

JOLANTA JABŁOŃSKA-BONCA

Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie

KORPORACYJNE REGULACJE POZAPRAWNE
A SYSTEMOWOŚĆ PRAWA. ZARYS PROBLEMÓW

I

Celem tekstu jest zwrócenie uwagi na wpływ współczesnego korporacyjnego otoczenia normatywnego na systemowość prawa¹. Globalne korporacje gospodarcze tworzą różnorodne regulacje pozaprawne (np. standardy, polityki, statuty, regulaminy). Czy prawo zostało przez te regulacje w praktyce działania „rozhermetyzowane” („rozszczelnione”) na tyle, że należy w doktrynie prawniczej zmienić ramę interpretacyjną dla postrzegania granic jego obowiązywania w sensie behawioralnym?² A może odwrotnie: państwa nadal pozostają najsilniejszymi normodawcami i nic się nie zmieniło w relacji prawa z otoczeniem, a często formułowane tezy o „tyraniu” korporacji i ich potężnej sile oddziaływania na prawo nie mają oparcia w faktach? Czy słuszność, użyteczność i racjonalność regulacji korporacji kierujących się innymi logikami niż prawodawcy może być (lub: staje się) w praktyce silniejszym czynnikiem realnego działania norm niż legitymacja demokratyczna i legalna regulacji prawnych?³ Czy zbadanie sprzężenia zwrotnego: korporacyjne otoczenie normatywne a system prawa wymaga *hic et nunc* spoj-

¹ Korporacje transnarodowe mają oddziały w wielu krajach, zajmują się produkcją, usługami, finansami. Każdy z podtypów kieruje się nieco inną logiką działania, co ma znaczenie dla regulacji. Por. szerzej o korporacjach na przykład: J. Szalacha-Jarmużek, *Instrumentarium globalnego panowania*, Poznań 2013.

² E. Melissaris, *Ubiquitous Law. Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*, Ontario 2009.

³ Słuszność, tu: adekwatność, stosowność, trafność; użyteczność — przydatność, praktyczność, potrzebny; racjonalność — przemyślane, rozsądne. To wartości utylitarne, kluczowe dla efektywności biznesu. Rozwiązania mają być zawsze trafne, praktyczne i rozsądne, a legalne — jeśli to konieczne z uwagi na wolę państwa, a więc jeśli zachowanie legalistyczne jest: słuszne, praktyczne i rozsądne z punktu widzenia korporacji.

zenia na systemowość prawa z innej perspektywy? Czy „patchwork” regulacyjny państwowo-prywatny („pluralizm prawa”) jest faktem czy złudzeniem?⁴

Tradycyjne, pozytywistyczne, przypisywanie prawu cechy systemowości służyło i służy nadal wypełnianiu wielu dobrze opisanych zadań poznawczych w naukach prawnych oraz zadań praktycznych związanych z tworzeniem i stosowaniem prawa. Jeśli jednak spojrzeć na ową systemowość z perspektywy współczesnego korporacyjnego otoczenia regulacyjnego — pojawiają się nowe, warte zbadania problemy. Czy są istotne?

Zadania poznawcze sprowadzały się tradycyjnie do uznania systemowości za konieczne założenie podejmowania badań nad prawem w ujęciu abstrakcyjnym, typologicznym i konkretnym. Systemowość prawa to uznany w doktrynie, zwłaszcza pozytywistycznej, sposób konceptualizacji i porządkowania norm pochodzących od państw, utrwalony sposób podejścia badawczego do badań regulacji.

Zadania praktyczne sprowadzały i sprowadzają się do uznania systemowości za konieczne założenie racjonalnego prawodawcy i interpretacji prawa w procesach jego stosowania oraz w procesach prawotwórczych. Systemowość to utrwalony od wieków w doktrynie wzór pozwalający na rozstrzyganie problemów wykładni w stosowaniu prawa; tradycyjny paradygmat legitymizujący, uzasadniający konkretne decyzje walidacyjne i interpretacyjne.

Strukturalizacja prawa poprzez odwoływanie się do tak rozumianej systemowości, a co za tym idzie także do spójności, przechodzi jednak w ostatnich latach — zwłaszcza w Unii Europejskiej — istotne przemiany. Od uchwalenia Traktatu Lizbońskiego aplikowana i rozwijana jest idea, znana już wcześniej: „refleksyjnego”, wariantowego opanowywania różnorodności i uzyskiwania spójności z zachowaniem warunków brzegowych⁵. Od weberowskiego, dziewiętnastowiecznego uporządkowania pionowego i poziomego systemu prawa przechodzi się w unijnej legislacji i interpretacji do nowego sposobu osiągania spójności. „Mówi się bowiem: masz tu pole możliwości (w wypadku Traktatu) i — pole wspólnot, które uznajemy za prawomocnych uczestników sceny publicznej (w przypadku segmentacji praw). Wszystko jedno, jakiego wyboru dokonasz, abyś trzymał się tego pola i był konsekwentny. Chodzi o to, by twoje reakcje były przewidywalne: oczywiście w sensie wysokiego prawdopodobieństwa. To wystarczy do kontroli: warunki brzegowe, wspólne dla wszystkich, wymuszają zbieżność”⁶. Uznaje się, że skoro system prawa unijnego jest wielopoziomowy, brakuje hierarchicznego podporządkowania poszczególnych poziomów działania oraz faktem jest asyme-

⁴ Por. B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense. Law, Globalization, And Emancipation*, wyd. II, Cambridge 2002.

⁵ G. Teubner, H. Wilke, *Dezentrale Kontextsteuerung in Recht intermediärer Verbände*, [w:] *Kontext und Autonomie*, red. G. Teubner, H. Wilke, „Zeitschrift für Rechtssoziologie” 1, 1984; G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a.M. 1989.

⁶ J. Staniszkis, *Antropologia władzy. Między Traktatem Lizbońskim a kryzysem*, Warszawa 2009, s. 67.

tria kompetencji to obecnie spójność i systemowość staje się głównie wynikiem uzgodnień wertykalnych i horyzontalnych na poziomie państw, regionów i całej unii.

Te zjawiska to między innymi efekt przechodzenia od lat 80. XX wieku w Europie Zachodniej, a teraz także w Europie Środkowej i USA do tak zwanego kapitalizmu regulacyjnego. Oznacza to znaczne poszerzenie zakresu wszelkich regulacji. Przede wszystkim dlatego, że górowała presja grup działających „w interesie publicznym” promujących ciągle poszerzanie zakresu praw obywateli, teraz widzianych głównie jako „konsumenci”. Do praw politycznych dołączyły katalogi prawa konsumenta o charakterze społecznym, socjalnym, opiekuńczym, *etc.* Uprawnienia do usługi naukowo-dydaktycznej, opieki zdrowotnej i społecznej, zatrudnienia, bezpieczeństwa, mieszkania, zdrowego środowiska, *etc.* nabrały takiego samego znaczenia jak za czasów kapitalizmu leseferystycznego i państwa dobrobytu prawa polityczne do wolności słowa, stowarzyszeń i prawa wyborcze. Stąd permanentny rozrost regulacji, aby zagwarantować obywatelowi — konsumentowi wszystkie te prawa. Demonopolizacja i prywatyzacja wielu zadań tak rozumianego państwa — które wobec niewydolności aparatu okazały się dość szybko konieczne. Regulacje przesunęły się do sfery prywatnej. Powstała poza-państwowa nowa przestrzeń instytucjonalna. Jeśli tak, to nie ma ona pełnej demokratycznej legitymizacji i nie można wykluczyć, że regulacje z tego obszaru mogą być przechwytywane przez grupy branżowych, wąskich interesów⁷.

Czy te zjawiska mogą też mieć wpływ „odblaskowy” na relacje: regulacje prawne a regulacje korporacyjne?

Europejska przestrzeń normatywna łączyła i łączy różne tradycje, ideologie, doktryny, różne siatki pojęciowe i zasady wykładni, różne systematyki prawa, różne podejścia do źródeł prawa, a w szczególności do reguł i zasad prawa oraz do precedensów, różne zasady hierarchii wartości, różne relacje między najwyższymi instancjami sądowymi, różne podejścia do legalizmu. Ta różnorodność, indywidualizm i destrukuralizacja tworzą także rozliczne pola potencjalnych konfliktów i w nowym świetle stawiają normy pozaprawne regulujące ważne obszary życia społecznego pochodzące od silnych, globalnych podmiotów, korporacji gospodarczych i organizacji pozarządowych. Systemy prawne poszczególnych państw i prawo unijne są rozbudowywane, komplikują się wewnętrznie w sensie formalnym i materialnym; łączą i przenikają w zawiły sposób, a granice prawa poprzez liczne klauzule generalne, zwroty niedookreślone i inne odesłania poza systemowe stają się coraz mniej szczelne. W szczeliny dostają się regulacje pozaprawne o silnym autorytecie profesjonalnym.

Otoczenie regulacyjne prawa zmagają się obecnie z problemami policentrycznej globalizacji regulacji, regulacji międzynarodowych korporacji gospodarczych

⁷ Za B. Borkowską. Por. szerzej na temat kapitalizmu regulacyjnego: B. Borkowska, *Regulacja — wartości — ramy instytucjonalne*, „Ekonomia” 2013, nr 4 s. 197–209.

i pozarządowych organizacji międzynarodowych oraz norm różnych regulatorów publicznych o zasięgu ponadnarodowym⁸.

Czy wobec tych zjawisk systemowość prawa powinna być obecnie postrzegana w skorygowanej ramie poznawczej? Czy warto zastanowić się nad korektą ramy (zjawisko *framingu*), która zgodnie z tradycją doktrynalną nie pozwala na zmieniony opis relacji prawo i otoczenie regulacyjne?⁹ Pojęcie *framing* pochodzi od nazwy schematów pamięciowych (*frames*), służy do opisywania budowy i funkcji ludzkiej pamięci w psychologii kognitywnej¹⁰. W znaczeniu psychologicznym *framing* to zjawisko poznawcze, będące integralną częścią procesu kategoryzacji, gdzie bodźce zewnętrzne, takie jak na przykład nowe informacje, zostają zdefiniowane i przyporządkowane kategoriom uprzednio zdobytego doświadczenia. Tak właśnie tradycyjnie i zachowawczo rozumiana jest systemowość prawa. Ze względu na schematyczną budowę ludzkiej pamięci, proces *framingu* ma wpływ na zapamiętanie, zrozumienie, ocenę, oraz postawy i zachowania wobec nabytych informacji o systemowości prawa. Jego istnienie dowodzi również, że te same elementy postrzeganej rzeczywistości można interpretować i klasyfikować w różny sposób, w zależności od tego, które jej cechy zostaną w przekazie uwydatnione. Czy nadszedł czas na nowe spojrzenie?

Zmiana schematu pamięciowego (*frames*), czyli zmiana ramy interpretacyjnej badania relacji system prawa — regulacje pozaprawne i nowe spojrzenie na prawo adresowane do obszaru gospodarki, finansów, bankowości, energetyki, przemysłu, na przykład farmaceutycznego, medycznego, motoryzacyjnego, transportowego do biznesu związanego z usługami, a nawet ze sportem zawodowym oraz z drugiej strony na regulacje pozaprawne podmiotów z tych obszarów, które wchodzi w interakcje z prawem z prawem prowadzi do nowego spojrzenia na działanie prawa w otoczeniu.

„Jest rzeczą naturalną — pisze John Rawls — przypuścić, że odrębny charakter i autonomia rozmaitych elementów społeczeństwa wymaga, aby w pewnych sferach działały na podstawie własnych zasad, zaprojektowanych tak, aby odpowiadały ich swoistej naturze”¹¹.

W tym tekście pominięta zostanie obszerna, znana literatura dotycząca różnych aspektów tej problematyki, między innymi prace o pluralizmie prawnym, o równoległych systemach normatywnych, o policentrycznej globalizacji, o rządach i tyranii korporacji, o wzroście udziału korporacji w sprawowaniu władzy publicznej, o zacieraniu granic władzy publicznej i prywatnej we współczesnych demokratycznych państwach, o globalizacji prawa, pełzającej globalizacji, zna-

⁸ Praca została wykonana w ramach grantu NCN Opus 5 „Prywatna ochrona bezpieczeństwa”, Niepaństwowe prawo? UMO — 2013/09/B/HS5/02671.

⁹ A. Pluwak, *Geneza i ewolucja pojęcia framing w naukach społecznych*, „Global Media Journal — Polish Edition” 5, 2000, nr 1.

¹⁰ J.B. Gleason, N. Bernstein, N. Ratner, *Psycholingwistyka*, Gdańsk 2005.

¹¹ J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, s. 356.

czeniu globalnej standaryzacji, braku demokratycznej legitymacji do regulacji w wielkich korporacjach, a także o kapitalizmie regulacyjnym itp.¹²

II

Warto się przyjrzeć — z uwagi na ich siłę i zasięg — autonomicznym regulacjom dokonywanym przez wielkie światowe korporacje gospodarcze, które tworzą globalne wzorce, standardy i zasady działania określonych kategorii adresatów. Wzorce, standardy, wytyczne, regulaminy *etc.* są formami samoregulacji. Korporacje tworzą też normy dotyczące ich relacji z podmiotami współpracującymi. W założeniach ich twórców są to często unormowania globalne, unifikujące najwyższe standardy postępowania w określonych sferach działania (np. w sporcie zawodowym, ochronie prywatnego bezpieczeństwa, bankowości, farmacji). O tych pisanych, pozaprawnych normach o ambicjach globalnych, na pewno nie można powiedzieć, że są indyferentne prawnie. Bez względu na różnice wynikające z występujących w konkretnych państwach obowiązków prawnych, standardy formułują modele postępowania, do których zachowania zobowiązane są wszystkie podmioty wchodzące w skład danej organizacji¹³. Często działają na prawa i obowiązki adresatów wcale niepodporządkowanych organizacyjnie władzom korporacji, ale na klientów, dostawców, współpracowników; ponadto na ogół działają transgranicznie. Ich skuteczność i legitymacja są oparte na wartościach uzasadniających ich moc regulatywną, takich jak słuszność rozwiązań (ich stosowność, adekwatność, trafność) w ocenie adresatów, użyteczność (przydatność i praktyczność dla adresatów) i racjonalność (rozsądek). Zasadzają się na sile ekonomicznej, profesjonalizmie i fachowym autorytecie tych korporacji.

Korporacje są połączone nie tylko przez regulacje, ale i poprzez globalne, autonomiczne stosowanie norm, w systemach jednolitych, międzynarodowych, polubownych profesjonalnych jurysdykcji.

Reguły działania zawarte w pozapaństwowych aktach normatywnych są tworzone, stosowane i egzekwowane poza nadzorem i kontrolą organów wewnętrznych poszczególnych państw. Międzynarodowe Stowarzyszenie Federacji Lekkoatletycznych (IAAF), ma więcej członków niż ONZ (bo 214), co daje tej organizacji tak duże poczucie władzy, że w 1992 roku IAAF wyraziło stanowisko następujące: „Sądy stwarzają nam mnóstwo problemów w zwalczaniu dopingu,

¹² Por. na przykład A. Bator, *Integracja i globalizacja z perspektywy filozofii prawa*, [w:] *Filozofia prawa wobec globalizmu*, red. J. Stelmach, Kraków 2003, s. 9–26; L. Morawski, *Rządy prawa i rządy korporacji. Logika rozwoju państwa prawa*, „Prawo i Więź” 2015, nr 2.

¹³ J.J. Kirton, M.J. Trebilcock, *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, „Environment and Social Governance”*, Toronto 2004, s. 121.

ale my mówimy, że w najmniejszym stopniu nie liczymy się z nimi, gdyż mamy reguły, które są nadrzędne”¹⁴.

Druga kategoria regulacji to unormowania globalnych korporacji, które są efektem zagospodarowywania poprzez ich normy nowych pól stosunków społecznych i gospodarczych. Regulacje te są wynikiem reakcji korporacji na wyraźne braki prawa, tam, gdzie sytuacja wymaga unormowania. To pola „luk instytucjonalnych” czy inaczej: „luk strukturalnych”¹⁵.

Oznacza to, że ani państwa narodowe, ani organizacje międzynarodowe nie są w stanie w danym momencie objąć swoimi działaniami całej puli istniejących spraw. [...] prywatne organizacje [...] stają się czasem podmiotami zastępczymi wobec instytucji publicznych. Wykorzystując okresową „niemoc” instytucji publicznych, tworzą mechanizmy wypełniające¹⁶.

Po pierwsze, chodzi o w sytuacji w których państwowy prawodawca uznaje, że okoliczności społeczne nie są jeszcze na tyle ustabilizowane, aby można było dokonać regulacji prawnej, byłaby ona przedwczesna. Innego zdania jest „prywatny normodawca”. Po drugie, chodzi o sytuacje, w których państwowy prawodawca uznaje, że prawo nie jest już potrzebne, na prawo jest już za późno, ponieważ określony obszar działania państwa został sprywatyzowany, przekazany podmiotom pozarządowym i nie należy już do obszaru zadań publicznych.

Przykładem może być tzw. *lex sportiva* (np. reguła „50+1” ze statutu „Bundesligi” i statutu Niemieckiego Związku Piłki Nożnej łamie prawo UE; przepisy Międzynarodowej Unii Kolarskiej dyskryminujące kolarzy ze względu na obywatelstwo są sprzeczne z prawem UE) albo *lex informatica* ICANN Internetowej Korporacji ds. Rozdziału Nazw i Adresów IP tworząca semiimperatywny autonomiczny porządek normatywny wraz z autonomicznym systemem arbitrażu¹⁷.

Regulacje pozaprawne wyprzedzające prawo, tak zwane *lex ferenda* bywają kierowane ponad różnicami kulturowymi nawet do kilkudziesięciu jurysdykcji, do setek tysięcy, a zdarza się, że i milionów adresatów. Tworzą je najsilniejsze prywatne korporacje w skali globalnej często we współpracy z państwami. W ten sposób mogą powstawać prywatne monopole normatywne, na które słabe podmioty, także z tego obszaru działania, nie mają wpływu. Może się tak też zdarzać w sytuacji prywatyzacji zadań państw.

Przykładem takiej silnej regulacji może być Międzynarodowy Kodeks Dostawców Usług Bezpieczeństwa (ICoC)¹⁸. Jego celem jest „ustanowienie global-

¹⁴ Cyt. za: K. Foster, *Is there a global sports law?*, „Entertainment Law” 2, Spring 2003, nr 1, s. 1.

¹⁵ R. Burt, *Structural Holes. The Social Structure of Competition*, Cambridge 1995, za: J. Szalacha-Jarmużek, *op. cit.*, s. 196.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Szeroko na temat „lex sportiva” i niekompatybilności pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi por. *Kompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, red. A. Szwarc, Poznań 2014; szeroko na temat „lex informatica” por. K. Dobrzeńiecki, *Lex Informatica*, Toruń 2008.

¹⁸ International Code de Conduit for Private Security Service Provides (ICoC), www.icoc.org (dostęp: 1.09.2015).

nych standardów dla prywatnego sektora bezpieczeństwa” oraz powołanie niezależnych mechanizmów efektywnego zarządzania i nadzoru. Prywatne firmy PMC i PSC, w tym najbardziej znane, takie jak XE Service, G4S, DynCorp International zdecydowały się na wspólne uporządkowanie norm zachowań w sferach działań wojennych¹⁹. Składają się nań normy: nakładające się treściowo na prawo (kodeks nakazuje przestrzegać wielu fundamentalnych norm międzynarodowego prawa karnego, prawa humanitarnego i praw człowieka) oraz nowe normy zawierające pozaprawne procedury i zasady środowiskowej kontroli, także audytu w zakresie ochrony²⁰.

Ten dokument był pierwszym o charakterze międzynarodowym, który dotyczył prywatnych firm wojskowych i prywatnej ochrony bezpieczeństwa w czasie konfliktów zbrojnych. Kodeks jest stworzony i adresowany do prywatnych firm ochroniarskich i innych prywatnych dostawców zabezpieczeń zajmujących się ochroną państwowych i niepaństwowych klientów w rejonach niebezpiecznych, obszarach dotkniętych zamieszkami i niestabilnością polityczną, spowodowanymi klęskami żywiołowymi lub konfliktami zbrojnymi, w sytuacji, gdy „zdolność władzy publicznej do opanowania sytuacji jest zmniejszona, ograniczona lub nie istnieje”²¹. Sygnatariusze kodeksu zobowiązują się w nim do działania zgodnie z jego normami, z prawem, w tym: prawami człowieka i odpowiednimi standardami postępowania biznesowego, chroniąc interesy swoich klientów, podejmując kroki na rzecz takiego zarządzania wewnętrznego, aby nie dopuszczać do naruszania praw człowieka. Zobowiązują się też monitorować i eliminować wszelkie działania naruszające prawo międzynarodowe albo normy tego kodeksu, współpracować w dobrej wierze ze wszystkimi organami krajowymi i międzynarodowymi zajmującymi się pogwałceniami międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka²². Powyższe cele są realizowane przez specjalny audyt i certyfikację. Powstała więc silna, wewnętrzna pozaprawna procedura wzmacniająca publiczną odpowiedzialność firm za bezpieczeństwo²³.

Trzeci typ istotnych regulacji to unormowania podmiotów prywatnych o charakterze *lex specialis* stanowione autonomicznie albo na podstawie różnorodnych odesłań zawartych w ustawach — formalnie odesłań poza systemowych. Zdarzają się wśród nich także regulacje jawnie i świadomie niezgodne z prawem. Mimo kwestionowania ich zgodności z prawem (np. z prawem pracy uniijnym bywają niezgodne regulacje związków sportowych zawierające elementy dyskryminacji

¹⁹ Sygnatariuszami kodeksu jest już kilkaset firm na świecie.

²⁰ Dokument z Montreux jest otwarty dla wszystkich państw i organizacji międzynarodowych; pierwotnie 17 września 2008 roku podpisało go 17 państw, obecnie jest już ponad 40 sygnatariuszy. Unia Europejska przystąpiła do niego 27 sierpnia 2012 roku.

²¹ Art. 16 ICoC.

²² Art. 6 ICoC.

²³ Szerzej na ten temat: J. Jabłońska-Bonca, *Policentryczność źródeł norm w zakresie bezpieczeństwa obywateli. Problem czy margines?*, [w:] *Prawo język logika*, red. S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel, Warszawa 2013, s. 59–75.

pracowniczej zawodników) to są one skuteczne, wykonywane przez adresatów i egzekwowane przez korporacje w ramach polubownej jurysdykcji²⁴.

Owe prywatne, eksperckie, autonomiczne regulacje różnych podsystemów społecznych, gospodarczych i politycznych są coraz częściej postrzegane w zmiennej ramie interpretacyjnej (*frames*) jako przejaw zmiany koncepcji pojmowania prawa i uznawania pluralizmu prawnego. Ta nowa rama uwidacznia kształtowanie się nowego, tym razem „pisanego prawa zwyczajowego” odwołującego się do dyskusyjnego założenia, że można wskazać na wspólną podstawę aksjologiczną ich specjalnych albo globalnych zasad obowiązujących *de facto* jako norm słusznych, użytecznych i racjonalnych. Zauważa się siłę sprawczą wielkich korporacji i skuteczność ich regulacji działających obok, albo nawet wbrew, prawu, mających silną legitymację opartą na profesjonalizmie i potęgę ekonomicznej normodawców. Podkreśla się, że są to regulacje ogólne, społecznie doniosłe, w praktyce nie ma realnej możliwości odmiennego kształtowania stosunków pomiędzy stronami. Formułowane są w związku z tym poglądy, że w XXI wieku nadeszły „rządy korporacji”, a takie rządy mogą stanowić zagrożenie dla praw człowieka w demokratycznych państwach prawa. „Tyranie państw” zastąpiła — jak się ocenia — „tyrania korporacji”, które nie mają demokratycznej legitymacji do tak znaczących społecznie regulacji, tym niemniej tworzą równoważne instytucjonalne porządki normatywne.

Nie podzielam tych tez i tak radykalnych ocen, o czym będzie mowa w dalszej części.

III

Zostaną naszkicowane trzy typy reakcji regulacyjnych globalnych korporacji na prawo, a wyróżniono je z uwagi na główny przedmiot i specyfikę obszaru oddziaływania. Celem tego zabiegu jest, po pierwsze, zarysowanie dużych różnic w ich relacjach z prawem i po drugie, wykazanie, że państwa — wbrew powyżej przedstawionym ocenom — nadal pozostają głównymi graczami regulacyjnymi, a tezy to tyranii korporacji — choć publicystycznie atrakcyjne — mają słabe uzasadnienie²⁵.

Będą to korporacje: przemysłowe (np. motoryzacja, budownictwo, farmaceutyka, energetyka, transport), bankowo-finansowo-ubezpieczeniowe (np. banki inwestycyjne, firmy ubezpieczeniowe) i inne specjalne korporacje (np. sportowe, takie jak FIFA, UEFA, IAAF). Wyróżniają się więc trzy typy korporacji wpływa-

²⁴ Zob. *Kompatybilność pozaprawnych regulacji...*

²⁵ Ramy tego tekstu pozwalają jedynie na naszkicowanie problemu. Jest on wart dalszych badań. Por. też: J. Jabłońska-Bonca, *Istota spójności regulacji prawnych oraz niesprzeczności regulacji pozaprawnych z regulacjami prawnymi*, [w:] *Kompatybilność pozaprawnych regulacji...*, s. 39–68.

jące na globalizację i mające nieco inne logiki działania: produkcyjne, finansowe, usługowe²⁶.

Wszystkie te typy korporacji reagują swoimi działaniami i regulacjami na prawo, a także prawo reaguje na zmiany w pozycji gospodarczej i politycznej tych korporacji. Sprzężenie zwrotne między prawem a jego otoczeniem regulacyjnym jest silne i działa w obie strony. Niektóre reakcje korporacji na prawo są podobne, a pozostałe wyraźnie różne.

W wielu korporacjach (zwłaszcza w systemie *common law*) wyodrębnia się specjalną kompleksową funkcję — zarządzanie ryzykiem prawnym. Sam brak zgodności z prawem jest tylko jednym z rodzajów ryzyk prawnych. Wyodrębnia się ponadto ryzyka: legislacyjne, kontraktowe, sporów oraz związane z własnością i jej naruszeniami.

Przykładem podobnej (co do zasady jednolitej) reakcji na prawo wszystkich tych typów korporacji są zachowania będące reakcjami na zakazy państw dotyczące finansowania transakcji z podmiotami objętymi wszelkiego typu międzynarodowymi sankcjami gospodarczymi. Korporacje reagują na te zakazy jednolicie, w żadnym razie nie bagatelizują stanowisk państw. Tworzą w odpowiedzi regulacje zwane „politykami sankcyjnymi” dla wszystkich spółek wchodzących w skład grupy. „Polityka sankcyjna” wchodzi w życie zwykle ze skutkiem natychmiastowym. Celem jest zapewnienie przestrzegania przepisów dotyczących sankcji przez wszystkie podmioty wchodzące w skład korporacji i poszczególnych pracowników tych podmiotów na obszarach, na których korporacje te prowadzą działalność. Ewentualne nieprzestrzeganie tych norm naraża korporacje na administracyjne kary pieniężne, odpowiedzialność cywilną lub karę, a także na poważne straty reputacyjne. Przykładowo, zakazuje się świadczenia usług w konkretnych państwach, bądź nakłada ograniczenia na klientów z takich krajów (np. Iran, Sudan, Birma, Korea Płn., Kuba). Zakazuje także współpracy biznesowej we wszystkich walutach oraz nakłada ograniczenia na niektóre obszary współpracy. Regulacje korporacji mogą również zobowiązywać do przeprowadzenia szerokiej kontroli danych osobowych wszystkich klientów. Zakres informacji podlegających dotychczas kontroli zostaje poszerzony o wymagania dotyczące kontroli innych danych, w tym rzeczywistego adresu klienta i podmiotów powiązanych albo nawet miejsca dokonywania przez nich świadczeń.

Warto jednak zauważyć, że różne typy korporacji, mając wiele podobnych zasad zachowania, różnią się jednocześnie istotnie w swoich reakcjach na prawo, ponieważ inaczej kalkulują ryzyka regulacyjne, finansowe i reputacyjne.

1. Pierwszy typ, światowe korporacje przemysłowe, tworzą często oligopole, a więc w skali globalnej działa niewielu, ale ogromnych producentów konkretnych dóbr. To, co wymaga w przypadku produkcji takich dóbr regulacji (np. zasa-

²⁶ Tak też np. K. Marzęda, *Proces globalizacji korporacyjnej*, Warszawa-Bydgoszcz 2006, s. 40.

dy technologii i bezpieczeństwa konstrukcji budynku, czy pojazdu mechanicznego) tworzy na pewno policzalną i skończoną liczbą elementów. Regulacje prawne i inne związane z bezpieczną, praktyczną i racjonalną produkcją oraz eksploatacją dobra (np. normy techniczne, estetyczne) tworzyły się oraz doskonaliły przez wieki, są efektem fachowego doświadczenia oraz stopniowego, wieloletniego postępu technicznego, technologicznego i cywilizacyjnego.

Od wieków producenci działają w ramach prawa i wielu norm pozaprawnych, normy na przestrzeni lat są coraz precyzyjniejsze i bardziej kazuistyczne, a ich trafność, użyteczność i racjonalność stanowi dla korporacji fundament ich behawioralnego obowiązywania.

Celem każdej korporacji przemysłowej jest — niezależnie od czasów — w pierwszej kolejności przetrwanie i samozachowanie firmy, w drugim dopiero — jej rozwój. Dlatego korporacje przemysłowe, także te bardzo potężne ekonomicznie, o budżetach porównywalnych z zasobami współczesnych państw, orientują się zawsze w demokratycznych systemach politycznych najpierw na prawo²⁷. Starają się działać racjonalnie i legalnie oraz dostosowywać swoje wewnętrzne unormowania do prawa. Ponieważ działają często globalnie, na przykład w kilkudziesięciu państwach, i tworzą (chcą tworzyć) produkty uniwersalne o globalnych, standardowych, jednolitych parametrach, mają poważne problemy z jednoczesnym dostosowaniem się do różniącego się treściowo i formalnie prawa w poszczególnych krajach. Prawo w konkretnych państwach dotyczące na przykład bezpieczeństwa produktów, ochrony konkurencji, pracy, ochrony danych *etc.* nie jest przecież jednolite. Otwierają się liczne pola potencjalnych konfliktów norm. Pojawia się niekompatybilność prawa i regulacji pozaprawnych. Jak się rozwiązuje te problemy? Czy państwa mają dostateczne prawne instrumenty reakcji na niekompatybilność? A może decyduje siła korporacji? Czy zasadą jest pomijanie lokalnej specyfiki prawnej i zwyczajowej oraz stosowanie jednolitych, bezwzględnie wiążących standardów globalnych przez korporacje, co może prowadzić do naruszania zasad kultury, w tym także kultury prawnej konkretnego kraju?

W praktyce korporacje przemysłowe starają się działać legalistycznie, a ryzyko prawne opanowują w następujący sposób: o treści zasadniczej, globalnej regulacji i poziomie jej zgodności z prawem decyduje przede wszystkim wielkość, rodzaj i charakter rynku zbytu. Regulacja korporacyjna zawierająca globalne standardy jest na ogół tworzona tak, aby była przede wszystkim zgodna z prawem obowiązującym na największym na świecie rynku zbytu danego dobra. To zapewnia komfort ekonomiczny prowadzenia biznesu w najistotniejszym obszarze.

Nieuniknione są wobec tego potencjalne kolizje tych regulacji z normami prawnymi w innych państwach o mniejszych rynkach zbytu. Jak się je rozwiązuje?

²⁷ W państwach niedemokratycznych i niepraworządnych działa fasadowe prawo, a podmioty gospodarcze starają się pozorować legalizm.

W korporacji przemysłowej uruchamia się mechanizm kolizyjny rozwiązujący problem.

Reguły kolizyjne, jakie się wówczas stosuje, opierają się na ocenie ryzyka regulacyjnego.

Korporacja przed dokonaniem wyboru postępowania stwierdza niekompatybilność i ocenia ryzyko regulacyjne w danym państwie. Ma do wyboru dwie podstawowe opcje: a) może zamknąć linię biznesową w konkretnym państwie i zaprzestać produkcji, aby nie narażać się na sankcje związane z łamaniem prawa albo b) może dostosować się do prawa i regulatorów wewnętrznych w tym państwie i zaprojektować oraz wdrożyć normatywny wyjątek (*lex specialis*) w swoim unormowaniu globalnym i w ten sposób zachować się legalistycznie na rynku danego państwa. W zasadzie w dużych korporacjach z uwagi na ryzyko dla działania firmy nie rozważa się wariantu: zlekceważyć niekompatybilność i pozorować legalizm²⁸.

2. Inaczej to sprzężenie zwrotne kształtuje się w świecie korporacji finansowych (bankowości, ubezpieczeń). Globalne korporacje bankowo-finansowo-ubezpieczeniowe do końca 2007 roku działały stosunkowo autonomicznie, nadzór państw i innych regulatorów publicznych nie był oceniany jako nadmierny i zbyt drobiazgowy — uznawano go w korporacjach za umiarkowany. Wielki światowy kryzys finansowy 2007–2008 roku obnażył jednak poważne braki w nadzorze i kontroli publicznej oraz radykalnie zmienił sytuację branży. Nastąpił bardzo szybki rozwój szczegółowych, nadzorczych regulacji prawnych i unormowań różnych regulatorów publicznych. Gęstnienie regulacji wciąż wiąże się z postępującą kazuistyką. Kompresja regulacji prawnych była i jest znaczna, a podejście do regulacji pozaprawnych korporacji bankowych i innych finansowych zmieniło się radykalnie.

Nastąpiło też — w reakcji na zewnątrz — wyraźnie dostrzegalne rozwarstwienie postaw korporacji finansowych wobec pojawiających się zagrożeń kolizjami. Wewnątrz korporacji pojawiło się zjawisko „kaskadowania” norm z uwagi na hierarchizację zewnętrznych oczekiwań społecznych²⁹.

Inaczej zareagowały na kryzys finansowy korporacje finansowe operujące na małych rynkach o tak zwanej płytkiej bankowości (takiej jak w Polsce, gdzie w np. w bankach dominuje obsługa kredytów i transakcji, a liczba oferowanych produktów nie jest zbyt bogata i *de facto* skończona), a inaczej wielkie i bardzo rozwinięte (np. w USA, gdzie była i jest codziennie oferowana nieskończona liczba kreowanych od podstaw nowych, skomplikowanych produktów bankowych).

²⁸ Kiedy w latach 80. XX wieku, a więc innym ustroju, autorka niniejszej pracy badała przedsiębiorstwa gospodarki morskiej, w Polsce zdecydowanie dominowało podejście do „niewygodnych regulacji prawnych”: pozorować legalizm. Teraz postawy są inne. Por. J. Jabłońska-Bonca, *Prawo powielaczowe*, Gdańsk 1986.

²⁹ Bliżej na ten temat: C. Bicchieri, *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of the Social Norms*, Cambridge 2006, s. 176.

Małe rynki, mając w ofercie ograniczoną liczbę prostszych produktów, są stosunkowo mniej skomplikowane i korporacje finansowe po 2007 roku zdołały dostosować się do zagęszczonych regulacji prawnych. Mimo nagłej kompresji prawa i innych publicznych regulacji dało się ustanowić użyteczne i racjonalne wewnętrzne regulacje zgodne z nowymi normami prawa, utworzyć sprawne i dość efektywne mechanizmy stałego monitoringu zmian prawa. Problem konfliktów regulacyjnych nie wystąpił w bardzo poważnej skali.

W przypadku wielkich korporacji finansowych operujących na bardzo dużych rynkach, na przykład światowych banków oferujących *de facto* codziennie nieskończoną liczbę złożonych produktów finansowych w dużych i bogatych krajach, w tym także nowych, kreowanych danego dnia, sytuacja związana z reakcją regulacyjną państw i regulatorów po 2008 roku ukształtowała się odmiennie. Inaczej niż w przemyśle, gdzie liczba zmian w produkcji jest policzalna, i inaczej niż w obszarach płytkich usług finansowych dużo biedniejszych państw i rynków, bo i tam jest podobnie.

Stworzenie mechanizmu stałego usuwania niekompatybilności, dostosowywania się do kalejdoskopowo zmieniającego się codziennie prawa w kilkudziesięciu państwach jest dla głębokich rynków bardzo trudne.

Jednocześnie wielkie korporacje finansowe, bankowe i ubezpieczeniowe mają też atuty: działają bardzo szybko, elastycznie i mobilnie, w innym tempie niż biurokratyzowane państwa. Czas w biznesie podlega nieustannej kompresji, a nowe produkty w bankowości pojawiają się (mogą się pojawiać) o wiele sprawniej, niż mogą działać kontrolnie i nadzorczo organy przeregulowanych państw³⁰. Jeśli państwa zagęszczają wciąż swoje regulacje, a te są przez wielkie korporacje finansowe oceniane jako zbyt obciążające biznes, wykorzystuje się atut sprawności tych korporacji.

Kryzys regulacyjny jest opanowywany w następujący sposób: korporacja dostosowuje się tam, gdzie to możliwe, a jednocześnie stosuje też metodę „ucieczki przed prawem”. Przyjmuje taktykę tworzenia zupełnie nowych produktów finansowych w pustych polach regulacyjnych, wymykających się uszczegółowionym państwowym standardom prawnym. Jednocześnie — broniąc się — buduje złożone systemy *compliance* oparte na własnych normach zgodnościowych mających charakter meta-norm służących zapewnianiu operacyjnej niesprzeczności i spójności prawa i własnych regulacji wewnątrz firmy³¹.

Korporacja na dużym rynku działa więc dwutorowo. Analizuje ryzyka braku zgodności działalności w danej jurysdykcji oraz równocześnie szuka nowych miejsc w próżni prawnej, w sferach indyferentnych prawnie, w polach „luk instytucjonalnych” czy inaczej: „luk strukturalnych” i tam lokuje nowe produkty.

³⁰ Por. J. Jabłońska-Bonca, *Tempus fugit*, [w:] *Foundations of Legal Negotiations*, red. J. Stelmach, B. Brożek, Kraków 2014, s. 55–67.

³¹ B. Makowicz, *Compliance w przedsiębiorstwie*, Warszawa 2011.

Swoje regulacje opiera na słuszności, użyteczności i racjonalności ekonomicznej. Prawo nie jest tak mobilne, aby w podobnym czasie zorganizować nadzór. Państwo i regulatorzy publiczni pozostają w tyle za wielkimi korporacjami.

Nowa sfera regulacji jest wówczas wypełniana wyłącznie autonomicznymi, eksperckimi normami korporacji. Rozważa się, z uwagi na możliwy zasięg adresatów takich regulacji (np. setki tysięcy klientów banku w kilkudziesięciu krajach), czy zjawisko to nie stwarza zagrożenia dla bezpieczeństwa obywateli, w jakim stopniu przypomina prawo zwyczajowe (z tym, że obecnie pisane), a co najmniej postuluje się badanie, jak to zjawisko wpływa na bezpieczeństwo sytuacji prawnej jednostek. „Ucieczka przed prawem” w sytuacji przeregulowania prawnego branży bankowo-finansowo-ubezpieczeniowej to poważny problem ochrony praw człowieka, wywołany odpowiedzią na gwałtowne rozrastanie się systemów prawa.

3. Jeszcze inaczej na prawo reagują wielkie korporacje usługowe, w tym także zaspokajające interesy grupowe (np. międzynarodowe federacje sportowe, które są globalnymi monopolistami).

Przykładowo, zwolennicy tak zwanego kosmopolityzmu prawnego i uznania pluralizmu prawa próbują uzasadniać prawo wielu korporacji jako podmiotów autonomicznych i profesjonalnych do tworzenia w XXI wieku specjalnych obszarów regulacji na zasadach wyjątków. Ilustracją może być koncepcja tak zwanego *lex sportiva* zawierająca właśnie teorię „wyjątku sportowego”. Podstawą do sformułowania teorii wyjątku sportowego były wyroki Trybunału Sprawiedliwości. W sprawie *Walrave* Trybunał stwierdził, że zakaz dyskryminacji ze względu na obywatelstwo nie dotyczy składu drużyn narodowych, których tworzenie jest kwestią czysto sportową i jako takie nie ma nic wspólnego z działalnością gospodarczą³².

Korporacje sportowe tworzą własne regulacje zasad działania i pracy, niekiedy odbiegające od prawa państw i prawa unijnego, ponadto mają swoje sądownictwo polubowne, w zasadzie w wielu krajach w pełni autonomiczne oraz zdarza się, że jawnie uzależniają organizację swoich imprez na terenie konkretnych państw od aprobaty państwa dla wszystkich norm korporacyjnych, także tych niezgodnych w prawem danego państwa.

Powszechnie znane są dość poważne przypadki regulacji i decyzji MKOL i FIFA między innymi w sprawach przepisów antydopingowych, dyskryminacji zawodników w stosunkach pracy jawnie kolidujące z zasadami unijnego prawa pracy. Zdaniem Kazimierza Romańca: „Prawo sportowe obejmuje bowiem dwa kompleksy norm: prywatnoprawne prawo związkowe stanowione przez organizacje sportowe i powszechnie obowiązujące normy prawa krajowego i ponadnarodowego”³³.

³² Poza sprawą *Walrave*, sprawy; *Bosman*, *Deliege*, *Bernard*. Por. szerzej: B. Rischka-Słowik, *Specyfika sportu jako okoliczność usprawiedliwiająca niekompatybilność pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, [w:] *Kompatybilność pozaprawnych regulacji...*, s. 112–133.

³³ K. Romaniec, *Zjawisko niekompatybilności pozaprawnych regulacji sportowych z regulacjami prawnymi*, [w:] *Kompatybilność pozaprawnych regulacji...*, s. 78.

W tych sytuacjach kolizja jest realna i niekiedy dochodzi wyraźnie do przypadków „perforacji prawa”, a korporacje monopolizują określony obszar działania i mają realną przewagę regulacyjną. Granice systemu prawa są wewnętrznie nieodporne na tego rodzaju konflikty. Normy prawne bywają w praktyce „uchylane” przez normy korporacji.

Poza tym ostatnim przypadkiem pozostałe typy korporacji starają się działać zgodnie z prawem. Tworzą skomplikowane modele wykonywania (realizowania) prawa i wdrażają je permanentnie, wydając ogromne budżety na te cele.

4. Systemy kontroli wewnętrznej zgodności działań z prawem i innymi normami w korporacjach są wciąż reformowane. Często opierają się co do zasady na tak zwanych trzech liniach obrony. Polega to na przypisaniu zadań dotyczących zapewnienia zgodności funkcjonowania korporacji poszczególnym jednostkom, określanym jako linie obrony przed ryzykiem niezgodności oraz nałożeniu obowiązków zapewnienia działania korporacji zgodnie z normami na wszystkie jednostki organizacyjne. „Pierwsza linia obrony” polega na tym, że wszyscy pracownicy korporacji w toku wykonywania przypisanych im zadań stosują się do procedur mających ograniczyć ryzyko braku zgodności. Kontrola wtórna stanowiąca „drugą linię obrony” przed ryzykiem braku zgodności jest wykonywana przez jednostki organizacyjne korporacji powołane specjalnie do tego, aby uzupełniać czynności kontrolne sprawowane przez linie biznesowe. Departamenty kontroli wewnętrznej prowadzą monitoring zgodności z procedurami oraz analizę zmieniających się wskaźników ryzyka. Natomiast „trzecią linię obrony” stanowi audyt wewnętrzny, który ocenia, czy podstawowe działania kontrolne są wystarczające, aby ograniczyć ryzyko braku zgodności. Weryfikuje on skuteczność wtórnych działań kontrolnych. Audyt w przypadku identyfikacji jakichkolwiek słabych punktów lub innych niepokojących kwestii może przystąpić do bardziej szczegółowej kontroli. Kontrola jakości zapewnienia stanu zgodności jest w praktyce skomplikowana, a stopień złożoności tego zagadnienia rośnie wraz ze skalą i zasięgiem działalności³⁴.

Kluczowy, typowy, także ciągle reformowany w każdej korporacji mechanizm wdrażania prawa (nieograniczony do systemu „obrony przed prawem”) składa się jednak na ogół, ujmując modelowo, z następujących funkcjonalnych elementów. W korporacji tworzy się „radar regulacyjny” (monitoring zmian prawa i innych regulacji), każda zmiana prawa w każdym z państw uruchamia „alert”. Po jej ujawnieniu następuje dyskusja nad możliwymi rozwiązaniami (tj. wdrożeniem, rozwiązaniem konfliktu, zamknięciem linii biznesowej, „ucieczką regulacyjną”, pozorowaniem legalizmu,), następnie zarząd (albo inny podmiot upoważniony) podejmuje decyzję biznesową, a odpowiednie działy raportują wyniki. Powstaje

³⁴ Por. Compliance and Audit Management, <http://www.smartkpi.com/kpi/functional-areas/governance-compliance-and-risk/compliance-and-audit-management/> (dostęp: 12.12.2015).

permanentnie raport konsolidacyjny podlegający z uwagi na liczbę zmian w prawie ciągłym przeobrażeniom.

Decydujące o sukcesie dostosowania jest działanie „trzech linii obrony”, czas i proces sprzężenia zwrotnego. Każda zmiana przepisów jest więc w korporacji natychmiast odnotowywana i oceniana pod kątem wpływu na działalność korporacji. Ocenia się wpływ działania regulacji na różne linie biznesowe i w różnych krajach, analizuje ryzyka.

Radary regulacyjne wielkich korporacji monitorują stale zmiany prawa we wszystkich państwach, w których prowadzą działalność. Pracują nad tym „armie” prawników, w praktyce nawet kilka tysięcy dla jednej wielkiej korporacji. Monitoring robią duże firmy zewnętrzne (np. Thompson Reuters, Freshfilds), raportując w ramach alertu na przykład w bankowości rocznie 25 tysięcy zmian w przepisach. Przykładowo, Thompson Reuters pracuje w 100 państwach i zatrudnia 60 tys. pracowników, a Freshfilds pracuje w 200 krajach i zatrudnia 5 tys. prawników, w tym ponad 420 partnerów.

Normy korporacji są wyposażone w stosunkowo silny atrybut mocy wiążącej, wbrew ich pozornie miękkiemu charakterowi. Liczą się w tym przypadku głównie: wartość ekonomiczna reguł pozaprawnych, ich racjonalność ekonomiczna, użyteczność regulacji dla grupy interesów albo ich słuszność ceniona z powodu doświadczeń normatywnych zbiorowości. Ważna jest siła gospodarcza pozaprawnych autorytetów normatywnych, korporacje gospodarcze i pozarządowe organizacje międzynarodowe zmieniają obecnie relacje sił, które stoją za poszczególnymi porządkami normatywnymi, i warto bliżej badać ich wpływ na granice systemu prawa. Państwa nadal pozostają jednak najsilniejszymi normodawcami, a „tyrania” korporacji i ich „rządy” regulacyjne to mit.

CORPORATE EXTRA-LEGAL REGULATIONS AND SYSTEMIC NATURE OF LAW. OUTLINE OF PROBLEMS

Summary

The purpose of the paper is to draw attention to the impact of the modern corporate normative environment in specific legal systems on the systemic nature of law.

The subjects of analysis are the autonomous adjustments made by large, global economic corporations that create global practices, standards and principles of operation for certain categories of recipients. Practices, standards, guidelines, regulations, etc. are forms of self-regulation.

The author presents three types of regulatory responses of global corporations to law, distinguishing them based on the main object and the specificity of the impact area.

Different types of corporations calculate differently the regulatory, financial and reputational risks — therefore react differently to laws. Reaction mechanisms are described in this paper.