

Maciej Pichlak

Refleksyjność prawa

**Od teorii społecznej
do strategii regulacji
i z powrotem**

Refleksyjność prawa

**Od teorii społecznej
do strategii regulacji
i z powrotem**



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

[Kup książkę](#)

12/2019

Maciej Pichlak

Refleksyjność prawa

Od teorii społecznej
do strategii regulacji
i z powrotem



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

Łódź 2019

Maciej Pichlak – Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Katedra Teorii i Filozofii Prawa, Wrocław, ul. Uniwersytecka 22/26

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), Tomasz Bekrycht (Uniwersytet Łódzki)
Bartosz Wojciechowski (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Robert Krasoń (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), Tadeusz Biernat (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza
Modrzewskiego), Stanisław Czepita (Uniwersytet Szczeciński), Tomasz Gizbert-Studnicki (Uniwersytet
Jagielloński), Mariusz Golecki (Uniwersytet Łódzki), Małgorzata Król (Uniwersytet Łódzki)
Grzegorz Leszczyński (Uniwersytet Łódzki), Jerzy Leszczyński (Uniwersytet Łódzki), Leszek Leszczyński
(Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), Lech Morawski (Uniwersytet Mikołaja Kopernika
w Toruniu), Tomasz Pietrzykowski (Uniwersytet Śląski), Marek Smolak (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza
w Poznaniu), Tomasz Stawecki (Uniwersytet Warszawski), Sylwia Wojtczak (Uniwersytet Łódzki)
Jerzy Zajadło (Uniwersytet Gdański), Wojciech Załuski (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENT

Mateusz Stępień

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

OPRACOWANIE REDAKCYJNE

Izabela Baran

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Katarzyna Turkowska

Zdjęcie wykorzystane w publikacji: Diego Velazquez, Panny dworskie (Las meninas), 1656, olej, płótno
Museo Nacional del Prado, Madryt (©Museo Nacional del Prado)

Publikacja powstała w ramach realizacji projektu badawczego „Modele prawnej regulacji ryzyka w świetle
teorii refleksyjności”, nr 2016/23/B/HS5/00873, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki
Publikacja dofinansowana przez Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

© Copyright by Maciej Pichlak, Łódź 2019

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2019

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.08996.18.0.M

Ark. wyd. 19,5; ark. druk. 17,875

ISBN 978-83-8142-477-6

e-ISBN 978-83-8142-478-3

[Kup książkę](#)



Diego Velázquez, *Panny dworskie (Las meninas)*, 1656, olej, płótno, Museo Nacional del Prado, Madryt (© Museo Nacional del Prado)

Moim Rodzicom

Spis treści

Wprowadzenie	13
Rozdział I. Prowizoria pojęciowe i ustalenia metodologiczne	23
1. Dyskurs społecznej refleksyjności	23
1.1. Główne założenia dyskursu refleksyjności	24
1.2. Kwestie sporne	27
2. Refleksyjność nowoczesności	30
2.1. Czas refleksji	30
2.2. Zniesienie Hegłowskie: od filozofii refleksji do socjologii refleksyjności	31
2.3. Refleksyjność jako problem: prosta i refleksyjna refleksyjność	33
3. Adekwatne pojęcie refleksyjności prawa	35
3.1. Hermeneutyczne i strukturalne komponenty pojęcia refleksyjności	35
3.2. Między błędami empiryzmu oraz estetyzmu	38
3.3. Okrężna droga refleksji	41
3.4. Teoria refleksyjności między zewnętrznym a wewnętrznym badaniem prawa	43
4. Teorie społecznej refleksyjności prawa – wprowadzenie	44
4.1. Socjologiczne ujęcie prawa	44
4.2. Socjologiczne teorie prawa	48
5. Podsumowanie	51
Rozdział II. Prawo jako system refleksyjny: Niklas Luhmann i Gunther Teubner	55
1. Niklasa Luhmanna teoria systemów	55
1.1. Wprowadzenie	55
1.2. Pojęcie systemu	57
2. Systemy społeczne i komunikowanie sensu	60
2.1. Sens	60
2.2. Podwójna kontyngencja	63
2.3. Komunikacja	65
3. Refleksyjność systemów społecznych	66
3.1. Formy referencji	66
3.2. Autoreferencja operacyjna i kognitywna	69
3.3. Paradoksy refleksyjności	70
3.4. System a środowisko, czyli żuk w mrowisku	72
4. Refleksyjność prawa	75
5. Niklas Luhmann: krytyka	78
6. Gunthera Teubnera ewolucyjna teoria prawa refleksyjnego	83
6.1. Teubner a Luhmann	83
6.2. Prawo refleksyjne jako ewolucyjny typ prawa	85
6.3. Założenia teoretyczne modelu ewolucyjnego	87
6.4. Zbawienie poprzez refleksję. Prawo refleksyjne jako kategoria normatywna	89

7. Prawo refleksyjne jako system autopoietyczny	90
7.1. Pojęcie autopojezy i autopojeza prawa	90
7.2. Społeczna regulacja	92
8. Gunther Teubner: krytyka	94
9. Podsumowanie	96

Rozdział III. Prawo jako instytucja responsywna: Philip Selznick 99

1. Świat ideałów i metodologiczny program Philipa Selznicka	100
1.1. Socjologiczny naturalizm	101
1.2. Rozwój instytucji	104
2. Prawo jako instytucja społeczna	107
2.1. Instytucja jako podmiot moralny	107
2.2. Instytucje, odpowiedzialność, responsywność	109
3. <i>Telos i polis</i> . Socjologiczny powrót do Grecji	112
4. Prawo responsywne	117
4.1. Ewolucyjna typologia prawa	119
4.2. Typ prawa responsywnego	122
5. Krytyka	127
6. Podsumowanie	134

Rozdział IV. Prawo w społeczeństwie ryzyka: Ulrich Beck 137

1. Pojęcie ryzyka	138
1.1. Techniczne oraz społeczne ujęcie ryzyka	139
1.2. Historyczny rozwój pojęcia ryzyka: ryzyko jako prawdopodobieństwo i niepewność	141
1.3. Charakterystyka współczesnych postaci ryzyka	143
2. Społeczeństwo ryzyka i modernizacja refleksywna	146
2.1. Pojęcia społeczeństwa ryzyka i modernizacji refleksywnej	146
2.2. Rozszkapywanie ram pierwszej nowoczesności	147
2.3. Refleksywność a refleksja. Od refleksji opartej na wiedzy do refleksowania niewiedzy	149
2.4. Społeczna rola i kontrowersje wokół nauki	151
3. Utopia polityczna społeczeństwa ryzyka	155
3.1. Zmiana konturów polityki	155
3.2. Dystrybucja ryzyka jako problem polityczny	156
3.3. Program politycznej utopii	158
3.4. Kosmopolityzm	160
4. Prawo refleksyjne w społeczeństwie ryzyka	161
4.1. Prawo wobec ryzyka	163
4.2. Prawo wobec indywidualizacji	166
4.3. Prawo wobec globalizacji	169
4.4. Prawo wobec metamorfozy	172
5. Krytyka	175
5.1. Podstawowe zarzuty	176
5.2. Wewnętrzne sprzeczności	180
6. Podsumowanie	183

Rozdział V. Refleksyjność regulacji 187

1. Pojęcie regulacji refleksywnej	188
1.1. Pojmowanie regulacji w literaturze	188
1.2. Pojęcie regulacji	191
1.3. Refleksyjna regulacja	195

2. Regulacja refleksyjna jako metaregulacja	197
2.1. Wprowadzenie	197
2.2. Pojęcia samoregulacji i metaregulacji	197
2.3. Metaregulacja a teoria prawa refleksyjnego	200
2.4. Wyzwania i krytyka	202
3. Regulacja responsywna	205
3.1. Wprowadzenie	205
3.2. Program responsywnej regulacji	205
3.3. Responsywna regulacja a prawo responsywne	209
3.4. Regulacja oparta na zasadach (PBR)	210
3.5. Responsywność w PBR	212
3.6. Wyzwania i krytyka	214
4. Regulacja oparta na ryzyku	219
4.1. Wprowadzenie	219
4.2. Istota i elementy RBR	220
4.3. Wyzwania i krytyka	223
4.4. RBR w społeczeństwie ryzyka	225
5. Podsumowanie	228
Rozdział VI. Kolekta	233
1. Trzy odsłony refleksyjności	234
1.1. Refleksyjność a samoodniesienie	234
1.2. Refleksyjność a wspólnota	237
1.3. Refleksyjność a ryzyko	240
2. Normatywny wymiar refleksyjności	243
3. Forma refleksyjnego poznania i działania	250
4. Niesamoistość refleksyjności	257
4.1. Spojrzenie dziecka, spojrzenie króla	257
4.2. Dialektyka refleksyjności prawa	258
4.3. Refleksyjność jako postulat etyczny	263
Bibliografia	269
Wykaz aktów prawnych	285

Wprowadzenie

1. Młyny sprawiedliwości miały powoli. Prawdopodobnie każdy zna to powiedzenie dotyczące sposobu działania prawa. Szczególnie ciekawe jednak – jak to zwykle z językiem bywa – jest w nim nie to, co przysłowie to wprost stwierdza, ale co milcząco zakłada. A przyjmuje ono, że sprawiedliwość może być porównana do młyna – że zatem przedstawia się jako kołowy, powracający do samego siebie ruch, złożony z cyrkularnych repetycji. Wskutek tego, zdałoby się jałowego, ruchu powstaje jednak treść nowa jak mąka sypiąca się spod młyńskich żaren: rozstrzygnięcie prawnego zagadnienia.

Książka jest próbą uchwycenia tego, jak ten kołowy ruch prawa może być rozumiany. Jej przedmiotem jest pojęcie refleksyjności prawa; przy czym prawo rozumiane jest tu jako instytucja społeczna, czyli pewien zbiór praktyk, w których rozstrzyga się kwestie natury prawnej. Książka ta pyta, innymi słowy, jak należy rozumieć stwierdzenie, że tak pojmowane prawo ma charakter refleksyjny. Odpowiedzi na to pytanie poszukiwać będę, w zgodzie z przyjętym sposobem postrzegania prawa, korzystając z pomocy teorii społecznej.

Istnieją co najmniej dwa powody dla zajęcia się tytułową problematyką. Pierwszy z nich ma charakter poznawczy: jak wskazuję dalej w pracy, zagadnienie refleksyjności stanowi jeden z centralnych problemów współczesnej humanistyki oraz nauk społecznych. Jeśli więc pojęcie refleksyjności wydaje się pomocne w zrozumieniu istotnych własności dzisiejszego społeczeństwa, refleksyjność prawa powinna umożliwić uchwycenie specyfiki współczesnego porządku prawnego. Już z tych powodów warto pytać, jak problem ten jest lub może być pojmowany w obrębie prawoznawstwa. Książka może przyczyniać się do realizacji tego przedsięwzięcia poprzez dostarczenie adekwatnego pojęcia refleksyjności prawa.

Drugi powód jest bardziej praktycznej natury: z zaszczepianiem kategorii refleksyjności na obszar prawa wiązano od początku spore nadzieje. Zgodnie z nimi prawo refleksyjne miałoby być pod istotnymi względami „lepsze” od prawa pozbawionego tej cechy. Za wyraz tych oczekiwań mogą być zresztą uznane także rozważane w książce teorie: prawa refleksyjnego Gunthera Teubnera czy prawa responsywnego Philipa Selznicka. Jak z kolei pokażę w rozdziale V, nadzieje te wciąż pozostają aktualne, a praktyka odwoływania się do zasady refleksyjności nadal cieszy się znaczną popularnością. Widziane z tej perspektywy, zagadnienie refleksyjności może być rozumiane jako leżące w obszarze zainteresowania polityki prawa (zarówno jego tworzenia, jak i stosowania) stanowiącej jeden z klasycznych obszarów badawczych socjologii prawa, szczególnie

w Polsce (Podgórecki 1957, 5–12; Kojder 2013; Zirk-Sadowski 2013; Pękala 2016, 191–207). Warto zatem pytać, czy pokładane w zasadzie refleksyjności nadzieje są lub mogą zostać spełnione. Jak wykazuję w pracy, odpowiedź jest jak zwykle złożona: oczekiwania te nie są bez pokrycia, nie mogą jednak być zaspokojone w pełni. Rozpatrywane w książce teorie tłumaczą taki stan rzeczy, określając jednocześnie warunki i granice użyteczności zasady refleksyjności.

2. Zasadniczy cel pracy, jakim jest objaśnienie pojęcia refleksyjności prawa, zostaje rozłożony na kilka bardziej szczegółowych zadań badawczych. Pierwsze z nich – któremu poświęcona jest główna część rozważań (rozdziały I–IV) – ma charakter *rekonstrukcyjny*, a jego celem jest odpowiedź na pytanie, jak pojęcie refleksyjności prawa rozumiane jest na gruncie teorii społecznej. Dla realizacji tego zadania rozważam trzy wpływowe projekty teoretyczne w ramach tej dyscypliny, rekonstruując przyjęte w każdym z nich pojęcie refleksyjności. Drugie zadanie ma charakter *krytyczny* i polega na poddaniu ocenie zrekonstruowanych na wcześniejszym etapie koncepcji teoretycznych, wraz z proponowanym w ramach każdej z nich pojęciem refleksyjności (odpowiednie partie rozdziałów II–IV). Zadanie trzecie (rozdział V) wiąże się z pytaniem o związki między wspomnianymi alternatywnymi sposobami pojmowania refleksyjności prawa w ramach poszczególnych koncepcji a praktyką prawną. Realizacja tego zadania w pewnym sensie pogłębia wspomniane ustalenia krytyczne, poddając dalszej weryfikacji rekonstruowane w pracy koncepcje teoretyczne; przede wszystkim jednak pozwala ukazać rolę, jaką pojęcia teoretyczne (takie jak pojęcie refleksyjności prawa) mogą odegrać w interpretacji praktyki. Zadanie to ma więc charakter *interpretacyjny* w odniesieniu do „refleksyjnej” praktyki prawnej. Wreszcie ostatnie z zadań szczegółowych, o bardziej pozytywnym wydźwięku, ma na celu odpowiedź na pytanie, czy w oparciu o zrekonstruowane koncepcje teoretyczne możliwe jest sformułowanie takiego pojęcia refleksyjności prawa, które łączyłoby zalety każdego z tych podejść, jednocześnie unikając ich słabości. Zamierzeniem jest tu autorska, *krytyczna rekonstrukcja* tytułowego pojęcia oparta na elementach zaczerpniętych z każdej z omawianych w pracy teorii. Realizacji tego zadania służy rozdział VI książki.

Należy jednak już w tym miejscu zastrzec, że rezultatem takich dążeń z całą pewnością nie będzie ujęcie interesującego mnie pojęcia w ramy jakiejś definicji – obojętnie, czy sprawozdawczej czy projektującej. Pojęcie to jest zdecydowanie zbyt złożone, aby zabieg taki był możliwy. Chodzi tu zatem o cel zbliżony do tego, którym kierował się Herbert Hart, pisząc *Pojęcie prawa*: o objaśnienie pojęcia, a nie o definiowanie terminów (Hart 1994, 213)¹.

¹ W oryg. „an elucidation of the *concept* of law, rather than a definition of «law»”. W polskim przekładzie termin „elucidation” został oddany jako „oświecenie” (por. Hart 1998, 286). Odwołanie do Hartowskiej koncepcji objaśniania pojęć nie oznacza, że będę posługiwał się

Poszczególne zadania badawcze traktuję jako wzajemnie równorzędne; oznacza to w szczególności, że żadne z nich nie stanowi, w moim zamierzeniu, wyłącznie środka do realizacji innego z zadań. Choć więc, przykładowo, rekonstrukcje przeprowadzone w głównej części książki są niezbędne dla realizacji tych zadań, którym poświęcone są rozdziały V oraz VI, odradzałbym traktowanie wcześniejszych rozdziałów czysto instrumentalnie. Czytelnika, który podszedłby do nich w ten sposób, oczekując od końcowych partii pracy jakiegoś wyraźnego wyjścia poza poziom tychże rekonstrukcji, prawdopodobnie spotkałoby rozczarowanie. Ostatni rozdział (i ostatnie z wymienionych zadań badawczych) zachowuje zbliżony charakter: zawarta w nim „krytyczna rekonstrukcja” jest nadal rekonstrukcją, opartą na tych samych co wcześniej teoriach, tyle że dokonywaną z bardziej zewnętrznej, a przez to wyraźniej sprofilowanej i krytycznej perspektywy. W zamyśle autora (z którym Czytelnik nie musi się, rzecz jasna, zgodzić) cała praca zachowuje zasadniczo rekonstrukcyjny charakter – analizy zaś poszczególnych projektów teoretycznych, przeprowadzone w rozdziałach od II do IV, występują w niej na własnych prawach.

Fakt, że przedmiotem zainteresowania jest *pojęcie* refleksyjności prawa, ujawnia, że praca ta ma charakter teoretyczny. Rzeczywiście, rozważania w niej zawarte przynależą w zamierzeniu do dziedziny teorii prawa (choć rozumianej specyficznie), którą można by określić jako *społeczną teorię prawa*. Gdyby przywołaną tu dyscyplinę ograniczać do teorii ugruntowanej na analitycznej filozofii języka, prezentowana praca nie mieściłaby się w jej obszarze. Wydaje się jednak, że dla teorii prawa nie jest niczym niezwykłym sytuacja, w której czerpie ona z dorobku socjologii czy teorii społecznej² (podobnie jak psychologii, kognitywistyki, ekonomii, filozofii interpretacji, filozofii moralności i wielu innych dyscyplin). Takiej właśnie „społecznej” lub „realistycznej” teorii prawa broni w swojej ostatniej książce Brian Z. Tamanaha (2017); jak sądzę, w podobnym kierunku zmierzały poszukiwania metodologiczne Artura Kozaka (por. 2002; 2010).

Adekwatnego pojęcia refleksyjności prawa będę więc poszukiwał programowo w obszarze teorii społecznej, pytając, co teoria ta może wnieść w nasze rozumienie tytułowego pojęcia. Ten świadomy wybór jest zarazem istotnym ograniczeniem, pojęciem refleksyjności posługuje się bowiem wiele innych dziedzin współczesnej nauki, jak choćby wspomniane psychologia, ekonomia czy kognitywistyka. Można przypuszczać, że ich dorobek mógłby wnieść cenny wkład

wykorzystywaną przez tego autora metodą analizy językowej, ani też że zmierzam do wypracowania teorii, która byłaby „ogólna i opisowa” w przyjętym przez Harta rozumieniu (Hart 1994, 239).

² Warto zauważyć, że dyskusja na temat związków teorii prawa z badaniami socjologicznymi toczyła się w naszym kraju ze zmienną intensywnością co najmniej od drugiej połowy lat pięćdziesiątych ubiegłego stulecia, w czym zapewne nie małą rolę odgrywała żywotność tradycji petrażyjańskiej (zob. Borucka-Arctowa 1957; Wróblewski 1967; Podgórecki 1971, 7–28; Ziemiński 1975, 26–37).

w rozpoznanie pojęcia refleksyjności prawa. Trudno jednak pisać pracę z wszystkich tych dyscyplin naraz; pomijając to, że byłoby to zadaniem niewykonalnym dla jednego autora (trudno być specjalistą od wszystkiego, choć teoretykom prawa często towarzyszy taka pokusa), zagrożona byłaby w takim wypadku spójność metodologiczna badań.

Od powyższej zasady czynię w pewnym sensie dwa wyjątki. Pierwszym jest dopuszczenie w prowadzonych badaniach pewnych wglądów filozoficznych, którymi uzupełniam zasadniczy wywód. Praca ta nie pretenduje do systemowego opracowania filozoficznego poziomu rozważań nad refleksyjnością, a czynione wglądy zachowują charakter szczegółowy. Uważam je jednak za niezbędne, jeśli chceć zrozumieć założenia, na których zbudowany jest zarówno ogólny dyskurs społecznej refleksyjności, jak i poszczególne rozpatrywane w książce koncepcje. Założenia te pomagają nie tylko głębiej pojąć te stanowiska teoretyczne, ale także w znacznym stopniu determinują ich „granice możliwości” – wyznaczają, co stanowiska te mogą, a czego nie mogą powiedzieć na temat refleksyjności prawa.

Drugi tego typu wyjątek ustanawiają zawarte w pracy analizy programów polityki regulacyjnej, jakie wykorzystywane są w porządkach prawnych wielu współczesnych państw. Powody, dla których niezbędne jest włączenie ich do pracy, tłumaczę w rozdziale I. Wynikają one bezpośrednio z samej natury tego typu pojęć społecznych, do których przynależy i pojęcie refleksyjności, i prawa. Jak zobaczymy, pojęcia tego rodzaju zawierają w sobie zarówno wymiar hermeneutyczny, związany z kulturowym samorozumieniem danej wspólnoty, jak i wymiar strukturalny, odnoszący się do rzeczywistych mechanizmów instytucjonalnych. Z tego też względu pełny sens tych pojęć może być rozumiany tylko pod warunkiem uwzględnienia tych mechanizmów, w których obecne w kulturze idee znajdują swoje ucieleśnienie.

Mówiąc dokładniej, w pracy pokazuję, że relacja między rozważanymi na kolejnych stronach teoretycznymi koncepcjami refleksyjności a refleksyjnie ukształtowaną praktyką jest dwustronna. Z jednej strony, jak wspomniałem przed chwilą, tylko taka – kulturowo przyjęta i opracowana teoretycznie – idea refleksyjności, która znajduje swoje ucieleśnienie w rzeczywistej praktyce, ma szansę być uznana za pełnokrwiste pojęcie socjologii czy teorii prawa. Bez takiego osądzenia pozostaje ona jedynie abstrakcyjną idealizacją. Analizując poszczególne projekty teoretyczne, warto więc pytać również o to, czy proponowane w nich pojęcie refleksyjności prawa znajduje swoje potwierdzenie i ucieleśnienie w praktyce. Z drugiej strony, teorie takie pozwalają lepiej zrozumieć praktykę dzięki temu, że odsłaniają kluczowe założenia, na których praktyka taka jest ufundowana. Można zatem powiedzieć, że poszczególne teorie (refleksyjności) definiują warunki możliwości odpowiadających im (refleksyjnych) praktyk. W ten sposób teoria pomaga zrozumieć, czego można oczekiwać od tak czy inaczej ukształtowanej praktyki prawnej, czego zaś spodziewać się po niej nie należy. Jest to

więc swoiste zadanie transcendentalne, jakie stoi przed teorią. Co się zaś tyczy praktyki, niewątpliwie może ona skorzystać na kontakcie z tak rozumianą teorią. Jak pokazują omawiane w pracy przykłady programów regulacyjnych, ich proponenci mogliby zapewne lepiej zrozumieć i przewidywać warunki własnych sukcesów oraz źródła porażek, gdyby byli bardziej świadomi teoretycznych warunkowań wdrażanych rozwiązań.

3. Szczegółowy porządek rozważań zawartych w książce jest następujący. W rozdziale I dokonuję pewnych wstępnych ustaleń pojęciowych oraz metodologicznych niezbędnych dla dalszych analiz. Wskazuję w nim m.in. podstawowe założenia spajające dyskurs społecznej refleksyjności, a także tłumaczę wymogi, jakie spełniać powinno pojęcie społecznej refleksyjności prawa, aby mogło być uznane za adekwatne. Odnoszę się również do relacji między paradygmatem refleksyjności w naukach społecznych a tzw. filozofią refleksji. Rozdziały od II do IV poświęcone są trzem różnym sposobom teoretycznego opracowania zagadnienia refleksyjności, które spotykamy we współczesnej teorii społecznej. Są to, kolejno, teoria systemów w wydaniu Niklasa Luhmanna i Gunthera Teubnera, teoria prawa jako instytucji responsywnej Philipa Selznicka oraz teoria modernizacji refleksywnej (społeczeństwa ryzyka) Ulricha Becka. Oczywiście, w każdym wypadku interesuje mnie najbardziej pytanie o to, co koncepcje te mogą wnieść w pojmowanie społecznej refleksyjności prawa; są one jednak każdorazowo rekonstruowane na ich własnych prawach. Oznacza to, że przeprowadzanych rekonstrukcji nie wtłaczam w jakiś jednolity, uniwersalny porządek, ale staram się wychodzić od i koncentrować na tych kwestiach, które są najważniejsze w oczach samych autorów owych koncepcji. Wynika to z przekonania, że jeśli prawo ma się czegoś od omawianych teorii nauczyć, musi podejść do nich poważnie, co znaczy również: dać im przemówić ich własnym głosem. Dlatego próbuję unikać takich ich odczytań, które byłyby zbyt pospieszne lub jednostronne. Parafrazując Zbigniewa Herberta (2003, 92), rzecz można, że refleksja podobna jest do „mozolnego przesuwania ciężkich mebli” – z jej natury wynika, że musi się rozwijać powoli. Dotyczy to miejscami także refleksji prowadzonej w prezentowanej książce.

Rozdział V poświęcony jest omówieniu programów i strategii regulacyjnych, które mieszczą się w nurcie tzw. refleksywnej regulacji. Traktuję go jako przykład – jeden z możliwych³ – na to, jak zasada refleksyjności może „działać” w praktyce prawnej. Jak w nim wskazuję, trzy dominujące podejścia w tym zakresie – czyli metaregulacja, regulacja responsywna oraz regulacja oparta na ryzyku – współgrają wyraźnie z trzema analizowanymi wcześniej projektami teoretycznymi. W ten sposób możliwe jest ujawnienie więzi między „teorią” a „praktyką”, w ramach

³ Innymi obszarami, na których można by śledzić funkcjonowanie zasady refleksyjności w praktyce, są choćby: sądowe stosowanie prawa czy dyskurs konstytucyjny. W tej ostatniej kwestii zob. Pichlak 2018.

której obie strony rozjaśniają sobie wzajemnie. Dlatego właśnie analiza pojęcia refleksyjności prawa wiedzie, jak sugeruje podtytuł tej książki, od teorii do praktyki i z powrotem, sama przybierając tym samym refleksyjną formę.

W zamierzeniu autora każdy z tych rozdziałów szczegółowych (od II do V) może co do zasady być czytany jako odrębna całość. Nie znaczy to jednak, że nie widać między nimi istotnych związków; dopiero ich łączna lektura pozwala w pełni ujawnić znaczenie każdej z części. Ujawnieniu takich wzajemnych więzi służy przede wszystkim ostatni, VI rozdział, w którym tempo rozważań wyraźnie przyspiesza. Stanowi on szansę na zebranie najważniejszych wątków, pozornie rozproszonych w poprzednich, zróżnicowanych rozdziałach, i ułożenie ich w bardziej linearną narrację. Koncentruję się w nim zwłaszcza na trzech zagadnieniach, których wagę ujawniają wcześniejsze rozdziały. Są to: kwestia normatywnego znaczenia refleksyjności prawa, pytanie o formę refleksyjnego poznania i działania (a zatem także o relacje między prawem refleksyjnym a jego społecznym otoczeniem) oraz zagadnienie niesamoistnej natury refleksyjności prawa. Z tych rozważań stopniowo wyłania się koncepcja, która w mojej ocenie oferuje najbardziej przekonujące pojęcie refleksyjności prawa. Koncepcja ta łączy w sobie wybrane elementy wszystkich omawianych w książce projektów teoretycznych, przedstawiając refleksyjność prawa jako proces z istoty niesamoistny, zakładający dialektyczne zapośredniczenie prawa w tym, co wobec niego zewnętrzne, a jednocześnie wnoszący istotny wkład w dialogiczne ugruntowanie normatywnych rozstrzygnięć w prawie. Stąd też na jej określenie proponuję nazwę „dialektyczna responsywność”. Na bliższe przedstawienie proponowanego w jej ramach pojęcia refleksyjności przyjdzie jednak czas pod koniec pracy.

W książce tej, niejako równolegle do analiz poszczególnych socjologicznych teorii refleksyjności prawa, staram się więc wykazać dwie rzeczy. Po pierwsze, chodzi o wspomnianą obustronną więź między teorią refleksyjności a refleksyjną praktyką. Jak pokazuję, proponowane przez teorię pojęcie refleksyjności prawa musi znaleźć ucieleśnienie w funkcjonowaniu instytucji prawnych, praktyka instytucjonalna czerpie zaś swoje warunki i granice możliwości z teorii. Oczywiście, stwierdzenie, że teoria definiuje takie warunki dla praktyki, nie powinno być odczytywane jako teza o przyczynowym determinowaniu. Zależności przyczynowo-skutkowe między teorią a praktyką są zapewne znacznie bardziej złożone, jednak w pracy w ogóle ich nie rozpatruję. Interesuje mnie jedynie relacja, którą można określić jako transcendentálną. W jej ramach teoria refleksyjności stanowi artykulację założeń, na których zbudowana jest refleksyjna praktyka prawna. Po drugie, poszukując adekwatnego pojęcia refleksyjności prawa, ukazuję zarówno mocne, jak i słabsze strony kolejnych opracowań tego problemu. Powadzi to do wyodrębnienia tych składowych tytułowego pojęcia, które należy uznać za najistotniejsze, a które razem mogą współtworzyć koncepcję dialektycznej responsywności prawa.

4. Prace naukowe często bywają irytujące dla czytelników, którzy nie specjalizują się w omawianej w nich problematyce. Przedstawiana książka ma szansę przekroczyć te wąskie, dyscyplinowo wytyczone granice irytacji. Zainteresowanych tradycyjnie pojmowaną teorią prawa mogą więc drażnić obszerne partie poświęcone teoriom socjologicznym. Tych, których skuszają analizy z obszaru socjologii czy teorii społecznej, zniecierpliwia prawdopodobnie szczegółowe rozważania nad prawniczymi koncepcjami regulacji. Ci zaś zorientowani bardziej praktycznie, którzy zechcą dowiedzieć się czegoś o stosowanych w prawie i politykach publicznych strategiach regulacyjnych, mają spore szanse, aby z niesmakiem kartkować rozdziały teoretyczne. W ten sposób książka osiąga to, czego zazwyczaj brakuje bardziej wyspecjalizowanym opracowaniom: nie faworyzując żadnej z grup czytelniczych, wszystkich obdziela po równo.

Czy jednak naprawdę? Ostatecznie, prezentowana praca ma swoich zamierzonych adresatów, a są nimi prawnicy, w tym zwłaszcza teoretycy prawa. To właśnie oni mogą, jak sądzę, najbardziej skorzystać na nauce, jaka na temat refleksyjności prawa płynie z badań socjologicznych. Łączenie prawa i nauk społecznych, w zależności od tego, jak się dokonuje, może być korzystne dla obu stron tego związku. Z jednej strony historycy, antropologowie kultury, filozofowie czy socjolodzy mogą studiować instytucje prawne po to, aby dowiedzieć się czegoś istotnego o społeczeństwie, w którym one funkcjonują lub funkcjonowały. O takim podejściu badawczym można powiedzieć, że prawo jest tu narzędziem służącym udzielaniu odpowiedzi na pytania przynależne do innej dyscypliny naukowej. Są to pytania, które stawia historyk, antropolog, filozof, socjolog – prawnik zaś odpowiada. Z drugiej strony możliwa jest relacja odwrotna, w ramach której badamy określonego rodzaju zjawiska społeczne po to, aby udzielić odpowiedzi na pytania interesujące prawoznawstwo. W szczególności przeświatlamy społeczeństwo i zachodzące w nim procesy w tym celu, by zrozumieć zmiany, jakim podlegają porządki prawne, albo też tworzyć czy stosować prawo w taki sposób, który będzie efektywnie odpowiadał na współczesne wyzwania. Cel może być zatem bardziej poznawczy lub bardziej praktyczny, w obu wypadkach jednak to prawnik odnosi korzyść, znajdując dzięki naukom społecznym odpowiedź na ważne dla niego pytania.

Można oczywiście mieć nadzieję, że tego typu rozmowy prowadzone w realnym świecie przynosić będą pożytek obu stronom równocześnie. Jeśli prawnicy mogą wiele nauczyć się od socjologów czy filozofów, jest z pewnością prawdą, że również ci ostatni mogą dowiedzieć się czegoś nowego od prawników. Zazwyczaj obie strony równocześnie pytają, obie też szukają odpowiedzi na własne pytania. Niniejsza książka jest jednak w dość egoistyczny sposób zainteresowana przede wszystkim korzyścią, jaka może płynąć dla prawników ze spotkania z ich kolegami zajmującymi się naukami społecznymi. Istnieje więc spora szansa, że ci ostatni nie znajdą w niej wiele interesującego dla siebie, czego by nie wiedzieli lub nie przeczuwali przed jej lekturą. Mam za to nadzieję,

że okaże się ona przydatna dla prawa i prawników: że pomoże nam w lepszym zrozumieniu, jak prawo odpowiada – lub może odpowiadać – na zachodzące w jego społecznym otoczeniu zmiany; zmiany, które zostały tu ujęte pod zbiorczym szyldem refleksyjności.

5. Prezentowana książka stanowi rezultat kilku lat badań. W tym czasie niejednokrotnie miałem okazję doświadczać pomocy ze strony wielu osób, którym winien jestem co najmniej podziękowania. Nie jestem w stanie wymienić tu wszystkich; wskażę więc chociaż wybranych, prosząc pozostałych o przyjęcie moich najszczerzych, zbiorczych słów wdzięczności.

W pierwszej kolejności podziękowania adresuję do Koleżanek i Kolegów z Katedry Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, kierowanej przez Profesora Andrzeja Batora. Dziękuję za wszystkie cenne rady, wskazówki i uwagi dotyczące tej pracy; przede wszystkim jednak pracować na co dzień w Waszym towarzystwie to niekończący się zaszczyt i przyjemność. Panu Profesorowi Stanisławowi Kaźmierczakowi, byłemu kierownikowi Katedry, jestem niezmiennie wdzięczny za życzliwość i wsparcie, jakich doświadczam z jego strony od pierwszych dni mojej naukowej drogi. Dziękuję także Mateuszowi Stępniewi z Uniwersytetu Jagiellońskiego za pomocną, życzliwą i dającą do myślenia recenzję wydawniczą monografii. Z całą pewnością książki powinny mieć szczęście nie tylko do autorów, ale i do dobrych czytelników – i w tym drugim wymiarze publikacja już może się cieszyć szczęściem nieprzeciętnym.

Chciałbym podziękować uczestnikom rozmaitych seminariów i dyskusji, którzy nie tylko mieli cierpliwość wysłuchać założeń tego projektu lub poszczególnych jego fragmentów na różnych etapach jego (nie)przygotowania, ale jeszcze swoimi uwagami przyczynili się do jego rozwoju. Szczególnie w gronie tym wymienić należy uczestników seminarium *Potestas Iudicandi*, prowadzonego przez Karolinę Cern oraz Tomasza Raburskiego w Instytucie Filozofii Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, a także studentów programu *The International Master in Sociology of Law* w Międzynarodowym Instytucie Socjologii Prawa w Oñati w roku akademickim 2015/2016, pod światłym przewodnictwem Adama Czarnoty, ówczesnego dyrektora naukowego Instytutu. Klaudia Gaczoł i Przemysław Brzuszcak, z którymi współpracuję obecnie przy realizacji projektu badawczego *Modele prawnej regulacji ryzyka w świetle teorii refleksyjności*, przeczytali maszynopis tej książki i zgłosili pomocne uwagi. Z obszernymi jej fragmentami zapoznał się również Maciej Krogel, formułując wiele trafnych i użytecznych komentarzy. Niektóre bardziej szczegółowe zagadnienia miałem okazję przedyskutować z licznymi bardziej ode mnie kompetentnymi osobami, m.in. z Patrycją Zawadzką z Katedry Prawa Finansowego UW, Loreną Ossio Bustillos z Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Martinem Krygierem z University of New South Wales w Sydney, Baldem de Vries z Utrecht

Centre for Accountability and Liability Law na Uniwersytecie w Utrechcie, Francesco Matteo Rinaldim i Carlo Pennisim z Università degli Studi di Catania oraz badaczkami i badaczami tworzącymi polskie środowisko teoretyków prawa i socjologów prawa. Wszystkie te rozmowy na różne sposoby przyczyniły się do rozwoju moich badań; pomogły mi też, jeśli nie zawsze usunąć, to przynajmniej uświadomić sobie słabsze bądź wątpliwe miejsca w mojej argumentacji.

Książka ta zawdzięcza wiele jeszcze jednemu, szczególnemu interlokutorowi w osobie Artura Kozaka. Coraz wyraźniej dostrzegam, że po jego odejściu moje dyskusje z nim wcale nie ustały, zmieniły się jedynie ich forma i okoliczności. Wywarły też z pewnością silniejszy wpływ na prezentowaną książkę, niż wynikałoby to z bezpośrednich przywołań.

Dziękuję redaktorom serii wydawniczej *Jurisprudencja*, w ramach której ukazuje się niniejsza publikacja, w tym zwłaszcza Tomaszowi Bekrychtowi, za życzliwość, znakomitą współpracę i wszelkie wsparcie w całym procesie wydawniczym. Słowa podziękowania kieruję też do pani Moniki Borowczyk z Wydawnictwa Uniwersytetu Łódzkiego za współpracę oraz do pani Izabeli Baran za nieoceniony wkład redakcyjny i korektorski w tę książkę. Narodowe Centrum Nauki sfinansowało projekt badawczy, w ramach którego powstała publikacja; jej wydanie wsparły finansowo również władze Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, za co dziękuję.

Wykorzystując piękny zwyczaj zamieszczania w pracach naukowych podziękowań, chciałbym uzupełnić je o kilka bardziej osobistych adresów. Jest wiele powodów, dla których bez pomocy moich rodziców, którym dedykuję tę książkę, nigdy by ona nie powstała. Mojej żonie Weronice i dzieciom – Staszko- wi, Marcysi, Frankowi i Antkowi – jestem wdzięczny przede wszystkim za stałe przypomnianie mi, że ani ja, ani moja praca nie stanowimy centrum Wszech- świata. Malinie zawdzięczam m.in. to, że nauczył mnie przyjmować z pogodą ducha niedoskonałości zarówno tej książki, jak i jej autora.

Wreszcie podziękowania kieruję do tych, którzy w tak niezapomniany sposób jesienią 2018 roku przeszkadzali mi na końcowych etapach pisania książki, odrywając mnie od pracy. Przywołajmy tu ich wszystkich: Mateusz Bieniek, Fabian Drzyzga, Jakub Kochanowski, Dawid Konarski, Michał Kubiak, Bartosz Kurek, Bartosz Kwolek, Grzegorz Łomacz, Piotr Nowakowski, Damian Schulz, Artur Szalpak, Aleksander Śliwka, Damian Wojtaszek, Paweł Zatorski i Vital Heynen.

Za wszystko niech będą dzięki Temu, który jest „myślą myślącą samą siebie” – będąc w ten sposób samemu pierwszą figurą refleksyjności – i który decyduje się włączyć w to myślenie również nas.

Rozdział I

Prowizoria pojęciowe i ustalenia metodologiczne

Rozdział ten poświęcony jest podstawowym założeniom, na których ufundowany jest dyskurs refleksyjności prawa, a także głównym wymogom, które spełniać powinno poszukiwane w pracy pojęcie takiej refleksyjności. Tytułowe „prowizoria” wskazują na fakt, że poczynione tu rozstrzygnięcia pojęciowe mają z konieczności charakter wstępny, pełniąc rolę wskazówek heurystycznych dla dalszych badań – ustalenie właściwego pojęcia refleksyjności prawa stanowi bowiem podstawowy cel całej pracy. Zadania stojące przed rozdziałem sprawiają, że szczególną rolę odgrywa w nim perspektywa filozoficzna, jako że to właśnie ona pozwala uchwycić wspomniane założenia, na których buduje swoje ustalenia na temat refleksyjności socjologiczna teoria prawa. Stąd też dość częste odwołania do takich autorów, jak Kant, Hegel i inni filozofowie nowoczesności. To właśnie nowoczesność jest tą epoką, która przyznała refleksyjności wyjątkowe miejsce. Stąd też osobny fragment poświęcam temu zagadnieniu, niezbędnemu dla właściwego zrozumienia, na czym polega refleksyjność nowoczesnego prawa. Pod koniec przybliżam wstępnie teoretyczne koncepcje społecznej refleksyjności, które będą przedmiotem rozważań w dalszych partiach książki.

1. Dyskurs społecznej refleksyjności

Pojęcie refleksyjności uchodzi za jedno z kluczowych we współczesnych naukach społecznych i w humanistyce (Hałas 2011; Gadamer 2013, 646–647; Kalebta i Skuczyński 2015). Wątpliwości budzi jednak, czy rzeczywiście mamy tu do czynienia z jakimś jednym pojęciem, brakuje bowiem zgody co do jego rozumienia. Brak takiej zgodności nakazuje ostrożność w próbach zwięzłego wyjaśnienia, na czym w swej *istocie* polega refleksyjność. Lepszym rozwiązaniem wydaje się wskazanie podstawowych przekonań składających się na wspólną orientację badawczą (paradygmat), na której ufundowany jest dyskurs refleksyjności.

Refleksyjność jest jednocześnie wyrażeniem wieloznacznym, pracującym w bardzo różnych tradycjach myślowych, dyscyplinach i kontekstach. Nie ma potrzeby ani możliwości, aby konstruować tu jakąś typologię tych użyc, która

pretendowałyby do zupełności. Jedynie dla przykładu można nadmienić, że termin ten stosowany jest m.in. na określenie postawy metodologicznej w naukach społecznych – zarówno w sensie fundamentalnym (Bourdieu i Wacquant 2001), jak i w technicznym kontekście metodyki badań (Brewer 2000; Oberhuber i Krzyżanowski 2008; Gibbs 2011). Refleksyjność jako zasada metodologiczna pojawia się także w pracach z obszaru nauk prawnych (Michalowski i Kramer 1987; Nelson 1998; Bianchi 2012; Dębska 2013; Zajadło 2014). Pojęcie refleksyjności spotykamy również w pracach z zakresu badań nad kulturą (Ruby 1982), w filozofii polityki i filozofii moralności (np. jako koncepcję „refleksyjnego ekwilibrium” (Rawls 1971)) – w tym w rozważaniach z zakresu konstytucjonalizmu (Bast 2005; Kaleta 2013; Cern 2014; Pichlak 2018) – czy też w odniesieniu do tożsamości jednostki (Archer 2000; Ricoeur 2005; Giddens 2006; Taylor 2012). Pojawia się także w teoriach dyskursu (Sierocka 2003; Skuczyński 2015) oraz w analitycznej filozofii języka (Dyrda 2015). Wykorzystywane jest również w ekonomii czy w psychologii.

Tu jednak interesuje mnie szczególnie kontekst użycia tego wyrażenia, rozpowszechniony we współczesnej teorii społecznej. Chodzi o refleksyjność w znaczeniu instytucjonalnym, lub po prostu społecznym: refleksyjność rozumianą jako charakterystyka społecznych praktyk, w tym instytucji. Wydaje się, że – o ile problematyka refleksyjności obecna jest w myśli filozoficznej w ten czy inny sposób od niemal samego początku – ten jej rodzaj jest specyficzny dla społeczeństwa nowoczesnego, zyskuje zaś na znaczeniu w dobie tzw. późnej nowoczesności (o czym dalej w pkt 2 bieżącego rozdziału). Takie właśnie pojęcie refleksyjności społecznej będzie przedmiotem rozważań w prezentowanej książce. Stąd też zazwyczaj zamiennie posługuję się określeniami „refleksyjność prawa” oraz „społeczna refleksyjność prawa”.

Nawet jeśli zawęzić w ten sposób przedmiot zainteresowania, trudno o zgodność w kwestii rozumienia tytułowego wyrażenia. Zresztą zasadniczą część przedkładanej pracy poświęcona jest m.in. eksplikacji różnic, jakie zachodzą w tym względzie między wybranymi, czołowymi teoriami socjologicznymi. Z tego względu proponowanie jakiejś ujednoznaczniającej definicji refleksyjności na początku rozważań byłoby zabiegiem sztucznym i mylącym. Na tym etapie analizy można jedynie ostrożnie zrekonstruować kilka podstawowych założeń, które wydają się co do zasady wspólne dla współczesnego dyskursu refleksyjności społecznej.

1.1. Główne założenia dyskursu refleksyjności

Dogodnego punktu wyjścia dostarcza definicja refleksyjności zaproponowana przez Anthony’ego Giddensa – z tym zastrzeżeniem, że traktowana jest ona tutaj jedynie jako robocza, mająca spełniać funkcję heurystyczną. Zaangażowanie