie łączy się w sposób konieczny z wyzwoleniem od niewoli o poniżenia, ponieważ nie istnieje automatyczny związek pomiędzy rozwojem pracy i interakcji.”⁴⁵⁸ Stąd też panowanie nad przyrodą nie powinno stać się wzorcem do opanowywania procesów społecznych. Mimo to, postęp techniczny bywa często warunkiem koniecznym postępu społecznego. Empirycznym potwierdzeniem tego twierdzenia może być chociażby, wskazywany jako przykład przez samego Habermasa, wzrost standardu życia w wysoko uprzemysłowionych społeczeństwach, niezależny od panujących tam stosunków własnościowych.

Racjonalność instrumentalna powinna pozostawać w określonym zakresie, powinna też być w odpowiedni sposób rozumiana i stosowana. Wówczas dopiero, jak twierdzi Habermas, może w pełni ujawnić się wyzwalający efekt nauki i techniki. Proces rozwoju sił wytwórczych przyniesie efekt emancypacyjny wtedy i tylko wtedy, jeżeli nie będzie traktowany jako racjonalizacja ram instytucjonalnych społeczeństwa, tj. społecznego świata życia. Tam właściwa jest racjonalizacja poprzez odblokowanie komunikacji tzn. „publiczną, nieograniczoną i wolną od panowania dyskusję” nad zasadami i normami postępowania⁴⁵⁹.

U pierwszego pokolenia frankfurtczyków technika występuje w znaczeniu zredukowanym do świadomego ujarzmiania przyrody. Habermas zwrócił z kolei uwagę na inny wymiar techniki, który nie znajdował dotąd należnego mu miejsca w refleksji filozoficznej, a który obecnie nabrał nowego znaczenia w kontekście zmiany paradygmatu z industrializmu na informacjonizm. W „Teorii działania komunikacyjnego” ujawnia się przekonanie Habermasa, że nie wszystkie środki techniczne należy uznać za elementy systemu organizującego formy współpracy społecznej według

⁴⁵⁸ Tenże, *Praca i interakcja. Uwagi o jenajskiej filozofii ducha Hegla*, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Jürgen Habermas. Teoria i Praktyka*, Warszawa 1983, s. 228–229.

⁴⁵⁹ Tenże, *Technika i nauka jako ideologia*, [w:] J. Szacki, *Czy kryzys w socjologii?*, Warszawa 1977, s. 387.

reguł działania celowo – racjonalnego. Utożsamianie techniki ze środkami służącymi do opanowywania przyrody jest zawężeniem zakresu tego pojęcia w sposób nieuprawniony⁴⁶⁰. Rozwój środków technicznych następuje w dwóch płaszczyznach. Pierwsza z nich dotyczy techniki służącej wzmocniania kolejnych czynności naturalnych narządów człowieka związanych z działaniem celowo–racjonalnym – narządów wykonawczych, zmysłów, jak i narządu sterującego (mózgu). Niejako równolegle (tzn. synchronicznie) następuje proces rozwoju techniki komunikacyjnej, służącej wzmocnianiu czynności rozumu komunikacyjnego. W przypadku pierwszego z nich, należy uznać za słuszną tezę Arnolda Gehlena, iż „nie może istnieć żaden rozwój techniki po osiągnięciu szczybla możliwie pełnej automatyzacji, ponieważ nie ma żadnych dalszych dziedzin ludzkiej czynności, które można by było obiektywizować”⁴⁶¹. Stan ten nie zamyka jednak rozwoju w drugim wymiarze, tzn. technicznego pogłębiania możliwego stopnia społecznej komunikacji i wzmocnienia wyzwalającej siły refleksji.

W tym duchu należy odczytywać uznanie przez Habermasa innowacyjnego charakteru takich wynalazków technicznych, jak pismo, prasa i media elektroniczne. Są to, jak twierdzi, „*techniki, z pomocą których działania językowe uwolnione zostają od wyznaczonych przez kontekst ograniczeń czasowo–przestrzennych i udostępnione zwielokrotnionym kontekstom*”. Posługiwanie się prasą drukarską usuwa „*bariery nałożone na działania komunikacyjne, co potęguje się jeszcze w wyniku rozwiniętych w XX wieku elektronicznych środków masowego komunikowania*”⁴⁶².

Habermas krytycznie odnosi się do tezy Horkheimera i Adorna o podobieństwie środków masowej komunikacji do medium wartości wymiennej. Według autorów „*Dialektyki oświecenia*” kultura masowa jest wyłącznie

⁴⁶⁰ W tym aspekcie widać ewolucję poglądów Habermasa, który we wcześniejszych swoich pismach sytuował wszelkie środki techniczne w sferze działań celowo–racjonalnych; Por. tenże, *Technika i nauka...* s. 354; *Praktyczne następstwa postępu naukowo–technicznego*, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Jürgen Habermas...*, s. 440.

⁴⁶¹ A. Gehlen, *Antropologiczne Ansicht der Technik*, [w:] H. Freyer, *Technik im technischen Zeitalter. Stellungnahmen zur geschichtlichen Situation*, Schilling 1965, s. 107

⁴⁶² J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 2, s. 324.

produktem przemysłu kulturalnego. Fakt, iż w przemyśle tym uczestniczą miliony wymusza, ich zdaniem, „procesy reprodukcji, które z kolei powodują [...], że w niezliczonych miejscach identyczne potrzeby zaspokajane są standardowymi produktami”⁴⁶³. W ten sposób dochodzi do sztucznego kreowania potrzeb konsumentów, których systemowe zaspokajanie staje się, dla animatorów przemysłu kulturalnego, narzędziem dyscyplinowania odbiorców i kształtowania ich świadomości w kierunku korzystnym dla systemu. Z kolei dla Habermasa elektroniczne media masowej komunikacji są „technicznymi wzmacniaczami komunikacji językowej, które przewyższają dystanse przestrzenne i czasowe, zwielokrotniają możliwości komunikacji i zagęszczają sieć działań komunikacyjnych, nie odseparowując jednak całkowicie orientacji ukierunkowujących działanie od kontekstów świata życia”⁴⁶⁴.

Czołowy przedstawiciel drugiego pokolenia szkoły frankfurckiej pisze o „ambiwalentnym potencjale” tkwiącym w środkach komunikacji masowej. Zauważenie tej dwoistości stanowi niewątpliwy postęp w stosunku do symplicystycznego podejścia obecnego u Horkheimera i Adorna. Habermas poddał problematyce ich tezę o likwidacji sfery publicznej w państwach postliberalnych przez „aparatus chcący zawładnąć językiem codziennej komunikacji”, czyli media masowe. Sprzeciwia się, tym samym, zaliczeniu mediów masowych do tej samej kategorii środków oddziaływania jakimi są co pieniądź i władza, które umożliwiają sterowanie społeczeństwem z pominięciem językowego dochodzenia do porozumienia⁴⁶⁵. Media masowe tkwią w kontekstach świata życia, „uwalniają procesy komunikacji od prowincjonalności czasowo i przestrzennie ograniczonych kontekstów oraz pozwalają powstać wielu sferom publicznym”. Mogą one „wzmocnić skuteczność kontroli społecznej”, ale jedynie wówczas, gdy „w pewnej zcentralizowanej

⁴⁶³ M. Horkheimer, T.W. Adorno, *Dialektyka...*, s. 163.

⁴⁶⁴ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, Warszawa 1999, t. 1, s. 606.

⁴⁶⁵ Pieniądź i władza stabilizują układy powiązań między działaniami za pośrednictwem funkcjonalnego splewania ze sobą następstw działania, podczas gdy mechanizm dochodzenia do porozumienia harmonizuje orientacje ukierunkowujące działania uczestników. Por. Tenże, *Teoria działania...*, t. 2, s. 263.

sieci będą kanalizowały strumienie komunikacyjne jednostronnie: od środka ku peryferiom bądź z góry na dół”. W przypadku mediów masowych dochodzi do specjalizacji procesów wykształcania konsensu poprzez, jak pisze Habermas, „nadanie im wyższej rangi, przydanie zwężłości i ich zagęszczenie”. Z perspektywy czasu należy uznać za trafne stwierdzenie, iż „rozwój techniczny mediów elektronicznych niekoniecznie przebiega w kierunku centralizacji sieci”. Rozwój w obrębie techniki, który nastąpił po opublikowaniu „Teorii działania komunikacyjnego”, zdaje się potwierdzać tę hipotezę⁴⁶⁶.

Stanowisko Habermasa wobec elektronicznych technik masowej komunikacji stanowi swoiste przeformułowanie poglądu Marcusego o potrzebie powołania „nowej nauki” i „nowej techniki”. Według tamtej koncepcji, zatrzymanie represyjnej produktywności rozumu może nastąpić poprzez zmianę stosunku człowieka do przyrody, która z przedmiotu technicznego rozporządzania powinna stać się partnerem we wzajemnych oddziaływaniach⁴⁶⁷. Według Habermasa, akurat w tym wymiarze nasz stosunek do przyrody nie może ulec zasadniczej zmianie, ponieważ pozostaje on zakorzeniony w organicznej naturze człowieka. Reprodukacja rodzaju ludzkiego podlega wymogom działania instrumentalnego. Człowiek utrzymuje się przy życiu dzięki „społecznej pracy oraz przy pomocy środków, które ją zastępują”⁴⁶⁸. Za odpowiednik „nowej techniki” w koncepcji Habermasa można uznać środki służące do odblokowania komunikacji społecznej. Śledząc kolejne etapy tego procesu, należy wskazać na wynalezienie pisma, druku, mediów nadawczych i nadawczo–odbiorczych, rozwój telekomunikacji a następnie jej konwergencję z techniką komputerową i powstanie *technik informatycznych i komunikacyjnych*.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, t. 2, s. 698–702.

⁴⁶⁷ H. Marcuse, *Człowiek jednowymiarowy*, Warszawa 1991, s. 209, 289.

⁴⁶⁸ J. Habermas, *Teoria...*, t. 1, s. 349.

4. Instytucjonalizacja dyskursu praktycznego w dobie informacjonizmu

Jedną ze zidentyfikowanych przez Jürgena Habermasa patologii nowoczesnego społeczeństwa było zjawisko kolonizacji „światów życia” przez różnorodne formy integracji systemowej, oparte na racjonalności funkcjonalnej. W takim modelu działania, język jest tylko i wyłącznie środkiem, za którego pośrednictwem mówiący, ukierunkowani na własny sukces, oddziałują wzajemnie na siebie by skłonić rozmówcę do mniemań i zamierzeń pożądaných z punktu widzenia interesów mówiącego. Szansę na przezwyciężanie tego stanu rzeczy Habermas widział m.in. w mediach masowych, mogących ułatwiać dochodzenie do porozumienia na drodze językowej (uzyskanie racjonalnie umotywowanej zgody) z uwagi na fakt, iż wzmacniają one możliwości komunikacyjne ogółu społeczeństwa⁴⁶⁹. W końcu XX wieku nastąpiły zasadnicze przemiany w obrębie sposobu funkcjonowania mediów elektronicznych, które nie zostały, jak dotąd, poddane ocenie przez Habermasa. Należy rozważyć, w jakim stopniu przemiany te zwiększają możliwości instytucjonalizacji dyskursu.

„Teoria działania komunikacyjnego” zakłada istnienie zracjonalizowanej etyki. Jej urzeczywistnienie następuje w postaci dyskursu praktycznego, tzn. wymiany argumentów, której tematem stają się roszczenia do słuszności normatywnej. Sporna norma może być uważana za uzgodnioną, jeżeli *„wszyscy ci, których będzie ona dotyczyć, dobrowolnie zaakceptują konsekwencje, jak i efekty uboczne, które wystąpią w obrębie sfery ich partykularnych interesów, gdy norma taka stanie się powszechnie obowiązująca”*⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Ukierunkowanie na dojście do porozumienia oznacza konieczność podnoszenia w ramach prowadzonych dyskursów roszczeń ważnościowych: o tym, że dany sąd jest prawdziwy (roszczenie do prawdziwości); akt językowy jest słuszny (roszczenie do słuszności); manifestowana intencja mówiącego jest zamierzona tak jak została wyrażona (roszczenie do szczerości). Z kolei Jerzy Kmita proponuje określenie tego roszczenia jako „roszczenia do prawomocności z uwagi na słuszność”; tenże, *Racjonalność „uwolniona od hipoteki metafizycznej”. Posłowie*, [w:] J. Habermas, *Działanie komunikacyjne i detranscendentalizacja rozumu*, Warszawa 2004, s. 83–84.

⁴⁷⁰ J. Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, Mass. 1990, s. 93.

Konsensus będący rezultatem argumentacji opierającej się na racjonalnych podstawach można uznać za prawomocny, jeżeli został uzyskany w stanie tzw. „idealnej sytuacji mowy”, tj. sytuacji, w której procesy komunikowania się nie są poddawane zaburzeniom ze strony oddziaływań zewnętrznych⁴⁷¹.

Z pism Habermasa wyłania się pięć podstawowych warunków proceduralnych dyskursywnej etyki. Po pierwsze (1), żaden z podmiotów, których dotyczy przedmiot dyskursu nie powinien być wykluczony z udziału w nim (wymóg powszechności); (2) wszyscy uczestnicy powinni mieć jednakową możliwość podnoszenia roszczeń ważnościowych, jak i ich krytyki (autonomia); (3) uczestnicy powinni posiadać wolę i zdolność traktowania roszczeń ważnościowych podnoszonych przez innych na zasadzie empatii (idealne wczuwanie się w funkcje i sposoby działania partnerów); (4) różnice sił występujące pomiędzy poszczególnymi uczestnikami dyskursu powinny zostać zneutralizowane tak, aby nie miały one wpływu na dochodzenie do konsensusu (neutralizacja relacji władzy); (5) uczestnicy muszą otwarcie przedstawić swoje cele i intencje, powstrzymując się w tym względzie od działań strategicznych (transparencja)⁴⁷².

Tak opisana racjonalność komunikacyjna i etyka dyskursu była i jest przedmiotem krytyki. Zarzuty dotyczą, przede wszystkim, utopijnego, czy wręcz quasi-religijnego charakteru komunikacyjnej teorii społeczeństwa⁴⁷³. Próby jej realizacji w praktyce, zdaniem kontestatorów, mogłyby nawet doprowadzić do paraliżu instytucjonalnego. Niklas Luhmann uważa, że

Jest to jedna z kilku wersji zasady uniwersalizowalności wyartykułowanych w pismach Jürgena Habermasa – por. L. Morawski, *The Universalizability Principle, Justice and Law – Some Remarks*, „Archivum Iuridicum Cracoviense”, vol. 22, 1989.

⁴⁷¹ Stan taki zachodzi jeżeli, „(1) wszystkie głosy, z jakiegokolwiek względów relewantne są wysłuchiwane, (2) zostają przedstawione najlepsze argumenty według stanu wiedzy istniejącego w danym momencie, (3) tylko i wyłącznie siła lepszego argumentu skłania uczestników dyskursu do zabrania stanowiska »tak« lub »nie«”. Za szczególnie istotne uważa się zapewnienie symetryczności dyskursu, tzn. zagwarantowanie wszystkim równego prawa dokonywania aktów mowy; J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, [w:] J. Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main 1984, s. 177–178; tenże, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*, Cambridge Mass. 1993, 163

⁴⁷² J. Habermas, *Moral Consciousness...*, s. 65–66; tenże *Justification...*, s. 31.

⁴⁷³ R. Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge 1989, s. 68.

w rzeczywistej przestrzeni społecznej nigdy nie zachodzi „idealna sytuacja mowy”. Jego zdaniem „Habermas nie umiejscawia problemu na poziomie faktycznie istniejącej komunikacji”⁴⁷⁴, co poważnie osłabia krytyczny wydźwięk jego teorii. Inny krytyk, Richard J. Bernstein traktuje teorię Habermasa jako niezwykle atrakcyjną na poziomie abstrakcji, ale pustą w aspekcie empirycznym⁴⁷⁵. Również wśród obrońców tej teorii dominuje pogląd, że koncepcja działania komunikacyjnego jest przede wszystkim ideą regulatywną, wskazaniem kierunku racjonalizacji instytucji społecznych i normatywnym wzorcem ich krytyki⁴⁷⁶. W dotychczasowej debacie poświęconej temu zagadnieniu praktycznie nie pojawiał się moment refleksji nad tym, czy, a jeżeli tak, to na ile zmiana paradygmatu techniczno – ekonomicznego, z przemysłowego na informacyjny, stwarza materialne podstawy dla instytucjonalizacji dyskursu. Analizując te nowe warunki, można zaryzykować tezę, iż przynajmniej niektóre rodzaje stosunków społecznych w ramach społeczeństwa informacyjnego będą mogły formować się na bazie wolnej, krytycznej i dostępnej dla każdego dyskusji. Ma to związek z niwelacją wielu przeszkód natury materialnej i organizacyjnej, które dotąd czyniły teorię Habermasa utopijną wizją społeczeństwa.

Paradoksalnie, korzystne perspektywy dla instytucjonalizacji dyskursu wytworzyły się za sprawą postępu jednego z działów techniki, czyli dziedziny, którą szkoła frankfurcka uznawała za materialne ucieleśnienie rozumu instrumentalnego i w której upatrywała największe zagrożenie. Zgodnie z przytoczoną już intuicją Habermasa, ogłoszoną przez niego przed ćwierćwieczem, technika okazała się pomocna do komunikacyjnej racjonalizacji społeczeństwa.

Już w połowie lat sześćdziesiątych, w podobnym duchu elektryczne środki masowego przekazu opisywał Marshall McLuhann. Jego zdaniem,

⁴⁷⁴ N. Luhmann, *Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory*, „Cordozo Law Review”, vol. 17, 1996, s. 885.

⁴⁷⁵ R.J. Bernstein, *The New Constellation: The Ethical–Political Horizons of Modernity/Postmodernity*, Cambridge Mass. 1992, s. 220–221.

⁴⁷⁶ Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 156 oraz cytowana tam literatura.

o ile techniki mechaniczne dokonywały eksplozji, tzn. przedłużaniu naszego ciała w przestrzeni (najczęściej w celu opanowywania przyrody), techniki elektryczne służą implozji – czyli przedłużania centralnego układu nerwowego człowieka w przestrzeni. Elektryczność rozszerzyła funkcję techniki o nowe pola działania. Ten rodzaj techniki służy zatem poznaniu i wymianie informacji, a nie dominacji nad przyrodą. W efekcie świat staje się dostępny doświadczeniu w wersji skompresowanej, „zredukowanej do rozmiarów wioski”⁴⁷⁷. Zmienia się sposób egzystencji człowieka. Środki masowego komunikowania nie służą opanowywaniu przyrody, ale komunikacji społecznej. „Istotną cechą ery elektryczności jest” – wedle McLuhanna – „fakt, że łączy ona świat siecią komunikacyjną, której charakter bardzo jest podobny do naszego centralnego systemu nerwowego.”⁴⁷⁸ Symptodem tego jest m.in. to, że wiedza jest przetwarzana w sposób natychmiastowy. W ten sam sposób dochodzi do przekazywania informacji.

Stephen White, zwracając uwagę na zagrożenia wynikające z możliwości posługiwania się mediami do propagowania jedynej oficjalnej wizji świata, dostrzega w nich również potencjał skierowany w stronę przeciwną, tj. w kierunku przełamania monopolu na informację, poszerzenia zakresu wolności jednostki i afirmacji zasady różnorodności. Na dwóch przeciwległych biegunach stawia przy tym tradycyjne media nadawcze (radio, telewizję) i media o charakterze rozproszonej sieci, takie jak Internet. Dla White’a decentralistyczny potencjał zawarty w tych ostatnich otwiera drogę dla „radikalnej demokratyzacji życia politycznego”⁴⁷⁹.

W społeczeństwie informatycznym możliwość reprodukcji „światów życia” zaczyna zależeć w dużej mierze od właściwości sztucznego środowiska, w ramach którego dochodzi do społecznych interakcji. Stwarza to warunki do instytucjonalizacji dyskursu praktycznego, nie tylko jako metody weryfikacji norm i ocen, ale również jako formy organizacji stosunków

⁴⁷⁷ M. McLuhann, *Środki komunikowania – przedłużenia człowieka*, [w:] A. Siciński (red.), *Technika a społeczeństwo*, Warszawa 1974, s. 75.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, s. 121.

⁴⁷⁹ S. White, *Political Theory and Postmodernism*, Oxford 1996, s. 8–9.

i instytucji społecznych. *Techniki informatyczne i komunikacyjne* użyte do stworzenia środowiska sieciowego posiadają swoisty potencjał dyskursywny. Brak centralnego punktu kontroli Internetu, rozproszenie własności poszczególnych składników infrastruktury, wielość autonomicznych sieci sprawiły, że dyskurs stał się metodą, na której opiera się kształtowanie zasad funkcjonowania systemu.

Jako przykład udanej próby instytucjonalizacji dyskursu może posłużyć proces ustalania standardów technicznych określających protokoły transmisji danych w Internecie (*Internet standards process*). Nadrzędnym celem standaryzacji jest zachowanie interoperatywności połączonych w Sieci urządzeń. Ten imperatyw skłania inżynierów i programistów do zgodnej współpracy przy określaniu zasad, według których ma następować transmisja danych i korzystanie z elektronicznych zasobów⁴⁸⁰.

Stan rzeczy w którym różne urządzenia teleinformatyczne i różne aplikacje mogą współdziałać w sposób kompatybilny, tzn. komunikują się, tworząc jedną sieć logiczną, stał się możliwy dzięki zastosowaniu wspólnych, powszechnie uznawanych protokołów transmisji danych. Sprawne funkcjonowanie Internetu jest uzależnione od jawnej i otwartej procedury opracowywania, publikacji i unowocześniania standardów technicznych w tym zakresie⁴⁸¹. Podczas prac nad rozwojem sieci komputerowych w latach sześćdziesiątych wypracowano szczególną kulturę organizacyjną towarzyszącą procesowi standaryzacji Internetu. Jej cechami była decentralizacją

⁴⁸⁰ Vinc Cerf, jeden z pionierów Internetu, stwierdził, iż ciała koordynujące techniczne aspekty działania Sieci, takie jak *Internet Engineering Task Force* podtrzymują istnienie struktury, z której wynikają liczne korzyści dla globalnego społeczeństwa. Aby chronić to wspólne dobro należy zadbać o właściwy, ewolucyjny rozwój standardów technicznych, które, zdaniem Cerfa, „*sytuują się w sercu rewolucji Internetu*”. Za takie uznał m.in. możliwość prowadzenia wielostronnego dialogu, w którym wszystkie punkty widzenia są równouprawnione, ułatwianie praktyk demokratycznych w nieznaną wcześniej skali oraz powstanie zbiorowej pamięci przechowującej wszelkie wytwory kultury niematerialnej współczesnej cywilizacji. Zob. V. Cerf, *The Internet Is for Everyone*, 2002 (deklaracja wyjątkowo została opublikowana w oficjalnej formie dokumentu *Request for Comments*, RFC 3271 – dostępnego pod adresem: <http://www.ietf.org/rfc/rfc3271.txt>).

⁴⁸¹ S.O. Bradner, *The Internet Standards Process – Revision 3* (Network Working Group, RFC 2026) (dostępne pod adresem: <http://www.ietf.org/rfc/rfc2026.txt>).

i kolegialność. Organizacja pracy następowała *ad hoc*, najczęściej w drodze improwizacji. Uczonych, informatyków i pierwszych administratorów sieci łączyła wspólna pasją tworzenia, tzn. definiowania właściwości nowej przestrzeni komunikacyjnej. W tamtym okresie, użytkowanie, wciąż jeszcze słabo rozwiniętego systemu, było zawsze jednocześnie jego tworzeniem, rozwijaniem, poprawianiem błędów.

Praca w ramach IETF nad nowymi standardami opiera się na zasadzie konsensu. Tworzenie standardów Internetu jest obszarem działania ustrukturuowanym komunikacyjnie. Postawy strategiczne praktycznie nie występują, ponieważ wszelkie roszczenia ważnościowe mogą być łatwo zweryfikowane na drodze empirycznej. Przeważa chęć współdziałania i językowego dochodzenia do porozumienia⁴⁸². Sama forma stanowienia standardów, została dobrana w ten sposób, aby nie wzbudzać sprzeciwu użytkowników wrażeniem jednostronności, oficjalności i przymusowości. *Request for Comments*, w ramach których ogłasza się nowe standardy, bardziej przypominają zaproszenia do dyskusji niż rozkazy.

Wraz ze wzrostem społecznego i ekonomicznego znaczenia Internetu procedury stosowane przez *Internet Engineering Task Force* musiały sprostać presji politycznej i komercyjnej, aby zachować transparentny, oparty na konsensusie charakter. Organizacja pozostała na niskim poziomie formalizacji. Jest forum eksperckim praktycznie pozbawionym cech biurokratycznych, o płynnym składzie członkowskim, do którego jedyną przepustką stanowi odpowiedni poziom wiedzy technicznej. Normotwórcza działalność IETF spełnia podstawowe warunki Habermasowskiego dyskursu. Udział w pracach grup roboczych i prowadzenie dyskusji nad projektami standardów może się odbywać na odległość, za pośrednictwem *technik informatycznych i komunikacyjnych*. Do spotkań dochodzi bez potrzeby fizycznej obecności. Obniża to koszty udziału w dyskusji i zapewnia spełnienie podstawowego warunku dyskursu praktycznego, tj. wymogu powszechności. Możliwość anonimowego udziału w pracach pozwala osiągnąć inny wymóg, tzn.

⁴⁸² A.M. Froomkin, *Habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, „Harvard Law Review”, vol. 116, no. 3, 2003, s. 782–783.

wyeliminowanie ewentualnych relacji władczych, typu, np. pracodawca – pracownik, które mogłyby rzutować na kształt osiągniętego konsensusu. Aterytorialny i atemporalny charakter dyskusji umożliwia wzięcie w niej udziału autorytetów technicznych z całego świata. W ten sposób realizują się wymóg dostępu do najlepszych argumentów formułowanych na podstawie aktualnego stanu wiedzy w danej dziedzinie. Proces decyzyjny następuje w drodze „niepełnego konsensusu” (*rough consensus*). Nie jest praktycznie możliwy inny sposób wpływania na decyzje uczestników niż poprzez „siłę lepszego argumentu”. Dotyczy to także ewentualnych uprzedzeń na tle rasy lub płci, gdyż komunikacja elektroniczna maskuje tego rodzaju właściwości poszczególnych uczestników debaty⁴⁸³.

Niewątpliwie rozwój technik teleinformatycznych przyczynił się do podniesienia kompetencji komunikacyjnych ponowoczesnego społeczeństwa. Masowe wykorzystywanie przez światową społeczność globalnej infrastruktury informacyjnej prowadzi do budowania więzi międzyludzkich „w poprzek” podziałów na granice państwowe i kultury prawne. Wraz z powstaniem Internetu struktura organizacyjna sieci zaczęła konkurować o wpływ na sferę publiczną, z pionową, scentralizowaną i zmonopolizowaną strukturą typową dla masowych mediów nadawczych. Biorąc pod uwagę szybki rozwój *międzysieci* i zjawisko absorbowania przez nią innych rodzajów mediów, można prognozować, że konsekwencją tego będzie stopniowe wypieranie racjonalności instrumentalnej przez racjonalność komunikacyjną, rozszerzanie się obszarów nieskrępowanej społecznej komunikacji, służących swobodnej artykulacji różnorodnych, często skrajnych poglądów, a także uczestnictwa w podejmowaniu decyzji o życiu zbiorowości. Przewodnictwo sektora prywatnego w dziedzinie regulacji Internetu stwarza również okazję dla rozszerzenia zakresu społecznego oddziaływania instytucji prawa cywilnego, z natury bliższych formom dyskursywnym, w stosunku do regulacji opartej na stosunku administracyjnoprawnym⁴⁸⁴.

⁴⁸³ *Ibidem*, s. 796–805.

⁴⁸⁴ Marek Zirk-Sadowski podnosi, iż wypieranie stosunków cywilnoprawnych przez stosunki administracyjno-prawne następowało pod wpływem rozwoju systemów działania celowo-racjonalnego związanych z powstaniem społeczeństw przemysłowych. Wiele przemawia za tym, że wraz z rozwojem

Jack M. Balkin opisuje, w jaki sposób *kultura masowa*, za sprawą technik cyfrowych i Internetu przekształca się nową jakością, nazwaną przez niego *kulturą demokratyczną*. Staje się kulturą prawdziwie popularną, ogólnospołeczną, a więc kształtowaną przez ogół, a nie przez centra medialne. Zmianie ulega pozycji jednostki, otrzymującej do swobodnej dyspozycji narzędzia pozwalające jej, aby z biernego konsumenta przekazów kulturowych stała się podmiotem produkującym, tworzącym i zmieniającym zastane w kulturze treści.

Każdy podmiot publikujący w Internecie uznaje *implicite*, że transmisja danych w obrębie Sieci następuje w sposób określony w ogólnych protokołach transmisji. Przy braku wyraźnych zastrzeżeń przeciwnych oznacza to akceptację faktu, że każdy będzie mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym. W tym sensie wybranie Internetu jako medium publikacji można uznać za wyrażenie dorozumianej zgody na wyłączenie zastosowania niektórych uprawnień wynikających z prawa własności intelektualnej. Społeczne wykorzystanie Sieci na dużą skalę może prowadzić do rozszerzania się etosu komunitarystycznego, do przyjmowania postaw nakierowanych w większym stopniu na dyskurs, współpracę i dążenie do konsensusu. W środowisku komunikacyjnym, zdefiniowanym przez protokoły internetowe, następuje faktyczna zmiana sposobu korzystania z praw wyłącznych, polegająca na tym, że *przyzwolenie* staje się zasadą, a *zastrzeżenie użycia* wyjątkiem od niej. Zjawisko to zostało określone w literaturze przedmiotu mianem „architektoniki przyzwolenia” (*architecture of consent*)⁴⁸⁵.

W ramach „kultury demokratycznej” tracą na znaczeniu ograniczenia komunikacji występujące w przypadku zastosowania tradycyjnych środków przekazywania informacji. Takim był przykładowo warunek dysponowania znacznymi zasobami finansowymi i zapleczem technicznym. Balkinowska

społeczeństw postindustrialnych, opartych na paradygmacie informajonizmu proces ten może ulec odwróceniu. Zob. M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998, s. 67.

⁴⁸⁵ E.J. Feigin, *Architecture of Consent: Internet Protocols and Their Legal Implications*, „Stanford Law Review”, vol. 56, 2003–2004.

„kultura demokratyczna” opiera się na technicznym instrumentarium kultury masowej, przy czym poddaje je indywidualizacji i decentralizacji. Powszechne uczestniczenie w kulturze staje się osiągalne dla większej ilości ludzi, przy częstszych okazjach⁴⁸⁶. Wolność jednostki w sferze komunikacyjnej nie ogranicza się już tylko do możliwości dokonywania wyboru produktów medialnych, których będzie ona biernym konsumentem. Technika cyfrowa w połączeniu z powstaniem sieci teleinformatycznych odebrała scentralizowanym mediom masowym monopol na wykorzystywanie środków technicznych do kształtowania kultury. Według znanego powiedzenia Abbotta J. Lieblinga „wolność prasy została zagwarantowana wyłącznie tym, którzy już byli tejże prasy dysponentami”⁴⁸⁷. Rozwój środków technicznych rozwijających komunikacyjne możliwości społeczeństwa zmienił ten stan rzeczy. Koszt produkcji i rozpowszechniania informacji, jak i udziału w debacie publicznej bardzo się obniżył. Tym samym, wiele ośrodków myśli (również niszowych) zostało zaopatrzonych w ekwiwalent własnych tytułów prasowych. Dotyczy to przykładowo feministycznej szkoły prawa, której przedstawiciele (przedstawicielki) wysoko oceniają możliwości wypływające z rozszerzenia zakresu dialogu oraz jego pogłębienia. Zastosowanie *technik informatycznych i komunikacyjnych* pozwala na docieranie do grup marginalizowanych np. z przekazem na temat praw człowieka, a także koordynowanie akcji zmierzających do ich dalszego rozwoju⁴⁸⁸. Każde wydarzenie publiczne może zostać przedstawiane w czasie rzeczywistym z różnych punktów widzenia. Niemal każdy zainteresowany łatwo uzyskuje dostęp do masowego odbiorcy. Może tworzyć, wykorzystywać istniejące zasoby kultury do budowania nowych, z pominięciem tradycyjnych mediów.

W początkowej fazie rozwoju globalnej *międzysieci* wiele uwagi poświęcono problemowi tzw. podziału cyfrowego (*digital divide*), czyli

⁴⁸⁶ J.M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, „New York University Law Review”, vol. 79, 2004, s. 45–46.

⁴⁸⁷ A.J. Liebling, *The Press*, New York 1975, s. 32.

⁴⁸⁸ R. Bahdi, *Analyzing Women’s Use of the Internet Through the Rights Debate*, „Chicago–Kent Law Review”, vol. 75, 1999–2000, s. 886–887.

zróżnicowaniu w dostępie do nowych środków technicznych pomiędzy różnymi grupami społecznymi. Sieć nie była osiągalna wszędzie i dla wszystkich w jednakowym stopniu. Należało ustalić czy fakt ten odzwierciedla istniejące wcześniej nierówności społeczne, czy też je pogłębia i tworzy nowe podziały⁴⁸⁹. Poziom dostępu do Internetu różnił się w zależności od dochodu, rasy, wykształcenia i miejsca zamieszkania danej jednostki. Zgłaszano postulaty, aby państwo zaangażowało się w „wyrównywanie nierówności dostępowych”, m.in. poprzez prowadzenie w tym zakresie akcji afirmatywnych⁴⁹⁰, czy też zagwarantowanie minimalnego poziomu uniwersalnych usług telekomunikacyjnych (tzw. *universal service*). Tradycyjne instrumenty państwa socjalnego niebawem okazały się jednak w dużej mierze zbyteczne, wobec sukcesów jakie odniosły rozwiązania rynkowe i dynamika postępu technicznego. Szybki rozwój techniki doprowadził do tak znacznego spadku jej cen, iż status majątkowy przestał stanowić znaczącego wyznacznika dostępu do infrastruktury. Podział cyfrowy nie oddziela tych co posiadają i tych co definitywnie nie posiadają dostępu do nowej techniki, a co najwyżej tych, posiadających wcześniej i tych posiadających nieco później najnowsze jej produkty. W tym sensie można uznać, że *digital divide* pokrywa się w znacznym stopniu z globalnym zróżnicowaniem w rozwoju cywilizacyjnym jako takim i nie stanowi nowego jakościowo, swoistego problemu czasów informacjonizmu⁴⁹¹.

Nowe zjawisko identyfikuje Seth F. Kreimer, nazywając je „cyfrowym kryzysem uwagi”⁴⁹². Dostęp do publiczności w dobie informacjonizmu przestał zależeć od dysponowania kosztowną infrastrukturą techniczną,

⁴⁸⁹ Por. A.L. Bomse, *The Dependence of Cyberspace*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001; N.W. Allard, *Digital Divide: Myth, Reality, Responsibility*, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 24, 2001–2002; J.M. Spectar, *Bridging the Global Digital Divide: Frameworks For Access and the World Wireless Web*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation”, vol. 26, 2000–2001;

⁴⁹⁰ Por. L.M. Baynes, *The Other Digital Divide: Disparity in the Auction of Wireless Telecommunications*, „Catholic University Law Review”, vol. 52, 2002–2003.

⁴⁹¹ Por. opis zróżnicowania dostępu do Internetu w wymiarze międzynarodowym: D. Campbell, *Can The Digital Divide Be Contained?*, „International Labour Review”, vol. 140, 2001.

⁴⁹² S.F. Kreimer, *Technologies of Protest: Insurgent Social Movements and the First Amendment in the Era of the Internet*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 150, 2001, s. 142.

pozostał jednak uzależniony od konieczności zwrócenia uwagi na dany przekaz przez potencjalnych odbiorców. Na tym zadaniu koncentruje się wysiłek światowych koncernów medialnych. Pozycja ekonomiczna pozwala im dystansować niekomercyjnych nadawców. Kreimer wyróżnia trzy podstawowe metody pozyskiwania uwagi publiczności przez instytucje społeczeństwa obywatelskiego. Określa je odpowiednio jako „błaganie o zainteresowanie”, „pożyczanie” i „kradzież” zainteresowania odbiorców. Ta ostatnia metoda jest wykorzystywana w związku z różnymi aktami „elektronicznego cywilnego nieposłuszeństwa”. „Kradzież” może polegać na nieautoryzowanym pozyskaniu newralgicznych społecznie lub niewygodnych politycznie danych i późniejszym ich rozpowszechnianiu przy okazji poruszenia istotnej dla danej organizacji kwestii.

Działania wyczerpujące znamiona „elektronicznego cywilnego nieposłuszeństwa”, które są akceptowane w reżimach liberalno–demokratycznych, niepokoją państwa totalitarne, z zasady ściśle limitujące dostęp informacji pochodzących z zewnątrz. Ich przenikanie przez granice mogłoby spowodować przełamanie blokady informacyjnej i zagrozić pozycji rządzących monopartii. Klasyczny przykład stanowi Chińska Republika Ludowa, gdzie przestrzeń informacyjna Internetu stała się miejscem afirmacji tych dążeń społeczeństwa, które są tłumione na terytorium państwa, związanych m.in. z wolnością zgromadzeń, wolnością słowa czy prawem zabierania głosu w debacie publicznej. Kierownictwo państwa i partii stara się pozyskać potencjał ekonomiczny nowych mediów, ograniczając do minimum wszelkie niekorzystne dla reżimu skutki polityczne tego kroku. Postawa taka przejawia się w promowaniu gospodarki elektronicznej i włączaniu jej do międzynarodowego rynku usług elektronicznych, a z drugiej strony na zwalczaniu transgranicznych transmisji informacji o charakterze niebezpiecznych dla podstaw ustroju. Zdaniem wielu obserwatorów pełna realizacja tego celu wydaje się niemożliwa, przynajmniej w długoterminowej perspektywie. Internet jest nazywany „piątą kolumną procesu demokratycznego”⁴⁹³.

⁴⁹³ D. Morris, *Direct Democracy and the Internet*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 34, 2000–2001, s. 1053.

Powszechne jest przekonanie, że rozwój opartej na swobodnej komunikacji gospodarki elektronicznej w państwach totalitarnych i jej włączenie się w „krwiobieg” światowego handlu staje się pierwszym krokiem do przełamania bariery informacyjnej. Wiele wskazuje na to, że Internet stanowi bazę dla przemian demokratycznych i budowania społeczeństwa obywatelskiego⁴⁹⁴. Słynne, z perspektywy czasu być może nazbyt optymistyczne, zdanie wypowiedział w 2000 roku ówczesny prezydent USA Bill Clinton: „*jeżeli ponad sto milionów Chińczyków uzyska dostęp do Sieci, nie uda się dłużej utrzymać tam zamkniętego politycznie i ekonomicznie społeczeństwa*”⁴⁹⁵.

Rewolucja informatyczna przełomu wieków przyniosła całkiem nowe możliwości w zakresie stosowania mechanizmów demokracji bezpośredniej na szeroką skalę. Powstała nowa zdecentralizowana platforma dla prowadzenia kampanii wyborczych (w tym zbierania funduszy), organizacji prawyborów, politycznych debat i dyskusji. Demokratyzacja obrotu informacją skutkuje tym, że stopniowe maleją wpływy koncernów medialnych w zakresie kształtowania opinii publicznej przez jednokierunkowy przekaz. Obniża się koszt interakcji i komunikacji pomiędzy kandydatami i wyborcami, rządzonymi i rządzącymi. Publiczność może uzyskać większy wpływ na kształt decyzji publicznych i sama jest lepiej poinformowana. Transnarodowy charakter nowych mediów telekomunikacyjnych tworzy materialne podstawy dla powstania globalnej demokracji nowego typu⁴⁹⁶.

W ramach tak ukształtowanej struktury dochodzi do zjawisk określanych mianem „neospontanicznego prawodawstwa”. Znaczny wpływ na powstanie reguł np. prawa humanitarnej interwencji miał nacisk opinii społecznej wywołany zaangażowaniem mediów w przedstawianie z bliska czystek etnicznych. „*To nie naruszenie prawa prowadzi do skandalu, ale*

⁴⁹⁴ J. Bi, *The Internet Revolution in China*, „International Journal”, vol. 56, 2000–2001, s. 441.

⁴⁹⁵ Przemówienie prezydenta Billa Clintona wygłoszone 17 maja 2000 roku na 119. inauguracji *U.S. Coast Guard Academy, New London, Connecticut*.

⁴⁹⁶ D. Morris, *Direct Democracy and the Internet*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 34, 2000–2001, s. 1040–1041.

skandal tworzy nowe prawo”⁴⁹⁷. Poprzez środki komunikacji elektronicznej do opinii publicznej docierają też organizacje pozarządowe, takie jak *Greenpeace* czy *Amnesty International*. Ciągły monitoring i raporty publikowane w trybie *on-line* podnoszą świadomość na temat praw człowieka ponad poziom istniejący przy wykorzystaniu jedynie tradycyjnych mechanizmów prawno-politycznych.

5. Wnioski

Informacjonizm może sprzyjać powstawaniu „kultury demokratycznej”, czyli takiej, w której „jednostki mają możliwość uczestnictwa we wszystkich formach tworzenia znaczeń, które kształtują ich podmiotowość”⁴⁹⁸. Dotyczy to w szczególności wytwarzania obiektów kulturowych i udostępnianiu ich szerokiej publiczności w formie cyfrowej, niezależnie od faktu przynależności twórcy do politycznej, ekonomicznej czy kulturalnej elity. Dotarcie do odbiorców i wejście z nimi w interakcję staje się coraz tańsze i przestaje wymagać rozwiniętych umiejętności technicznych. Powstają systemy dyskusyjnego rozwijania ogólnie dostępnej wiedzy, koordynujące zbiorowy wysiłek intelektualny w celu tworzenia udostępnianych publicznie zbiorów uporządkowanych treści⁴⁹⁹. Wszelkie akty mowy uzyskują w ich obrębie moc wiążącą jeżeli tylko spełniają wytaczane przez nie roszczenia ważnościowe.

Rozwojowi nowoczesnej techniki towarzyszy popularyzacja różnorodnych narzędzi horyzontalnej komunikacji. Powstają jakościowo nowe warunki dla instytucjonalizacji dyskursów praktycznych (dotyczących norm) na wielorakich poziomach społecznych interakcji. Może to wpływać na

⁴⁹⁷ A. Bianchi, *Globalization of Human Rights: The Role of Non State Actors*, [w:] G. Teubner (red.) *Global Law Without A State*, Dartmouth Gower 1997, s. 185 i n.

⁴⁹⁸ J.M. Balkin, *op.cit.*, s. 2.

⁴⁹⁹ Przykładem może być technologia *wiki*, która umożliwia odwiedzającym stronę WWW dodawanie, poprawianie, edycję treści. Najsłynniejszym zastosowaniem tej technologii jest *Wikipedia*. *Wolna Encyklopedia*, por. <http://wikipedia.org>.

tworzenie się nowego ładu zarówno w sferze politycznej jak i społecznej. W obydwu dziedzinach odbudowa więzi społecznych następuje poprzez ich komunikacyjną racjonalizację, a koordynacja działań opiera się na dążeniu do osiągnięcia porozumienia metodami pokojowymi.

Krąg możliwych uczestników różnych dyskursów rozszerza się, demokratyzuje, przekraczając granice polityczne, etniczne i językowe. Obszary życia zdane na integrację społeczną za pośrednictwem wartości, norm i procesów dochodzenia do porozumienia uzyskują wzmocnienie, swoiste techniczne wspomaganie. Racjonalność komunikacyjna może przeniknąć również do formalnie zorganizowanych obszarów działania, takich jak np. administracja państwowa poprzez wykorzystywanie różnorodnych elektronicznych systemów wymiany informacji pomiędzy organami władzy a obywatelami.

Należy przyjąć, że rewolucja w obrębie *technik informatycznych i komunikacyjnych* prowadzi do odwrócenia, a przynajmniej wyhamowania procesów opisywanych przez Maxa Webera, tj. przenoszenie się administracyjnych i monetarnych mechanizmów sterowania na świat życia. Zastosowanie tych technik w życiu społecznym przeciwdziała urzeczowianiu komunikacyjnie ustrukturuowanych obszarów działania, chroni je przed przestawieniem na dysfunkcjonalną dla nich (pozajęzykową) zasadę uspołecznienia. *Techniki informatyczne i komunikacyjne* mogą służyć jako tworzywo dla budowy materialnych platform do prowadzenia dyskusji otwartych dla wszystkich zainteresowanych, praktycznie w dowolnej dziedzinie. W tym sensie posiadają one „potencjał dyskursywny”.

PANOPTYCZNY POTENCJAŁ TECHNIKI W ŚWIETLE KONCEPCJI WŁADZY DYSCYPLINARNEJ MICHELA FOUCAULTA

1. Uwagi ogólne

Jürgen Habermas – filozoficzny spadkobierca Kanta – budował swoje koncepcje, posługując się słownikiem oświeceniowego racjonalizmu. Można, ze Richardem Rortym, postawić mu z tego tytułu zarzut o następującej treści: „słownik tego rodzaju nie jest w stanie posłużyć do obrony wartości, które sam głosi”. Nie wyjaśnia w jaki sposób dochodzi do przechodzenia od jednej formacji dyskursywnej do innej. Posługując się nim nie jesteśmy w stanie dostrzec rozbieżności istniejącej pomiędzy racjonalnością formalną a tzw. *Realrationalität*, zakorzenioną w społecznej rzeczywistości⁵⁰⁰.

⁵⁰⁰ R. Rorty, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge 1989, s. 44.

Element, który, zdaniem wielu krytyków, stanowił brakujące ogniwo teorii Habermasa pojawia się w centralnym punkcie twórczości Michela Foucaulta. Elementem tym jest pojęcie władzy, jej dynamiki i technik. Ujęcie Habermasa ma głównie charakter proceduralny i normatywny, podczas gdy Foucault koncentruje się na obserwacji warunków koniecznych dla zaistnienia rzeczywistego dyskursu. Rozważa, czy i w jaki sposób racjonalność komunikacyjna może znaleźć punkt oparcia w społeczeństwie zdominowanym przez interakcje o charakterze innym niż językowy.

Foucault zdobył uznanie „świeżością myśli, ogromnym darem syntezy, wchodzeniem na niewydeptane ścieżki oraz otwieraniem nowych perspektyw badawczych i filozoficznych”⁵⁰¹. Budził też nie mniejsze kontrowersje stylem życia, radykalizmem postawy politycznej i społecznej. W odróżnieniu od Habermasa, nie zajmował się nigdy tworzeniem utopii, ale wytrwale śledził rzeczywistości władzy. Uznawał, że każdy rodzaj dyskursu formowany jest przez społeczne praktyki. Był przekonany, że „władza produkuje wiedzę [...], że władza i wiedza wprost wiążą się ze sobą; że nie ma relacji władzy bez skorelowanego z nimi pola wiedzy ani też wiedzy, która nie zakłada i nie tworzy relacji władzy”⁵⁰².

W warunkach informacjonizmu, wraz z instytucjonalizacją dyskursu zapośredniczonego w technice, postępują procesy globalizacji systemów władzy i kontroli. Służą one po części tradycyjnym ośrodkom władzy politycznej, po części węzłom władzy nowego typu. W drugim przypadku chronią przede wszystkim interesy majątkowe, związane z elektroniczną cyrkulacją towarów i usług. Za zwiastun tego rodzaju zjawisk, jeszcze w postaci załączkowej, mogą posłużyć *systemy elektronicznego zarządzania prawami*.

⁵⁰¹ J. Topolski, *Wstęp*, [w:] M. Foucault, *Archeologia wiedzy*, Warszawa 1977, s. 10.

⁵⁰² M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1998, s. 29.

2. Wprowadzenie do twórczości Michela Foucaulta

Z uwagi na zaledwie śladową obecność myśli Michela Foucaulta⁵⁰³ w literaturze prawniczej, przed poruszeniem zasadniczego, z punktu widzenia tematu pracy, wątku jego twórczości, należy rozpocząć od kilku uwag wprowadzających. Zmarły w 1984 roku Foucault był uczonym, który w centrum swoich zainteresowań umieścił problem wykorzystania nauki i rozumu w charakterze instrumentów władzy. „Jurydyczne” – jak je nazywał – „obrazy władzy” opisywał marginalnie, zwykle w ujęciu polemicznym. Twórczość Foucaulta oscylowała wokół domeny historycznej i filozoficznej, ale on sam nigdy nie aspirował do miana zawodowego historyka. Nie uprawiał też refleksji filozoficznej w powszechnym tego słowa znaczeniu⁵⁰⁴. Z perspektywy czasu, biorąc pod uwagę zawartość pozostawionego dorobku i wypracowaną przez lata metodologię pracy badawczej, najbardziej trafnym będzie określenie Michela Foucaulta mianem: „archeologa wiedzy” (był nim w latach sześćdziesiątych) i „genealoga władzy” (w kolejnym dziesięcioleciu).

„Archeologia” oznaczała specyficzny sposób uprawiania historii. Foucault badał przeszłość inaczej, niż jest to przyjęte w tradycyjnej historiografii zdarzeniowej, opartej na genetycznym opisie chronologicznego następstwa faktów. W „archeologiach” poszczególne dziedziny historii ujmowane są przez pryzmat specyficznych dla nich dyskursów, a więc systemów ludzkich wypowiedzi. Poznanie zamierzonych dyskursów, analiza dawnych zachowań językowych pozwala na odwzorowanie typowych dla danych epok sposobów postrzegania świata. Metoda archeologiczna zmusza do rezygnacji z czysto antropologicznego punktu widzenia, koncentrując uwagę badacza na śledzeniu fundamentalnych kodów danej kultury, które „rządzą jej językiem, jej formami poznawania, sposobami wymiany, technikami, jej wartościami, hierarchię jej działań”⁵⁰⁵. Metoda

⁵⁰³ Żył w latach 1926–1984, wykładał m.in. w Clermont–Ferrand i Vincennes we Francji.

⁵⁰⁴ Niektórzy, jak np. Karl Popper odmawiali mu w ogóle statusu filozofa – Por. Tenże, *W poszukiwaniu lepszego świata*, Warszawa 1997, s. 98 i n.

⁵⁰⁵ M. Foucault, *Słowa i rzeczy. Archeologia nauk humanistycznych*, Gdańsk 2000, s. 11

ta została przez Foucaulta zastosowana m.in. w *Historii szaleństwa w dobie klasycyzmu*, gdzie posłużyła mu do odtworzenia dyskursu psychiatrycznego. W *Narodzinach kliniki* zajął się dyskursem klinicznym, a w *Słowach i rzeczach* dyskursami, które towarzyszyły powstawaniu wiedzy w ramach całej grupy nauk humanistycznych.

Lata siedemdziesiąte przyniosły zmianę w metodologicznym nastawieniu uczonego, inspirowaną w dużej mierze wpływami antyplatońskiej filozofii Nietzschego⁵⁰⁶. Na początku tej dekady Foucault objął, powołaną specjalnie dla niego, katedrę systemów myślenia w *Collège de France*, jednej z najbardziej prestiżowych francuskich instytucji naukowych. Zaczął posługiwać się nowymi sposobami badania i rozumienia rzeczywistości, uwzględniającymi i przewyższającymi zarazem mankamenty metody archeologicznej. Dotychczasowe podejście polegało na przedstawianiu wiedzy w sposób czysto opisowy. Nowa metoda uwzględniała zewnętrzne warunki dyskursu, przede wszystkim społeczne, polityczne i instytucjonalne aspekty tworzenia i funkcjonowania wiedzy. Elementem, który kształtuje wiedzę są, według Nietzschego i Foucaulta, stosunki władzy, one kreślą ramy dla procesów „produkcji” dyskursu. Władza jest czynnikiem definiowania wiedzy, wyznacza momenty wyłaniania się poszczególnych prawd, idei i wartości. Ona właśnie powinna stać się pierwszoplanowym przedmiotem badań. „Genealogie władzy” powinny dopełniać „archeologie wiedzy”. Pisał: „część genealogiczna analizy obejmuje serie rzeczywistego kształtowania się dyskursów; usiłuje uchwycić je w ich władzy afirmatywnej”. Władza taka konstytuuje „domeny przedmiotów, o których będzie można orzekać zdania prawdziwe albo fałszywe lub negocować je”⁵⁰⁷. Tradycyjne pytanie filozofii prawa i polityki „jak z wielu jednostek i woli może powstać jedna wola?”, względnie „jedno ciało ożywione duszą – suwerenem” ulega odwróceniu. Foucault pyta o to, w jaki sposób wiele ciał za sprawą efektów

⁵⁰⁶ Por. opis metody genealogicznej: M. Foucault, *Nietzsche, genealogia, historia*, [w:] M. Foucault, *Filozofia, historia, polityka. Wybór pism*, Warszawa – Wrocław 2000.

⁵⁰⁷ M. Foucault, *Porządek dyskursu. Wykład inauguracyjny wygłoszony w Collège de France 2 grudnia 1970*, Gdańsk 2002, s. 49.

władzy zostaje ukonstytuowanych jako podmioty. W jego teorii jednostki są produktem procesu sprawowania władzy. Metoda „genealogiczna” posłużyła Foucaultowi m.in. do prezentacji historii narodzin więziennictwa i społeczeństwa dyscyplinarnego (*Nadzorować i karać*), a także dziejów represjonowania płciowości (*Historia seksualności*).

Postać francuskiego myśliciela wymyka się powszechnie stosowanym klasyfikacjom i typologiom nurtów filozoficznych. Myśl Foucaulta podlegała ewolucji wskutek nieustannych poszukiwań intelektualnych. Jej oryginalność nie oznacza, że idee filozofa powstawały *ex nihilo*. Obok wspomnianych już „ojców intelektualnych” – Nietzschego, Kanta i Hegla, ulegał wpływom innych, tak historycznych, jak i sobie współczesnych autorów⁵⁰⁸. Powszechne u historyków idei zaliczanie Foucaulta do grona poststrukturalistów i politycznej lewicy wydaje się jednak nazbyt wielkim uproszczeniem⁵⁰⁹. Sam zainteresowany bronił się przed wszelkimi próbami takiego przypisania. Jedna z książek mu poświęconych nosi, wiele mówiący, tytuł będący cytatem z bohatera: „Nie pytajcie mnie kim jestem...”⁵¹⁰. Po krótkich, choć zarazem burzliwych doświadczeniach z francuskimi komunistami i maoistami sam w następujący sposób określił swoją postawę polityczną. „*Myszę, że w rzeczywistości byłem przypisywany większości miejsc politycznej szachownicy, raz za razem, a czasami równocześnie: jako anarchista, lewicowiec, ostentacyjny i zamaskowany marksista, nihilista, bezpośredni, czy ukryty anty-marksista, technokrata w służbie gaullizmu, nowy liberał, etc. [...] Żaden z tych opisów nie jest ważny sam dla siebie; z drugiej strony, wzięte razem, coś znaczą.*”⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Młody Foucault formował swoje koncepcje w opozycji do panującego w francuskim życiu intelektualnym lat sześćdziesiątych egzystencjalizmu, humanizmu i marksizmu. Od autora „Kapitału” przejął jednak antypozytywistyczną wrogość względem tradycyjnej myśli. Silnie wpłynął na niego niewątpliwie Martin Heidegger. Ulegał inspiracjom ze strony francuskiej szkoły historii nauki (Gaston Bachelard), strukturalizmu (Claude Lévi-Strauss, Louis Althusser), psychoanalizy (Freud), aby na początku lat osiemdziesiątych zwrócić się w kierunku myśli antyku i wczesnego chrześcijaństwa.

⁵⁰⁹ Por. S. Blackburn (red.), *Oksfordzki słownik filozoficzny*, Warszawa 2004, s. 128.

⁵¹⁰ M. Kwiek (red.), „*Nie pytajcie mnie kim jestem...*” *Michel Foucault dzisiaj*, Wydawnictwo Naukowe IF UAM, Poznań 1998.

⁵¹¹ M. Foucault, *Dits et écrits, 1954–1988*, t. IV, Paryż 1994, s. 593, tłumaczenie: A. Kapusta, *op.cit.*, s. 14.

Cytowana wypowiedź jest charakterystyczna dla języka Michela Foucaulta, obfitującego w paradoksy, wymyślne terminy, metafory, gry i pułapki słowne. Trafnie zauważono, iż jest on jak „zderzenie dyskursu strukturalisty z mową poety”⁵¹². Foucault stworzył własną, oryginalną terminologię naukową, jedynie luźno powiązaną znaczeniowo z rejestrami językowymi nauk historycznych, socjologii czy filozofii. Bywał zaliczany się do grona najbardziej wpływowych pisarzy drugiej połowy XX wieku. Niektórzy z jego apologetów obwołali wręcz minione stulecie „wiekiem Foucaulta”⁵¹³. Oddziaływanie idei myśliciela ujawnia się na przestrzeni całej niemal humanistyki. Jego prace są cytowane i komentowane, poza literaturą *stricto* filozoficzną, przez twórców z zakresu: sztuki i architektury, muzealnictwa i historii, antropologii, archeologii, lingwistyki i retoryki. Foucault inspiruje kulturoznawców, socjologów, psychologów i teoretyków literatury. Do jego koncepcji odwołują się uczeni z zakresu studiów o komunikacji i eksperci od zarządzania i kształcenia. Jest natchnieniem dla teoretyków różnych krytycznych szkół badawczych, np. feminizmu⁵¹⁴.

Mniejsze zainteresowanie francuskim myślicielem występuje na gruncie nauk prawnych, gdzie recepcja myśli filozofa zdaje się przebiegać wolniej niż w innych dyscyplinach. Powodem takiego stanu rzeczy jest zapewne fakt symbolicznego wypowiedzenia przez Foucaulta wojny „jurydycznemu” obrazowi władzy i suwerenności. Dążeniem francuskiego filozofa była próba wyzwolenia się od dotychczasowych schematów analizy władzy – prawniczego, liberalnego, marksistowskiego, a także prób tłumaczenia specyfiki władzy wyłącznie poprzez pryzmat stosowania represji. W pracach, w których poruszał problem władzy podkreślał, że zależności władcze nie ograniczają się wyłącznie do sfery politycznej, ale rozciągają

⁵¹² T. Komendant, *Posłowie tłumacza*, [w:] M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1998, s. 307.

⁵¹³ Taką wypowiedź Gillesa Deleuze’a przytacza M. Kocur, *Michel Foucault, czyli inaczej*, „Odra”, 10/1996, s. 34.

⁵¹⁴ Popularność Foucaulta dobrze oddają indeksy cytowań. *Social Sciences Citation Index* odnotowuje 9000 nawiązań. W bibliotece Kongresu USA znajduje się 750 pozycji odnoszących się do twórczości francuskiego myśliciela.

się na wszystkie niemal typy relacji społecznych. Jego stanowisko tak dalece odbiegało od konwencjonalnego dyskursu uprawnianego w ramach nauk prawnych, iż polemika z nim stała się trudna dla prawników, także ze względów komunikacyjnych. W pismach Michela Foucaulta uwidacznia się rozległa perspektywa ujmowania problemu regulacji zachowań. Jest ona znacznie szersza od tej, która dominuje na gruncie dogmatycznych nauk prawnych czy nawet w samej filozofii prawa. To, co dla wielu uczonych jurystów mogło jawić się jako ułomność twórczości Foucaulta, w kontekście tematu niniejszej pracy staje się jej atutem. Proponowane przez autora „Nadzorować i karać” podejście do problemu władzy pozwala na ukazanie tych aspektów rewolucji informatycznej, które zazwyczaj wymykały się typowo prawniczej analizie.

3. Foucaultowska krytyka „jurydycznego” obrazu władzy i próby jego przewycięzenia

Zdaniem Michela Foucaulta koncepcja manifestowania się władzy, nazywana przez niego „jurydyczną” nie oddaje istoty tego, jak władza faktycznie funkcjonuje w nowoczesnym społeczeństwie. Wychodząc z takiego założenia, nie sformułował nigdy własnej teorii prawa. Nie uczynił też prawa przedmiotem wnikliwych badań. Zdaniem niektórych egzegetów Foucault starał się w swojej twórczości wręcz wyprzeć prawo z jego ugruntowanej, ważnej pozycji w teorii społecznej (*expulsion thesis*)⁵¹⁵. Uznawał, że w rzeczywistym świecie władzy ustępuje ono pola tzw. władzy dyscyplinarnej i bio-polityce. Należy zastrzec, że pisząc o prawie, Foucault ma na myśli zakazujący rozkaz suwerena (którego archetypem jest monarcha), skierowany do poddanych, na straży którego stoi przymus (królewski miecz). „*W gruncie rzeczy*” – twierdzi – „*pomimo zmieniających*

⁵¹⁵ Por. A. Hunt, G. Wickham, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, London 1994, s. 34.

się epok i celów, obraz władzy wciąż inspirowany jest przez monarchię. W politycznych rozważaniach i analizach nigdy nie spadła głowa króla.”⁵¹⁶ Ten obraz władzy znajduje się w ogniu Foucaultowskiej krytyki. Nie oddaje on bowiem technik, poprzez które władza jest faktycznie wykonywana, ani nie koncentruje się na efektach władzy. Wobec uznania nierozzerwalności więzi prawa i suwerena, Foucault, odrzucając koncepcję suwerenności, zajmuje również programowo antyjurydyczną postawę. Stoi na stanowisku, że, poczynszy od średniowiecza, myśl prawna nieprzerwanie tworzyła się wokół problemu władzy królewskiej: jej prawnej konstrukcji, jej emanacji w postaci aparatu państwowego i towarzyszących tym zjawiskom ideologii. Juryści byli głównymi architektami odbudowy gmachu prawa, podniesienia ze zgliszcz prawa rzymskiego w średniowiecznej Europie. Pierwszorzędną funkcją prawa stało się organizowanie władzy królewskiej. Prawo służyło jej jako narzędzie a zarazem sposób legitymacji. Zdaniem Foucaulta właśnie rozwój monarchii i jej instytucji wprowadził wymiar polityczno–jurydyczny. Odtąd stanowi on „kod”, który reprezentuje władzę, określa formę jej poczyniń i procedur⁵¹⁷. W ten sposób teoria suwerenności stała się stałym elementem ideologii prawa.

Kwestia władzy suwerena pozostawała w centrum debaty prawnej, niezależnie od tego, czy juryści byli zwolennikami króla, czy też, jak to miało miejsce w pewnych okresach historycznych, stawali się jego przeciwnikami. W czasie rewolucji francuskiej nastąpiła zmiana suwerena, tak w aspekcie podmiotowym (władca absolutny – naród), jak i ilościowym (jeden człowiek – wielu ludzi). Jurydyczna teoria suwerena jako taka pozostała jednak niezachwiana. Prawo służyło i służy do określania prawomocności władzy, albo poprzez wskazywanie fundamentalnego uprawnienia do jej sprawowania (średniowiecze), albo też, przeciwnie, wywodząc w jaki sposób trzeba tą władzę ograniczać, podporządkowując ją prawu (absolutyzm, czasy nowożytny). Krytyka władzy nigdy nie objęła samej zasady, że formą władzy musi być prawo. Ograniczała się zazwyczaj do napiętnowania illegalizmów

⁵¹⁶ M. Foucault, *Historia seksualności*, Warszawa 2000, s. 81.

⁵¹⁷ *Ibidem*, s. 80.

władzy albo do postulatu określonej modyfikacji treści prawa. Co najmniej od wieków średnich „jurysdykcja” pozostaje sposobem manifestowania się władzy i językiem ją wyrażającym. Obraz ten był nieustannie podtrzymywany przez każdą teorię prawa publicznego. „Jurysdykcja” służy władzy jako forma zapewniająca jej społeczną akceptację.

Na jurydyczny obraz władzy przedstawiony przez Foucaulta składają się następujące elementy:

- przekonanie, że władza pochodzi „z góry”, a od jej centralnego ośrodka, tj. „ogniska suwerenności” promieniują wszelkie formy pochodne;
- monotonna, uboga w środki, „samopowtarzalna” mechanika władzy, dysponuje jedynie „mocą mówienia »nie«” (definiowanie władzy w terminach negatywnych);
- ekonomizm, czyli postrzeganie władzy przez analogię z różnymi dobrami, które można posiadać, przekazywać w drodze umowy, odzyskiwać, jak np. bogactwo;
- koncentracja na samym „wypowiadaniu prawa i samym działaniu rozkazu”;
- funkcjonowanie poprzez „czyste ograniczenie wolności” tj. uszczuplające i ograniczające wolność niejako ilościowo, ale nie ingerujące w jej jakościową substancję. Istnieje binarny kod wolne / zakazanie, pomiędzy którym nie ma stanów pośrednich⁵¹⁸.

Mając powyższe na uwadze, Foucault może jawić się współczesnemu filozofowi prawa jako postać, która niejako przy okazji krytyki suwerennej koncepcji władzy, dokonuje nieuprawnionego ataku na prawo, zawężając przy tym jego znaczenie do rozkazu władcy. Inaczej niż w przypadku wielu innych zawodowych dyscyplin, autor „Nadzorować i karać” nigdy nie sporządził „genealogii” prawa. Nie podążał ścieżkami rozwoju myśli prawej, nie badał wewnętrznej złożoności systemów prawnych obejmujących, poza

⁵¹⁸ M. Foucault, *Historia seksualności...*, s. 78, 84., Tenże, *Wykład z 7 stycznia 1976*, w: *Trzeba bronić społeczeństwa*, Warszawa 1998, s. 26–27.

normami karnymi, także przepisy prawa cywilnego, procedury i regulacje kompetencyjne⁵¹⁹. Prezentowany przez Foucaulta sposób rozumienia prawa, *mutatis mutandis* odpowiadający Austinowskiej koncepcji „prawa jako rozkazów suwerena popartych przymusem”, został poddany zasadniczej krytyce w kanonicznym dla współczesnej, pozytywistycznej jurysprudencji dziele Herberta L.A. Harta⁵²⁰. Co więcej, teorie Foucaulta nie będą na ogół przydatne przy normatywnych wnioskowaniach właściwych nauce prawa. Jego opisowe i analityczne podejście nie pasuje do dominujących form prawnego dyskursu.

Mimo wagi stawianych zarzutów, należy stwierdzić, że myśli francuskiego filozofa nie są pozbawione wartości dla współczesnej filozofii prawa. Ujawnia on i demaskuje metody i techniki regulacji, które odpowiadają specyfice ponowoczesnego, transnarodowego społeczeństwa doby informacjonizmu. Ich rozpoznanie, ocena i charakterystyka jest wartością samą w sobie, niezależną od stwierdzenia, czy Foucaultowskie pojęcie „prawa” nadaża za rozwojem doktryny pozytywizmu prawniczego, czy też nie. Foucault oferuje metodę badania społecznych i historycznych uwarunkowań, w których funkcjonują struktury prawne, m.in. znaczenie wiedzy, w szczególności wiedzy eksperckiej w procesie tworzenia, reprodukcji i transformacji stosunków władzy. Dorobek Foucaulta powinien być zatem traktowany jako swoisty „magazyn koncepcji i technik” pozostających do dyspozycji innych dyscyplin, również prawa. Sam myśliciel nazywał swoje książki „skrzynkami z narzędziami”, które ludzie mogą, jeżeli zechcą, otwierać i czynić użytek „z takiego czy innego zdania czy idei [...] w celu zmniejszenia obszaru albo zdyskwalifikowania systemów władzy”⁵²¹. Wiele z tych koncepcji i metod może przyczynić się do rozwoju niepozytywistycznej jurysprudencji.

⁵¹⁹ Por. krytykę Foucaultowskiego rozumienia prawa, której dokonuje m.in.: A. Hunt, *Foucault's Expulsion of Law: Toward the Retrieval*, „Law & Society Inquiry”, vol. 17, 1992, *passim*; D. Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault*, „Legal Studies Forum”, vol. 15, 1991, s. 83.

⁵²⁰ H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 34–113.

⁵²¹ M. Foucault, *Des suppliques aux cellules*, „Le Monde”, nr 9363, 1975, s. 16.

Foucault poddaje dekonstrukcji teorię suwerenności i proponuje dokonać odwrócenia rozpowszechnionego współcześnie kierunku analizy władzy. Zamiast badać legalne formy władzy w jej ogólnych mechanizmach, proponuje, aby istoty tego zjawiska poszukiwać raczej w jej najdalszych rozgałęzieniach, tam, „gdzie wykraczając poza reguły prawne, które ją organizują i wyznaczają, znajduje ona przedłużenie poza tymi regułami, wkracza do instytucji, nabiera ciała w technikach i tworzy dla siebie materialne narzędzia interwencji”⁵²². Rozważania nad suwerenem i posłuszeństwem jego poddanych powinny ustąpić miejsca badaniom dominacji i podporządkowania. Foucault analizuje w swoich pismach zróżnicowane formy dominacji i podległości pojawiające się w obrębie struktury społecznej, nazywając je „wielokształtnymi technikami ujarzmiania”. Interesują go faktyczne praktyki władzy, jej obszar zastosowanie, czyli to, gdzie i w jaki sposób się ona „zagnieżdża”. Fundamentalnym pytaniem jest, jak się rzeczy mają „w chwili, na poziomie, na wysokości podporządkowywania, ujarzmiania i wytwarzania podległości, czyli w tych ciągłych i nieprzerwanych procesach, które ujarzmiają nasze ciała, które kierują naszymi gestami i rządzą naszym zachowaniem”⁵²³.

Foucault przyznaje pierwszeństwo „wznoszącej analizie” władzy przed tzw. dedukcją władzy. Za poważny metodologiczny błąd uznaje wychodzenie od centrum władzy i dociekanie jak daleko sięga ona w dół. W zamian Foucault proponuje, aby „wyjść od najdrobniejszych mechanizmów, które mają swoją własną historię, własny bieg, własną technikę i taktykę a potem zobaczyć w jaki sposób te mechanizmy władzy, posiadając własną trwałość i niejako własną technologię, były albo są nadal podbijane, kolonizowane, wykorzystywane, załamywane, przekształcane, przemieszczane, rozciągane itd. przez coraz to ogólniejsze mechanizmy i formy dominacji globalnej”⁵²⁴. Dominacja, będąca dla Foucaulta symptomem władzy, nie musi być ukierunkowana w sposób jednolicie wertykalny i sprawowana niepodzielnie,

⁵²² Tenże, *Trzeba bronić społeczeństwa. Wykłady w Collège de France z roku 1976*, Warszawa 1998, s. 37.

⁵²³ M. Foucault, *Trzeba bronić...*, s. 38.

⁵²⁴ *Ibidem*, s. 40.

tn. tak, że „jedni mają ją na wyłączność, a inni nie mają jej wcale i tylko jej podlegają”. W tym sensie władza jest innego rodzaju dobrem niż np. bogactwo. Sprawowanie jej odbywa się w sieci, po której krążą jednostki: „zawsze znajdują się w pozycji, która każe im zarazem władzy podlegać i ją sprawować”⁵²⁵. W tym kontekście bardzo wymowne staje się przyjęcie przez Foucaulta (za Nietzschem) ontologii walki, konfliktu różnych sił w stosunkach społecznych i uczynienie z niej zasady analizy relacji władzy. Władza przejawia się jako sieć integrująca nieustannie napięte i aktywne stosunki i techniki dominacji⁵²⁶. Jej modelem będzie „prędzej nieustanna bitwa niż cesja lub podbój zawłaszczający jakąś domenę”⁵²⁷. Krytyka zredukowania pojęcia władzy do schematu proponowanego przez prawną konstrukcję suwerenności, skłania Foucaulta do poszukiwań odmiennej perspektywy. Nową formą ogólną, właściwą do analizy władzy pojmowanej w kategoriach wielości stosunków sił może być wojna. Ona leży u źródła nowoczesnych państw, czego dowodów dostarczają dzieje wojen religijnych we Francji, tradycja powoływanie się na prawo do ziemi wynikające z podboju lub imperatyw stawiania oporu przeciwko dawnym najeźdźcom. Z wojen rodziły się prawa, czy to przyjmujące postać wywalczonych przywilejów, czy też krwawych rewolucji. Mimo że od czasów Średniowiecza wojna poddana została etatyzacji i instytucjonalizacji, to pod powłoką autorytetu władzy, wewnątrz jej mechanizmów rozgrywa się nadal, w sposób pierwotny i permanentny. Zdaniem Foucaulta wojna stale przenika ciało społeczne, pełniąc funkcję ukrytego motoru instytucji, praw i porządku. Prawo rodzi się z bitew, jest rezultatem wygranej wojny i samo staje się strategią rozgrywających się nowych wojen. „I nie wystarczy” – twierdzi Foucault – „odkryć tę wojnę jako zasadę wyjaśnienia; trzeba ją odrodzić, wydobyć ją z larwalnych i głuchych form, w jakich toczy się tak, że niezbyt dobrze zdajemy sobie z niej sprawę, i doprowadzić do rozstrzygnięcia bitwy, do której musimy się przygotować jeśli chcemy zwyciężyć.”⁵²⁸

⁵²⁵ *Ibidem*, s. 39.

⁵²⁶ M. Foucault, *Historia seksualności...*, t. 1, s. 84.

⁵²⁷ Tenże, *Nadzorować...*, s. 28.

Zwieńczeniem Foucaultowskiej krytyki jest postulat dokonania symbolicznego aktu dekapitacji suwerena, czyli ostatecznego zaprzestania dociekań o suwerenność i legitymację. Ścięcie głowy królowi jawi mu się jako niezrealizowane zadanie, które wciąż stoi przed teorią polityczną⁵²⁹. Zdaniem Foucaulta „*tworzyć trzeba analizę władzy, która nie przyjmowałaby już prawa za klucz czy model*”. Utwierdzają go w tym przekonaniu, zidentyfikowane przy użyciu metody genealogicznej, nowe mechanizmy władzy, które „*począwszy od XVIII wieku, zaczynają przynajmniej częściowo zagarniać życie ludzi, ludzi pojętych jako żyjące ciała*”⁵³⁰. Regulacja zachowań przyjmując postać „rządzenia” (*governance*) rozumianego jako kierowanie i sprawowanie nadzoru na populacją poprzez rozmyślnie i wykalkulowane stosowanie odpowiednich środków technicznych⁵³¹. Paradoksalnie, zjawiska te ujawniły się w momencie, gdy prawo wydawało się odnosić największe tryumfy za sprawą rewolucji francuskiej, inicjującej wiek konstytucji i kodeksów.

4. „Genealogia” mechanizmów władzy dyscyplinarnej

W ocenie francuskiego filozofa konkretna analiza stosunków władzy jest możliwa dopiero wówczas, gdy odrzucimy jurydyczny obraz władzy i skierujemy się ku innym jej modalnościom. Autor „*Nadzorować i karać*” przedstawił kilka propozycji, które mogą posłużyć jako alternatywne sposoby konceptualizacji problemu regulacji zachowań⁵³². W kontekście tematu niniejszej pracy, na uwagę zasługuje oryginalna koncepcja „władzy dyscyplinarnej”. „*Wydaje mi się*” – pisał Foucault – „*że ten typ*

⁵²⁸ Tenże, *Trzeba bronić...*, s. 55–58, 261–266.

⁵²⁹ Tenże, *Power/Knowledge*, Colin Gordon (red.), Harvester, Brighton 1980, s. 121.

⁵³⁰ M. Foucault, *Historia seksualności...*, s. 81

⁵³¹ Tenże, *Rządomyślność*, [w:] *Filozofia, Historia, Polityka. Wybór pism*, Warszawa – Wrocław 2000, s. 184–185.

⁵³² Do najistotniejszych koncepcji Foucaulta należą: „władza pastoralna”, „liberalna racjonalność rządzenia”, „rządomyślność” (*governmentality*) oraz „biowładza” czyli kontrola populacji. Por. B. Hindess, *Filozofie władzy. Od Hobbesa do Foucaulta*, Warszawa – Wrocław 1999, s. 109.

władzy stanowi dokładną systematyczną odwrotność mechaniki władzy, którą opisywała lub próbowała opisać teoria suwerenności.”⁵³³ „Genealogia” władzy dyscyplinarnej – nawiązując do metodologii Foucaulta – przedstawia się następująco.

Model kontroli i regulacji zachowań społecznych przeszedł zasadniczą transformację u zarania nowożytności – pierwsze zwiastuny tego zjawiska ujawniły się już w XVII i XVIII wieku. Foucault wskazał na powstający wówczas nowy sposób sprawowania władzy, inny niż posługiwanie się tradycyjnymi systemami zobowiązań i powinności. Polegał on na rozprze-strzenianiu się projektów dyscyplinarnych, systemów ciągłego nadzoru, służących realizacji różnych celów praktycznych w szkołach, manufakturach czy w armii.

Wraz z początkiem XIX wieku zanika karanie poprzez kaźń, w której głównym przedmiotem represji było „ciało”, poddawane wymyślnym, okrutnym i dokonywanym publicznie torturom. Odejście kaźni towarzyszy zmianą mechaniki władzy, która dotąd umacniała swoje panowanie przez manifestacje fizyczne. Nadzór zastąpił widowisko. Foucault przedstawia tę przemianę, przywołując alegoryczny obraz ustępujących ze sceny „ciała i krwi”, tzn. współuczestników demonstracyjnie wykonywanej kary. Przestrzeń, którą opuszczają niedługo pozostawała pusta. W ich miejsce „wkracza nowa zamaskowana postać. Kończy się pewna tragedia; komedia zaczyna się wraz z teatrem cieni, głosami bez twarzy, nienamacalnymi istotami.”⁵³⁴ Rozpoczyna się epoka społeczeństwa dyscyplinarnego i władzy dyscyplinarnej opierającej się na „systemach ciągłego i permanentnego nadzoru”, reglamentacji i klasyfikacji. Ta przemiana w mechanice władzy w znacznym stopniu ukształtowała oblicze naszych czasów, stając się ogólną technologią rządzenia. Wprowadzenie władzy panoptycznej było więc odzwierciedleniem fundamentalnego przekształcenia „situacji w której wielu obserwuje nielicznych, w sytuacji, gdy nieliczni obserwują wielu”⁵³⁵.

⁵³³ M. Foucault, *Trzeba bronić...*, s. 45.

⁵³⁴ Tenże, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1998, s. 19.

⁵³⁵ T. Mathiesen, *The viewer society: Michel Foucault's „Panopticon” revisited*, „Theoretical

W chwili narodzin nowożytności występowały dwa równoległe procesy. Z jednej strony można było śledzić rozwój dyskursu, którego zasadnicze punkty odniesienia stanowiły pojęcia: społeczeństwa doskonałego, stanu natury, umowy społecznej i praw człowieka. Wraz z nim urzeczywistniał się i spełniał innego rodzaju „*sen filozofów i prawników*”. Autor „*Nadzorować i karać*” nazywa go „*wojskowym snem o społeczeństwie, którego zasadniczym punktem odniesienia są dopasowane do siebie tryby wielkiej maszyny*”, a także nieustający przymus, normalizacja (zamiast normowania!), wzrastająca tresura i automatyczna podatność⁵³⁶. Na powierzchni nowej mechaniki władzy, dyskurs prawny nadal funkcjonuje, a nawet przeżywa okres wielkiego rozkwitu. Jest nadal zorganizowany wokół pojęcia suwerenności i suwerennego podmiotu władzy, mimo że podmiot ten, w przeciągu wieku XIX, uległ postępującej demokracji i kolektywizacji.

Ukryty przed oczami ogółu pozostaje dyskurs dyscyplinarny, który „*faktycznie zapewnia spójność ciała społecznego*” poprzez różnorodne mechanizmy dyscyplinarnego przymusu, np. takie, które towarzyszyły narodzinom nowoczesnego więziennictwa. Kodeksowe prawo ma na celu maskowanie mechanizmów dyscyplinarnych i technik dominacji. W ten sposób „*rzeczywiste i cielesne dyscypliny konstytuują podłoże dla formalnych i prawnych swobód*”. Podmiotowość, czyli „*ja*” nowoczesnego obywatela (podmiotu prawa) zostało uprzednio odpowiednio ujarzmione, tzn. stworzone, wygenerowane przez otaczające je dyskursy. Proces ten zachodził wskutek relacji władzy i wiedzy, przy użyciu technologii, środków fizycznego oddziaływania, choć niekoniecznie za sprawą środków „*przemocy i ideologii*”. Nowoczesny podmiot jest również, po części, tworem systemu technik dyscyplinarnych⁵³⁷. Według Foucaulta „*Oświecenie, które wynalazło swobody, wynalazło również dyscypliny*”. Rewolucja mieszczańska doprowadziła do ustanowienia „*jawnych, skodyfikowanych, formalnie egalitarnych ram prawnych*”, a także parlamentarnego, przedstawicielskiego ustroju

Criminology”, 1997, s. 215–234 – cyt. za: Z. Bauman, *Globalizacja*, Warszawa 2000, s. 63.

⁵³⁶ M. Foucault, *Nadzorować...*, s. 164.

⁵³⁷ Por. M. Foucault, *Podmiot i władza...*, s. 178.

politycznego. „Rozwój i upowszechnianie się urządzeń dyscyplinarnych stanowiło drugą, ciemną stronę tego procesu”. Było przy tym niejako naturalną konsekwencją postępu nauki w ogóle, wzrostu znaczenia techniki w innych dziedzinach, takich jak rolnictwo, przemysł czy ekonomia.

Władza dyscyplinarna ma złożoną charakterystykę. Jej symbolicznym archetypem, diagramem zredukowanym do formy idealnej, jest wspomniany Panoptykon. „Kiedykolwiek mamy do czynienia z wielką ilością jednostek, które mają być zmuszone do wykonania określonego zadania albo do przyjęcia danego wzorca zachowań, wówczas zawsze może być wykorzystany schemat panoptyczny”. W pismach Foucaulta przedstawione zostały sposoby wykorzystania „schematu” w takich dziedzinach jak m.in. edukacja, opieka, aparat karny i organizacja pracy wytwórczej. Efekty działania władzy dyscyplinarnej manifestują się w terminach pozytywnych (produkcja) a nie negatywnych (zakaz). Władza „produkuje realność, produkuje dziedziny przedmiotowe i rytuały prawdy. Jednostka i wiedza, jaką można o niej zdobyć należą do tej produkcji”⁵³⁸. Podobnie jak Nietzsche, Foucault w swojej filozofii odrzuca istnienie źródłowej rzeczywistości, co ma konsekwencje dla jego koncepcji władzy. Władza manifestuje się tylko i wyłącznie w konkretnych relacjach (strategiach). Nie jest pojmowana ontologicznie ani podmiotowo. Nie można się jej zrzec, osiąść czy przekazać. W modalności dyscyplinarnej staje się bezosobowa i zautomatyzowana; sprawowana jest permanentnie. Panoptykon funkcjonuje niezależnie od tego czy strażnik znajduje się w na swoim stanowisku. Dla zachowanie dyscypliny wystarcza samo przeświadczenie o jego obecności, które mechanizm dyscyplinarny wytwarza u jednostek poddawanych kontroli. Stosunki władzy w koncepcji Foucaulta wyrażają się poprzez: „podburzanie, nakłanianie, zmienianie kierunku, upraszczanie lub utrudnianie, poszerzanie lub ograniczanie, czynieniem mniej lub bardziej prawdopodobnym...”⁵³⁹. Autor „Historii seksualności” wiele uwagi poświęca problematyce formowania „praktyk”, czyli drobnych, rutynowych zachowań ludzi. Władza dyscyplinarna rozkłada, „useryjnia”,

⁵³⁸ M. Foucault, *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1998, s. 233.

⁵³⁹ G. Deleuze, *Foucault*, Wrocław 2004, s. 99.

komponuje i normalizuje. Narzucenie zachowania dokonywać się może przez rozkład w przestrzeni, porządkowanie w czasie, komponowanie w przestrzeni–czasie. Reżimami praktyk nazywa „programy zachowań, mające zarazem efekt preskryptywny tj. odnoszący się do tego, co ma być zrobione (efekty »jurysdykcji«) oraz efekt klasyfikujący, odnoszący się do tego, co ma być wiadome (efekty »tworzenia prawdy«)”⁵⁴⁰. Są to siły spajające poszczególne sekwencje codziennych, rutynowych zachowań członków nowoczesnego społeczeństwa, a jednocześnie dostarczające wzorców dla tych zachowań. W efekcie ich oddziaływania dochodzi do formowania ludzi bardziej posłusznych i bardziej użytecznych. Jednostki poddawane są określonym zabiegom służącym rozwinięciu u nich pożądanym nawyków i ich grupowej synchronizacji. Foucault nie ogranicza się przy tym do badania praktyk w obrębie stosunków produkcji. Zajmują go procesy ignorowane zazwyczaj przez tradycyjną myśl polityczną i prawną. Jedną z jego obserwacji dotyczyła fenomenu więzienia. Po „rozłożeniu” go na czynniki pierwsze, w miejsce materialnej rzeczy, zaczynamy widzieć jedynie złożony zbiór różnorodnych praktyk, który jednak wciąż pełni tę samą funkcję, realizuje zadania władzy dyscyplinarnej. Społeczeństwo dyscyplinarne to takie, w którym władza, niczym w mieście ogarniętym zarazą, dokonuje parcelacji każdego pola aktywności ludzkiej.

Przedstawiona w poprzednim punkcie rozważań krytyka „jurydycznego” obrazu władzy ma swój dalszy ciąg w stwierdzeniu o wszechobecności władzy. Władzy dyscyplinarnej nie sposób opisać jedynie w terminach suwerenności. Należy bowiem uwzględnić wielość relacji sił. Analiza władzy powinna wykraczać poza państwo i jego instytucje. „Chodziło [...] o to, by uchwycić władzę u jej granic, w jej najdalszych rozgałęzieniach, tam gdzie staje się włosowata, to znaczy by ująć władzę w jej formach i instytucjach najbardziej regionalnych, najbardziej lokalnych.”⁵⁴¹ Władza nie musi być zlokalizowana w aparacie państwowym. Nie jest to forma konieczna ani

⁵⁴⁰ M. Foucault, *Questions of methods*, [w:] G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (red.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Londyn, Harvester 1991, s. 75.

⁵⁴¹ Tenże, *Trzeba bronić...*, s. 37.

żadne uprzywilejowane miejsce jako źródło władzy. Różnorodność mechanizmów i ognisk tworzących „mikrofizykę władzy” może dać rezultat w postaci państwa, ale może się manifestować również w innej postaci.

Kończąc wyjaśnienia pojęcia władzy dyscyplinarnej, należy powrócić do zagadnienia już wcześniej poruszonego – do kwestii stanu permanentnej wojny i konfliktu jako matrycy stosunków władzy. Relacje władzy, mimo iż wszechobecne są również w każdym miejscu i czasie atakowane i podważane. Dyscyplinarne projekty zewsząd natrafiają na opór i uniki. Obydwa zjawiska występują równolegle. Stosunki władzy funkcjonują „*wyłącznie jako funkcja wielości punktów oporu, które w relacjach władzy pełnią rolę przeciwnika, celu, podpory, łupu do zdobycia. Te punkty oporu obecne są wszędzie w sieci władzy.*”⁵⁴²

5. Wojenna formuła władzy i nowe projekty dyscyplinarne w warunkach informacjonizmu

Dla Foucaulta człowiek jawił się jako kompozycja sił. Aby doszło do zmiany tej kompozycji muszą pojawić się siły nowego rodzaju. Przejście od klasycyzmu do współczesności nastąpiło przez pojawienia się siły życia, pracy i języka, odkrywających odpowiednio „organizację”, „produkcję” i „pochodzenie”. Jeżeli te nowe siły człowieka wejdą w związek z jeszcze innymi siłami niechybnie dojdzie do skomponowania nowej jakości. Filozof Gilles Deleuze, komentując twórczość Foucaulta, stwierdził, że te kompozycyjne prawidłowości znajdują swój dalszy ciąg w zjawiskach obserwowanych podczas przewrotu informatycznego. „*Czyż nie mówi się spokojnie, że siły człowieka weszły w związek z innymi siłami, siłami informatycznej technologii, z maszynami trzeciego rodzaju, które komponują wraz z nimi coś innego niż człowieka, niepodzielne systemy „człowieka–maszyny”? Czy nie jest to już raczej związek krzemu aniżeli węgla?*”⁵⁴³

⁵⁴² M. Foucault, *Historia seksualności*, t.1 Wola Wiedzy, Warszawa 1995, s. 86.

⁵⁴³ G. Deleuze, *op.cit.*, s. 116; Por. M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris 1966, s. 380–381.

Wskutek przewrotu informatycznego doszło do załamania się przestrzenno–czasowych podstaw istniejącej struktury prawnopolitycznej. Terytorialni suwerenowie utracili w pewnym stopniu kontrolę nad ważnym aspektem aktywności podległych im społeczeństw. Tradycyjne instrumenty kontroli państwowej w postaci sądów i agencji rządowych nie były przystosowane do regulacji i kontroli nowego obszaru społecznego działania tj. masowej horyzontalnej komunikacji i obrotu dobrami informacyjnymi. Powstała luka starały się, z jednej strony, wypełnić tradycyjne byty polityczne usiłujące odzyskać utracone wpływy, z drugiej, pojawiły się nowe formy organizacyjne pragnące osiąść część władzy, a przynajmniej „rząd dusz” użytkowników światowej Sieci. W efekcie, okres utrzymywania się stanu „ziemi niczyjej” nie mógł być i nie był długi.

Niemal od początku rozgorzała walka o panowanie nad nowego typu przestrzenią społeczną. Wyróżniające tą przestrzeń właściwości, takie jak aterytorialność i amaterialność, określiły warunki brzegowe tego wielostronnego sporu. Przedmiotem rywalizacji była władza nad procesami konsumpcji informacji przetwarzanej elektronicznie, zwielokrotnionej, cyrkulującej z prędkością światła w poprzek granic politycznych i jurysdykcyjnych. W toku tej wojny wykuwało się panowanie nowego typu. Nowa mechanika władzy musiała uwzględniać przynajmniej niektóre elementy zawarte w koncepcji Foucaulta: być sprawowana „*stale przez nadzór, a nie w sposób nieciągły przez systemy zobowiązań i powinności*”, a także manifestować się „*raczej przez ciasną szachownicę materialnych przymusów niż fizyczne istnienie suwerena*”⁵⁴⁴. Foucaultowska propozycja uczynienia z wojny formuły ogólnej dla funkcjonowania władzy może posłużyć do wyjaśnienia niektórych zjawisk charakterystycznych dla okresu przejściowego między industrializmem a informacjoanizmem. Z kolei koncepcja władzy dyscyplinarnej stanowi klucz do jednego z możliwych scenariuszy rozwoju społeczeństwa informatycznego w przyszłości.

Władza według Foucaulta manifestuje się przez wojnę – szereg bitewnych starć. Wojna może posłużyć za matrycę dla przedstawienia stosunków

⁵⁴⁴ M. Foucault, *Trzeba bronić...*, s. 45.

władzy w obrębie globalnej sieci teleinformatycznej. Mechanizmy technicznej koordynacji Internetu są w znacznym stopniu wynikiem swoistych działań wojennych, wypadkową ciągłego konfliktu i odtwarzania stosunków sił pomiędzy uczestnikami wielostronnych sporów. Regulacja „strumieni” informacyjnych musi stawiać czoła wielu sprzecznym i konfliktowym tendencjom społecznym, tak o charakterze ekonomicznym i politycznym, jak i kulturowym. Niektóre z nich występowały od stuleci. Inne powstały lub znacznie się nasiliły wraz z rozwojem współczesnych *technik informatycznych i komunikacyjnych*. Prawo państwowe maskuje niekiedy faktyczne procesy dominacji i walki, które rozgrywają się w przestrzeni Internetu. Ścierają się ze sobą: lobby własności intelektualnej i lobby wolności słowa, zwolennicy poufności pewnych kategorii informacji oraz pełnej dostępności. Dochodzi do konfrontacji pomiędzy grupami zainteresowanymi ochroną prywatności i podmiotami publicznymi wskazującymi na priorytet bezpieczeństwa. Istnieje stan ciągłego napięcia pomiędzy różnymi kategoriami podmiotów. Wiele z tych konfliktów dotyczy sfery jurystycznej. Przedstawiciele każdej z grup dążą do takiego redefiniowania treści i zakresu poszczególnych praw podmiotowych związanych z dystrybucją informacji, aby w największym stopniu zaspokoić własne interesy. Rewolucja informatyczna otworzyła nowy rozdział w rozwoju tych praw; zarówno praw o charakterze publicznym (wolność słowa, prawo do prywatności), jak i tych należących do domeny prywatnej (prawa autorskie, czy też szerzej własność intelektualna)⁵⁴⁵. Batalie rozgrywają się również na linii władza państwowa – nowy rodzaj podziemia, którego „bojownicy” uzbrojeni są w wybitne umiejętności w zakresie programowania. Wspólnoty hakerskie kontestują prawo kogokolwiek do zatajania przed opinią publiczną jakichkolwiek informacji, czy też nakładania ograniczeń w zakresie ich wymiany. Tworzą wciąż nowe kanały swobodnej dystrybucji danych, w zastępstwie tych, które zostały wcześniej przez władze zablokowane lub poddane inwigilacji. Wydostają

⁵⁴⁵ Godnym polecenia studium opisującym w jaki sposób przemiany technologiczne wpływają na postrzeganie praw podmiotowych, w szczególności wolności słowa jest artykuł Jacka M. Balkina pt. *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, „New York University Law Review”, vol. 79, 2004.

i publikują informacje, które władza polityczna czy potentaci gospodarczy chcieliby zachować w tajemnicy.

Należy podkreślić, że spory o przyszły kształt informacyjnego środowiska nie powinny być traktowane jako proste przedłużenie marksistowskiej walki klas. Wykraczają one bardzo często poza zakres stosunków ekonomicznych i w większości wypadków dotyczą sfery szeroko pojętej kultury. Swoista „wojna o kulturę” toczy się od momentu nastania ery informatycznej. Stawką w tym sporze jest to, „czyją własnością jest kultura, kto ją kontroluje, kto będzie mógł korzystać z jej wytworów w przyszłości i ile to będzie kosztować”⁵⁴⁶. Prawa własności intelektualnej, które wcześniej miały dla gospodarki znaczenie peryferyjne (tylko dla specjalistycznych dziedzin), stały się centralnym instrumentem ochrony interesów majątkowych. Kontrola nad dobrami niematerialnymi zaczęła być jedną z najważniejszych kwestii ekonomicznych i politycznych.

Demokratyzacji dostępu do cyfrowych zasobów informacyjnych towarzyszy wzrost ich znaczenia, jako źródła zamożności i władzy ekonomicznej. Narasta konflikt w związku z rozszerzającym się zakresem praw własności intelektualnej a kurczącą się domeną publiczną, czyli zbiorem tego rodzaju dóbr intelektualnych (wiedzy, idei, utworów, wynalazków, oznaczeń), z których każdy może nieodpłatnie korzystać. Pojawienie się nowych, rewolucyjnych środków dystrybucji treści stało się podstawą do zaostrzenia walki i rewizji założeń niektórych gałęzi prawa. Pojawiły się głosy, że prawa własności intelektualnej nie mają charakteru praw naturalnych ani też praw absolutnych. Stanowią raczej wynik pewnej społecznej konwencji, która może ulegać zmianom i przewartościowaniom. Kluczową kwestię stanowi to, w którym kierunku taka ewolucja powinna nastąpić.

Ujawniła się tendencja do rozszerzania zakresu przedmiotowego praw własności intelektualnej. W efekcie coraz to nowe kategorie dóbr informacyjnych zaczynają podlegać ochronie. W USA ciąglemu wydłużeniu ulega okres obowiązywania praw autorskich. Zmienia się także ich zasięg.

⁵⁴⁶ D. Hunter, *Culture War*, „Law, Social Justice and Global Development Journal”, vol. 2, 2004, dostępny pod adresem: http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004_2/hunter.

„Każde użytkowanie jest traktowane jak kopiowanie i dlatego, z założenia, jest uregulowane. I tak, w miarę jak technologowie wynajdują coraz lepsze sposoby, aby móc kontrolować użytkowanie treści a ustawodawstwo w dziedzinie praw autorskich zyskuje coraz większe wsparcie ze strony technologii, zmienia się również siła oddziaływania praw autorskich. Łatwiej wyszukiwać i kontrolować nadużycia. Kontrola procesów twórczych, która na początku była drobną regulacją, obejmującą niewielki fragment rynku twórczości, stała się jedynym i najważniejszym regulatorem wszelkiej istniejącej twórczości. Jest to ogromne rozszerzenie zakresu rządowej kontroli nad innowacją i twórczością.”⁵⁴⁷ Przeciwnicy tego stanu rzeczy podkreślają, że gwarancje prawne pomyślane jako motywacja autorów do podejmowania wysiłku tworzenia kolejnych dzieł mogą doprowadzić do prywatyzacji całej domeny publicznej, uniemożliwiając w przyszłości twórczość inspirowaną, a także zagrażając wolności ekspresji.

Jedną z najistotniejszych batalii, toczonych w obrębie globalnego społeczeństwa informatycznego jest spór zwolenników promowania technologii informatycznych opartych na tzw. otwartym kodzie (*open source*) i tych, którzy, działając na zasadach w pełni komercyjnych, dążą do utajnienia reguł konstrukcyjnych swoich produktów. Następuje zderzenie koncepcji wolnościowych i własnościowych. Istotny element konstytuujący architekturę Internetu, obok sprzętu, będącego częścią materialną systemu (*hardware*) stanowi oprogramowanie, które wywiera wpływ na to, jakie sposoby przetwarzania i przesyłania informacji są możliwe. Tzw. „wolnościowy duch” *międzysieci* jest w dużej mierze wynikiem oparcia jej konstrukcji na technologiach informatycznych o jawnym kodzie źródłowym (*open standards*)⁵⁴⁸. Użytkownicy mają możliwość nieodpłatnego zapoznania się z informacją o tym, jak dana aplikacja czy protokół transmisji jest skonstruowany. Utrzymanie jawności w tym zakresie wydaje się kluczowe dla zachowania właściwości Sieci. Z kolei większość producentów oprogra-

⁵⁴⁷ L. Lessig, *Wolna kultura...*, s. 190

⁵⁴⁸ Kod źródłowy programu jest to wyrażenie programu w takiej formie zrozumiałej dla programisty znającego język programowania.

mowania funkcjonuje w oparciu o „własnościowy” tryb rozwoju techniki. Tej formie jego wytwarzania i dystrybucji sprzyjają rozwiązania prawa autorskiego. Poddają one programy komputerowe zastrzonemu reżimowi ochrony, m.in. poprzez ograniczenie dozwolonego użytku. Uprawnienie do zachowania w tajemnicy treści utworu poddawanego ochronie skłania do dostarczania użytkownikowi oprogramowania jedynie w postaci kodu binarnego (maszynowego)⁵⁴⁹. Jest to forma programu trudna do analizowania lub modyfikowania przez człowieka, dodatkowo chroniona prawem autorskim przez próby dekompilacji. W ten sposób formują się tzw. *proprietary standards*, które ułatwiają producentom trwałe uzależnienie od siebie użytkowników⁵⁵⁰.

W połowie lat osiemdziesiątych ubiegłego stulecia powstał „ruch wolnego oprogramowania” (*free software movement*), inicjatywa, której celem było stworzenie alternatywy dla dystrybucji i tworzenia programów w oparciu o model własnościowy⁵⁵¹. Według założeń „ruchu”, każdy powinien mieć prawo do swobodnego uruchamiania dowolnego programu, jego kopiowania, rozpowszechniania, analizowania, wprowadzania zmian i ulepszania. Może tego dokonywać w dowolnym celu, tak prywatnym, jak i zawodowym. Warunkiem takiego sposobu korzystania jest to, aby po wprowadzeniu przeróbek program był dalej nieodpłatnie udostępniany każdemu zainteresowanemu, do nieskrępowanego używania i adaptowania. By wolność dokonywania zmian i publikowania poprawionych wersji miała sens, każdy powinien mieć dostęp do kodu źródłowego programu (nie wystarcza przekazanie kodu maszynowego). Dostępność kodu źródłowego jest warunkiem koniecznym dla istnienia wolnego oprogramowania. W ramach tego ruchu zostały opracowane „licencje wolnego oprogramowania” pozwalające korzystać z programów

⁵⁴⁹ Kod źródłowy jest przetwarzany na kod maszynowy w sposób zautomatyzowany, tj. przy użyciu translatora. Uzyskanie kodu źródłowego na podstawie kodu maszynowego jest operacją niezwykle skomplikowaną, praktycznie nieopłacalną.

⁵⁵⁰ J. Barta, R. Markiewicz, *Oprogramowanie »open source« w świetle prawa. Między wolnością a własnością*, Kraków 2005, s. 12 i n.

⁵⁵¹ Na czele ruchu stanął Richard Stallman, były hacker, założyciel w 1983 r. Free Software Foundation.

na zasadzie: „darmo otrzymałeś – przetestuj – udoskonal – darmo oddaj innym”. Przytoczona reguła miała zagwarantować „powstanie ekosystemu wolnego kodu komputerowego, na zrębach którego inni mogą swobodnie budować własny kod“. Informacja – w tym przypadku program komputerowy – jest traktowana jako dobro publiczne, którego konsumpcja i dystrybucja podlega szczególnym zasadom, odmiennym niż konsumpcja dóbr prywatnych. Należy przy tym zaznaczyć, że fundamentalnym celem idei „free software“ była zawsze wolność; ewentualny innowacyjny i twórczy efekt w postaci udoskonalonych programów stanowił tylko produkt uboczny⁵⁵².

Ideowe oblicze ruchu wolnego oprogramowania można określić jako szczególną odmianę komunitaryzmu, którego punktem odniesienia jest transnarodowa wspólnota twórców i użytkowników programów komputerowych i opartych na tych programach technologii służących dystrybucji informacji w formie elektronicznej. Fundamentalnym założeniem prawa własności intelektualnej jest uznanie wynagrodzenia za główny czynnik pobudzający do pracy twórczej. Z kolei, według solidarystycznej koncepcji „ruchu”, ten sam efekt, może wynikać z samej w sobie radości tworzenia, chęci pokonywania wyzwań intelektualnych, czy też zdobycia uznania w środowisku. Swoboda wymiany informacji służy dobru ogółu. Wszyscy użytkownicy mogą czerpać korzyść z dokonywanej przez innych pracy na rzecz rozwoju programu. Przedstawiony system zapobiega uzależnieniu konsumentów od producentów oprogramowania. Ci zaś poddają go krytyce jako naiwny, ryzykowny i nieproduktywny eksperyment⁵⁵³.

W związku z dokonującym się przewrotem informatycznym, opisana kwestia, początkowo istotna jedynie dla środowisk informatyków i programistów, stała się ważnym problemem publicznym, dotyczącym niekiedy sfery podstawowych wartości⁵⁵⁴. Ma to związek z pogłębianiem

⁵⁵² L. Lessig, *Wolna kultura...*, s. 308.

⁵⁵³ J. Barta, R. Markiewicz, *Oprogramowanie...*, s. 21 i n.

⁵⁵⁴ Por. E.J. Weiser, *The Internet, Innovation, and Intellectual Property Policy*, „Columbia Law Review”, vol. 103, 2003, s. 568–583.

się zależności społeczeństwa od funkcjonowania sieci teleinformatycznych. Najważniejsza z nich, czyli obecnie Internet traktowana jest jako dobro powszechne (*commons*), głównie dzięki oparciu jego funkcji technicznych na zasadzie „otwartego źródła”. Każda osoba dysponująca odpowiednią wiedzą, może starać się rozwijać i testować architekturę Sieci, bez potrzeby płacenia z tego tytułu tantiem autorskich. Powstaje obawa, że postępująca ekspansja „zamkniętych standardów” może przekształcić Internet w środowisko, w którym każdy użytek uczyniony z jego zasobów będzie wymagał licencji, zezwolenia i uiszczenia opłaty. Grozi to utratą dotychczasowych, pożądaných społecznie właściwości i transformacją medium wolnościowego w medium totalnej kontroli. Walka pomiędzy „*open standards*” i „*proprietary standards*” jest zatem walką o przyszłość Sieci, zachowanie jej „otwartego” charakteru oraz, co nie mniej istotne, walką o władzę nad jej użytkownikami.

Napięcia uwidaczniają się także na innych płaszczyznach; między różnymi ośrodkami standaryzacyjnymi, koncepcjami harmonizacji prawa państwowego i jego dyferencjacji, opcją centralizacyjną i decentralizacyjną, itd. Konflikty wywołują różne sposoby podejścia do dystrybucji informacji w państwach autorytarnych i państwach demoliberalnych. Dla relatywnie biednych krajów niedemokratycznych dostęp do światowej infrastruktury informacyjnej oznacza otwarcie niebezpiecznego, z punktu widzenia interesów władzy, okna na świat. Opcja przeciwna skazywałaby jednak te państwa na odcięcie się od profitów płynących z udziału w elektronicznej wymianie dóbr i usług; stworzyłaby groźbę autarkicznej degrengolady i całkowitej marginalizacji na arenie międzynarodowej. We wszystkich państwach, niezależnie od reżimu politycznego, pojawia się problem wytyczenia granic wolności słowa w kontekście ochrony żywotnych interesów społeczeństwa i państwa. Różne koncepcje wolności ekspresji występują m.in. w USA i we Francji. Odmiennie jest tam traktowana np. kwestia kryminalizacji *hate speech* czy dopuszczalność publicznej negacji Holokaustu.

Wiele z przytoczonych tu, wielopłaszczyznowych i wielostronnych konfliktów rozgrywa się na poziomie techniki, która tworzy swoisty „porządek faktyczności”, wyznacza „koleiny”, po których poruszają się „zwykli”, a więc niewtajemniczeni w techniczne niuansy, użytkownicy. „*Forma techniczna*

jawi się często jako »konieczny stan rzeczy«; jej pochodzenie jest zazwyczaj nieznanne, niezależnie od tego czy był to schemat zaprojektowany na bazie finansowania państwowego, czy też porządek ustruktrowany przez rynek. Oddziaływanie techniki jest niejasne i powszechnie nieuświadomione ponieważ trudno wyobrazić sobie względem niego alternatywę. Techniczne rozwiązania regulacyjne zazwyczaj nie wzbudzają dużych kontrowersji i oporu; reżim prawny pojmujemy w kategoriach przymusu, podczas gdy reżimy techniczne jedynie kształtują, a często wręcz aktywnie ułatwiają procesy dokonywania przez nas wyborów»⁵⁵⁵.

Po każdej ze stron opisanych wcześniej sporów funkcjonują zespoły inżynierów, informatyków i innych specjalistów, którzy tworzą mechanizmy służące realizacji poszczególnych, skonfliktowanych ze sobą celów. Część z nich pracuje dla rządów, część dla korporacji, inni dla podmiotów społecznych czy wręcz dla samych siebie. Sposób, w jaki niektóre techniczne mechanizmy regulacji zachowań oddziałują na jednostki i populacje pozwala uznać je za nowego typu projekty dyscyplinarne. Foucaultowska krytyka jurydycznego opisu władzy znajduje swoje odbicie w podejmowanych w okresie przewrotu informatycznego próbach podważenia koncepcji władzy suwerennej i zastąpienia jej innymi obrazami władzy. Następuje proces wypierania (*expulsion*) prawa z pozycji monopolisty w zakresie regulacji stosunków społecznych. Jego miejsce zajmuje m.in. regulacja następująca przy użyciu zaawansowanych środków technicznego przetwarzania i przesyłania informacji.

Pojawiają się propozycje, aby przy użyciu techniki zapewnić na nowo spójność organizacji społecznej, szczególnie poprzez wprowadzenie dyscypliny w zakresie konsumpcji dóbr intelektualnych. Lawrence Lessig, który spopularyzował stwierdzenie „*code is law*” (kod jest prawem)⁵⁵⁶ w następujący sposób ocenił upowszechnianie się systemów typu *Digital Rights Management*.

⁵⁵⁵ J. Boyle, *Foucault in Cyberspace...*, s. 205.

⁵⁵⁶ Fraza ta znalazła się w książce Lawrence’a Lessiga pt. *Code and the Other Laws of the Cyberspace*, New York 1999. Sam autor przyznaje, że jako pierwszy metafory tej użył William J. Mitchell, *City of Bits: Space, Place and the Infobahn*, Cambridge, Mass, MIT Press 1995.

„To jest przyszłość prawa autorskiego – mniej prawa autorskiego, a więcej kodu praw autorskich. Środki kontroli dostępu do treści nie będą sankcjonowane przez sądy. Środki kontroli dostępu do treści będą kodowane przez programistów. Środki kontroli wynikające z prawa zawsze mogą być sprawdzone przez sędziów. Środki kontroli wynikające z technologii nie podlegają podobnym mechanizmom sprawdzającym.”⁵⁵⁷ Lessig kreśli wizję regulacji, które następuje poprzez operowanie czterema „modalnościami władzy”: prawem, rynkiem, normami społecznymi i architektoniką przestrzeni życiowej. Każda z nich oddziałuje na obiekty poddawane kontroli, może również modyfikować działanie każdej innej modalności. W warunkach informacjoizmu, jak nigdy wcześniej, ten rodzaj regulacji może okazać się totalizujący, nawiązujący wprost do panoptycznych wizji Foucaulta⁵⁵⁸. Technologicznemu naciskowi racjonalizującemu towarzyszy wzrost potencjału kontrolnego i sterowniczego. Autor „Historii seksualności” pisał: „jeśli jurysdykcja mogła rzeczywiście służyć do wyobrażenia, w sposób bez wątpienia niepełny, władzy nastawionej zasadniczo na daninę i śmierć, to jest ona całkowicie różna od nowych poczynań władzy, które ustawę zastępują techniką, prawo normalizacją, karę kontrolą, i urzeczywistniają się na poziomach i kształtach daleko wybiegających poza państwo i jego aparaty”⁵⁵⁹. W krytycznej myśli Foucaulta wiele miejsca zajmuje problematyka „wiedzy jako władzy”. Wykorzystanie technik informatycznych może służyć zwiększeniu puli wiedzy na temat człowieka. Pozwala uczynić z niego przedmiot ciągłej obserwacji, a w konsekwencji poddać jego zachowania wzmożonej kontroli. Infrastruktura techniczna epoki industrializmu określała materialne podstawy życia człowieka. Infrastruktura komunikacyjna kształtuje jego intelektualne środowisko, którego właściwości są definiowane przez standardy i normy techniczne. Pozwala to na wypracowanie nowych mechanizmów władzy dyscyplinarnej, które nie koncentrują się na fizycznym kształtowaniu (urabianiu) ciał jednostek i populacji, ale oddziałują w sposób znacznie bardziej wyrafinowany na sferę intelektualną.

⁵⁵⁷ L. Lessig, *Wolna kultura*, Warszawa 2005, s. 180.

⁵⁵⁸ L. Lessig, *The New Chicago School*, „The Journal of Legal Studies”, vol. 27, 1998, s. 691.

⁵⁵⁹ M. Foucault, *Historia seksualności. Wola Wiedzy*, Warszawa 1995, s. 81.

Zjawiskom, o których mowa dał wyraz już Sir Francis Bacon, autor słynnego stwierdzenia *nam et ipsa scientia potestas est* (wiedza jest władzą)⁵⁶⁰. Termin *scientia* powinien być rozumiany szeroko, jako edukacja, która powiększa potencjał jednostki w życiu społecznym, ale także wiedza o kimś lub o czymś dająca władzę na czyimś życiem. Gromadzenie informacji a następnie tworzenie na ich podstawie modeli informacyjnych jednostek zwiększa skuteczność wpływania na ich zachowania. Podmioty dysponujące takimi modelami uzyskują potencjalną władzę i środki panowania nad innymi ludźmi. Mogą łatwiej ich sobie podporządkowywać, a następnie posługiwać się nimi dla własnych celów. Wilhelm Steinmüller nawiązuje do panoptycznych koncepcji Foucaulta, kiedy stwierdza: „bez znaczenia jest to, czy podmiot A rzeczywiście dysponuje owym modelem informacyjnym B. Wystarczy w zupełności, że ewentualny podmiot informacji B sądzi, iż ktoś inny ma informacje o nim”⁵⁶¹.

Informacja, a konkretnie prawny nakaz jej wyjawienia, była od dzieścioleci instrumentem regulacji zachowań stosowanym przez państwa⁵⁶². Nakaz upublicznienia określonych informacji, np. ujawnienia przez producenta ilości zanieczyszczeń emitowanych w ciągu roku, stanowił bodziec i zachętę, aby określony podmiot podjął pożądane przez prawodawcę działania proekologiczne⁵⁶³. Dotyczyło to w pierwszej kolejności tych

⁵⁶⁰ F. Bacon, *Religious Meditations. Of Heresies*, 1597.

⁵⁶¹ W. Steinmüller, *Technologie informacyjne a władza*, „Państwo i Prawo”, 2/1981, s. 31, 36–37.

⁵⁶² C.R. Sunstein, *Informational Regulation and Informational Standing: Akins and Beyond*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 147, 1998–1999, s. 616. Autor zwraca uwagę na to, że regulacja przez przymus wyjawienia informacji dołącza do takich kluczowych instrumentów kontroli społecznej, jak regulacja behawioralna (przez nakazy i zakazy obwarowane sankcją) i regulacja przez bodźce, w postaci np. zachęt ekonomicznych.

⁵⁶³ Przez wiele lat przymus ujawniania informacji był w USA dominującą strategią regulacyjną państwa, alternatywą wobec metody administracyjnoprawnej. W latach sześćdziesiątych wykorzystywano ją z powodzeniem w dziedzinach takich jak ochrona zdrowia, bezpieczeństwa i środowiska. Ustanowiono m.in. wymóg umieszczania na opakowaniach informacji o szkodliwości palenia tytoniu, podobnie rzecz się miała z produktami farmaceutycznymi, pestycydami, azbestem, sacharinem itd. Państwo nałożyło na producentów obowiązek instalowania w telewizorach urządzeń umożliwiających rodzicom dostosowanie wyświetlanych treści do poziomu rozwoju dziecka. Tzw. regulacja informacyjna jest instrumentem kosztownym a jednocześnie w wielu sytuacjach jej skuteczność dystansuje

podmiotów, które z różnych przyczyn (ekonomicznych, politycznych, etycznych) musiały liczyć się z opinią publiczną. Opierając się na przymusowo ujawnionych informacjach, konsumenci mogą dokonywać bardziej świadomego wyboru, a uczestnicy procesów demokratycznych kształtować swoje preferencje wyborcze⁵⁶⁴.

Efekt władczego oddziaływania informacji może zostać spotęgowany przez zastosowanie technik ulepszających jakość gromadzonego materiału informacyjnego, a także efektywność jego opracowywania, rozpowszechniania i zwielokrotniania. Jakościowy skok w zakresie „władzy informacji” dokonał się na skutek konwergencji technik służących przetwarzaniu, przesyłaniu i dystrybucji danych w postaci elektronicznej. Integracja ta skutkowałą spotęgowaniem możliwości systemów działających dotąd w izolacji. Dysponenci zintegrowanych systemów tworzą zasadnicze węzły w nowego typu sieci władzy. Elastyczność organizacyjna społeczeństwa sieci, możliwość łatwego „przeprogramowywania” jego technicznej bazy jest nie tylko siłą wyzwalającą, ale także stwarza potencjał dla zastosowania rozwiązań panoptycznych⁵⁶⁵.

Można, odwołując się do przenośni, stwierdzić, że dwudziesty pierwszy wiek jest świadkiem „migracji” różnych sfer życia społecznego do „cyberprzestrzeni”. Ekonomia i polityka, rozrywka i praca opiera się coraz częściej na kontaktach międzyludzkich zapośredniczonych przez połączone ze sobą urządzenia i systemy teleinformatyczne. W wielu przypadkach dzieje się to niezależnie od świadomości ludzkiej. Brak wiedzy informatycznej, czy też niezbędnych umiejętności przestaje stanowić barierę „wstępu do cyberprzestrzeni”, odkąd odpowiednio zaprojektowane przedmioty codziennego użytku zaczęły uczestniczyć w globalnym przepływie informacji, np.

tradycyjne sterowanie behawioralne. Inną zaletą jest elastyczność, gdyż decyzja zawsze pozostaje w gestii odbiorców informacji.

⁵⁶⁴ Regulacja informacyjna została zastosowana w Polsce w odniesieniu do lustracji. Obowiązek ujawnienia informacji o współpracy ze Służbą Bezpieczeństwa ma skłonić osoby, chcące pozostawić takie informacje w tajemnicy, do wycofania się z życia publicznego.

⁵⁶⁵ M. Castells, *The Rise of the Network Society...*, s. 71.

pozwalając na identyfikację swoich użytkowników⁵⁶⁶. Nowe panoptykony powstają wszędzie tam, gdzie skutek zastosowania środków technicznych następuje zestawianie wielu informacji w taki sposób, że stają się one widoczne „z jednego miejsca”. Informacje na temat jednostek, które są dostępne publicznie ulegają komasacji i uporządkowaniu, powiązaniu czasoprzestrzennemu. Zjawisko to ujawnia się w różnych dziedzinach życia. Tzw. „przewaga potencjału informacyjnego” występuje w relacji pomiędzy policjantem a osobą zatrzymaną do kontroli. Jest obecna w sytuacji ubiegania się o pracę, kredyt, ubezpieczenie na życie. Rozbudowywane w USA systemy elektronicznego nadzoru nad ruchem drogowym (*Intelligent Vehicle Highway Systems*) pozwalają (przynajmniej teoretycznie) na gromadzenie informacji o tym, kto, kiedy i dokąd podróżuje oraz jaką trasę obiera. Ciągłemu udoskonalaniu i miniaturyzacji podlegają automatyczne systemy identyfikacyjno-lokalizacyjne (*Radio Frequency Identification, RFID*), składające się z przenośnych urządzeń (przytwierdzanych do osób, zwierząt, pojazdów czy towarów) emitujących sygnały odczytywane na odległość, przez statyczną składową systemu. Sygnały te transmitują dane dotyczące położenia geograficznego i innych właściwości fizycznych śledzonych obiektów, ich temperatury, wilgotności, wibracji itp. Rozwiązania tego rodzaju mogą działać w konfiguracji z monitorującymi rejestratorami obrazu (*video-surveillance cameras*), a całość zebranego materiału może być dodatkowo przechowywana i przetwarzana w elektronicznych bazach danych, tak prywatnych, jak i publicznych.

Stała świadomość bycia widzianym ogranicza poczucie wolności, a w konsekwencji także godności. Może prowadzić do psycho-politycznej przemiany osób i populacji poddawanych obserwacji. Dowiedziono, że wykształcenie cech indywidualnych u jednostki następuje tylko w warunkach, w których zapewniony jest pewien minimalny stopień prywatności. W stanie ciągłej obserwacji proces dojrzewania nie jest możliwy, czy to na gruncie rodzinnym, czy na gruncie życia publicznego i obywatelskiego. Ciągłe

⁵⁶⁶ G. Greenleaf, *An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs Law?*, „UNSW Law Review”, vol. 21, 1998, s. 597 i n.

wystawienie na widok publiczny i publiczną oceną skłania jednostkę do preferowania pochwalanych przez ogół zachowań, a w dalszej konsekwencji także do podzielenia powszechnie akceptowanych poglądów⁵⁶⁷.

Aktywność użytkownika rozległych systemów teleinformatycznych pozostawia elektroniczne ślady. Ich przechowywanie staje się coraz tańsze i nie napotyka już praktycznie żadnych barier technicznych. Zawsze istnieje potencjalna możliwość odtworzenia raz utrwalonych wypowiedzi, działań czy transakcji. Zapisy są gromadzone w wielu miejscach co w wielu przypadkach uniemożliwia ich trwałe zatarcie. Oprogramowanie (*software*), na którym opiera się działanie systemów informatycznych i komunikacyjnych powszechnego użytku, staje się ważną składową społecznego dyskursu. Jest ono wszechobecnym czynnikiem infiltrującym życie codzienne w każdym niemal jego przejawie, odczuwanym w każdym miejscu i czasie. W warunkach informacjonizmu doświadcza się tego nie tylko podczas pracy przy komputerze, ale również w czasie korzystania z dowolnego urządzenia elektronicznego. Oprogramowanie współtworzy znaczenie rzeczy i zjawisk, podobnie jak mowa buduje ludzką tożsamość. Kształtuje architekturę procesów komunikacji, wizualizacji różnych treści poprzez określanie parametrów środowiska, w którym te procesy się dokonują. Nie jest jedynie tekstem, zbiorem poleceń dla systemu komputerowego. *Software* to również praktyka. Przyrównuje się je do dyskursu, który tworzy tożsamość, kreuje znaczenia⁵⁶⁸. Użycie określonego rodzaju oprogramowania w procesie komunikacji elektronicznej wpływa na procesy konstruowania znaczeń. Złożona, zakodowana struktura pośredniczy w procesach społecznej komunikacji. Buduje ramy dla naszych procesów rozumienia i jest częścią współczesnej architektury wiedzy.

Systemy automatycznego zarządzania prawami (DRM) można przyrównać do nowego typu projektu dyscyplinarnego, zrealizowanego przy

⁵⁶⁷ J.H. Reiman, *Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 11, 1995, s. 38–40.

⁵⁶⁸ B.F. Fitzgerald, *Software as Discourse: The Power of Intellectual Property in Digital Architecture*, „Cardozo Arts & Entertainment Law Journal”, vol. 18, 2000, s. 354.

zastosowaniu oprogramowania. Umożliwiają one kontrolę wielu wymiarów życia człowieka, ale największy wpływ wywierają na jego aktywność intelektualną. Regulują, a właściwie „normalizują” kanały biernego i czynnego uczestnictwa ludzi w sferze kultury cyfrowej. Zastosowanie w skali przemysłowej systemów cyfrowego zarządzania prawami prowadzi do zmian w obrębie praktyk społecznej „konsumpcji intelektualnej”, jak również do transformacji przestrzeni społecznej, w obrębie której te praktyki występują. Autorów pozbawia się swobody w zakresie zapożyczeń. Konsumenci są poddawani ścisłej kontroli w zakresie sposobu korzystania z produktów informacyjnych oraz ich redystrybucji. Zachowania mające miejsce w przestrzeni tradycyjnie uznawanej za prywatną są rejestrowane i stają się potencjalnie dostępne dla świata zewnętrznego. Systemy DRM mogą służyć do zbierania i przetwarzania informacji na temat użytkowników w zakresie ich nawyków i preferencji intelektualnych⁵⁶⁹. Kreują one, niczym współczesne panoptykony, sztuczną rzeczywistość. Tworzą przestrzeń, w ramach której możliwości wyboru dokonywanego przez użytkownika są zawężane do kilku predefiniowanych opcji. Projekt ten nie stanowi wypadkowej neutralnych, technicznych czynników, ale służy realizacji określonych przez czynniki zewnętrzne celów, np. maksymalizacji korzyści rynkowych⁵⁷⁰.

Powracając na koniec do koncepcji analizowania władzy w kategoriach wielości ścierających się sił należy stwierdzić, że nowe projekty dyscyplinarne, jak np. systemy cyfrowego zarządzania prawami „rywalizują” z projektami zdecentralizowanej wymiany informacji, np. tymi zbudowanymi na zasadzie *peer-to-peer*, które umożliwiają niekontrolowaną dystrybucję nagrań muzycznych, filmów, obrazów. Podczas gdy jedne reglamentują dostęp do wytworów intelektualnych, drugie stwarzają możliwość szyfrowania informacji i ich rozproszonego zapisu, co powoduje, że niezwykle trudno ustalić, z jakiego źródła pochodzą poszczególne fragmenty transmitowanych danych.

⁵⁶⁹ Por. J.E. Cohen, *DRM and Privacy*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 18, 2003, s. 576.

⁵⁷⁰ J.E. Cohen, *op.cit.*, s. 584.

6. Wnioski

Kwestią o niebagatelnym, z punktu widzenia filozofii prawa, znaczeniu jest konstatacja, że krytykowany przez Foucaulta „jurydyczny obraz władzy” stanowi, co najwyżej, produkt jednej z ideologii prawniczych, która każe rozumieć prawo jako rozkaz suwerena zabezpieczony sankcją. Jego krytyka nie jest wymierzona w prawo, rozumiane w szerokim, niepozytywistycznym sensie. W ponowoczesnej wizji prawo może być uznane zarówno za produkt, jak i producenta stosunków władzy. Tak samo dostarcza zasobów do „produkcji” władzy, jak i do stawiania jej oporu. Przyjęcie niektórych założeń metodologicznych proponowanych przez francuskiego myśliciela otwiera nową perspektywę dla analizy np. *legis informaticae*. Pozwala to na wyzwolenie nauki prawa z totalizującego „dyskursu suwerenności”, będącego przeszkodą na drodze do zrozumienia istoty mechanizmów regulacji Internetu.

W XVIII wieku rozwojowi systemu praw i wolności obywatelskich towarzyszyło pojawienie się dyscyplin, tzw. „systemów mikrowładzy”. W okresie po przewrocie informatycznym mamy do czynienia z podobnym zjawiskiem. Potencjał rewolucyjny „technik wolności”⁵⁷¹ i tym razem znajduje przeciwwagę. Kreowanie nowych praw publicznych, m.in. prawa do informacji, prawa do komunikacji oraz prawa dostępu do Sieci następuje równoległe z budowaniem nowych projektów dyscyplinarnych, w rodzaju DRM. Pokazuje to, że władzę dyscyplinarną można pogodzić z regulacją prawną, choć sposób tego pogodzenia może wywoływać, szczególnie wśród przedstawicieli liberalnych doktryn prawniczych, gwałtowny sprzeciw. Analiza funkcjonowania systemów cyfrowego zarządzania prawami prowadzi bowiem do wniosku, że mamy do czynienia z klasycznym przykładem, gdy system prawa jest nadbudowywany nad mechanizmami dyscyplinarnymi po to, by te mechanizmy maskować a stojącej za nimi władzy dać

⁵⁷¹ I. de Sola Pool, *Technologies of freedom*, Cambridge, Mass 1983.

legitymację. Uwidacznia się to szczególnie w prawie prywatnym, które w znacznym stopniu określa sposób i zakres korzystania z produktów informacyjnych w powiązaniu z kwestiami własności intelektualnej, umów, konkurencji i prywatności.

Na przykładzie polityki Stanów Zjednoczonych względem Internetu w końcu wieku XX wieku, James Boyle ukazuje, jak może dochodzić do zacierania różnicy pomiędzy sferą publiczną i prywatną, do konwergencji regulacji publicznoprawnej i klasycznego instrumentarium prawa prywatnego. Nałożenie odpowiedzialności na przedsiębiorców oferujących publiczności dostęp do Sieci okazuje się, w niektórych sytuacjach, bardzo skutecznym środkiem do utrzymywania dyscypliny wśród użytkowników. Dostawcy są *de facto* zmuszeni do prowadzenia cenzury, prywatnego nadzoru i inwigilacji, wyręczając w tym państwo skrupowane pierwszą poprawką do Konstytucji. Boyle nazywa to zjawisko „*prywatyzacją panoptikonu*”, ponieważ cele polityki państwowej są realizowane drogą środków technicznych zapewnianych przez podmioty prywatne⁵⁷². Podobnie, władza podmiotów kontrolujących systemy DRM często wykracza poza zakres stosunku umownego i zaczyna przypominać relację dominacji i kontroli.

Należy zgodzić się ze stwierdzeniem Steinmüllera, że „*wprowadzenie technologii informacyjnych uczyniło informację najważniejszym instrumentem sprawowania władzy w społeczeństwie współczesnym; [...] przewaga w dziedzinie informacji w coraz większym stopniu pozwala na eliminowanie bezpośredniej przemocy państwowej, a powiązania informacyjne przekształcają w coraz większym stopniu istniejące dotychczas mechanizmy sterowania za pomocą środków finansowych i prawnych*”⁵⁷³.

⁵⁷² J. Boyle, *Foucault...*, s. 198.

⁵⁷³ W. Steinmüller, *Technologie informacyjne...*, s. 40.

ZAKOŃCZENIE I PODSUMOWANIE

Lex informatica mieści się w zakresie szeroko rozumianego pojęcia „prawo”. Podobnie jak prawo związków wyznaniowych czy organizacji sportowych zalicza się ono do niepaństwowych porządków prawnych. Elementy, które przesądzają o jego oryginalności to: multcentryczność, globalny zasięg oddziaływania oraz specyficzny sposób ogłaszania i egzekucji reguł polegający na możliwości „wkomponowania” ich w techniczną infrastrukturę (architekturę środowiska).

Proponowane w pracy ujęcie nowych zjawisk prawnych wykracza poza nomenklaturę pojęciową narzucaną przez pozytywizm prawniczy. Należy podzielić, obecny we współczesnej nauce prawa pogląd, że tzw. klasyczne metody prawnicze nie zawsze pozwalają na włączenie nowo powstałych zjawisk społecznych w krąg zainteresowań prawoznawstwa, dokonanie ich interpretacji i „przełożenie” na język prawa. Z tego rodzaju sytuacją mamy do czynienia w przypadku rewolucji informatycznej. Dlatego, jak słusznie zauważa Przemysław Gulda, podejście proponowane przez nurt postmodernistyczny wydaje się niekiedy znacznie lepiej dostosowane do dostrzegania i odpowiedniego traktowania owych zmian, nowych zjawisk i wydarzeń. Postmodernizm jest z nimi „w genetyczny, rzecz by można sposób związany i operuje podobnym co one językiem, optyką postrzegania świata i sposobami jego interpretowania”⁵⁷⁴. W społeczeństwie sieci miejsce metanarracji

⁵⁷⁴ P. Gulda, *op.cit.*, s. 112.

zajmują nowe typy rozdrobnionych dyskursów, uwarunkowanych takimi właściwościami Sieci jak wielość zaangażowanych podmiotów, polifonia i dynamizm. W efekcie może powstać wrażenie, że „Internet formuje współczesną nie-linearną a nawet anty-linearną narrację, którą każdy użytkownik kształtuje interaktywnie i twórczo według własnych narracyjnych potrzeb, pragnień i preferencji”⁵⁷⁵. Międzysiec należałoby wręcz uznać za środowisko „anty-narracyjne”, z uwagi na jego właściwości, które umożliwiają raczej prowadzenie niekończącego się dyskursu, niż dochodzenie do ostatecznych wniosków⁵⁷⁶.

Nasuwa się pytanie o to, czy w dobie informacjonizmu, przy braku zachowania zdolności do tworzenia i podtrzymywania trwałych narracyjnych konstrukcji jest jeszcze w ogóle możliwa ochrona symbolicznych autorytetów i dalsze funkcjonowanie zasady rządów prawa? Niewątpliwie przewrót informatyczny przyspieszył kres epoki, w której nadawanie sensu poszczególnym zdarzeniom i zjawiskom następowało poprzez odwołanie do tzw. „wielkich opowieści”, które jeszcze w nieodległej przeszłości stanowiły istotną podstawę dla obowiązywania prawa, norm moralnych i obyczajowych.

W pracy przywołane zostały dwa stanowiska filozoficzne, które mogą posłużyć do zidentyfikowania i oceny ogólnych tendencji rozwojowych regulacji zachowań w dobie informacjonizmu. Teorię działania komunikacyjnego Jürgena Habermasa została skonfrontowana z koncepcją Michela Foucaulta. Fundamentalny przedmiot sporu tych dwóch filozofów stanowi ocena funkcji dyskursu w życiu społecznym. Teoria Habermasa uznaje odblokowanie komunikacji za warunek konieczny emancypacji. Dla Foucaulta każdy ludzki dyskurs musi mieć przedłużenie w postaci sprzężenia wiedzy/władzy; sprzężenie to w niektórych sytuacjach potrafi osaczyć jednostkę w postaci zautomatyzowanej, anonimowej kontroli. Stanowiska obydwu filozofów przedstawione zostały w ujęciu polemicznym.

⁵⁷⁵ S. Almog, *From Sterne to Borges to Lost Storytellers: Cyberspace, Narrative, and Law*, „Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal”, vol. 13, 2002–2003, s. 17.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, s. 20.

Habermas zarzuca Foucaultowi zwrócenie się przeciwko „myślicielom porządku, którzy nawiązują do kantowskiego, teoretyczno–poznawczego sposobu stawiania pytań, poszukując wciąż jeszcze uniwersalnych warunków, w których wypowiedzi «w ogóle» są prawdziwe lub fałszywe, są oni związani «analitiką prawdy»”⁵⁷⁷. Z kolei Foucaultowi „utopijnym wydaje się myślenie, że mogłoby istnieć państwo, w którym gry prawdy swobodnie krążyłyby bez przeszkód, ograniczeń i przymusu”⁵⁷⁸.

Człowiek współczesny skazany jest na egzystencję w cyfrowym środowisku rozrastających się i integrujących sieci teleinformatycznych. Występuje tam jako przedmiot informacji, ale także podmiot procesów komunikacyjnych. W pracy zostały wskazane zarówno te aspekty nowego paradygmatu technologicznego, które, zdaniem autora, można odczytywać jako zapowiedź przyszłej emancypacji, jak i te, które stanowią zagrożenia dla demokracji i liberalizmu. Według jednego scenariusza, wraz z rozwojem informacjonizmu, reguły rządzące życiem społecznym będą w coraz większym stopniu kształtowane w procesie dyskursu. W drugim regulacja może przyjąć postać wszechobecnej, „kapilarnej” kontroli ze strony anonimowych, funkcjonalnie pojętych władz.

Rozwój techniki należy niewątpliwie uznać za jedną z zasadniczych sił kształtujących stan współczesnego społeczeństwa, a co za tym idzie na sposoby regulacji, jakim jest ono poddawane. Jack M. Balkin słusznie zauważa, że „podobnie jak nie da się zrozumieć modernizmu bez zrozumienia rewolucji przemysłowej i towarzyszących jej przemian o charakterze technologicznym i kulturowym, tak samo nie jest możliwe odpowiednie postrzeganie postmodernizmu bez wzięcia pod uwagę swoich przemian na polu techniki i kultury, które towarzyszą pojawieniu się tej z kolei epoki”⁵⁷⁹. Nowe poczynania władzy wychodzą poza podtrzymy-

⁵⁷⁷ J. Habermas, Uwagi do wykładu Foucault na temat tekstu Kanta »Co to jest Oświecenie«, „Colloquia Communia”, 4–5/27–28/1986, s.75–76.

⁵⁷⁸ M. Foucault, *The ethics of care for the self as a practice of freedom*, [w:] J. Bernauer, D. Rasmussen (red.), *The Final Foucault*, Boston Mass. 1988, s. 18; cytat za: B. Hindess, *op.cit.*, s. 150.

⁵⁷⁹ J.M. Balkin, *What is a Postmodern Constitutionalism?*, „Michigan Law Review”, vol. 90, 1991–1992, s. 1977.

wany przez prawników model „władzy–prawa” i „władzy–suwerenności”. Niektóre z mechanizmów regulacji zachowań opisanych w drugiej części pracy można uznać za manifestacje władzy, które przełamują „jurydyczną” formę. Właściwościami tej nowej odmiany władzy jest: rozproszenie, pozytywność i powiązanie z oporem. Regulacyjna funkcja informacji i związanych z nią technik wykracza poza geograficzne i instytucjonalne granice państw. Trafnej, w przekonaniu autora, oceny stosunku autora „Nadzorować i karać” do problemu regulacji zachowań dokonał Barry Hindess. „Uznając ustanawianie i egzekwowanie praw za znaczące aspekty rządzenia, Foucault utrzymuje, iż nie powinno się uważać aktywności tych za jego rdzeń, czy też istotę, a zatem za najważniejsze spośród sposobów, jakimi państwo oraz niepaństwowe ośrodki usiłują zarządzać populacjami współczesnych społeczeństw zachodnich”⁵⁸⁰. Na wciąż większą skalę ośrodki prawodawcze starają się „wkomponowywać” reżimy prawne w technikę, osadzić je w technice, nadać jej kształt, który w najwyższym stopniu odpowiadałby ustalonym przez siebie dyrektywom. Wykonywanie władzy coraz częściej przejawia się poprzez codzienne kształtowanie, formację i nadzór, niż przez wymierzanie sankcji po fakcie. Określone ścieżki przemian technicznych są wyznaczane przymusowo lub stymulowane przez bodźce ekonomiczne⁵⁸¹, podczas gdy inne są tłumione i wypierane z rynku.

Po przełomie informatycznym ochrona wielu wartości prawnych, takich jak chociażby wolność słowa, zaczyna być domeną informatyków, inżynierów i programistów, czyli osób, które kształtują cyfrowe środowisko, określają reguły konstrukcyjne technicznej bazy dla interakcji społecznych. Wybory techniczne w dużej mierze określają to, czy systemy informatyczne i komunikacyjne będą sprzyjać instytucjonalizacji Habermasowskiego dyskursu, czy też raczej będą pozwalać na realizację projektów dyscyplinarnych.

⁵⁸⁰ B. Hindess, *op.cit.*, s. 144.

⁵⁸¹ Takim bodźcem może być np. zwolnienie od odpowiedzialności za naruszenie praw osób trzecich pod warunkiem zastosowania preferowanych przez władzę rozwiązań technicznych. Por. J. Boyle, *Foucault...*, s. 188.

Mutatis mutandis tego właśnie, na gruncie najbardziej ogólnym, dotyczy spór istniejący pomiędzy przedstawicielami ruchu wolnego oprogramowania (*open source*) i zwolennikami „zamkniętych standardów”. W dobie informacjonizmu różne wartości (wolność, bezpieczeństwo) mogą być zarówno wyrażane w formie norm prawych, jak i „wkomponowywane” w cyfrowy „kod”, czyli ten składnik rzeczywistości, który, nawiązując do Habermasa, można zaliczyć do „porządku faktyczności”⁵⁸². Uczeni juryści, którzy mają ambicje, aby w sposób kompetentny zajmować się tymi zagadnieniami, coraz więcej uwagi muszą poświęcać analizowaniu poszczególnych rozwiązań technicznych i infrastrukturalnych⁵⁸³.

Stanowisko autora w kwestii stanu autonomii *legis informaticae* w okresie opisanym w pracy klasyfikuje się pomiędzy poglądami zwolennikami „separatyizmu” tzn. całkowitego rozdziału dwóch przestrzeni regulacyjnych (cyberprzestrzeni i świata materialnego), a tymi, którzy stoją na gruncie absolutnego „monizmu” regulacyjnego, czyniącego związek państwa, jego terytorium i prawa świętym i nierozzerwalnym. *Lex informatica* zostało w niniejszej pracy opisane w ujęciu dynamicznym, jako zespół norm i wspierających je mechanizmów regulacji pozanormatywnej, których wzajemne relacje pozostają w stanie ciągłej transformacji. Jest to prawo niejednorodne, multicentryczne. Ma ograniczony zakres przedmiotowy, ponieważ rozwija się głównie w ramach „nisz” pozostawianych przez regulację państwową i międzynarodową. Jest specyficzne i charakterystyczne dla technicznych uwarunkowań Internetu. Przyszłość *legis informaticae* zależy w dużej mierze od tego, czy przetrwa ono rywalizację z prawem państwowym. Dalszy rozwój będzie wypadkową wielu czynników, m.in. tego, na ile współczesne państwa będą mogły i będą chciały zapanować nad rewolucją informatyczną. Złożoność i nieprzewidywalność zjawisk prawnych wywoływanych przez przewrót informatyczny wynika

⁵⁸² Por. J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 15 i n.

⁵⁸³ Tenże, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, „New York University Law Review”, vol. 79, 2004, s. 54.

z ciągłej, postępującej przemiany technologicznej. Dynamika procesów technicznych i politycznych może prowadzić zarówno do rozszerzania się zakresu przedmiotowego *legis informaticae* albo do całkowitego podporządkowania państwu tej domeny stosunków społecznych.

Obraz regulacji Internetu, który wyłania się z niniejszej pracy jest odzwierciedleniem tendencji rozwojowych zachodzących we współczesnym prawie – transformacji zmierzającej w kierunku prawa sieciowego, postmodernistycznego, multicentrycznego. Korespondują one z właściwościami informacjonizmu, nowego paradygmatu technicznego określającego materialne warunki funkcjonowania współczesnego społeczeństwa. Właściwościami tymi są: powszechność, złożoność i sieciowość. Jedna dziedzina życia społecznego – w tym przypadku wielokanałowa komunikacja elektroniczna – może podlegać różnego rodzaju oddziaływaniom kontrolnym, różnorodnym formom regulacji, formacji czy dyscyplinowania. Za poszczególnymi elementami tej mozaiki stoją różne formy władzy – obok tradycyjnej władzy państwowej, będą to podmioty niepolityczne, m.in. te, które formułują standardy techniczne. Różne są podstawy ich legitymizacji – legitymizacja demokratyczna, obok nowego typu legitymizacji technologicznej, u której źródeł znajduje się dowiedziona skuteczność i profesjonalizm. Rozwojowi Internetu towarzyszy zmiana stopnia oddziaływania nań poszczególnych władz i typowych dla nich form kontroli i regulacji. Zróżnicowanie to obejmuje zakres przedmiotowy, jak i funkcjonalny. Władza państwowa usiłuje realizować swoje tradycyjne zadania w przestrzeni Internetu (np. ochronę praw jednostek znajdujących się w ramach danego terytorium), organizacje użytkowników regulują nowego typu sytuacje, które wprost nie znajdują się w zakresie zainteresowania władz. Wspecjalizowane grupy inżyniersko–ekspertkie oferują swoje usługi różnym ośrodkom władzy, zarówno w celu ułatwienia dyscyplinarnego zarządzania internetową zbiorowością, jak i uczestnicząc przy projektach instytucjonalizacji dyskursu. W przyszłości można spodziewać się dalszego wzrostu znaczenia ciał, które w sposób administracyjny bądź quasi–administracyjny kontrolują sektor teleinformatyczny, zarówno agencji rządowych, jak i nowego typu zespołów

i instytucji podobnych do opisanych w pracy – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* oraz *Internet Engineering Task Force*.

Niniejsza praca ma służyć wykreowaniu nowego pojęcia (*lex informatica*) i proponować przyjęcie nowej perspektywy patrzenia na niektóre, nierozpoznane dotąd kategorie zjawisk prawnych. Nie było zamiarem autora uprawnianie futurologii prawniczej, a co najwyżej zdecydowany odwrót od „nurtu buchalteryjnego” w polskiej teorii prawa, którego domeną jest „bezpłodne dzielenie, wyróżnianie i porządkowanie pojęć językowych”⁵⁸⁴. Motywem, który przyświecał przy wyborze tematu pracy była także chęć włączenia w krąg zainteresowań filozofii prawa problematyki przewrotu informatycznego. Wpływ *technik informatycznych i komunikacyjnych* na życie społeczne nieustannie wzrasta, co może przyspieszyć powstawanie nowych form panowania totalitarnego, jak i stworzyć nieznane wcześniej możliwości w zakresie dobrowolnej koordynacji złożonych procesów społecznych.

⁵⁸⁴ Szerzej specyfikę tego „nurtu” charakteryzuje Lech Morawski; Zob. tenże, *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń 2001, s. 13.

BIBLIOGRAFIA

- Abbate J., *Inventing the Internet*, Cambridge, Mass., 1999.
- Adamski A., *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000.
- Adamski A., *Przestępczość w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle Konwencji Rady Europy*, Toruń, 2001.
- Alexander G.S., *Dilemmas of Group Autonomy: Residential Associations and Community*, „Cornell Law Review”, vol. 75 1989.
- Akkard N.W., Kass D.A., *Law and Order in Cyberspace: Washington Report*, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 19, 1996–1997.
- Allard N.W., *Digital Divide: Myth, Reality, Responsibility*, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 24, 2001–2002.
- Allen T., Widdison R., *Can Computers Make Contracts?*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 9, nb. 1, 1996.
- Almog S., *From Sterne to Borges to Lost Storytellers: Cyberspace, Narrative, and Law*, „Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal”, vol. 13, 2002–2003.
- D'Ambrosio J., *Should 'Junk' E-Mail Be Legally Protected?*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 17, 2000–2001.
- Anderson P., *In the Tracks of Historical Materialism*, London 1983.
- Anil S., *An Overview of the Law of Internet Commerce and an Introduction to the Law of Software Agents*, „The EDI Law Review”, vol. 8, 2001.
- Bacon F., *Religious Meditations. Of Heresies*, 1597.
- Badgley R.A., *Internet Domain Names and ICANN Arbitration: the Emerging „Law” of Domain Name Custody Disputes*, „Texas Review of Law and Politics”, vol. 5, 2000–2001.
- Bahdi R., *Analyzing Women's Use of the Internet Through the Rights Debate*, „Chicago–Kent Law Review”, vol. 75, 1999–2000.
- Balkin J.M., *What is a Postmodern Constitutionalism?*, „Michigan Law Review”, vol. 90, 1991–1992.

- Balkin J.M., *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, „New York University Law Review”, vol. 79, 2004.
- Barlow J.P., *Declaration of the Independence of Cyberspace*, 1996, źródło: <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>.
- Barlow J.P., *The Economy of Ideas*, „Wired”, 2.03 marzec 1994, źródło: <http://www.wired.com/wired/2.03/features/economy.ideas.htm>.
- Barry H.V., *Information Property and the Internet*, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 19, 1996–1997.
- Barta J., Markiewicz R., *Internet a prawo*, Kraków 1998.
- Barta J., Markiewicz R., *Oprogramowanie »open source« w świetle prawa. Między wolnością a własnością*, Kraków 2005.
- Bartyzel J., *Konserwatyzm bez kompromisu. Studium z dziejów zachowawczej myśli politycznej w Polsce w XX wieku*, Toruń 2002.
- Bauchner J.S., *State Sovereignty and the Globalizing Effects of the Internet: a Case Study of the Privacy Debate*, „Brooklyn Journal of International Law”, vol. 26, 2000–2001.
- Bauman Z., *Globalizacja*, Warszawa 2000.
- Baynes L.M., *The Other Digital Divide: Disparity in the Auction of Wireless Telecommunications*, „Catholic University Law Review”, vol. 52, 2002–2003.
- Bellia Jr. A.J., *Contracting with Electronic Agents*, „Emory Law Journal”, vol. 50, 2001.
- Benoliel D., *Cyberspace Technological Standarization: An Institutional Theory Retrospective*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 18, 2003.
- Benoliel D., *Technological Standards, Inc.: Rethinking Cyberspace Regulatory Epistemology*, „California Law Review”, vol. 92, 2004.
- Berman H.J., *Prawo i rewolucja. Kształtowanie się zachodniej tradycji prawnej*, Warszawa, 1995.
- Berman P.S., *Cyberspace and the State Action Debate: The Cultural Value of Applying Constitutional Norms to »Private« Regulation*, „University of Colorado Law Review”, vol. 71, 2000.
- Bernstein R.J., *The New Constellation: The Ethical–Political Horizons of Modernity/Postmodernity*, Cambridge Mass. 1992.
- Bettelheim A., *How the U.S. Developed the Backbone of the Internet. Creating Rules for Cyberspace*, „CQ Weekly”, November, 10, 2001.
- Bettelheim N., *Personal Jurisdiction and the Internet: Cyber Differences Shed New Light on Existing Conflicts*, „Journal of Internet Law”, January 2006.
- Bi J., *The Internet Revolution in China*, „International Journal”, vol. 56, 2000–2001.
- Bianchi A., *Globalization of Human Rights: The Role of Non State Actors* [w:] G. Teubner (red.) *Global Law Without A State*, Aldershot 1997.
- Bick J.D., *Why Should the Internet Be Any Different?*, „Pace Law Review”, vol. 19, 1998–1999.

- Biegel S., *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, MA 2001.
- Blackburn S. (red.), *Oksfordzki słownik filozoficzny*, Warszawa 2004.
- Blavin. J.H., Cohen I.G., Gore, Gibson, and Goldsmith: *the Evolution of Internet Metaphors in Law and Commentary*, „Harvard Journal of Law and Technology”, vol. 16, no. 1, 2002.
- Bomse A.L., *The Dependence of Cyberspace*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001.
- Boom W.H., Erp J.H.M., *Electronic Highways: On the Road to Liability* [w:] V. Bekkers (ed.), *Emerging Electronic Highways: New Challenges for Politics and Law*, 1996.
- Borsook P., *How Anarchy Works? On location with the Masters of the Metaverse, the Internet Engineering Task Force*, „Wired”, 3.10, 1995.
- Bowrey K., *Law and Internet Cultures*, Cambridge, 2005.
- Boyle J., *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, „University of Cincinnati Law Review”, vol. 66, 1997–1998.
- Boyle J., *Intellectual Property Policy Online: A Young Person's Guide*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 10, no. 1, 1996.
- Boyle J., *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge MA, 1997.
- Bradner S., *RFC 2026 Internet Standards Process – Revision 3*, Październik 1996.
- Burke D.D., *Cybersmut and the First Amendment: A Call for a New Obscenity Standard*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 9, nb. 1, 1996.
- Burkert H., *About a Different Kind of Water: an Attempt at Discribing and Understanding some Elements of the European Union Approach to ICANN*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 36, 2002–2003.
- Butler Ch., *Plotting the Return of an Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers*, „Michigan Telecommunication and Technology Law Review”, vol. 6, 2000.
- Campbell D., *Can The Digital Divide Be Contained?*, „International Labour Review”, vol. 140, 2001.
- Cannataci J.A., Bonnicu J.P.M., *Can Self-regulation Satisfy the Transnational Requisite of Successful Internet Regulation?*, „International Review of Law, Computers and Technology”, vol. 17, no. 1, 2003.
- Cahir J., *Understanding Information Laws: A Sociological Approach*, „The Journal of Information, Law and Technology (JILT)”, 3/2002.
- Castells M., *Galaktyka Internetu Refleksje nad Internetem, biznesem i społeczeństwem*, Poznań, 2003.
- Castells M., Aoyama Y., *Paths Towards the Informational Society: Employment Structure in G-7 Countries, 1920–90*, „International Labour Review”, vol. 133, 1994.

- Castells M., *The Information Age: Economy, Society and Culture. Vol 1.: The Rise of the Network Society*, Oxford, 2000.
- Chang Y.-L., *Does Lessig's Criticism of Digital Rights Management Target One Technology That the Information Industries Desire More Than They can Actually Provide?*, „International Review of Law Computers and Technology”, vol. 19, no. 3, 2005.
- Cerf V., *The Internet Is for Everyone*, 2002, źródło: <http://www.ietf.org/rfc/rfc3271.txt>.
- Chen E.M., *Global Internet Freedom: Can Censorship and Freedom Coexist?*, „DePaul-LCA Journal of Art. And Entertainment Law”, vol. 13, 2003.
- Chon M., *Erasing Race?: A Critical Race Feminist View of Internet Identity-Shifting*, „The Journal of Gender, Race and Justice”, vol. 3, 1999–2000.
- Ciszewski J., Ereciński T., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Część czwarta*, Warszawa 2006.
- von Clausewitz C., *O naturze wojny*, Warszawa 2006.
- Clinton W., przemówienie wygłoszone 17 maja 2000 roku na 119. inauguracji *U.S. Coast Guard Academy, New London, Connecticut*.
- Cockfield A.J., *Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation*, „Minnesota Law Review”, vol. 85, 2000–2001.
- Cohen J.E., *DRM and Privacy*, „Berkeley Technology Law Review”, vol. 18, 2003.
- Cohen J.E., *Some Reflections on Copyright Management Systems and Laws Designed to Protect Them*, „Berkeley Technology Law Review”, vol. 12, 1997.
- Cronan J.P., *The Next Challenge for the First Amendment: the Framework for an Internet Incitement Standard*, „Catholic University Law Review”, vol. 51, 2001–2002.
- Damon L.J., *Freedom of Information Versus National Sovereignty: the Need for a New Global Forum for the Resolution of a Transborder Data Flow Problems*, „Fordham International Law Journal”, vol. 10, 1986–1987.
- Dawkins R., *Samolubny gen*, Warszawa 1996.
- Deane W. D., *Copa and Community Standards on the Internet: Should the People of Maine and Mississippi Dictate the Obscenity Standard in Las Vegas and New York?*, „Catholic University Law Review”, vol. 51, 2001–2002.
- Delacourt J.T., *The International Impact of Internet Regulation*, „Harvard International Law Journal”, vol. 38, nb 1, 1997.
- Deleuze G., *Foucault*, Wrocław 2004.
- Dobrzeniecki K., *Normatywna i pozanormatywna regulacja Internetu – modele konkurencyjne czy komplementarne?* [w:] L. Morawski (red.), *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, Toruń 2005.
- Dobrzeniecki K., *Prawo a etos cyberprzestrzeni*, Toruń 2004.
- Dreier T., *Law and Information Technology – An Uneasy Marriage, or Getting Along with Each Other?*, „Information & Communications Technology Law”, vol. 14, no. 3, 2005.

- Earle B., Madek G.A., *International Cyberspace: From Borderless to Balkanized*, „Georgia Journal of International and Comparative Law”, vol. 31, 2003.
- Easterbrook F.H., *Cyberspace and the Law of the Horse*, „The University of Chicago Legal Forum”, vol. 1996, 1996.
- Feigin E.J., *Architecture of Consent: Internet Protocols and Their Legal Implications*, „Stanford Law Review”, vol. 56, 2003–2004.
- Feigin E.J., *Architecture of Consent: Internet Protocols and Their Legal Implications*, „Stanford Law Review”, vol. 56, 2003–2004.
- Filipiak M., *Homo Communicans. Wprowadzenie do teorii masowego komunikowania*, Lublin, 2004.
- Fiske J., *Television Culture*, London 1987.
- Fitzgerald B.F., *Software as Discourse: The Power of Intellectual Property in Digital Architecture*, „Cardozo Arts & Entertainment Law Journal”, vol. 18, 2000.
- Florida R., *The Rise of the Creative Class*, New York 2002.
- Fogo-Schensul C., *More Than a River in Egypt: Holocaust Denial, the Internet, and International Freedom of Expression Norms*, „Gonzaga Law Review”, vol. 33, 1997–1998.
- Frankel T., *The Managing Lawmaker in Cyberspace: A Power Model*, „Brooklyn Journal of International Law”, vol. 27, 2002.
- Froomkin A.M., *Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001.
- Froomkin A.M., *ICANN’s „Uniform Dispute Resolution Policy” – Causes and (Partial) Cures*, „Brooklyn Law Review”, vol. 67, no. 3, 2002.
- Froomkin A.M., *Form and Substance in Cyberspace*, „The Journal of Small & Emerging Business Law”, vol. 6, 2002.
- Froomkin A.M., *habermas@discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, „Harvard Law Review”, vol. 116, no. 3 2003.
- Froomkin A.M., *The Death of Privacy?*, „Stanford Law Review”, vol. 52, 1999–2000.
- Froomkin A.M., Lemley M.A., *ICANN and Antitrust*, „University of Illinois Law Review”, vol. 2003, 2003.
- Foucault M., »Aufklärung« i rewolucja, „Colloquia Communia”, nr 4–5, 1986.
- Foucault M., *Des supplices aux cellules*, „Le Monde”, nr 9363, 1975.
- Foucault M., *Dits et écrits.1954–1988*, Paryż 1994.
- Foucault M., *Historia seksualności*, Warszawa 2000.
- Foucault M., *Les mots et les choses*, Paris 1966.
- Foucault M., *Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa 1998.
- Foucault M., *Nietzsche, genealogia, historia*, [w:] M. Foucault, *Filozofia, historia, polityka. Wybór pism*, Warszawa – Wrocław 2000.
- Foucault M., *Podmiot i władza*, „Lewą nogą”, 10/8, 1998.

- Foucault M., *Porządek dyskursu. Wykład inauguracyjny wygłoszony w College de France 2 grudnia 1970*, Gdańsk 2002.
- Foucault M., *Power/Knowledge*, Colin Gordon (red.), Harvester, Brighton 1980.
- Foucault M., *Questions of methods* [w:] G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (red.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Londyn, Harvester 1991.
- Foucault M., *Rządomyślność* [w:] *Filozofia, Historia, Polityka. Wybór pism*, Warszawa – Wrocław 2000.
- Foucault M., *Słowa i rzeczy. Archeologia nauk humanistycznych*, Gdańsk 2000.
- Foucault M., *The ethics of care for the self as a practice of freedom*, [w:] J. Bernauer, D. Rasmussen (red.), *The Final Foucault*, Boston Mass. 1988.
- Foucault M., *Wykład z 7 stycznia 1976*, [w:] *Trzeba bronić społeczeństwa*, Warszawa 1998.
- Foucault M., *Trzeba bronić społeczeństwa. Wykłady w Collège de France z roku 1976*, Warszawa 1998.
- Gaffney B.J., *Copyright Statutes That Regulate Technology: a Comparative Analysis of the Audio Home Recording Act and the Digital Millennium Copyright Act*, „Washington Law Review”, vol. 75, 2000.
- Galindo F, R. Traunmüller, *E-government: Legal, Technical and Pedagogical Aspects*, Albaracin, 2003.
- Garvey C., *The New Corporate Dilemma: Avoiding Liability in the Age of Internet Technology*, „University of Dayton Law Review”, vol. 25, 1999–2000.
- Gehlen A., *Antropologische Ansicht der Technik*, [w:] H. Freyer, *Technik im technischen Zeitalter. Stellungnahmen zur geschichtlichen Situation*, Schilling 1965.
- Geist M., *Cyberlaw 2.0*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003.
- Geist M.A., *The Reality of Bytes: Regulating Economic Activity in The Age of The Internet*, „Washington Law Review”, vol. 73, 1998.
- Gibbons L.J., *No Regulation, Government Regulation, or Self-regulation: Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace*, „Cornell Journal of Law and Public Policy”, vol. 6, 1996–1997.
- Goddard D., *Does the Internet Require New Norms?*, „International Law Forum”, vol. 2, 2000.
- Goldsmith J.L., *Against Cyberanarchy*, „The University of Chicago Law Review”, vol. 65, 1998.
- Goldsmith J.L., *The Internet and the Abiding Significance of Territorial Sovereignty*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998.
- Goldstein A., *ICANN Sucks.biz (And Why You Can't Say That): How Fair Use of Trademarks in Domain Names is Being Restrained*, „Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal”, vol. 12, 2001–2002.
- Gołaczyński J. (red.), *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, Warszawa 2003.

- Greenleaf G., *An Endnote on Regulating Cyberspace: Architecture vs Law?*, „UNSW Law Review”, vol. 21, 1998.
- Gulda P., *Postmodernizm a filozofia prawa*, praca doktorska niepublikowana, 2003.
- Gutierrez O.R., *Get Off My URL! Congress Outlaws Cybersquatting in the Wild West of the Internet*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 17, 2000–2001.
- Habermas J., *Aspekty racjonalności działania*, [w:] A.M. Kaniowski, A. Szahaj (red.), *Wokół teorii krytycznej Jürgena Habermasa*, Warszawa 1987.
- Habermas J., *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005.
- Habermas J., *Filozoficzny dyskurs nowoczesności*, Kraków 2000.
- Habermas J., *Interesy konstytuujące poznanie*, „Colloquia Communia”, 2/1985.
- Habermas J., *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*, Cambridge Mass. 1993.
- Habermas J., *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, Mass. 1990.
- Habermas J., *Praca i interakcja. Uwagi o jenańskiej filozofii ducha Hegla*, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Jürgen Habermas. Teoria i Praktyka*, Warszawa 1983.
- Habermas J., *Praktyczne następstwa postępu technicznego*, [w:] Z. Krasnodębski (red.), *Jürgen Habermas. Teoria i Praktyka*, Warszawa 1983.
- Habermas J., *Technika i nauka jako ideologia*, [w:] J. Szacki, *Czy kryzys w socjologii?*, Warszawa 1977.
- Habermas J., *Teoria działania komunikacyjnego*, Warszawa 1999.
- Habermas J., *Uwagi do wykładu Foucault na temat tekstu Kanta »Co to jest Oświecenie«*, „Colloquia Communia” 4–5/27–28/1986.
- Habermas J., *Wahrheitstheorien* [w:] Habermas J., *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1984.
- Hardy T.I., *The Proper Legal Regime for „Cyberspace”*, „University of Pittsburgh Law Review”, vol. 55, 1993–1994.
- Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998.
- von Hayek F.A., *Konstytucja wolności*, Warszawa 2006.
- von Hayek F.A., *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*, Chicago 1978.
- von Hayek F.A., *Spontaneous (‘grown’) order and organized (‘made’) order*, [w:] G. Thompson, J. Frances, R. Levačič, J. Mitchell, *Markets, Hierarchies and Networks. The Coordination of Social Life*, London 1991.
- Heim M., *Metaphysics of Virtual Reality*, Oxford–New York 1993.
- Hejny S., *Opening the Door to Controversy: How Recent ICANN Decisions Have Muddied the Waters of Domain Name Dispute Resolution*, „Houston Law Review”, vol. 38, 2001–2002.

- Hindess B., *Filozofie władzy. Od Hobbesa do Foucaulta*, Warszawa – Wrocław 1999.
- Hodkowski W.A., *The Future of Internet Security: How New Technologies Will Shape the Internet and Affect the Law*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 13, 1997.
- Hofmokl J., *Rozwój pola organizacyjnego Internetu Dominacja sieciowej formy porządku społecznego*, wersja elektroniczna, <http://terminal.n17.waw.pl>.
- Holsen P.T., *ICANN't Do It Alone: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers and Content-Based Problems on the Internet*, „Marquette Intellectual Property Law Review”, vol. 6, 2002.
- Honneth A., *Kritik der Macht. Reflexionstufen einer kritischen Gesellschaftstheories*, Frankfurt am Main 1985.
- Hoofnagle C.J., *Digital Rights Management: Many Technical Controls on Digital Content Distribution Can Create a Surveillance Society*, „The Columbia Science and Technology”, vol. 5, 2004.
- Horkheimer M., *Krytyka instrumentalnego rozumu*, [w:] M. Horkheimer, *Spółczona funkcja filozofii*, Warszawa 1987.
- Horkheimer M., Adorno T.W., *Dialektyka oświecenia. Fragmenty filozoficzne*, Warszawa 1994.
- Hughes J., *The Internet and the Persistence of Law*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003.
- Hunt A., *Foucault's Expulsion of Law: Toward the Retrieval*, „Law & Society Inquiry”, vol. 17, 1992.
- Hunt A., Wickham G., *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, London 1994.
- Hunter D., *ICANN and the Concept of Democratic Deficit*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 36, 2002–2003.
- Hunter D., *Culture War*, „Law, Social Justice and Global Development Journal”, vol. 2, 2004. Źródło: http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2004_2/hunter.
- Johnson D.R., Post D., *Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace*, „Stanford Law Review”, vol. 48, 1995–1996.
- Johnson D.R., Post D., Crawford S.P., *A Commentary on the ICANN »Blueprint« for Evolution and Reform*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 36, 2002–2003.
- Kant I., *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, „Berlinische Monatschrift”, 1784.
- Kant I., *Der Streit der Fakultäten* [w:] *Werke*, Akademie Textausgabe, t.7, 1968.
- Kant I., *Przypuszczalny początek ludzkiej historii i inne pisma historyzoficzne*, Toruń, 1995.
- Kapusta A., *Filozofia ekstremalna. Wokół myśli krytycznej Michela Foucaulta*, Lublin 2002.
- Katsh M. E., *Communication Revolutions and Legal Revolutions: The New Media and the Future of Law*, „Nova Law Journal”, vol. 8, 1983–1984.

- Katsh M.E., *Law in a Digital World*, New York: Oxford University Press, 1995.
- Katsh M.E., *Software Worlds and the First Amendment: Virtual Doorkeepers in Cyberspace*, „The University of Chicago Legal Forum”, vol. 1996, 1996.
- Katyal N.K., *Criminal Law in Cyberspace*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 143, 2000–2001.
- Kelly Ch.M., *The Cyberspace Separatism Fallacy*, „Texas International Law Journal”, vol. 34, 1999.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa. Metoda i pojęcia zasadnicze*, Warszawa 1934.
- Kende M.S., *Lost in Cyberspace: The Judiciary's Distracted Application of Free Speech and Personal Jurisdiction Doctrines to the Internet*, „Oregon Law Review”, vol. 77, 1998.
- Kennedy D., *The Stakes of Law, or Hale and Foucault*, „Legal Studies Forum”, vol. 15, 1991.
- Kerr O.S., *Are We Overprotecting Code? Thoughts on First-Generation Internet Law*, „Washington and Lee Law Review”, vol. 57, 2000.
- Kesen J.P., Shah R.C., *Fool Us Once Shame on You – Fool Us Twice Shame on Us: What We Can Learn from the Privatizations of the Internet Backbone Network and the Domain Name System*, „Washington University Law Quarterly”, vol. 79, 2001.
- Kightlinger M.F., *A Solution to the YAHOO! Problem? The EC E-Commerce Directive as a Model for International Cooperation on Internet Choice of Law*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 24, 2002–2003.
- King S.H., *»The „Law That It Deems Applicable«: ICANN, Dispute Resolution, and the Problem of Cybersquatting*, „Hastings Communications and Entertainment Law Journal”, vol. 22, 1999–2000.
- Kisza A., *Model cybernetyczny powstawania i działania prawa*, Wrocław 1970.
- Kmita J., *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, Mass. 1990.
- Kmita J., *Racjonalność »uwolniona od hipotezy metafizycznej«. Poślowie [w:] J. Habermas, Działanie komunikacyjne i detranscendentalizacja rozumu*, Warszawa 2004.
- Kołodowski L., *Główne nurty marksizmu, cz. 1, Powstanie*, Poznań 2000.
- Komaitis K., Schiavetta S., *ICANN's Role in Controlling Information on the Internet*, „International Review of Law, Computers and Technology”, vol. 17, no. 3, 2003.
- Komendant T., *Poślowie tłumacza, [w:] M. Foucault, Nadzorować i karać. Narodziny więzienia*, Warszawa, 1998.
- Kocur M., *Michel Foucault, czyli inaczej*, „Odra”, 10/1996.
- Kosse S.H., *Try, Try Again: Will Congress Ever Get It Right? A Summary of Internet Pornography Laws Protecting Children and Possible Solutions*, „University of Richmond Law Review”, vol. 38, 2003–2004.
- Krasnodębski Z., *Upadek idei postępu*, Warszawa 1991.
- Kreimer S.F., *Technologies of Protest: Insurgent Social Movements and the First Amendment in the era of the Internet*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 150, 2001.

- Kurtz L.A., *Copyright and the Internet – World without Borders*, „The Wayne Law Review”, vol. 43, 1996–1997.
- Kwiek M. (red.), *»Nie pytajcie mnie kim jestem...« Michel Foucault dzisiaj*, Wydawnictwo Naukowe IF UAM, Poznań 1998.
- Lach A., *Dowody elektroniczne w procesie karnym*, Toruń, 2004.
- Lach A., *Wykorzystanie technologii informatycznych w postępowaniu karnym po nowelizacji kodeksu postępowania karnego z 10 stycznia 2003 r.* [w:] Z. Sobolewski, G. Artyniak, C.P. Kłak (red.), *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, Kraków 2003.
- Lang W., Mrózek A., *Proces stosowania prawa jako proces przetwarzania informacji*, „Państwo i prawo”, nr 7, 1970.
- Lange O., *Ekonomia polityczna t. I: Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1961.
- Leiner B., *Technical Background. A Brief History of the Internet* [w:] J. Boyle, *The Constitution of Cyberspace Cases & Materials*, 2001; źródło: <http://www.law.duke.edu/boylesite/materials%202001.pdf>.
- Lekka-Kowalik A., *Demokracja i autonomia jednostki w globalnej infrastrukturze informacyjnej*, „Nauka”, 1/1999.
- Lemley M.A., *Place and Cyberplace*, „California Law Review”, vol. 5 2002.
- Lessig L., *Code and the Other Laws of the Cyberspace*, New York, 1999.
- Lessig L., *Reading the Constitution in Cyberspace*, *Emory Law Journal*, vol. 45, nb. 3, 1996.
- Lessig L., *The Death of Cyberspace*, „Washington and Lee Law Journal”, vol. 57, 2000.
- Lessig L., *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, „Harvard Law Review”, vol. 113, 1999–2000.
- Lessig L., *The New Chicago School*, „The Journal of Legal Studies”, vol. 27, 1998.
- Lessig L., *Wolna kultura*, Warszawa, 2005.
- Lewis PE., *A Brief Comment on the Application of the »Contemporary Community Standard« to the Internet*, „Campbell Law Review”, vol. 22, 1999–2000.
- Liang C., *Red Light, Green Light: Has China Achieved Its Goals Through the 2000 Internet Regulations?*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law”, vol. 34, 2001.
- Licklider J.C.R., Taylor R., Herbert E., *The Computer as a Communication Device*, *International Science and Technology*, no. 76, 1968.
- Liebling A.J., *The Press*, New York 1975.
- Lipscomb A.A. (red.), Bergh A.E. (red.), *The Writings of Thomas Jefferson*, vol. 6, 1903.
- Lofgren Z., *Edited Transcript of the David Nelson Memorial Keynote Address: A Voice from Congress on DRM*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 18, 2003.
- Luhmann N., *Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory*, „Cordozo Law Review”, vol. 17, 1996.
- MacCormick N., *Institutional Normative Order: A Conception of Law*, „Cornell Law Review”, vol. 82, 1996–1997.

- MacCormick N., *Institutions and Laws Again*, „Texas Law Review”, vol. 77, 1998–1999.
- MacCormick N., *Questioning Sovereignty*, Oxford 1999.
- MacCormick N., Weinberger O., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht 1986.
- Marcuse H., *Człowiek jednowymiarowy*, Warszawa 1991.
- Mariotti R., *Cyberspace in Three Dimensions*, „Syracuse Law Review”, vol. 55, 2004–2005.
- Marks K., Engels F., *Dzieła*, t. 4, Warszawa 1962.
- Maxwell J. W., Lyon T. P., Hackett S. C., *Self-regulation and social welfare: the political economy of corporate environmentalism*, „The Journal of Law and Economics”, vol. 43, no 2, 2000.
- Mayer-Schönberger V., *The Shape of Governance: Analyzing of World of Internet Regulation*, „Virginia Journal of International Law”, vol. 43, 2002–2003.
- McGeveran W., *Programmed Privacy Promises: P3P and Web Privacy Law*, „New York University Law Review”, vol. 76, 2001.
- McLuhan M., *Środki komunikowania – przedłużenia człowieka* [w:] A. Siciński (red.), *Technika a społeczeństwo*, Warszawa, 1974.
- Mefford A., *Lex informatica: Foundations of Law on the Internet*, Global Legal Studies Journal, vol. 5, 1997–1998.
- Menthe D.C., *Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces*, „Michigan Telecommunication and Technology Law Review”, vol. 4, 1998.
- Merrell R.C., *Trespass to Chattels in the Age of the Internet*, „Washington University Law Quarterly”, vol. 80, 2002.
- Middlebrook S. T., Muller J., *Thoughts on Bots: The Emerging Law of Electronic Agents*, „The Business Lawyer”, vol. 56, 2000–2001.
- Mitchell W.M., *City of Bits: Space, Place and the Infobahn*, Cambridge Mass., 1995.
- Moravcsik A., *Taking Preferences Seriously: A Liberal Theory of International Politics*, International Organization, vol. 51, 1997.
- Moravcsik A., *Liberal Internatrional Relations Theory: A Scientific Assessment* [w:] C. Elman, M.F. Elman (ed.), *Progress in International Relations Theory: Appraising the Field*, Cambridge 2003.
- Morawski L., *Co może dać nauce prawa postmodernizm?*, Toruń, 2001.
- Morawski L., *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005.
- Morawski L., *The Universalizability Principle, Justice and Law – Some Remarks*, „Archivum Iuridicum Cracoviense”, vol. 22, 1989.
- Moreland P.L., Springer C. B., *Celebrity Domain Names: ICANN Arbitration Pitfalls and Pragmatic Advice*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 17, 2000–2001.

- Morris D., *Direct Democracy and the Internet*, „Loyola of Los Angeles Law Review”, vol. 34, 2000–2001.
- Murray A.D., *Regulation and Rights in Networked Space*, „Journal of Law and Society”, vol. 30, no. 2, 2003.
- Naisbitt J., *Megatrends*, New York, 1982.
- Negroponte N., *Being Digital*, New York 1996.
- Netanel N.W., *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, „California Law Review”, vol. 88, 2000.
- Nguyen T., *A Survey of Personal Jurisdiction Jurisdiction Based on Internet Activity: A Return to Tradition*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 19, 2004.
- Nodzon, Jr. B.E., *Free Speech in Digital Economy: an Analysis of How Intellectual Property Rights Have Been Elevated at the Expense of Free Speech*, „The John Marshall Law Review”, vol. 36, 2002–2003.
- Ober J., *Etyka w rozwoju informatyki*, Nauka, 1/1999.
- Ochoa M. P., *Legislative Note: Recent State Laws Regulating Unsolicited Electronic Mail*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 16, 2000.
- Orr A. E., *Marking Carnivore’s Territory: Rethinking Pen Registers on the Internet*, „Michigan Telecommunication and Technology Law Review”, vol. 8, 2002.
- Ożegalska-Trybalska J., *Adresy internetowe Zagadnienia cywilnoprawne*, Kraków 2003.
- Perritt H.H., *The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet’s Role in Strengthening National and Global Governance*, „Indiana Journal of Global Legal Studies”, vol. 5, 1997–1998.
- Perritt H.H., *The Internet is Changing the Public International Legal System*, „Kentucky Law Journal”, vol. 88, 1999–2000
- Peters R. W., *There is a need to regulate indecency on the Internet*, „Cornell Journal of Law and Public Policy”, vol. 6, 1996–1997.
- Pietrowicz K., *Społeczeństwo sieciowe. Wokół teorii Manuela Castellsa*, 2005, praca doktorska, niepubl.
- Pisciotta A. A., *Regulation of International Communications in the Age of the Internet: Lagging Behind the Future*, „The International Lawyer”, vol. 33, 1999.
- Platon, *Państwo*, Kęty 2003.
- Polanski RP, *A New Approach to Regulating Internet Commerce: Custom as a Source of Electronic Commerce Law*, „Electronic Commerce Law Review”, vol. 9, 2002.
- Popper K., *W poszukiwaniu lepszego świata*, Warszawa 1997.
- Post D.G., *Internet of Black Holes and Decentralized Law-Making in Cyberspace*, „Vanderbilt Journal of Entertainment Law and Practice”, vol. 2, 2000.
- Post D.G., *Governing Cyberspace*, „The Wayne Law Review”, vol. 43, 1996–1997.
- Post D.G., *The »Unsettled Paradox«: The Internet, the State, and the Consent of the Governed*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998.

- Post D.G., *Against »Against Cyberanarchy«*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 17, 2002.
- Quilter L., *Cyberlaw: Regulating Conduct on the Internet The Continuing Expansion of Cyberspace Trespass to Chattels*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 17, 2001.
- Ragosta J.A., *The Information Revolution – Culture and Sovereignty – A U.S. Perspective*, „Canada – United States Law Journal”, vol. 24, 1998.
- Reed Ch., *Internet Law. Text and Materials*, Cambridge, 2005.
- Reidenberg J.R., *Setting Standards for Fair Information Practice in the U.S. Private Sector*, „Iowa Law Review”, vol. 80, 1995.
- Reidenberg J.R., *Rules of the Road for Global Electronic Highways: Merging the Trade and Technical Paradigms*, „Harvard Journal of Law & Technology”, vol. 6, 1992–1993.
- Reidenberg J.R., *Governing Networks and Rule-making in Cyberspace*, „Emory Law Journal”, vol. 45, 1996.
- Reidenberg J.R., *E-commerce and Trans-Atlantic Privacy*, „Houston Law Review”, vol. 38, 2001–2002.
- Reidenberg J.R., *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, „Texas Law Review”, vol. 76, no. 3, 1998.
- Reidenberg J.R., *States and Internet Enforcement*, „University Ottawa Law & Technology Journal”, vol. 1, 2004.
- Reiman J.H., *Driving to the Panopticon: A Philosophical Exploration of the Risks to Privacy Posed by the Highway Technology of the Future*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 11, 1995.
- Reynold J., Postel J., *The Request of Comments Reference Guide*, Network Working Group RFC 1000 (dostępne pod adresem: <http://ietf.org/rfc/rfc1000.txt>).
- Rheingold H., *Narzędzia ułatwiające myślenie. Historia i przyszłość metod poszerzania możliwości umysłu*, Warszawa 2003.
- Rorty R., *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge 1989.
- Saba jr. J.D., *Internet Property Rights: E-Trespass*, „St. Mary’s Law Journal”, vol. 33, 2001–2002.
- Samuels E., *Can our Current Conception of Copyright Law Survive the Internet Age?*, „New York School Law Review”, vol. 46, 2002–2003.
- Samuelson P., *Privacy As Intellectual Property?*, „Stanford Law Review”, vol. 52, 1999–2000.
- Samuelson P.A., *The Pure Theory of Public Expenditure*, „Review of Economics and Statistics”, vol. 36, 1954.
- Sarkowicz R., Stelmach J., *Teoria prawa*, Kraków 1996.
- Scott C., *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, [w:] J.Jordana (red.), D. Levi-Faur (red.), *The Politics of Regulation. Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, 2005.

- Shaw M.N., *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2006.
- Siciński A., *Technika a egzystencja ludzka* [w:] A. Siciński (red.), *Technika a społeczeństwo*, Warszawa 1974.
- Sims J., Bauerly C.L., *A Response to Professor Froomkin: Why ICANN Does Not Violate The APA or The Constitution*, „The Journal of Small & Emerging Business Law”, vol. 6, 2002.
- Slaughter A.-M., *A Global Community of Courts*, „Harvard International Law Journal”, vol. 44, no. 1 2003.
- Slaughter A.-M., *Building Global Democracy*, „Chicago Journal of International Law”, vol. 1, 2000.
- Slaughter A.-M., *Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 24, 2002–2003.
- Slaughter A.-M., *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, „The American Journal of International Law”, vol. 87, 1993.
- Slaughter A.-M., *A Liberal Theory of International Law*, „The American Society of International Law Proceedings”, vol. 94, 2000.
- Slaughter A.-M., *The Real New World Order*, „Foreign Affairs”, vol. 76, 1997.
- Smed S., *Intelligent Software Agents and Agency Law*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 14, 1998.
- de Sola Pool I., *Technologies of freedom*, Cambridge, Mass 1983.
- Sojak R., *Paradoks antropologiczny. Socjologia wiedzy jako perspektywa ogólnej teorii społeczeństwa*, Wrocław 2004.
- Sommer J.H., *Against Cyberlaw*, „Berkeley Technology Law Journal”, vol. 15, 2000.
- Sorieul R., Clift J.R., Estrella-Faria J.A., *Establishing a Legal Framework for Electronic Commerce: The Work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, „The International Lawyer”, vol. 35, 2001.
- Spectar J.M., *Bridging the Global Digtal Divide: Frameworks For Access and the World Wireless Web*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation”, vol. 26, 2000–2001.
- Staiman A., *Shielding Internet Users from Undesirable Content: The Advantages of PICS Based Rating System*, „Fordham International Law Journal”, vol. 20, 1996–1997.
- Staniszki J., *Władza globalizacji*, Warszawa 2003.
- Stein A.R., *The Unexceptional Problem of Jurisdiction in Cyberspace*, „The International Lawyer”, vol. 32, 1998.
- Steinmüller W., *Technologie informacyjne a władza*, „Państwo i prawo”, 2/1981.
- Studnicki F., *Cybernetyka i prawo*, Warszawa 1969.
- Sundgren B., *An Infological Approach to Data Bases*, Stockholm 1973.
- Sunstein C.R., *Informational Regulation and Informational Standing: Akins and Beyond*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 147, 1998–1999.

- Sunstein C.R., *Republic.com*, Princeton, NJ, 2001.
- Sutton M.F., *Legislating the Tower of Babel: International Restrictions on Internet Content and the Marketplace of Ideas*, „Federal Communications Law Journal”, vol. 56, 2003–2004.
- Svantesson D., *Geo-location Technologies: A Brief Overview* [w:] *Cyberspace 2004: Normative Framework*, „Acta Universitatis Brunensis, Iuridica”, nr 288, 2005.
- Swire P.P., *Elephants and Mice Revisited: Law and Choice of Law on the Internet*, „University of Pennsylvania Law Review”, vol. 153, 2005.
- Szahaj A. *Jednostka czy wspólnota. Spór liberałów z komunitarystami a „sprawa polska”*, Warszawa, 2000.
- Szewczyk A., *Informatyka. Aspekty humanistyczne*, Szczecin, 1996.
- Tankersley M.E., *How The Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996 Update Public Access for the Information Age*, „Administrative Law Review”, vol. 50, 1998.
- Teubner G., *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?* [w:] K.-H. Ladeur (ed.), *Public Governance in the Age of Globalisation*, Aldershot 2004.
- Teubner G., *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, [w:] *Global Law Without a State*, Aldershot 1997.
- Teubner G., *Konstytucjonalizm społeczny. Alternatywy dla teorii konstytucyjnej nakierowanej na państwo*, Wykład im. Leona Petrażyckiego wygłoszony na Wydziale Prawa i Administracji UW 27 maja 2004, *Ius et Lex*.
- Teubner G., *Rights of Non-humans? Cyborgs and Animals Between Science, Law and Society*, »Journal of Law and Society«, vol. 33, 2006.
- Teubner G., Fischer-Lescano A., *Regime – Collisions: the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, „Michigan Journal of International Law”, vol. 25, 2004.
- Teubner G., Karavas V., *http://www.CompanyNameSucks.com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on ‘Private Parties’ within Autonomous Internet Law*, „German Law Journal”, vol. 4, no. 12, 2003.
- Thompson G., Frances J., Levačić R., Mitchell J., *Markets, Hierarchies and Networks. The Coordination of Social Life*, London 1991.
- Thornburg E.G., *Fast, Cheap, and Out of Control: Lessons From The ICANN Dispute Resolution Process*, „The Journal of Small & Emerging Business Law”, vol. 6, 2002.
- Thornburg E.G., *Going Private: Technology, Due Process, and Internet Dispute Resolution*, „University of California Davis Law Review”, vol. 34, 2000–2001.
- Thornburgh D., H.S. Lin (red.), *Youth, Pornography, and the Internet*, National Academy Press, 2002.
- Topolski J., *Wstęp*, [w:] M. Foucault, *Archeologia wiedzy*, Warszawa 1977.

- Trachtman J.P., *Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction, and Modernism*, „Global Legal Studies Journal”, vol. 5, 1997–1998.
- Trofimenko A.V., *The Legal Regulation of Informational Relations: A Note on the Use of the Internet in the Russian Federation*, „Review of Central and East European Law”, vol. 29, no. 3, 2004.
- Valentine D. A., *Privacy on the Internet: the Evolving Legal Landscape Prepared Remarks*, „Santa Clara Computer and High Technology Law Journal”, vol. 16, 2000.
- Virilio P., *The Lost Dimension*, New York 1991.
- Volokh E., *Technology and the Future of Law*, „Stanford Law Review”, vol. 47, 1994–1995.
- Waldenfens B., *Podział czy rozproszenie rozumu? O dyskusji między Habermasem i Foucault*, „Studia filozoficzne”, 1–2 (242–243)/1986.
- Weinberg J., *ICANN and the Problem of Legitimacy*, „Duke Law Journal”, vol. 50, 2000–2001.
- Weiser P.J., *Internet Governance, Standard Setting, and Self-Regulation*, „Northern Kentucky Law Review”, vol. 28, 2001.
- Weiser P.J., *The Internet, Innovation, and Intellectual Property Policy*, „Columbia Law Review”, vol. 103, 2003.
- Welsch W., *Sztuczne raje. Rozważania o świecie mediów elektronicznych i o innych światach* [w:] M. Hopfinger (red.) *Nowe media w komunikacji społecznej XX wieku*, Warszawa 2002.
- White S., *Political Theory and Postmodernism*, Oxford 1996.
- Winn J.K., *The Emperor's New Clothes: the Shocking Truth About Digital Signatures and Internet Commerce*, „Idaho Law Review”, vol. 37, 2000–2001.
- Wrenn G.J., *Cyberspace Is Real, National Borders Are Fiction: The Protection of Expressive Rights Online Through Recognition of National Borders in Cyberspace*, „Stanford Journal of International Law”, vol. 38, 2002.
- Wróbel S., *Władza i rozum. Stadia rozwojowe krytycznej teorii społecznej*, Poznań 2002.
- Wróblewski J., *Prawo a cybernetyka (Zarys problemów)*, „Państwo i Prawo”, nr 12, 1968.
- Wróblewski J., *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972.
- Wróblewski J. (red.), *Wstęp do informatyki prawniczej*, Warszawa 1985.
- Yeazel B.J., *Bomb-making Manuals on the Internet: Maneuvering a Solution Through First Amendment Jurisprudence*, „Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy”, vol. 16, 2002.
- Yee K.K., *Location.Location.Location: Internet Addresses as Evolving Property*, „Southern California Interdisciplinary Law Journal”, vol. 6, 1997–1998.
- Yonehara B.T., *landoftherisingsun.co.jp: a Review of Japan's Protection of Domain Names Against Cybersquatting*, „IDEA – The Journal of Law and Technology”, vol. 43, nb. 2, 2003.
- Zakalik J., *Law Without Borders in Cyberspace*, „The Wayne Law Review”, vol. 43, 1996–1997.

- Zanghi J.S., 'Community Standards' in Cyberspace, „Dayton Law Review”, vol. 21, 1995–1996.
- Zirk-Sadowski M., *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Łódź 1998.
- Zirk-Sadowski M., *Wprowadzenie do filozofii prawa*, Kraków 2000.
- Zittrain J., *Internet Points of Control*, „Boston College Law Review”, vol. 44, 2002–2003.

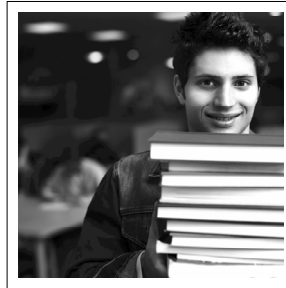
Zapraszamy do naszej księgarni internetowej
www.tnoik.torun.pl/ksiegarnia



Chcesz wiedzieć więcej?



odwiedź naszą księgarnię internetową



Księgarnia Internetowa wydawnictwa TNOiK w Toruniu - Windows Internet Explorer
http://tnoik.torun.pl/ksiegarnia

Księgarnia Internetowa wydawnictwa TNOiK w Toruniu

DOM ORGANIZATORA
TOWARZYSTWO NAUKOWE ORGANIZACJI I KIEROWNICTWA

Firma | Wydawnictwo | Szkolenia | Kontakt Moje Konto | Zawartość koszyka | Zamówienie

Witamy w Internetowej Księgarni wydawnictwa TNOiK,
Nieznamy! Czy chcesz się **zalogować**? A może jeszcze nie masz u nas konta i **chciałbyś założyć**?
Jeżeli potrzebujesz pomocy przy obsłudze księgarni zajrzyj do [Instrukcji Obsługi](#).

Tylko u nas kupisz z rabatem 15% !!!
Wypredaż końcówki nakładu (sprzedaż poniżej kosztów produkcji)

Nowości Wydawnicze

 SPIS HIPOKRYTÓW 22,95zł DO KOSZYKA	 PRZESŁUCHANIE MAŁOLETNIEGO ŚWIADKA W POLSKIM PROCESIE KARNYM 34,00zł DO KOSZYKA	 FORMY STADIALNE I POSTACIE ZJAWISKOWE POPEŁNIENIA PRZESTĘPSTWA 28,90zł DO KOSZYKA
 MAKROEKONOMICZNA materiały do ćwiczeń 22,20zł DO KOSZYKA	 PRAWO MIĘDZYKRAJOWE PUBLICZNE zapis wykładu 39,10zł DO KOSZYKA	 ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNA ZA SZKODY WYRZĄDZONE PRZY LECZENIU 28,50zł DO KOSZYKA

Koszyk
...jest pusty

Zaloguj się
Adres E-mail:
Hasło:
Nie pamiętasz hasła?
Zaloguj

Bezpieczne logowanie
NOWE KONTO

Promocje

FORMY STADIALNE I POSTACIE ZJAWISKOWE POPEŁNIENIA PRZESTĘPSTWA
34,00zł
28,90zł

piątek, 25 maj 2007 284965 wywołań od poniedziałku, 16 październik 2006

www.tnoik.torun.pl/ksiegarnia

Internet 100%

TOWARZYSTWO NAUKOWE ORGANIZACJI I KIEROWNICTWA

STOWARZYSZENIE WYŻSZEJ UŻYTECZNOŚCI PUBLICZNEJ

DOM ORGANIZATORA

87-100 TORUŃ

ul. Czerwona Droga 8

Tel. (0-56) 62-238-07, 62-228-98

FAX (0-56) 62-231-23

<http://www.tnoik.torun.pl>

e-mail: tnoik@tnoik.torun.pl



DZIAŁ WYDAWNICTW

Wydajemy drukiem
poradniki, podręczniki akademickie i komentarze
z zakresu prawa, ekonomii, organizacji i zarządzania

DZIAŁ EDUKACJI

Organizujemy szkolenia, seminaria,
konferencje naukowe krajowe i międzynarodowe