

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

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 Zahuski (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

<http://dx.doi.org/10.18778/8142-477-6>



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 autopojetyczny	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. Rozsadzanie 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 petrażcjańskiej (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 zrozumiany 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. refleksyjnej 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 równoległe 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 transcendentalną. 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 wytyczane 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 Kaźmierczukowi, 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 przypominanie mi, że ani ja, ani moja praca nie stanowimy centrum Wszechświata. 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; Kaleta 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

w tym miejscu propozycji tego autora nie oznacza zatem przyjęcia jego teorii jako wiążącej perspektywy postrzegania refleksyjności. Należy raczej uznać, że Giddensowi udało się uchwycić pewne istotne założenia, wspólne dla wielu alternatywnych teoretycznych opracowań problemu refleksyjności. Co więcej, choć zarówno jego definicja, jak i dalsze uwagi odnoszą się przede wszystkim do praktyk społecznych, założenia te dałoby się dość bezpośrednio przenieść do rozważań nad (skądinąd również istotną dla przywołanego autora) kwestią refleksyjności jednostek. Wszystkie wskazane niżej własności refleksyjnej praktyki mogą służyć także do charakterystyki indywidualnej refleksyjności aktorów społecznych. Definicja brytyjskiego socjologa jest zatem dostatecznie ogólna, aby uchwycić kilka najbardziej podstawowych założeń dyskursu społecznej refleksyjności.

Giddens określa refleksyjność jako „uregulowane wykorzystywanie wiedzy o warunkach życia społecznego jako konstytutywny element jego organizacji i przekształcenia” (Giddens 2006, 30), wyjaśniając w innym miejscu, iż „refleksyjność nowoczesnego życia społecznego polega na tym, że praktyki społeczne podlegają bezustannym przeglądom i reformom w świetle napływających informacji o tych właśnie praktykach, co zmienia ich charakter w sposób konstytutywny” (Giddens 2008, 28). Takie określenie refleksyjności naprowadza na kilka ważnych tropów.

Po pierwsze, jasne jest, że refleksyjność oznacza każdorazowo jakąś formę samozwrotności (Sierocka 2003, 79; Giddens 2006, 198–200) – w tym wypadku praktyk społecznych, które stają się „strukturami samoodniesienia” (Habermas 2005b, 26). Jednym z kluczowych pytań wszelkich teorii refleksyjności społecznej jest więc to o adekwatną rekonstrukcję formy, jaką przybiera takie samoodniesienie.

Po drugie, zwrócenie się praktyki czy instytucji ku sobie samej ma przede wszystkim charakter poznawczy: polega na „uregulowanym [zdobywaniu i – M.P.] wykorzystywaniu wiedzy” (Giddens 2006, 30). To samopoznanie może być różnie określane – jako samoświadomość, samoobserwacja, autoopis, *społeczeństwo-dla-siebie* etc. – jest jednak konstytutywnym elementem refleksyjności. Problematyka kognitywna wydaje się zatem stanowić konieczny – choć niekoniecznie jedyny (Lash 2009) – wymiar refleksyjności społecznej.

Poznanie to ma jednak – po trzecie – szczególny charakter, determinowany jego praktycznym celem. Jak można wywnioskować z wypowiedzi Giddensa, refleksyjna wiedza jest *wiedzą-w-działaniu*, służącą „organizacji i przekształcaniu” życia społecznego. W refleksyjności dochodzi do splecenia dwóch form rozumu: poznającego i działającego¹. Wiedza legitymizuje się poprzez swoją użyteczność dla działania; działanie szuka uprawnomocnienia w wiedzy. (W przypadku prawa

¹ Jak ujmuje to Giddens: „[Refleksyjność] zajmuje miejsce u samych podstaw reprodukcji systemu, tak że myśl i działanie nieustannie się do siebie nawzajem odnoszą” (Giddens 2008, 27; por. także Siemek 2012a, 379–380).

i polityk publicznych zależność ta znajduje swój wyraz m.in. w retoryce „polityki opartej na dowodach”; jej negatywną stronę wydaje się z kolei odsłaniać kategoria wiedzy/władzy Michela Foucaulta). Poznanie i działanie okazują się jedynie dwoma momentami jednego ruchu refleksyjności, dwiema stronami tej samej monety².

Jak łatwo zauważyć, ten związek poznania i działania, w ramach którego odwołują się do siebie wzajemnie, prowadzi do dalszego pogłębienia samozwrotności praktyki. Poznanie refleksyjne w przypadku praktyki społecznej jest zawsze poznaniem własnych działań; działanie refleksyjne – przekształcaniem siebie samej opartym na samopoznaniu. Stąd też refleksyjność (na wzór refleksji) jest, po czwarte, przeciwieństwem naoczności i bezpośredniości: jest wynikiem rozpoznania niemożności poznawania wprost i bezpośredniego oddziaływania. Wobec niezdolności do dotarcia do „rzeczywistości w sobie” instytucje społeczne muszą odwoływać się do bardziej pośrednich form poznania i wywierania wpływu. W przypadku prawa oznacza to konieczność rezygnacji ze zbyt prostych modeli bezpośredniego oddziaływania norm prawnych na stosunki społeczne. W ten sposób refleksyjność wyznacza granice dla prawnego instrumentalizmu (por. King i Thornhill 2003, 224–225; Perez 2011).

Po piąte, kategoria refleksyjności ma również walor normatywny, pełniąc funkcję uprawomocniania praktyki. Praktyka społeczna legitymizuje się poprzez wykazanie, że spełnia wymogi refleksyjności. Legitymizacyjna funkcja refleksyjności zakorzeniona jest w nowoczesnej wizji samougruntowania się rozumu, który zastępuje dawniejsze, tradycyjne źródła prawomocności działania³. Jest to zatem uprawomocnienie o charakterze racjonalistycznym. Wydaje się jednak, że ponieważ refleksyjność przeciwstawiona jest bezpośredniości działania, ewokować będzie model racjonalności odmienny od dominującej w dyskursie nowoczesności racjonalności instrumentalnej – racjonalność refleksyjną⁴.

Legitymizacyjnej funkcji refleksyjności nie przeczy fakt, że, po szóste, ma ona jednocześnie potencjał krytyczny wobec praktyki. Krytyczna natura refleksyjności jest powszechnie rozpoznana w naukach społecznych (Hałas 2011); nie może być zresztą inaczej, skoro polega ona m.in. na monitorowaniu i rewizji praktyki. Nie przeczy to jednak, jak już powiedziałem, jednoczesnym funkcjom

² Ten splot dostrzegany jest także w teoriach refleksyjności analizowanych w niniejszej pracy: jako związek obserwacji i operacji systemu u Luhmanna czy Teubnera, jako pytanie o kompetencje kognitywne prawa responsywnego u Selznicka lub jako powiązanie refleksyjności i refleksji u Becka.

³ Zob. pkt 2.1 bieżącego rozdziału.

⁴ Nawiązując do najbardziej znanego przeciwstawienia wobec racjonalności instrumentalnej, jaką jest racjonalność komunikacyjna według opisu Habermasa, można wysunąć hipotezę, że ten typ racjonalności stanowi jedynie szczególną odmianę racjonalności refleksyjnej. W istocie, jak wskazuje się w literaturze (Sierocka 2003, 78–93; Skuczyński 2015), uzasadnienie zasad racjonalnej komunikacji w filozofii dyskursu ma charakter refleksyjny.

legitymizacyjnym. Przeciwnie: oba zadania refleksyjności pozostają ze sobą związane. Wszak skoro refleksyjne kwestionowanie praktyki dokonuje się z jej wewnętrznego punktu widzenia (na tym polega jej samozwrotność), to nie może ono przybrać formy krytyki totalnej; ostrze krytyki zwraca się zawsze jedynie przeciw wybranym elementom praktyki. Poprzez takie częściowe kwestionowanie refleksyjność legitymizuje jednak praktykę jako całość (zob. Jabłoński i Pichlak 2013). Proces ten można określić jako „makro uprawomocnienie poprzez mikro krytykę”⁵.

Po siódme, struktura samoodniesienia *vel* podmiot refleksyjny ma charakter złożony. Podmiot poznający jest zarazem przedmiotem własnego poznania – jednak między jednym a drugim istnieje pewien dystans. Właśnie ten dystans decyduje o tym, że refleksyjność nie ma charakteru bezpośredniego wglądu, ale – nawet w odniesieniu do samego jej podmiotu – ma charakter zapośredniczony.

1.2. Kwestie sporne

Oprócz tych wspólnych założeń należy wskazać co najmniej trzy kwestie będące przedmiotem kontrowersji, które mają fundamentalne znaczenie dla dyskursu refleksyjności w naukach społecznych. Pierwsza z nich dotyczy związków tego pojęcia z pojęciem refleksji, druga – zasięgu i statusu twierdzenia o refleksyjności praktyki społecznej, trzecia – relacji między refleksyjną instytucją a jej otoczeniem.

W teorii społecznej spotkać można dwa konkurencyjne stanowiska: pierwsze z nich wywodzi pojęcie refleksyjności od wcześniejszego pojęcia refleksji, drugie natomiast uznaje odrębność tych kategorii. W tym drugim wypadku zwykło się zresztą mówić raczej o „refleksywności”, wywodząc to wyrażenie od *refleksu*, czyli odbicia, lub od stosunku zwrotności. Określenie to miałoby pochodzić nie z filozofii refleksji, ale z językoznawstwa, które posługuje się nim na oznaczenie wyrażen zwrotnych, czyli właśnie refleksywnych (Hałas 2011, 192–193).

Ta próba cięcia między refleksyjnością a refleksją nie wydaje się przekonująca⁶. Jak zobaczymy na przykładzie teorii Ulricha Becka, nawet tam, gdzie próbuje się dokonać takiego rozdziału, rezygnacja z refleksji okazuje się niemożliwa – refleksywność ostatecznie okazuje się (przynajmniej potencjalnie) refleksyjna. Wyrażona zresztą wyżej zgoda na konieczną obecność wymiaru poznawczego w refleksyjności oznacza jednocześnie uznanie, że rozważane pojęcie mieści w sobie także refleksję *sensu stricto*. W pracy przyjmuję więc pogląd bliższy

⁵ Wilhelmsson, Thomas. 1992. *Studies in Critical Private Law*. Dordrecht: Kluwer (cyt. za: Tuori 2002, 30).

⁶ Zauważmy zresztą, że Hans-Georg Gadamer, jeden z największych autorytetów w przedmiocie filozoficznego zagospodarowywania filologii, uznaje etymologiczną jedność refleksji i refleksu (Gadamer 2013, 646–647).

pierwszemu z wyróżnionych stanowisk. Zgodnie z nim dyskurs refleksyjności zarówno kontynuuje, jak i przekształca tradycję filozofii refleksji. Kategorię refleksyjności, jaką posługują się nauki społeczne, traktuję więc jako rezultat *socjologicznej transformacji* pojęcia refleksji (o czym nieco więcej w pkt 2.2 bieżącego rozdziału). Refleksyjność czerpie zatem z soków, które ożywiały tę tradycję filozoficzną (wprawioną w ruch – schematycznie rzecz ujmując – przez Kartezjusza, doprowadzoną do punktu szczytowego przez Kanta i Fichtego, a domkniętą przez Hegla), jednocześnie przekraczając jej ograniczenia⁷.

Druga kwestia wiąże się z rozróżnieniem między dwoma wariantami teorii refleksyjności, które za Janem Winczorkiem proponuję określać jako immanentne i kontyngentne (Winczorek 2015, 179 i n.). Różnicę tę można wyjaśnić, wskazując na odmienny status twierdzenia o refleksyjności praktyki, instytucji czy systemu społecznego w każdej z teorii. Dla teorii przyjmujących immanentne ujęcie refleksyjności zdanie „instytucja społeczna jest refleksyjna” jest zdaniem analitycznym prawdziwym: z tej perspektywy każda instytucja jest w sposób konieczny refleksyjna, aby w ogóle mogła być za taką uznana. Z kolei w przypadku ujęć kontyngentnych powyższe zdanie będzie zdaniem opisowym (syntetycznym), które może być prawdziwe dla jednych, a fałszywe dla innych instytucji. Innymi słowy, własność refleksyjności przysługuje tu tylko niektórym typom instytucji czy systemów społecznych.

Ponieważ kategorii refleksyjności często przypisywany jest również status normatywny (zob. pkt 3 bieżącego rozdziału), w ramach którego postuluje się większe (bądź mniejsze) urefleksyjnienie danej instytucji, nasuwa się pytanie o relację między tego typu postulatami a wskazanym wyżej rozróżnieniem. Wydaje się bezsporne, że takie wypowiedzi normatywne są możliwe do pogodzenia jedynie z ujęciami kontyngentnymi, w ramach których instytucje społeczne mogą różnić się między sobą stopniem refleksyjności. W przypadku podejścia immanentnego wypowiedzi normatywne tracą sens: nie da się przecież postulować czegoś, co przysługuje procesom społecznym w sposób konieczny (Winczorek 2015, 179)⁸.

Bodaj najczytelniej ilustrują omawiane rozróżnienie teorie systemowe Niklasa Luhmanna i Gunthera Teubnera. Jak ukażę szerzej w rozdziale im poświęconym, pierwszy z tych autorów przyjmuje stanowisko jednoznacznie immanentne, drugi zaś – kontyngentne. Teubner dzieli skądinąd tę perspektywę z innym przedstawicielem niemieckiej socjologii przywoływanym na stronach tej książki, czyli Ulrichem Beckiem. Jak z kolei wskazuje przykład teorii Philipa Selznicka – podobnie zresztą jak wspominanej wcześniej koncepcji Giddensa – rozróżnienie

⁷ Podobnie przedstawiają to: Kaleta i Skuczyński 2015, 10 i n.

⁸ Oczywiście, odmienną kwestią jest postulat refleksyjności rozumiany jako dyrektywa metodologiczna w naukach społecznych – w tym wypadku nie ma przeszkód, aby łączyć go zarówno z ujęciem immanentnym, jak i kontyngentnym.

między immanentnym a kontyngentnym ujęciem refleksyjności nie ustanawia, wbrew pozorom, alternatywy rozłącznej. Obaj ci autorzy przyjmują, że refleksyjność w najbardziej podstawowym sensie jest konieczną cechą wszelkich procesów i praktyk społecznych, stanowiąc element rudymen tarnej ontologii społecznej. Dla obu jednak istnieją również kwalifikowane postaci refleksyjności, które znane są tylko z wybranych form organizacji życia społecznego⁹.

Wreszcie trzecia z podnoszonych tu kwestii dotyczy relacji między refleksyjną instytucją społeczną a jej otoczeniem. Jest to zagadnienie, które łączy się z sygnalizowanym już wyżej pytaniem o logiczną formę samozwrotności praktyki. Problem ten wyznacza jedną z najistotniejszych różnic między dostępnymi teoriami refleksyjności, w tym także między wiodącymi teoretycznymi ujęciami refleksyjności prawa. Jak wykażą szczegółowo dalsze rozdziały tej książki, każda z omawianych na jej stronach koncepcji teoretycznych rozwiązuje tę kwestię nieco inaczej; analogiczne różnice widoczne są także na płaszczyźnie obecnych w praktyce programów polityki prawa (w pracy egzemplifikowanych przez strategie regulacyjne), zbieżnych w swoich założeniach z poszczególnymi stanowiskami teoretycznymi. Wszystkie te stanowiska przyjmują, że refleksyjność praktyk społecznych wpływa również na sposób, w jaki praktyki te kształtują swoje relacje poznawcze, komunikacyjne i operacyjne z własnym otoczeniem (czy też poszczególnymi segmentami tego otoczenia). Samozwrotność nie oznacza wszak autarkii; nie może też pozostawać bez wpływu na tego typu relacje¹⁰. Na pytanie jednak, na czym polega ten wpływ i jaki ostatecznie kształt przyjmują te związki (a zarazem jaka jest forma samoodniesienia), koncepcje te dostarczają znacząco różnych odpowiedzi. Problem ten zostanie podjęty szerzej w końcowym rozdziale pracy, gdzie dostępne rozwiązania określam jako „samozwrotny”, „wspólnotowy” oraz „dialektyczny” model refleksyjności.

Wskazane wyżej założenia i problemy wyznaczają podstawy paradygmatu społecznej refleksyjności, jaki obecny jest we współczesnej nauce. Z konieczności opis takich podstaw jest możliwy tylko na wysokim poziomie ogólności. Do tego odnosi się on do wszelkich instytucji społecznych, nie uwzględniając jeszcze ewentualnej specyfiki prawa na tym tle. Zaprezentowane tu zagadnienia podlegać będą konkretyzacji w dalszych partiach pracy. Rozdziały od II do IV proponują taką konkretyzację w wymiarze teoretycznym, rozdział V pozwoli zaś skonkretyzować podniesione tu kwestie w praktycznym wymiarze rzeczywistego funkcjonowania prawa.

⁹ W odniesieniu do Selznicka zob. rozważania z rozdziału III. Co do Giddensa por. zwił. Giddens 2008, 26–28.

¹⁰ Mamy tu do czynienia ze strukturą, którą Marek J. Siemek określa jako „więź uzewnętrznienia i refleksji”, uznając ją za „samo serce nowożytnej i nowoczesnej problematyki teorii poznawczej” (Siemek 2012a, 336).

2. Refleksyjność nowoczesności

2.1. Czas refleksji

Nowoczesność jest ze swej istoty czasem refleksji. Ten związek jest widoczny już od samych początków nowożytności, która wkracza na scenę dziejów wraz z narodzinami filozofii refleksji. Dochodzi do tego w filozofii Kartezjusza – pierwszym prawdziwie nowożytnym systemie filozoficznym, który zostaje ufundowany mocą dokonującego refleksji *Ego cogito*. Refleksyjny charakter nowoczesności ujawnia się jednak w pełni w dobie oświecenia.

Być może najwyraźniej te związki nowoczesności i refleksji dochodzą do głosu w słynnym, choć krótkim, eseju Immanuela Kanta *Odpowiedź na pytanie: czym jest Oświecenie* (Kant 2005b)¹¹. Wspomniana zależność ujawnia się tu w kilku wymiarach. Po pierwsze, w samym tytule: jedną z kluczowych cech Oświecenia i nowoczesności jest zapytywanie o same siebie, o swoją specyfikę¹². Nie istnieje Oświecenie bez refleksji nad tym, czym jest Oświecenie. Nie istnieje nowoczesność bez refleksji nad tym, co ją odróżnia od czasów wcześniejszych. Nowoczesność musi refleksyjnie odnosić się do siebie samej – albo nie będzie jej wcale¹³. Dlatego też można opisywać ją jako „dyskurs, który mówi o samym sobie i który jak gdyby wciąż usiłuje siebie samego doścignąć” (Siemek 2012a, 254). Ten wymiar refleksyjności nowoczesności, który osiąga ona wraz z połączeniem podmiotu i przedmiotu refleksji w jedno, i z wypływającą stąd samoświadomością, można określić jako *kulturowy*.

Drugi, odmienny wymiar refleksyjności nowoczesności został z kolei zawarty w odpowiedzi, jakiej Kant udziela na tytułowe pytanie. Filozof stwierdza więc: „Oświecenie to wyjście człowieka z zwinionej przez niego niedojrzałości. Niedojrzałość jest nieumiejętnością w posługiwaniu się własnym rozumem bez przewodnictwa innych” (Kant 2005b, 44). Oświecony rozum to zatem rozum, który zdołał wybić się na autonomię, to znaczy: który sam dla siebie stał się arbitrem, określając samodzielnie kryteria prawdy i fałszu. Epoka oświecenia wyznacza rozumowi zadanie nie tylko zrozumienia samego siebie, ale i samokontroli oraz samouprawomocnienia. Jak pisze Ernst Cassirer: „Ta wiedza na temat własnego działania, ta duchowa autorefleksja i duchowa prognoza, wydaje się [...] właściwym sensem myślenia w ogóle oraz istotnym zadaniem, które zostało

¹¹ Termin „Oświecenie” służy Kantowi na oznaczenie nie epoki historycznej, ale raczej pewnej formacji intelektualnej. Dla ukazania tej różnicy wyrażenie użyte w tym kontekście zapisuje się wielką literą.

¹² Na precedensowy charakter tego tytułowego pytania zwraca uwagę także Michel Foucault (2018, 30–34).

¹³ Podobnie stwierdza Luhmann (1998a), który określa ten wymiar refleksyjności jako „semantyczny”.

mu postawione” (Cassirer 2010, 3). Ta najwyższa autonomia samoodnoszącego się rozumu zapowiadana była przecież już przez myśl Kartezjusza, swój szczytowy wyraz znajduje zaś w Kantowskich *Krytykach*. Jak komentuje to Jürgen Habermas: „Kant ustanawia rozum jako najwyższy trybunał, przed którym wszystko, co pretenduje do ważności, musi wykazać swoje racje” (Habermas 2005b, 29)¹⁴. Nowoczesny rozum, innymi słowy, dąży do samougruntowania. Ten wymiar refleksyjności nowoczesności, który polega na umieszczeniu samoodnoszącego się rozumu jako fundamentu wszelkiej wiedzy, można określić mianem *ideowego*.

Wspomniany Habermas nazywa tę fundamentalną rolę rozumu jako „struktury samoodniesienia” *zasadą podmiotowości* (Habermas 2005b, 26)¹⁵. Według jego słów, o ile filozofia Kanta stanowi szczytowy wyraz tej zasady, o tyle jej opis (co znaczy również: sprobematyzowanie) jest dziełem Hegla. Nie ma w tym przypadku, Hegel jest bowiem tym filozofem, który jako pierwszy podjął się krytycznego przedstawienia samej nowoczesności. Realizując to zadanie, nie mógł pominąć centralnej dla własnej epoki zasady ideowej.

2.2. Zniesienie Hegłowskie: od filozofii refleksji do socjologii refleksyjności

Z perspektywy niniejszych rozważań autorowi *Fenomenologii ducha* należy przypisać jeszcze jedną zasługę, to bowiem właśnie w jego filozofii dochodzi do ugruntowania trzeciego kluczowego wymiaru refleksyjności nowoczesności. Chodzi tu o przekształcenie samego pojęcia refleksji, do jakiego dochodzi w myśli wielkiego jenajczyka. To właśnie on dokonuje dopełnienia filozofii refleksji, zapoczątkowanej dwa wieki wcześniej przez Kartezjusza (Chudy 2012, 118). Dopełnienie to jest zarazem zniesieniem: Hegel zastępuje pojęcie refleksji jako cnoty rozumu refleksyjnością jako własnością rzeczywistości (Hałas 2011, 192). Jest to więc – *nomen omen* – typowo Hegłowskie „zniesienie” (*Aufhebung*), które zachowuje najbardziej wartościową część znoszonego pojęcia. Hegel zamyka filozofię refleksji jako filozofię podmiotu¹⁶, dokonując ontologizacji jej kluczowej kategorii. Wyprowadzona poza podmiot, refleksyjność staje się narzędziem opisu świata, w tym przede wszystkim świata społecznego.

¹⁴ Adam Sulikowski trafnie określa rozum, który zyskuje tego rodzaju samorozumienie, jako „najwyższy i jedynie obiektywny instrument postrzegania świata, a jednocześnie źródło logiki, etyki, niezbitych argumentów” (Sulikowski 2008, 23).

¹⁵ W podobny sposób zagadnienie to ujmuję Siemek, uznając odkrycie podmiotowości rozumu za fundamentalną cechę nowoczesności (Siemek 2012a, *passim*).

¹⁶ Nie oznacza to, oczywiście, że chronologicznie rzecz ujmując, filozofia refleksji nie jest kontynuowana jeszcze po Heglu. Wskażmy jedynie, że według niektórych komentatorów jej „przezwyciężenie” dokonuje się dopiero u Husserla, a zdaniem innych także i ten autor przynależy jeszcze do tej tradycji.

Oczywiście, Hegel nie wynajduje tego rozwiązania znikąd, niczym sztuksmistrz wydobywający królika z kapelusza. Również u jego poprzedników na drodze filozofii refleksji widać pewne ślady tej możliwości, aby własność refleksji oderwać od natury ludzkiej. Już przecież u Kartezjusza *Cogito* refleksyjnie odkrywa się dla samego siebie, zanim jeszcze rozpozna swoje człowieczeństwo. Jeśli *Ego cogito, ego sum* jest absolutnym początkiem wszelkiej wiedzy i wszelkiego poznania, to oznacza to, że w autocharakterystyce tego bytu, jakim jest *Cogito*, refleksyjność wyprzedza człowieczeństwo (Descartes 2010, medytacja druga). Istnieje zatem potencjalna możliwość, aby refleksyjność uczynić własnością bardziej uniwersalną, niż pozwalałyby na to granice opisu natury ludzkiej. Niemniej jednak w systemie kartezjańskim te możliwości wydają się zaledwie ukrytą sugestią. Dlatego jeszcze długo po nim – np. u Hume’a – refleksyjność pozostaje władzą nieodłączną od ludzkiej natury (Brożek 2012, 54–59)¹⁷.

Znacznie wyraźniej ta możliwość uniwersalizacji refleksyjności zostaje wydobyta przez Kanta. Refleksyjność jest wszak własnością podmiotu transcendentnego, przez co zostaje ona oderwana od poszczególnych ludzi jako jednostek. Ten transcendentalny charakter refleksyjnego rozumu umożliwi następnie takie „uspołecznione” jego interpretacje, z jakimi mamy do czynienia choćby w etyce dyskursu czy w filozofii Rawlsa. Kant idzie zresztą dalej, odrywając refleksyjną rozumność nie tylko od poszczególnych jednostek, ale nawet od gatunku ludzkiego jako całości. Widać to m.in. w uznaniu czysto pojęciowej „metafizyki moralności” za logicznie pierwotną wobec antropologii, która formułuje ustalenia dotyczące natury ludzkiej (Kant 2005a, 19–23). Do tego porządku należy też argument, który uczynił Kanta patronem literatury *science fiction* (przynajmniej tej ambitniejszej, tj. niestroniącej od problemów filozoficznych), a w którym stwierdza on, że istoty pozaziemskie – o ile byłyby rozumne – związane byłyby tą samą co my moralnością. W ten sposób prawo do refleksyjnej rozumności przyznane zostaje także bytom innym niż człowiek.

Widać zatem, że transformacja dokonana przez Hegla nie może być traktowana jako proste zerwanie z tradycją filozofii refleksji; filozof ten poszedł jedynie dalej ścieżką, która została przetarta już wcześniej, doprowadzając – jak już powiedziałem – do dopełnienia tej tradycji. Dopełnienie to (będące, powtórzmy, jednoczesnym zniesieniem) polega na ontologizacji refleksyjności. Precyzyjniej będzie właściwie mówić o urefleksyjnieniu ontologii, bowiem to nie refleksyjny podmiot zostaje na powrót wpisany w bardziej pierwotną tkankę bytu, z której wydobyl go Kartezjusz, ale sam byt zostaje zreinterpretowany na sposób podmiotowy, jako manifestacja Ducha obiektywnego. Mniej istotna jest tu bliższa charakterystyka tego szczególnego Heglowskiego pojęcia; nie jest nam w tej chwili potrzebna. Ważne, że takie założenia ontologiczne pozwalają traktować nie tylko

¹⁷ Na temat przynależności brytyjskiego empiryzmu, w tym Hume’a, do szerokiego nurtu filozofii refleksji zob. Siemek 2012a, 339–344.

człowieka, ale całą rzeczywistość, jak i poszczególne jej komponenty, jako struktury rozumne, a zatem także refleksyjne.

Wraz z Heglem dochodzimy do końca drogi filozofii refleksji. Kartezjusz uznał refleksyjność *Cogito* niezależnie od uznania jego człowieczeństwa – ale nadal pozostała ona związana z pojedynczym bytem, w dodatku wyróżnionym jako „rzecz myśląca”, absolutnie inna od pozostałych bytów. W tym sensie refleksyjność zachowała charakter *stricte* subiektywny. Kant nadał refleksyjności charakter transcendentálny, wyprowadzając ją poza ten subiektywny wzorzec – ale tym samym uczynił ją czysto formalną w stopniu, który uniemożliwiał jej ucieleśnianie w faktyczności życia społecznego. Dopiero u Hegla refleksyjność zostaje oderwana od podmiotu, nie tracąc przy tym swojego substancjalnego charakteru, co umożliwia tego typu ucieleśnianie się w różnorodnych bytach społecznych¹⁸. Nie będzie zatem przesadą stwierdzenie, że to właśnie myśl autora *Fenomenologii ducha* stanowi punkt zwrotny między filozofią (refleksji) a teorią społeczną (refleksyjności). Jak odnotowuje m.in. Jerzy Szacki, nie tylko systemu filozoficznego Hegla nie da się zrozumieć z pominięciem jego poglądów na społeczeństwo i państwo, ale również „historia socjologii bez Hegla byłaby, jak się zdaje, rażąco niekompletna” (Szacki 2002, 197). W sposób szczególny prawda ta odnosi się do roli, jaką autor ten odegrał we wprowadzeniu kategorii refleksyjności do nauk społecznych. To właśnie jego filozofia pozwoliła na ukonstytuowanie się tego pojęcia jako kategorii socjologicznej. Innymi słowy, dokonała się w niej *socjologiczna transformacja* filozofii refleksji. W konsekwencji możliwe stało się opisanie trzeciego wymiaru, w jakim epoka nowoczesna okazuje się refleksyjna. Zgodnie z nim nowoczesność charakteryzuje się pojawieniem się refleksyjnych instytucji społecznych, co można określić jako *instytucjonalny* lub po prostu *społeczny* wymiar refleksyjności. Jak zatem widać, dokonane przez Hegla przekształcenie wprawiło w ruch dyskurs refleksyjności, o którym mowa była na początku rozdziału.

2.3. Refleksyjność jako problem: prosta i refleksyjna refleksyjność

Jak wynika z powyższych rozważań, kategoria refleksyjności towarzyszy nowoczesności od samych jej początków. Epoka nowoczesna może być uznana za taką (sama siebie za taką uznać) dzięki pozostawianiu refleksyjną w wymiarze kulturowym, ideowym i społecznym. W żadnym więc razie nie jest tak, że refleksyjność jest jakąś nowo odkrytą, nieznaną wcześniej własnością prawa jako instytucji społecznej. Można stwierdzić, że prawo jest refleksyjne co najmniej

¹⁸ Jaki pisał Jean Hyppolite: „Duch pojawia się więc tutaj jako doświadczenie «*cogitamus*», a nie samego «*cogito*». Zakłada on przekroczenie świadomości partykularnej i jednoczesne podtrzymanie jej różnorodności w łonie substancji” (Hyppolite, Jean. *Genèse et structure de la „Phénoménologie de l'Esprit”*, t. 2. Paris: Aubier, s. 311 (cyt. za: Tischner 1993, 15)).

od momentu, w którym stało się prawem nowoczesnym. Wydaje się jednak, że zarówno w przypadku prawa, jak i innych kluczowych instytucji nowoczesnego świata społecznego mamy obecnie do czynienia z problemem jakościowo nowym. *Novum* to polega na tym, że sama refleksyjność tychże instytucji staje się problemem. Umowny moment, w którym do tego dochodzi, jest początkiem nowego etapu nowoczesności, nazywanej w literaturze „późną” (Giddens 2006) lub „refleksyjną” (Beck, Giddens i Lash 2009). Można zatem w uproszczeniu wyróżnić w rozwoju nowoczesności (nowoczesnego prawa) dwa etapy. Etap *prostej refleksyjności* (wczesna nowoczesność) polega na tym, że instytucje społeczne kierują się w swym działaniu *zasadą refleksyjności*. Etap *refleksyjnej refleksyjności* następuje wtedy, gdy sama ta zasada staje się *problemem* i przedmiotem refleksji. Twierdząc, że zarówno w naukach prawnych, jak i – szerzej – w naukach społecznych mamy od jakiegoś czasu do czynienia z tą drugą sytuacją, w której wprost artykułowane są pytania o to, co oznacza refleksyjność prawa, jakie są warunki jej możliwości oraz jej wewnętrzne ograniczenia; teorie socjologiczne rozpatrywane w rozdziałach od II do IV stanowią świadectwo tego stanu rzeczy.

Być może najbardziej czytelnym przykładem refleksyjnej refleksyjności jest teoria społeczeństwa ryzyka Ulricha Becka. Zgodnie z poglądami tego autora społeczeństwo ryzyka charakteryzuje się tym, że ryzyko – refleksyjny wytwór nowoczesności – staje się problemem politycznym i przedmiotem refleksji. Tym, co jest tu poddane refleksji, jest zatem wytwór *prostej* refleksyjności nowoczesnych praktyk społecznych. Sądzę jednak, że również pozostałe teorie socjologiczne rozważane w niniejszej pracy próbują na swój sposób uchwycić ten sam proces, w którym instytucje społeczne późnej nowoczesności dokonują samo-observacji własnych struktur refleksyjnych.

Wprowadzając rozróżnienie na „prostą” i „refleksyjną” refleksyjność, zajmuję pośrednio stanowisko w sporze o zasadność dyskursu ponowoczesności; jest ono zasadniczo zgodne z poglądem Giddensa na tę kwestię (Giddens 2008, 32–37). Zgodnie z nim mówienie o ponowoczesności jako kategorii opozycyjnej wobec nowoczesności stanowi nadużycie. Nowoczesność trwa, trwają bowiem jej podstawowe założenia; specyfika obecnych czasów polega na tym, że założenia te zostają zarówno zradykalizowane, jak i (refleksyjnie) sproblematyzowane.

Jednym z tematów takiej problematyzacji jest podważenie paradygmatu postępu i racjonalności instrumentalnej; podważenie to przychodzi właśnie ze strony kategorii refleksyjności. Wczesna nowoczesność zdawała się wierzyć, że możliwe jest pogodzenie refleksyjnego samougruntowania się rozumu z coraz doskonalszym opanowaniem świata; że, innymi słowy, refleksyjność może być źródłem wiedzy pewnej dotyczącej zarówno samego siebie, jak i świata (Cassirer 2010, 85). Dokładnie ta wiara uległa zakwestionowaniu wraz z nastaniem późnej nowoczesności. Dziś rozumiemy z całą ostrością, że refleksyjność nie *wspiera* rozumu instrumentalnego, ale mu się *przeciwstawia* – nie może bowiem być źródłem praktycznej pewności niezbędnej dla instrumentalnego panowania. Wiedza

refleksyjna jest zawsze otwarta na kwestionowanie i refutacje. Dlatego też, jak stwierdza Giddens, „refleksyjność nowoczesności zawodzi oczekiwania myśli Oświecenia – chociaż sama jest tej myśli wytworem” (Giddens 2006, 29; zob. też Giddens 2008, 28–31).

3. Adekwatne pojęcie refleksyjności prawa

Przedkładana praca jest pracą z zakresu teorii prawa, co w tym wypadku oznacza przede wszystkim, że jest ona próbą przedstawienia adekwatnego pojęcia refleksyjności prawa. Jak pisałem we *Wprowadzeniu*, jej celem jest objaśnienie tego pojęcia, przede wszystkim na drodze rekonstrukcji jego rozumienia w wybranych koncepcjach z obszaru teorii społecznej. Praca ta nie ma natomiast na celu podejmowania bezpośrednio problematyki empirycznej (badania rzeczywistego stopnia refleksyjności istniejących instytucji prawnych) czy też problemów dogmatycznoprawnych (rozstrzygania konkretnych pytań, przed którymi stają szczegółowe nauki prawne w związku z prawną refleksyjnością). To wstępne zastrzeżenie wydaje się ważne dla właściwego zrozumienia charakterystyki niniejszej książki; jest jednak niewystarczające, dopóki nie doprecyzuje się, co rozumie się tutaj pod szyldem „adekwatnego pojęcia”. Odpowiedź na to pytanie ujawni, że teoria prawa nie może jednak całkowicie zrezygnować z pewnych pośrednich związków z zarówno empirycznie, jak i normatywnie zorientowanymi szczegółowymi naukami prawnymi.

3.1. Hermeneutyczne i strukturalne komponenty pojęcia refleksyjności

W naukach prawnych pojęcie adekwatne to zazwyczaj takie, które jest satysfakcjonujące teoretycznie, empirycznie oraz praktycznie. W wymiarze teoretycznym pojęcia winny być zatem oparte na spójnych i akceptowalnych założeniach; w wymiarze empirycznym – posiadać odniesienie w rzeczywistości społecznego funkcjonowania prawa (stanowić opis istniejącego lub ewentualnie możliwego stanu porządku prawnego); w wymiarze praktycznym – prowadzić do pożądanych i legitymowanych konsekwencji normatywnych. Poszukując zatem adekwatnego dla współczesnego prawoznawstwa pojęcia refleksyjności, należy mieć na względzie łącznie te trzy warunki. Stąd też analizowane w pracy teorie refleksyjności będą co do zasady poddawane ocenie według tych trzech kryteriów: na ile są one przekonujące od strony teoretycznej, czy znajdują potwierdzenie w prawnej empirii oraz do jakich konsekwencji praktycznych może prowadzić ich przyjęcie.

Wymóg adekwatności teoretycznej wydaje się oczywisty, jeśli tylko pamiętać, że rozważane pojęcie stanowi w sposób konieczny element pewnej koncepcji

teoretycznej; jako że koncepcja taka proponować musi jakieś rozumienie społeczeństwa i społecznej roli prawa, można ją określić jako *społeczną* lub *socjologiczną teorię prawa* (rozumianą w tym miejscu nie jako dyscyplina naukowa, ale jako uporządkowany zbiór twierdzeń). Oczekiwanie, aby taka teoria – obok ewentualnych innych wymogów, dotyczących np. jej elegancji czy ekonomiczności – posiadała spójne i akceptowalne założenia, jest, jak sądzę, na tyle jasne, że nie wymaga szerszego komentarza. Można natomiast zastanawiać się, skąd biorą się wymogi empirycznej oraz normatywnej adekwatności pojęć, a także na czym polega związek między nimi.

Na wstępie zauważmy, że uznanie związku między tymi wymogami jest dość popularną postawą metodologiczną w obrębie prawoznawstwa. Zgodnie z nią wiele podstawowych pojęć prawnych ma mieszany, analityczno-normatywny bądź empiryczno-normatywny charakter¹⁹. Nie inaczej rzecz się ma, oczywiście, z teoriami budowanymi na bazie tychże pojęć. Ten specyficzny status twierdzeń nauk prawnych opisywał w jednej ze swoich prac Neil MacCormick, zauważając, że są to twierdzenia „o podwójnym obliczu: mają zarówno charakter normatywny, jak i mogą być [...] uznane za opis norm rzeczywiście funkcjonujących w obrębie rozważanych systemów prawnych”²⁰.

Bliższa analiza samego pojęcia prawa wydaje się potwierdzać i uzasadniać takie powiązanie. Pojęcie to łączy w sobie komponenty, które można określić jako hermeneutyczny (lub kulturowy) oraz strukturalny. Z jednej zatem strony, prawo należy do pojęć określanych jako hermeneutyczne. Kategorie tego typu charakteryzuje m.in. to, że „są używane przez ludzi dla zrozumienia samych siebie oraz praktyk społecznych, w które ludzie się angażują” (Gizbert-Studnicki, Dyrda i Grabowski 2016, 83)²¹. Joseph Raz tak np. charakteryzował w tym duchu pojęcie prawa:

Jest to [...] pojęcie zakorzenione w naszym społecznym samorozumieniu. [...] Jest ono używane przez każdego i wszystkich z nas na oznaczenie instytucji społecznej, z którą wszyscy jesteśmy, na różne sposoby i w różnym stopniu, zaznajomieni. Odgrywa ono centralną rolę w naszym rozumieniu społeczeństwa, tak naszego własnego, jak i innych.

¹⁹ Na temat takich sądów zob. Alexy 1989, 180–183. Jakkolwiek Alexy przywiązuje większą wagę do sądów analityczno-normatywnych, to nie wyklucza również tych o charakterze empiryczno-normatywnym. Zob. także Grabowski 2009, 26–29.

²⁰ Cała wypowiedź autora brzmi następująco: „Przedstawiam raczej opis niektórych charakterystycznych rysów argumentacji prawniczej, które ujawniają się w konkretnych przykładach z orzecznictwa, i jednocześnie tłumaczę powody, dla których moim zdaniem powinny one pełnić rolę podstawowych wyznaczników tej argumentacji [...]. Wnioski, do których dochodzę, są twierdzeniami o podwójnym obliczu: mają zarówno charakter normatywny, jak i mogą być w moim odczuciu uznane za opis norm rzeczywiście funkcjonujących w obrębie rozważanych systemów prawnych” (MacCormick 1978, 13).

²¹ Anthony Giddens sugeruje, że hermeneutyczny charakter mają wszystkie podstawowe pojęcia socjologiczne: „Obszarem badania socjologa są zjawiska, które już mają swój sens. Warunkiem wkroczenia w ten obszar jest uzyskanie wiedzy o tym, co aktorzy już wiedzieli i wiedzieć musieli, by uczestniczyć w codziennej działalności” (Giddens 2003, 334).

To, co badamy, gdy badamy naturę prawa, to w znacznym stopniu natura naszego własnego samorozumienia. [...] Jest to część samoświadomości, sposobu, w jaki postrzegamy i rozumiemy nasze społeczeństwo. [...] Ta świadomość jest częścią tego, co badamy, gdy zgłębiany naturę prawa (Raz 2008, 331).

Rzecz znamienna, że elementem takiego samorozumienia prawa jest uznanie go za instytucję normatywną. Normatywność rozumiem w tym miejscu w możliwie prosty sposób, zgodnie z którym reguła może być uznana za normatywną, jeśli przysługuje jej walor obowiązku czy też, nieco innymi słowami, walor wiążącej racji działania. Takie pojmowanie normatywności, choć niejedyne, jest najbardziej rozpowszechnione w literaturze, szczególnie w teorii prawa oraz teorii moralności (Koorsgard 1992, 22–23; Delacroix 2006, ix–xv; Brożek 2012, 12). Mówienie o normatywności prawa należy więc uznać za pewien skrót myślowy, ponieważ predykat ten jest właściwie przypisywany do reguł prawnych. Można jednak sensownie twierdzić, że prawo jest postrzegane przez uczestników praktyki społecznej jako normatywne, tj. dostarczające takich wiążących racji.

Z drugiej strony, pojęcie prawa może być również uznane za pojęcie strukturalne, czyli wyznaczone przez „społeczne działania człowieka” (Gizbert-Studnicki, Dyrda i Grabowski 2016, 84). O pojęciach tego typu mówi się, że „przynależność jakichś obiektów do zakresu takich pojęć nie opiera się na intuicjach użytkowników, lecz na kryteriach sformułowanych przez nauki społeczne” (Gizbert-Studnicki, Dyrda i Grabowski 2016, 84)²². W tej perspektywie nie odnosi się już ono do treści społecznej świadomości, ale do empirycznie uchwytanych mechanizmów instytucjonalnych, bez których nie sposób wyobrazić sobie jakiegokolwiek porządku prawnego. W przypadku prawa szczególnie wyraźnie ujawnia się zatem bardziej ogólna prawidłowość dotycząca instytucji społecznych: składa się ono zarówno z pewnych poddających się zobiektywizowanemu opisowi mechanizmów, jak i z normatywnych uzasadnień, zgłaszających roszczenia do dostarczania prawu waloru prawomocności. Ta społeczna dwoistość prawa konceptualizowana była w przeszłości na wiele sposobów (Pichlak 2017) – w symbolice wagi i miecza dzierzonych przez Temidę, w tradycyjnych parach pojęć takich jak *ius et lex* lub *ratio et voluntas* czy w filozoficznych kategoriach wolności i przymusu u Kanta; we współczesnej teorii prawa zbliżone rozróżnienia proponowali m.in. Robert Alexy (rzeczowy i krytyczny wymiar prawa), Jürgen Habermas (faktyczność i obowiązywanie) czy Philip Selznick (wymiar idealny i realny), którego poglądy omawiane są w dalszych partiach pracy.

To, co dotyczy prawa, odnosi się również do refleksyjności jako jednej z podstawowych jego własności. (Którą to własność dzieli ono zresztą z innymi instytucjami nowoczesnego społeczeństwa). Także refleksyjność może być

²² Na oznaczenie takich pojęć autorzy posługują się, za istniejącą literaturą, określeniem „pojęcia społeczne”, co jednak jest o tyle mylące, że zakłada z kolei zawężone pojęcie społeczeństwa, jako ograniczonego do wymiaru strukturalnego (z pominięciem wymiaru kulturowego).

analizowana zarówno jako pojęcie hermeneutyczne, jak i strukturalne (Stępień 2015, 292). Taką sugestią zawiera już w sobie opis wstępnych założeń na temat refleksyjności, jaki zaproponowałem na początku tego rozdziału. Jak wskazywałem, pojęcie to odnosi się zarówno do pewnego wyróżnionego sposobu poznania, którego spełnieniem miałyby być samoświadomość, jak i działania, które nosi znamiona samozwrotności. W pojęciu tym zawarty jest więc element empiryczny, poddający się opisowi, jak i normatywny, podległy hermeneutycznej interpretacji. Również w przypadku prawa jego ewentualna refleksyjność ujawnia się zarówno w jego strukturach, jak i w kulturowym samorozumieniu²³.

Trzeba dobrze zrozumieć, na czym polega ten mieszany, opisowo-normatywny charakter pojęcia refleksyjności, a także jakie konsekwencje metodologiczne z niego wynikają (zob. też Pichlak 2014; 2015a; 2016). Z jednej strony omawiane pojęcie wyznacza pewien ideał normatywny, który może pełnić funkcje regulacyjno-krytyczne wobec zastanych praktyk. Innymi słowy, praktyki takie mogą być zarówno poddawane ocenie, jak i kształtowane z punktu widzenia spełniania wymogów refleksyjności. Z drugiej strony ideał ten ma sens o tyle, o ile znajduje – choćby częściowe – ucieleśnienie w istniejących praktykach. Dopiero to nadaje mu prawdziwy sens i rzeczywiste znaczenie. Refleksyjność nie interesuje mnie jako abstrakcyjna idealizacja, ale jako *rzeczywisty ideał*, wywierający wpływ na praktykę. Jego ucieleśnienie w praktykach nie musi być pełne ani całkowicie wierne, nadaje mu jednak charakter, by użyć sformułowania Habermasa, „obiektywnego roszczenia” (Habermas 2008, 110). Dopiero w takim połączeniu idealny i faktyczny aspekt pojęcia refleksyjności mają szansę wzajemnie „rezonować” (*räsonieren*)²⁴ – i poprzez to pozwolić na uchwycenie pełnego znaczenia tego pojęcia.

3.2. Między błędami empiryzmu oraz estetyzmu

Cytowany powyżej Habermas jest jednym z tych autorów, którzy szczególnie mocno podkreślają potrzebę łączenia obu wymiarów analizy społecznych praktyk – faktycznego i idealnego. Może to być nieco zaskakujące na tle obiegowych opinii na temat twórczości tego autora, szczególnie tych dotyczących sformułowanej

²³ Zbliżony sposób pojmowania refleksyjności prawa prezentuje Nigel Simmonds (2010), stwierdzając, że polega ona na tym, iż praktyka oraz doktryna prawnicza odnoszą się do „idei prawa”. Tak pojmowana, refleksyjność prawa i nauk prawnych okazuje się jednak mieć tylko połowiczny charakter: i praktyka, i doktryna prawnicza muszą się odnosić do idei prawa, lecz ta ostatnia jest określana niezależnie od praktyki i doktryny, pełniąc rolę fundamentu porządku prawnego. Ten prawnonaturalny rys wyraźnie odróżnia, skądinąd ciekawą, koncepcję Simmondsa od poglądów autorów omawianych w tej książce.

²⁴ Wyrażenie ponownie pochodzi od Habermasa. Niemiecki wyraz *räsonieren* to nie tylko termin z zakresu akustyki, oznaczający wzmacnianie drgań (dźwięku); można tłumaczyć go także jako „rozprawiać, rozumnie dyskutować, deliberować” (por. Czyżewski 2008, XIV).

przezeń teorii działania komunikacyjnego; te zazwyczaj przypisują mu skłonność do wysoce abstrakcyjnych i cokolwiek spekulatywnych rozważań. Dokładniejsza lektura jego prac prowadzi jednak do odmiennych wniosków. Co przy tym znamienne – to ogólne podejście metodologiczne zostało przez Habermasa przedstawione najczytelniej w jego pracy poświęconej właśnie problematyce prawnej (Habermas 2005a); stanowi to dodatkowy powód, by przyjrzeć się jego poglądom w tym zakresie.

Punktem wyjścia dla Habermasa jest stwierdzenie, wskazanej przeze mnie wyżej, dwoistej natury prawa, która łączy w sobie wymiar „faktyczności” oraz „obowiązywania”. Wynika z tego ważna zasada metodologiczna, głosząca, że właściwe zrozumienie instytucji społecznych w rodzaju prawa możliwe jest wtedy, kiedy uwzględnione zostaną oba te wymiary: zarówno faktyczny (empiryczny), jak i normatywny (idealny). Z jednej zatem strony analiza istniejących praktyk prawnych wymaga uwzględnienia pytania o ich „normatywne presupozycje” (Habermas 2005a, 11), które z wewnętrznego punktu widzenia przyjmowane są jako racje legitymujące praktykę. Z drugiej strony zrozumienie tychże normatywnych podstaw (zasad, ideałów, praw podstawowych etc.) możliwe jest jedynie przy uwzględnieniu historycznego kontekstu funkcjonowania instytucji, w których znajdowały one dotąd swoje ucieleśnienie. Ich rekonstrukcja *in abstracto*, w sposób czysto dedukcyjny czy spekulatywny, byłaby jedynie „pewną sztuczką” (Habermas 2005a, 144), argumentacyjnym trickiem. Powyższa zasada nie odnosi się wyłącznie do badania instytucji jako całości, ale także poszczególnych ich komponentów – w tym także pojęć lub zasad, które determinują ich kształt i sposób funkcjonowania. Taką właśnie rolę, i w prawie, i w innych najważniejszych instytucjach społecznych, odgrywa współcześnie kategoria refleksyjności.

Analizując zarówno instytucję prawa wziętą w całości, jak i jej podstawowe pojęcia (do jakich należy refleksyjność), trzeba zatem unikać dwojakiego rodzaju redukcjonizmu. Pierwszy jego typ – który można określić jako błąd empiryzmu²⁵ – polega na wyrzuceniu poza obręb analizy idealnego wymiaru funkcjonowania społecznych instytucji. Takie podejście ignorować będzie wszelkie normatywne racje działania oraz roszczenia ważnościowe, formułowane z wewnętrznego punktu widzenia przez uczestników danej praktyki. W interesującym nas przypadku oznacza to odrzucenie pytań o to, jakie racje przemawiają za refleksyjnością prawa, dlaczego właściwie miałyby nam na owej refleksyjności zależeć itp. Druga postać redukcjonizmu zostaje przez Habermasa określona jako „błąd estetyzmu” (Habermas 2005a, 71–81). Polega on na zignorowaniu wymiaru faktycznego i koncentracji wyłącznie na aspektach idealnych. Na podstawie uwag autora można uznać, że w tego typu redukcję popada m.in. klasyczna filozofia polityczna

²⁵ Sam Habermas określa go również mianem „redukcji sejentystycznej” lub „obiektywistycznej”; za przykład perspektywy teoretycznej, która popada w tego typu redukcjonizm, autor ten uznaje funkcjonalizm oraz teorię systemów (Habermas 2005a, 57–71).

czy filozofia prawa. Ideały społeczne próbuje się tu uzasadniać na sposób abstrakcyjny, wierząc niejako, że akceptacja racji wyłożonych przez uczestników życia społecznego wystarczy dla zapewnienia owym ideałom efektywnej mocy. Innymi słowy, ugruntowania dla normatywnych podstaw życia społecznego poszukuje się tu w ich jednostkowej lub kulturowej akceptacji. Tym, co się pomija, jest konieczny w istocie warunek ucieleśnienia takich ideałów w konkretnych mechanizmach instytucjonalnych. (W przypadku prawa takimi mechanizmami, w których ucieleśnione są ideały normatywne, są np. wybrane reguły procedury czy instancyjność postępowania). Podczas gdy pierwsza postać redukcjonizmu prowadzi do pustego empiryzmu, druga skutkuje abstrakcyjnym idealizmem. Taki idealizm, choćby najszlachetniejszy, nie potrafi jednak wyrzucić realnego wpływu na świat społeczny. Odpowiedzią na bezduszość empiryzmu nie może być pięknoduchostwo.

Taką „przeestetyzowaną” kondycję współczesnej mu filozofii politycznej i prawnej trafnie rozpoznał i skrytykował już Hegel, pisząc o niej: „Filozofia jest pod tym względem wydzieloną świątynią, a jej śłudzy tworzą izolowany stan kapłański, któremu nie wolno stykać się ze światem”²⁶. Szczególnie w odniesieniu do pojęcia refleksyjności zgoda na błąd estetyzmu byłaby w istocie powrotem do czasów „przedheglowskich”: byłoby to odejście od społecznej teorii refleksyjności na powrót ku filozofii refleksji skoncentrowanej na dyspozycjach podmiotu. Że ta droga ostatecznie okazała się jałowa, byłoby stwierdzeniem za mocnym; jednak od dwóch stuleci wiadomo już, że jest ona nazbyt ograniczona. Teoria refleksyjności nie powinna popełniać dziś błędu ponownego wchodzenia na tę drogę – a dzieje się tak, jeśli refleksyjność jest zawężająco rozumiana wyłącznie jako kompetencja kulturowa przysługująca jednostkom²⁷, nie zaś jako własność instytucji społecznych.

Podsumowaniem rozważań nad dwiema postaciami redukcjonizmu niech będą słowa samego Habermasa, który formułuje następującą konkluzję:

Filozoficzny dyskurs na temat sprawiedliwości nie uchwytuje owego wymiaru instytucjonalnego, na który od początku nakierowany jest dyskurs nauk społecznych na temat prawa. Bez spojrzenia na prawo jako empiryczny system działań pojęcia filozoficzne

²⁶ Hegel, Georg W.F., *Wykłady z filozofii religii*, t. 2 (cyt. za: Habermas 2005b, 49).

²⁷ Tego typu zawężające spojrzenie wydaje się być udziałem np. znacznej części refleksji z kręgu etyki prawniczej (zob. choćby Korzeniewska-Lasota 2015), ale także współczesnej filozofii analitycznej, która swoją tzw. ontologię społeczną decyduje się budować na kategoriach intencjonalności i *mind-independence*, poprzez to wpadając w – wyschły już dzisiaj – nurt filozofii świadomości. Filozofia analityczna przyjmuje zatem, że cały świat społeczny osadzony jest ostatecznie na refleksyjności jednostek (refleksyjności aktów świadomości znajdujących swój wyraz w aktach językowych) – tym samym wkładając na barki jednostek ciężar, którego te nie są w stanie unieść (por. np. Dyrda 2015). Por. także najbardziej wpływową w kręgu filozofii analitycznej ontologię społeczną Johna Searle’a (1995, *passim*). Ze zbliżoną do prezentowanej tu krytyką teorii Searle’a wystąpił też Artur Kozak (2010, 140–143).

pozostają puste. O ile jednak socjologia prawa upiera się przy obiektywizującym spojrzeniu z zewnątrz i jest niewrażliwa na dostępny tylko od wewnątrz sens wymiaru symbolicznego, to ogląd socjologiczny popada w niebezpieczeństwo, że na odwrót, pozostanie ślepy (Habermas 2005a, 81).

Ta ślepotą i ta pustką grożą także teoriom refleksyjności prawa, jeśli pod pojęciem tym będą one rozumieć, odpowiednio, wyłącznie pewien mechanizm instytucjonalny albo li tylko ideał normatywny.

3.3. Okrężna droga refleksji

Rozważania Habermasa prowadzą do istotnych wniosków dotyczących właściwej metody badania problemu refleksyjności, wychodząc od analizy relacji między dwoma aspektami tego pojęcia: jako dążenia normatywnego oraz jako mechanizmu instytucjonalnego. Do zbliżonych konkluzji dojść można także od innej strony: relacji między refleksyjnością jako dążeniem (ideałem) normatywnym a nami jako uczestnikami kultury przyjmującej to dążenie. Jest to punkt widzenia obierany przez hermeneutyczną koncepcję refleksji²⁸. Jego przyjęcie rzuca dodatkowe światło na rozważane tu kwestie metodologiczne.

Zrozumienie dążenia do refleksyjności powinno się dokonywać na wzór rozumienia najbardziej podstawowego dążenia etycznego: dążenia do poznania samego siebie *qua* samoświadomości. Nabycie zaś samoświadomości jest możliwe jedynie na drodze refleksji. Co to jednak znaczy, że świadomość jest przedmiotem refleksji? Znaczy to w pierwszej kolejności, iż nie jest ona dostępna bezpośrednio. Owszem, istnieje jakaś forma pierwotnej, bezpośredniej pewności samego siebie, rozpoznana przez Kartezjusza jako *Ego cogito*. Pewność ta nie jest jednak przedmiotem poznania, ale jedynie intuicji, „apercepcji” (Ricoeur 2003c, 124; zob. też Ricoeur 2005, 11–21); intuicja ta ma charakter czysto formalny i treściowo pusty. Natomiast treść samoświadomości nie jest mi dostępna bezpośrednio – czy też, dokładniej mówiąc, samoświadomość, która jest mi dana bezpośrednio, jest najpierw świadomością fałszywą. Hermeneutyka przyjmuje tu lekcję psychoanalizy: moja świadomość nie jest dla mnie samego przejrzysta. Aby zrozumieć jej *rzeczywistą* treść, konieczne jest podjęcie refleksji. Refleksja jest okrężnym ruchem, na którym świadomość poznaje samą siebie w sposób pośredni: poprzez jej uzewewnętrznienia. Refleksja odsłania mi moją własną świadomość poprzez „przedstawienia, działania, dzieła, instytucje, pomniki, które ją obiektywizują” (Ricoeur 2003c, 124)²⁹. Paul Ricoeur, który jest głównym autorem takiego pojęcia refleksji hermeneutycznej, określa refleksję jako „okrężną drogę” (Ricoeur 2005, 30)

²⁸ Chodzi tu, dokładniej rzecz biorąc, o koncepcję refleksji zawartą w projekcie hermeneutycznym Paula Ricoeura (zob. zwł. teksty tego autora zebrane w pracy: Ricoeur 2003b).

²⁹ Zob. ogólnie Ricoeur 2003c, 121–27; także Ricoeur 2003a, 208–211.

i podsumowuje: „Filozofia refleksji jest przeciwieństwem filozofii bezpośredniości” (Ricoeur 2003c, 124).

Wydaje się, że ten sam lub zbliżony schemat można odnieść do zrozumienia także innych dążeń etycznych zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i wspólnotowym. Jeśli zatem refleksyjność istotnie ma status takiego dążenia (ideału)³⁰, przyjmowanego w naszej kulturze politycznej i prawnej, to fakt akceptacji takiego ideału powinien być dostępny uczestnikom tej kultury w jakiejś bezpośredniej intuicji. Fakt akceptacji nie determinuje jednak jeszcze treści tego ideału: ta pozostaje mglista, dopóki nie podejmie się wysiłku refleksji nad nią w oparciu o jej uzewnętrznienia i obiektywizacje, które można zaobserwować w istniejących instytucjach prawnych. Próba bezpośredniego uchwycenia treści tego ideału narażona byłaby na pułapki fałszywej świadomości, która arbitralnie projektuje na kulturę prawną osobiste poglądy autora takich projekcji.

Aby zatem właściwie zrozumieć kategorię refleksyjności w odniesieniu do prawa, należy przejść „okrężną drogę”, która obejmować będzie m.in. analizę konkretnych instytucji prawnych, w których pojęcie to znajduje swoje ucieleśnienie. Okazuje się zatem, że badanie pojęcia refleksyjności prawa – choćby stawiało sobie czysto analityczne lub czysto normatywne cele – zawierać musi w sobie również *socjologię refleksyjności*. Jednocześnie taka socjologia prawnej refleksyjności sama musi być *socjologią refleksyjną* – choć w innym znaczeniu, niż nadał temu wyrażeniu swego czasu Pierre Bourdieu (por. Bourdieu i Wacquant 2001)³¹.

Takie właśnie założenie przyświeca niniejszej pracy; tłumaczy też ono, dlaczego zdecydowałem się w niej zamieścić rozważania dotyczące aplikacji mechanizmów refleksyjności w konkretnych politykach regulacyjnych (zob. rozdział V). Włączenie w obręb pracy tego rozdziału nie jest bynajmniej podyktowane jakąś potrzebą jej „upraktycznienia”. Przekonanie, że rozważania teoretyczne mają sens o tyle, o ile „przydają się praktyce”, wydaje się jednym z bardziej szkodliwych uproszczeń powtarzanych na temat teorii. Gdyby teoria prawa miała

³⁰ Pytanie to wyznacza różnicę między zestawianymi tu teoriami Habermasa i Ricoeura: pierwszego z nich interesują przede wszystkim te „presupozycje normatywne”, które mają status deontologiczny, to znaczy standardy *moralne*; drugi koncentruje uwagę na ideałach *etycznych*, związanych z pytaniem o wizję dobrego życia i jako takich pełniących rolę sensotwórczą. Nie sądzę jednak, aby te różnice miały w interesującym nas kontekście rozstrzygające znaczenie. Oba rodzaje standardów (ideałów) funkcjonują na płaszczyźnie normatywności; oba też poddają się metodologicznym postulatam tak jednego, jak i drugiego autora.

³¹ Nie wyklucza to, oczywiście, metodologicznej refleksyjności w rozumieniu proponowanym przez francuskiego teoretyka, jednak w pierwszej kolejności chodzi tu o „refleksyjność” w znaczeniu przedstawionym wyżej, wynikającym z pism Ricoeura oraz Habermasa: jako analizy idei za pośrednictwem badania instytucji, w których znajdują one ucieleśnienie. W zbliżonym kierunku (połączenia analiz hermeneutycznych i strukturalnych) zmierza natomiast metodologiczny projekt „hermeneutycznie uświadomionej teorii społecznej” Giddensa (Giddens i Dallmayr 1982, 5–8).

czierać stąd swą prawomocność, znalazłaby się w dość żalnym położeniu. Jest to w dodatku roszczenie, by tak rzec, niesymetryczne: przedstawiciele teorii nie zwykli oczekiwać od sędziów lub adwokatów, aby *wszystkie* formułowane przez nich uzasadnienia orzeczeń czy pisma procesowe odznaczały się użytecznością dla teorii. Ci, którzy powtarzają tego typu obieguje opinie na temat przydatności teorii, nie dostrzegają zresztą jawnego paradoksu w nich ukrytego: że uzasadnienie ewentualnej wyższości „praktyki” nad „teorią” (jakkolwiek rozumiane) samo musi być dokonane na gruncie jakiejś teorii. Uwzględnieniem w książce rozważań nad praktycznymi aplikacjami refleksyjności powoduje więc inna potrzeba: ukazania faktycznego wymiaru rozważanych idei, które dzięki ich przepracowaniu w praktyce prawniczej mogą porzucić niebo kryształowych pojęć i zyskać walor „obiektywnych roszczeń” (Habermas 2008, 110)³².

3.4. Teoria refleksyjności między zewnętrznym a wewnętrznym badaniem prawa

Opisane powyżej założenia metodologiczne czynią problematycznym, dość często spotykany w literaturze, podział naukowych badań nad prawem na te o charakterze „zewnętrznym” i „wewnętrznym”³³. Dla opisu różnicy między tymi dwoma podejściami można odwołać się do słów Artura Kozaka, wedle którego:

należy odróżniać takie ujęcia owej sfery [rzeczywistości prawnej – M.P.], które starają się na nią patrzeć przez pryzmat kategorii „ważnych dla samych aktorów”, i takie, które ignorują autonomię danej praktyki, ujmując ją w kategoriach właściwego sobie uniwersum symbolicznego i – w ten sposób – przypisując jej praktyce obce jej znaczenia. Pierwszy sposób refleksji teoretycznej będzie dalej nazywał wewnętrznym lub autonomicznym, drugi natomiast zewnętrznym lub integracyjnym (Kozak 2002, 70).

Zdaniem cytowanego autora nauka uprawiana na sposób wewnętrzny „zachowuje kategorialną i aksjologiczną autonomię praktyki, na której wyrasta, lecz nie służy jej poznaniu, ale raczej uzasadnieniu jako racjonalnej i poprawnej” (Kozak 2002, 71). Można zatem powiedzieć, że perspektywa ta akceptuje dążenia normatywne danej praktyki, zmierzając do wykazania ich prawomocności; jej zadania określić można jako hermeneutyczne. Z kolei podejście zewnętrzne, zdaniem autora:

³² Oczywiście, problematyka regulacji jest tylko jedną z możliwych dla realizacji tego zamierzenia. Perspektywa refleksyjności nadaje się również do analiz np. sądowego stosowania prawa i argumentacji prawniczej czy dyskursu konstytucjonalizmu. W tej ostatniej kwestii por. Pichlak 2018.

³³ Rozróżnienie to wydaje się skądinąd stanowić prawniczą trawestację rozróżnienia na socjologię „empiryczną” i „rozumiejącą”.

wyjaśnia i/lub umożliwia zrozumienie mechanizmów rządzących określoną praktyką w języku obcym tej praktyce [...] a wiedza uzyskiwana w tej perspektywie rzadko kiedy jest bezpośrednio użyteczna dla badanej praktyki, jako że struktura używanego tu języka teoretycznego z założenia nie odpowiada strukturze badanej problematyki. Przykładem tego rodzaju analiz może być część socjologiczno-empirycznych badań problemów praktyki prawniczej (Kozak 2002, 70–71).

Powyższe rozróżnienie jest dobrze ugruntowane z punktu widzenia metodologicznego (ponieważ obie wyróżnione perspektywy odwołują się do innych metod badawczych). Wydaje się jednak, że nie powinno mu się przypisywać za daleko idących konsekwencji; innymi słowy, nie należy nadawać mu zbyt mocnej interpretacji epistemologicznej lub ontologicznej, tak jakby miało się odnosić do dwóch całkowicie nieprzystawalnych sposobów poznania świata, lub zgoła do odmiennych światów społecznych. Nawet zresztą ci autorzy, którzy nadają mu radykalny charakter – jak wspomniany Kozak – zmuszeni są uznać potrzebę istnienia takiej formy refleksji, która w jakiś sposób łączy oba nastawienia. W teorii Kozaka taką rolę pełni raz teoria prawa, a innym razem – filozofia prawa (por. Kozak 2002, 66–68; 2010, 53–54; Jabłoński 2012, 101–104). Zgodnie z tym punktem widzenia, który został tu zaproponowany w ślad za Habermasem – kierującym się ambicją połączenia analizy „faktyczności” i „obowiązywania” prawa – obie perspektywy badawcze, wzięte osobno, okazują się niewystarczające. Dopiero ich fuzja pozwala właściwie uchwycić naturę takich fenomenów społecznych jak porządek prawny. Do podobnych wniosków prowadzi hermeneutyka, według której refleksja polega na obustronnym ruchu między tym, co wewnętrzne, a tym, co zewnętrzne.

4. Teorie społecznej refleksyjności prawa – wprowadzenie

4.1. Socjologiczne ujęcie prawa

Dotychczasowe rozważania ujawniły, że prawo będzie w niniejszej pracy rozumiane konsekwentnie jako instytucja społeczna, nie zaś jako system normatywny czy – tym bardziej – zbiór tekstów. Oczywiście, zarówno teksty, jak i normy pełnią w interesującej nas instytucji poczesną rolę; ta ostatnia nie powinna być jednak z nimi utożsamiana. Prawo w przyjętym tu spojrzeniu jest raczej zespołem praktyk odpowiedzialnych za profesjonalną obsługę tychże tekstów i norm³⁴.

Nie trzeba tłumaczyć, że nie jest to jedyne możliwe stanowisko w ramach socjologii prawa. Wbrew temu, co może sugerować tytuł bieżącego punktu,

³⁴ Sformułowanie to stanowi parafrazę słów Marka Zirk-Sadowskiego (por. Zirk-Sadowski 2011, 7), a zawdzięczaam je Pawłowi Jabłońskiemu.

w dyscyplinie tej nie istnieje jakiegś jedno „ujęcie prawa”. Książka ta nie ma jednak na celu dostarczać przeglądu istniejących w tym zakresie możliwości. Nie jest też zadaniem zamieszczonych tu rozważań wstępnych dokonywanie jakichś jednoznacznych rozstrzygnięć pojęciowych czy ontologicznych. Byłoby to o tyle niewykonalne, że rozważane w pracy teorie przyjmują w tym zakresie odmienne stanowiska. Nie sposób zatem mówić o jakiegś jednej, wspólnej im ontologii prawa jako zjawiska społecznego. W tym miejscu chodzi więc jedynie o wyartykułowanie pewnych najogólniejszych założeń, wyznaczających szeroki, wspólny punkt widzenia.

Taką rolę pełni właśnie ujęcie prawa jako instytucji społecznej. Takie spojrzenie na prawo z jednej strony jest zgodne z przedstawionymi dotąd uwagami na temat refleksyjności, z drugiej zaś wydaje się łączyć omawiane w pracy projekty teoretyczne³⁵. Jest ono równocześnie dostatecznie rozpowszechnione w teorii prawa, aby być intuicyjnie zrozumiałe. Szczególną popularnością takie spojrzenie wydaje się cieszyć w anglosaskiej analitycznej teorii prawa³⁶. Jeśli jednak chcieć się nim posługiwać w sposób uprawniony, potrzeba chociaż z grubsza przybliżyć samo pojęcie instytucji społecznej. W najkrótszy możliwy sposób instytucję społeczną definiuję jako *skoordynowany zespół praktyk*³⁷. Praktyki te składają się z działań społecznych, w analizie których można wyróżnić dwa podstawowe wymiary, sugerowane już w poprzednim podrozdziale: strukturalny oraz kulturowy. Pierwszy z nich obejmuje zobiektywizowane mechanizmy porządkujące poszczególne działania i zapewniające ich wzajemną koordynację. Ten wymiar tworzyć będą przede wszystkim reguły postępowania, struktury komunikacyjne czy relacje władzy i interesów.

Wymiar kulturowy z kolei wyznacza „samoświadomość” danej instytucji, czyli przekonania i znaczenia dostępne w jej ramach i przyjmowane przez jej

³⁵ Przy czym teorie systemowe dla opisu prawa nie będą posługiwać się terminem instytucja, lecz system społeczny (rozumianym jako zespół aktów komunikacji). Nie jest to, oczywiście, różnica bez znaczenia, nie jest ona jednak na tyle radykalna, aby wykluczać tego typu wspólne, wstępne określenie.

³⁶ Zob. np. Dworkin 2006, 11; Raz 2008; Bix 2009. Ta inklinacja anglosaskiej teorii analitycznej do postrzegania prawa jako instytucji społecznej wydaje się mieć co najmniej trzy, dopełniające się źródła: „kulturowy realizm” praktyki opartej na prawie precedensowym, socjologizującą perspektywę teorii prawa Jeremy’ego Bentham’a – ojca anglosaskiego pozytywizmu prawniczego – oraz wpływową pozycję nurtu analizy języka potocznego.

³⁷ Mówienie o „instytucji społecznej” jest więc w pewnym sensie pleonazmem, ponieważ w przyjętym tu znaczeniu każda instytucja z konieczności ma charakter społeczny. Decyduję się na taką konwencję terminologiczną, aby wyraźnie odróżnić przyjęty przeze mnie sposób posługiwania się wyrażeniem „instytucja” od tych szerzej rozpowszechnionych w naukach prawnych – jako zespołu norm prawnych (np. instytucja przedawnienia) albo jako formalnej organizacji (np. Poczta Polska jako instytucja zaufania publicznego – por. Pitera 2007). Szerzej na temat możliwych znaczeń terminu instytucja w naukach prawnych i społecznych zob. Gawel i Klimczak 2005; Sadowski 2014.

uczestników. Na wymiar kulturowy składać się będą zatem zarówno wartości, ideały oraz zasady (rozumiane jako ekspresje tychże wartości lub ideałów), jak i symbole, znaczenia, wierzenia uczestników danej instytucji itp. Rozróżnienie tych dwóch wymiarów nie jest, rzecz jasna, tożsame z twierdzeniem, że są one od siebie oddzielone, czy też że można je rozpatrywać odrębnie. Takie stwierdzenie (niezależnie od tego, czy interpretować je na sposób ontologiczny czy jedynie metodologiczny) musiałoby być uznane za błędne. Jak starałem się wykazać już w poprzednim podrozdziale i jak dowodzę w całej pracy, każdy z tych wymiarów może być właściwie zrozumiany tylko wtedy, gdy wziąć pod uwagę ich wzajemne powiązania. Ich rozróżnienie stanowi natomiast dogodny zabieg analityczny, służący bardziej klarownemu ukazaniu takich wzajemnych zależności.

Jak już zaznaczyłem, ujęcie prawa jako instytucji jest zgodne z orientacją rozważanych w pracy projektów teoretycznych; projekty te łączy m.in. fakt, że jeśli już oferują one jakieś koncepcje prawa, to są to koncepcje socjologiczne. Oznacza to, że kierunek rozwoju tych teorii przebiega „od socjologii do prawa” – od zewnętrznego oglądu prawa jako jednej z instytucji społecznych, do uwzględnienia tych własności porządku prawnego, które decydują o jego ewentualnej specyfice. Można stwierdzić, że projekty te postrzegają prawo według schematu „społeczne + X” (Kurczewski 1978, 4 i n.), gdzie „społeczne” stanowi *genus*, „X” zaś wskazuje na *differentia specifica* porządku prawnego. Najbardziej radykalny w takim nastawieniu jest Niklas Luhmann, który próbuje w ogóle zrezygnować z owego – kłopotliwego dla teorii socjologicznej – X³⁸. Pozostali autorzy dostrzegają w ten czy inny sposób wyjątkowość prawa; nadal jednak ukazują je przede wszystkim jako zjawisko społeczne.

W konsekwencji, kiedy mowa o refleksyjności prawa, najpierw zagadnienie refleksyjności jest rozpatrywane w odniesieniu do nowoczesnego społeczeństwa w ogóle. Refleksyjność jest więc wprowadzana w pierwszej kolejności jako generalna cecha systemów społecznych (Luhmann, Teubner) albo jako rezultat ogólnospołecznych mechanizmów modernizacji refleksywnej (Beck). Wyjątkiem jest tu w pewnym sensie koncepcja Philipa Selznicka, dla którego refleksyjność (*alias* responsywność) stanowi odpowiedź na szczególną społeczną „misję” porządku prawnego; jednak nawet w tym wypadku zrozumienie źródeł refleksyjności wymaga ogólnego scharakteryzowania instytucji społecznych. Ten porządek analizy jest respektowany w niniejszej pracy: zarówno, co łatwo zauważyć, w obecnym rozdziale, jak i przy omawianiu poszczególnych propozycji teoretycznych w rozdziałach kolejnych.

Nie oznacza to jednak, że nie należy pytać o owe *differentia specifica*, które konstytuują odrębność prawa. Ponownie, nie chodzi w tym miejscu o prezentację jakiegos dojrzałego opracowania problemu – na to przyjdzie czas w kolejnych

³⁸ W ujęciu Luhmanna system prawa wyróżnia jedynie przypisanie mu szczególnej funkcji – zob. na ten temat szerzej w rozdziale II.

rozdziałach. Tutaj ograniczam się do zasygnalizowania tych własności prawa, które w sposób szczególny pozostają związane z kwestią prawnej refleksyjności, nadając tej ostatniej wyróżniony charakter. Wydaje się, że można wskazać co najmniej dwie takie cechy. Pierwsza z nich została wspomniana już wcześniej: w przypadku porządku prawnego szczególnie widoczny jest związek między „faktycznym” (strukturalnym) a „idealnym” (kulturowym) wymiarem refleksyjności: fakt, że refleksyjność prawa zarówno nie może istnieć bez odpowiednich mechanizmów instytucjonalnych, jak i łączy się z pytaniem o prawomocność. Wynika to z bardziej ogólnej „dwoistej natury” prawa, o której była już mowa. W odniesieniu do refleksyjności prowadzi to m.in. do pytania, na czym polega jej wkład w normatywny sens prawa – a w konsekwencji, czym jest normatywność samej refleksyjności. *Prima facie* wydaje się, że możliwe są tu dwa rozwiązania. Zgodnie z pierwszym refleksyjność przyczyniałaby się do rozpoznania wiążących reguł (*vel* obowiązków), pełniąc rolę metody poznania normatywności; sytuację taką można określić jako *wkład epistemiczny* refleksyjności w normatywność prawa. Wedle drugiego z rozwiązań refleksyjność pełniłaby mocniejszą rolę, przyczyniając się do konstytuowania obowiązków, czyli stanowiłaby źródło normatywności; w takim wypadku możemy mówić o *wkładzie walidacyjnym* refleksyjności. Możliwe jest również jakieś powiązanie tych dwóch sytuacji w którym np. refleksyjne rozpoznanie wiążącej reguły jest równocześnie jej konstytuowaniem³⁹.

Drugą szczególną cechą prawa jest fakt, że odznacza się ono niespotykaną gdzie indziej łatwością nawiązywania relacji z innymi instytucjami społecznymi⁴⁰. Ani prawo nie może istnieć „samo dla siebie” bez oddziaływania na pozaprawne stosunki społeczne (o tego typu regulacjach prawnych słusznie mówi się w języku potocznym, że są „martwe”), ani też pozostałe instytucje społeczne nie są obecnie do pomyślenia bez ich wymiaru prawnego. Czy mowa będzie o instytucjach z obszaru polityki, administracji, gospodarki, pracy, nauki, edukacji, zdrowia, rodziny, religii itd. – każda z nich współdefiniowana jest przez związki, w jakie wchodzi z prawem. Ta zależność działa też odwrotnie: w charakterystyce dowolnego porządku prawnego konieczne jest uwzględnienie jego związków z pozostałymi instytucjami tworzącymi świat społeczny. System prawny danego państwa jest więc określany zazwyczaj jako bardziej lub mniej liberalny gospodarczo; bardziej lub mniej konserwatywny obyczajowo; bardziej lub mniej przyjazny pracownikom etc.

Ta łatwość wchodzenia w złożone relacje z innymi instytucjami społecznymi stanowi ogólne wyzwanie badawcze dla nauk prawnych; nabiera ono jednak

³⁹ Znaczenie refleksyjności dla genezy normatywności szeroko rozważa Christine Koorsgard (1992).

⁴⁰ Pogląd taki podziela m.in. Niklas Luhmann na gruncie swojej teorii autopojezy prawa (zob. Paterson 2006, 17–18).

szczególnej mocy w odniesieniu do kwestii refleksyjności. Do istoty refleksyjności przynależy samozwrotność, oznaczająca, że refleksyjne prawo oddziałuje głównie na siebie i operuje w kontakcie z sobą samym. Skoro jednak tak, powstaje pytanie, jak pogodzić taki obraz prawa z jego licznymi związkami z innymi instytucjami lub, inaczej rzecz ujmując, czy uznając refleksyjne samoodnoszenie za adekwatną charakterystykę współczesnego porządku prawnego, da się wyjaśnić wzajemne oddziaływania między nim a jego społecznym otoczeniem. I jakiego modelu refleksyjności takie wiarygodne wyjaśnienie wymaga. Są to jedne z najważniejszych pytań, na które odpowiedzieć musi każda teoria społecznej refleksyjności prawa.

Podsumujmy: teoria społecznej refleksyjności prawa powinna, obok innych swoich ewentualnych zadań, odpowiadać na dwie grupy pytań związanych ze szczególnymi cechami porządku prawnego: (a) jaka jest normatywna treść zasady refleksyjności i jakie są jej związki z rzeczywistymi mechanizmami refleksyjnymi w prawie, a także (b) jak możliwe jest pogodzenie samozwrotności prawa z faktem jego obustronnych relacji z instytucjami tworzącymi jego społeczne otoczenie.

4.2. Socjologiczne teorie prawa

W dalszych partiach pracy koncentruję się na trzech wybranych projektach teoretycznych podejmujących problematykę społecznej refleksyjności. Są to: teoria prawa jako systemu refleksyjnego w dwóch jej wariantach: autorstwa Niklasa Luhmanna oraz Gunthera Teubnera; teoria prawa responsywnego Philipa Selznicka (opracowana częściowo wspólnie z Philippe'em Nonetem); teoria społeczeństwa ryzyka *vel* modernizacji refleksywnej Ulricha Becka. Każda z tych koncepcji na swój sposób odpowiada na postawione wyżej pytania⁴¹. Oczywiście, dokonany przeze mnie wybór jest po części arbitralny; w obliczu rozpowszechnienia dyskursu refleksyjności we współczesnej teorii społecznej, co skutkuje wielością propozycji teoretycznych w tym zakresie, każda tego typu selekcja może dawać asumpt dla zarzutu niezupełności. Twierdzę jednak, że dokonany wybór broni się zarówno jako reprezentatywny, jak i odpowiedni z punktu widzenia założeń pracy. Po pierwsze, wskazane koncepcje należą do elitarnego grona najbardziej wpływowych we współczesnej socjologii ogólnej (Luhmann, Beck) lub socjologii prawa (Selznick, Teubner). Po drugie, są to stanowiska teoretyczne, które znajdują dość bezpośrednią aplikację w praktyce prawnej – co wykażę w rozdziale V na przykładzie funkcjonujących w obrocie

⁴¹ Przy czym ta odpowiedź niekoniecznie musi być udzielana wprost przez samego autora „firmującego” dany projekt; w szczególności Ulrich Beck poświęca zagadnieniom prawnym stosunkowo niewielką uwagę, co jednak nie oznacza, że na gruncie jego teorii nie można sformułować pewnych twierdzeń w tym zakresie.

prawnym programów regulacyjnych. Po trzecie, między koncepcjami tymi zachodzą pouczające różnice w wielu wskazanych wyżej jako kluczowe kwestiach: chodzi tu np. o „zewnętrzny” lub „wewnętrzny” wobec perspektywy prawniczej charakter danej teorii (a zatem również o jej wrażliwość na normatywną zawartość zasady refleksyjności) bądź o sposób postrzegania relacji między refleksyjnym prawem a jego społecznym otoczeniem. Dzięki temu teorie te stanowią dogodny materiał dla eksplikacji i lepszego zrozumienia istniejących w tych kwestiach alternatyw. Po czwarte, autorzy rozważanych koncepcji często wchodzą w bezpośrednie dyskusje i polemiki, co ułatwia dokonywanie ewentualnych porównań między nimi: np. Teubner kwestionuje niektóre założenia teorii Selznicka, a Beck podejmuje się krytyki teorii Luhmanna, który z kolei proponuje alternatywne względem Becka socjologiczne ujęcie problemu ryzyka. Po piąte wreszcie, przynajmniej niektóre z tych teorii – mimo swojej doniosłości – nie były dotąd przedmiotem systematycznego omówienia w rodzimej literaturze prawniczej⁴², warto więc zapełnić pewne istniejące w tym zakresie luki poznawcze.

Ostatni argument, jaki chciałbym tu przytoczyć na rzecz dokonanego wyboru, wskazuje na odmiennność orientacji teoretycznych, z których wyrastają poszczególne omawiane w pracy projekty. Na wstępie należy jednak zastrzec, że tego typu przyporządkowania mogą mieć w tym wypadku charakter jedynie szkieletowy i orientacyjny – z całą pewnością nie powinno się ich traktować jako klucza do wyczerpującej interpretacji twórczości przywoływanych autorów. Wszystkim im wspólna jest raczej skłonność do łączenia elementów odmiennych szkół i paradygmatów z obszaru teorii społecznej czy filozofii ogólnej. W odniesieniu do każdego można by zatem powtórzyć stwierdzenie, że jest „mistrzem wielu tradycji i sługą żadnej”⁴³. Dla każdego można jednak wskazać najważniejsze kierunki inspiracji, które decydują równocześnie o wzajemnej odmienności ich propozycji. W przypadku teorii Luhmanna (a za nim, *mutatis mutandis*, Teubnera) będzie to, rzecz jasna, teoria systemów, ale także socjologiczny funkcjonalizm zaczerpnięty od Talcotta Parsonsa; warto odnotować również wpływ, jaki na tego autora wywarła filozofia fenomenologiczna. Jeśli chodzi o Selznicka, łączy on przede wszystkim inspiracje amerykańskim pragmatyzmem (Dewey)

⁴² Dotyczy to w największym stopniu koncepcji Becka, a po części także Selznicka – choć ten ostatni doczekał się wielu odniesień szczegółowych, przynajmniej do jego koncepcji prawa responsywnego (co jednak, jak wykażę dalej, może dawać nieco zafałszowany obraz jego dokonań teoretycznych). W mniejszym stopniu uwaga ta odnosi się do Teubnera, którego propozycje były przedmiotem dość licznych omówień szczególnie w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku; najmniej dotyczy to Luhmanna, w głównej mierze dzięki dokonaniom Jana Winczorka na niwie przybliżenia jego teorii polskiemu czytelnikowi. Szczegółowe wskazówki bibliograficzne podaje w poszczególnych rozdziałach poświęconych tym koncepcjom.

⁴³ Sformułowaniem tym posługuje się Gabe Mythen w odniesieniu do Ulricha Becka (Mythen 2004, 11).

oraz filozofią społeczną wywodzącą się od Arystotelesa (co jednocześnie zbliża jego poglądy do stanowiska komunitaryzmu lub republikanizmu). U Becka z kolei, mimo silnie ateoretycznego stylu pisanie, dostrzec można istotną rolę marksizmu i teorii krytycznej, w tym także typowej dla niemieckiej myśli społecznej krytyki modernizacji. W tle wyraźnie obecny jest też „klasyczny” socjologiczny spór między strukturalizmem a interakcjonizmem⁴⁴.

Na skutek tych różnic interesujący mnie tutaj problem refleksyjności rozpatrywany jest w ramach każdej z teorii w nieco innym kontekście. Dla teorii systemowych kontekst ten wyznacza zagadnienie samoodnoszenia się komunikacji oraz obserwacji w obrębie systemu. W teorii Selznicka chodzić będzie przede wszystkim o relację między poziomem „praktyki” a poziomem „idei” lub „ideałów”⁴⁵. W przypadku zaś teorii Becka kontekst taki będzie wyznaczać kwestia relacji między „działaniem” a „strukturą” (co w sposób czytelny nawiązuje do klasycznego dla teorii społecznej tzw. dylematu *structure/agency*, struktura/działanie podmiotowe – zob. np. Dallmayr 1982; Reed 2003).

Zanim przejdę do dokładniejszego omówienia poszczególnych stanowisk teoretycznych, warto jeszcze sformułować pewne ogólne uwagi wprowadzające, które mogą się przyczynić do lepszego zrozumienia tych stanowisk. Chodzi tu przede wszystkim o dwie kwestie: podstawowy dla danej koncepcji sposób rozumienia refleksyjności oraz status metodologiczny poszczególnych teorii.

W koncepcji Selznicka refleksyjność utożsamiana jest z – centralną dla tej teorii – kategorią responsywności, czyli zdolności prawa do odpowiadania na istotne oczekiwania normatywne ze strony społeczeństwa. Jeśli chodzi o status twierdzenia o refleksyjności prawa, teoria ta wydaje się najbliższa proponowanemu tu ogólnemu podejściu metodologicznemu, łączącemu opis z normatywnością. Podstawowy wydzwitek jest normatywny: refleksyjność *vel* responsywność jest postulowanym wobec istniejącego porządku prawnego ideałem, którego treści nie da się jednak zrozumieć bez analizy rzeczywistego funkcjonowania instytucji prawnych.

Punkt widzenia teorii systemowych różni się pod obydwoma względami: refleksyjność jest formalną cechą systemów społecznych, w tym systemu prawa: jest jednym ze sposobów, na jaki system ten odnosi się do siebie samego. Przy czym, jak wskazywałem już wyżej, według Luhmanna jest to jedna z definicyjnych własności systemu; jego teoria ma pod tym względem status czysto analityczny. Z kolei dla Teubnera refleksyjność jest kontyngentną

⁴⁴ Jest to jedna z kwestii, która szczególnie silnie zbliża do siebie projekty teoretyczne Becka i Giddensa; zarazem spór ten wydaje się istotny również dla wyboru określonej interpretacji, ważnej dla obu autorów, teorii Marksa.

⁴⁵ Kwestia ta wydaje się kluczowa zarówno dla pragmatyzmu, jak i filozofii społecznej Arystotelesa.

cechą systemu prawa, który może, ale nie musi się nią odznaczać; twierdzenie o refleksyjności prawa jest tu uzasadniane w pierwszej kolejności na sposób funkcjonalny.

Według Becka wreszcie refleksyjność społeczeństwa (prawa jako instytucji społecznej?) stanowi wynik konieczności zmierzenia się z nieoczekiwanymi skutkami ubocznymi modernizacji. Można zatem powiedzieć, że refleksyjność jest tu rezultatem konfrontacji nowoczesnego społeczeństwa z samym sobą. Kategoria refleksyjności ma charakter głównie krytyczny, i taki też status posiadać będą oparte na niej diagnozy, wskazując na konieczność zakwestionowania i przewartościowania dotychczasowych sposobów samorozumienia społeczeństwa nowoczesnego.

Wskazane szkicowo różnice między omawianymi w pracy teoriami sprawiają, że nie sposób porównywać ich między sobą w prosty sposób. Każda z nich odmiennie konstruuje horyzont własnych rozważań i próbuje odpowiadać na nieco inne pytania. Zestawianie ich ze sobą jest też o tyle kłopotliwe, że każda – jak sugerują przedstawione wyżej uwagi na temat ich teoretycznych inspiracji – przyjmuje nieco odmienną ontologię prawa jako instytucji społecznej. Oznacza to jednak równocześnie, że teorie te nie muszą być postrzegane jako wzajemnie się wykluczające. Oczywiście, uznanie ich za w pełni zgodne byłoby jawnym nadużyciem. Ich autorzy poświęcili zbyt wiele miejsca wzajemnej krytyce, aby fundować im kąpiel w łaźni pozornego pojednania. Pod pewnymi jednak względami omawiane stanowiska teoretyczne mogą być uznane za wzajemnie się uzupełniające. Każde z nich wydaje się też mieć pewne słabości, których przezwyciężenia można szukać w obrębie stanowisk pozostałych. W ten sposób każde z nich może przysłużyć się realizacji nadrzędnego celu, jakim jest rekonstrukcja adekwatnego pojęcia społecznej refleksyjności prawa.

5. Podsumowanie

W rozdziale przedstawione zostały podstawowe założenia metodologiczne oraz ustalenia dotyczące pojęcia społecznej refleksyjności prawa. Ponieważ rekonstrukcja tego pojęcia jest zasadniczym celem całej monografii, poczynione tu uwagi mają z konieczności charakter prowizoryczny, służąc głównie jako wskazówki heurystyczne dla dalszych badań. Jak wskazałem, refleksyjność stanowi *związek samozwrotnego poznania i działania*. Jeśli odwołać się do typowo nowoczesnej idei samouprawomocnienia się rozumu, pojęcie to pełni wobec praktyki funkcję legitymizacyjną; nie wyklucza to jednak występowania refleksyjności również w roli krytycznej, o ile krytyka ta zachowuje charakter cząstkowy.

Kategoria refleksyjności stanowi *socjologiczną transformację* centralnego pojęcia filozofii refleksji, zarazem czerpiąc z jej tradycji, jak i przekraczając jej ograniczenia. Kluczową rolę w dokonaniu tego pojęciowego skoku wydaje się odgrywać filozofia Hegla, w której doszło do, niezbędnej do jego wykonania, ontologizacji pojęcia refleksji: refleksja przestała być wyłącznie cnotą podmiotowego rozumu, a została przedstawiona jako własność rzeczywistości.

Rozważane pojęcie należy do podstawowego ekwipunku nowoczesności (Oświecenia), która od początku może być uznawana za refleksyjną w co najmniej trzech dopełniających się wymiarach: kulturowym, ideowym i społecznym. Obecne czasy późnej nowoczesności wyróżniają się jednak wykształceniem się *refleksyjnej refleksyjności*; oznacza to, że refleksyjność przestaje pełnić wyłączną rolę zasady organizującej świat społeczny, a staje się również problemem i przedmiotem refleksji.

Refleksyjność rozumiana jako własność instytucji społecznych, do których przynależy prawo, ujawnia dwa podstawowe wymiary: *strukturalny* oraz *hermeneutyczny*. Pierwszy z nich odnosi się do samozwrotnego działania, zawartego w istniejących mechanizmach instytucjonalnych; drugi wymiar dotyczy refleksyjnego (samo)poznania za pośrednictwem znaczeń i dążeń normatywnych. Pojęcie społecznej refleksyjności prawa winno być zatem postrzegane jako złożone z obu tych komponentów. Ścisły związek, jaki zachodzi między nimi, oznacza, że żaden z komponentów nie może być właściwie zrozumiany bez pośrednictwa drugiego. Skutkiem tego jest metodologiczna dyrektywa nakazująca unikać błędów empiryzmu (redukującego refleksyjność do wymiaru strukturalnego) oraz estetyzmu (ograniczającego ją do wymiaru hermeneutycznego). Rekonstrukcja tytułowego pojęcia sama dokonuje się na „okrężnej drodze” refleksji, mediującej między obydwoma jej wymiarami.

Ten związek aspektów kulturowych ze strukturalnymi jest szczególnie widoczny w przypadku prawa, które tradycyjnie postrzegane było jako łączące w sobie wymiary faktyczności i prawomocności. Ponieważ zaś częścią kulturowego samorozumienia prawa jest jego *normatywność* (polegająca na tym, że regułom prawnym przysługuje walor wiążących racji działania), również refleksyjność prawa zyskuje sens normatywny: może ona przyczyniać się bądź to do rozpoznania, bądź to konstytuowania wiążących racji. Wynika z tego, że jednym z podstawowych zadań teorii refleksyjności prawa jest dookreślenie sposobu, w jaki normatywność ta jest rozumiana. Teoria refleksyjności prawa ma jednak jeszcze drugie podstawowe zadanie: wyjaśnienia relacji między samozwrotnością refleksyjnego prawa a jego otwartością na społeczne otoczenie.

Z rozważań niniejszego rozdziału wyłania się zasadnicza powtarzalność podstawowego rozróżnienia między „strukturą” a „kulturą” w wielu różnych obszarach, co schematycznie przedstawione zostało w tabeli 1.

Tabela 1. Podstawowe obszary rozróżnienia wymiarów strukturalnego i kulturowego w badaniach nad społeczną refleksyjnością prawa

Wymiary analizy	Instytucje	Prawo	Refleksyjność	Status pojęć	Orientacja badawcza w prawoznawstwie
Wymiar strukturalny	Mechanizmy instytucjonalne	Faktyczność	Działanie refleksyjne; samozwrotność	Pojęcia strukturalne	Zewnętrzna orientacja empiryczna
Wymiar kulturowy	Znaczenia; ideały normatywne	Obowiązywanie (prawomocność)	Poznanie refleksyjne; samoświadomość	Pojęcia hermeneutyczne	Wewnętrzna orientacja normatywna

Źródło: opracowanie własne.

Oczywiście, jest to jedynie pewien schemat. Prawdziwe pytania dotyczą związków między poszczególnymi obszarami, a także pomiędzy obydwojmi wymiarami analizy. Ich analityczne rozróżnienie nie oznacza wszak, że należy je traktować jako całkowicie oddzielne; przeciwnie, zabieg ten służy właśnie bardziej precyzyjnemu ujęciu ich wzajemnych zależności. Niektóre z takich relacji zostały przedstawione w niniejszym rozdziale, inne staną się przedmiotem rozważań w dalszych partiach książki. Schemat powyższy jest natomiast pomocny w pewnym uporządkowaniu pola rozważań nad kwestią społecznej refleksyjności prawa.

Rozdział II

Prawo jako system refleksyjny: Niklas Luhmann i Gunther Teubner

1. Niklasa Luhmanna teoria systemów

1.1. Wprowadzenie

Na pierwszy rzut oka, gdy mowa o refleksyjności prawa, nie ma lepszego kandydata do ekspozycji tematu niż teoria systemów społecznych Niklasa Luhmanna. W jej to ramach pojęcia samoodniesienia (autoreferencji), refleksyjności i refleksji zostały wyniesione do rangi podstawowych kategorii analitycznych. Można zasadnie stwierdzić, że problem refleksyjności zajmuje w tej teorii centralne miejsce – jej autor uważa zresztą, że taki stan rzeczy zachodzi w całej współczesnej socjologii (zob. Skąpska 2007, XVIII). Co więcej, podstawowa teza omawianej teorii na temat prawa – głosząca, że prawo jest systemem – jest intuicyjnie bliska myśleniu prawniczemu (choć w szczegółach okazuje się znać co innego, niż juryści mogliby sądzić). Sam Luhmann, zresztą absolwent prawa na uniwersytecie we Freiburgu, jak wiadomo, żywo interesował się problematyką prawną. Rozważania socjologiczno-prawne nie tylko stanowią istotną część jego naukowej spuścizny (zob. zwł. Luhmann 1972; 1993a), ale też uznawane są za jeden z ważniejszych wkładów do współczesnego rozwoju socjologii prawa. Zaproponowana przez tego autora socjologiczna teoria prawa jako systemu autopojetycznego znajduje wielu kontynuatorów zarówno wśród bardziej „socjologicznie”, jak i bardziej „prawniczo” zorientowanych przedstawicieli tej dyscypliny¹.

Syntetyczne omówienie poglądów Luhmanna jest o tyle kłopotliwe, że nie sposób go dokonać bez posłużenia się specyficzną, proponowaną przez tego autora, pojęciowością. Przy tym, że względu właśnie na hermetyczność tego słownika, w zasadzie niemożliwa jest jego parafraza czy odniesienie do innych, silniej zakorzenionych w naukach społecznych stanowisk teoretycznych. „W socjologii

¹ Zob. m.in. następujące opracowania zbiorowe: Teubner 1988a; King i Thornhill 2006b; Febbrajo i Harste 2013.

nie ma wzorów do naśladowania” – stwierdza Luhmann (2007, 6) i konsekwentnie buduje własny projekt w oderwaniu od uznanego dorobku tej dyscypliny². Nawet tam, gdzie wydawać by się mogło, że nawiązuje on do ustalonych pojęć – np. opisując system jako złożony z elementów i relacji lub wprowadzając „metodę funkcjonalną” jako podstawową strategię badawczą – nadaje tym pojęciom nowe, własne znaczenia. Sprawy nie ułatwia ponadto fakt, że teoria systemów rozwijana jest na założeniach epistemologicznych i ontologicznych, które idą wbrew intuicyjnemu obrazowi świata (w skrócie: pierwszeństwo teorii poznania przed teorią bytu³, ontologia różnicy zamiast ontologii tożsamości).

Jeśli więc chcąc zrozumieć i ocenić użyteczność tej teorii, w pewnym sensie nie ma innej drogi, niż wejść w wytworzony przez nią system pojęć. Wtedy jednak czytelnik podejmuje ryzyko „ukąszenia luhmannowskiego”⁴, o którym swego czasu tak pisał Adam Podgórecki: „[Autorzy koncepcji autopojęzy] oczekują jak gdyby, że czytelnik ich zawłości semantycznych da się uwikłać w terminologiczne rozważania do tego stopnia, że sam już «zanieczyszczony» przyswojoną terminologią, zacznie wierzyć, że taka wewnątrztwórcza moc [czyli *autopoesis* – M.P.] istotnie charakteryzuje system prawny” (Podgórecki 1998, 219). Teoria opisująca systemy jako samoodnoszące się i autopojetyczne sama okazuje się systemem autopojetycznym.

Zaryzykujmy i spróbujmy wejść do Luhmannowskiego labiryntu, aby odnaleźć w nim wytyczne do rozumienia pojęcia refleksyjności. Oczywiście, nie podejmę się tutaj całościowej rekonstrukcji teorii autora *Systemów społecznych*: raz dlatego, że zabrakłoby na to miejsca, dwa dlatego, że została już ona omówiona w rodzimej literaturze w takim stopniu systematyczności i wszechstronności, z którym nie byłbym w stanie konkurować⁵. Konieczne jest jednak wprowadzenie chociaż podstawowych jej pojęć, które determinują przyjęty w niej sposób pojmowania refleksyjności prawa. W realizacji tego zadania koncentruję się przede wszystkim na ogólnej teorii socjologicznej zaproponowanej przez autora⁶. Ze względów, o których mowa będzie dalej, rozwijana przez niego w ramach tejże teorii socjologia prawa okazuje się stosunkowo mało przydatna dla zrozumienia, na czym – wedle Luhmanna – polega refleksyjność systemu prawa.

² Najpoważniejszym wyjątkiem jest tu nawiązanie do teorii Talcotta Parsonsa, od którego Luhmann zapożycza niektóre problemy badawcze i pojęcia, jednak i te związki nie wystarczają do prezentacji podstaw teorii systemów (Hornung 2006, 191–192; Kaczmarczyk 2007, XXI–XXXIV).

³ Nie przeczą temu, wbrew pozorom, uwagi autora z: Luhmann 2007, 261–262.

⁴ Określenie to czerpię od Jana Winczorka (2009, 373).

⁵ Mam tu na myśli przede wszystkim opracowanie Winczorka (2009). Od dawna dostępne są także wcześniejsze, bardziej syntetyczne omówienia pewnych aspektów tej teorii na gruncie prawoznawstwa (Skąpska 1991, *passim*; Morawski 1991; K. Dybowski 1998; 2003).

⁶ Bardziej zwięzłe omówienie podstawowych pojęć tej teorii znaleźć można np. w opracowaniu: Hornung 2006.

1.2. Pojęcie systemu

Prezentację koncepcji Luhmanna zacząć wypada – co dość oczywiste – od samego pojęcia systemu. Jest ono nie tylko podstawowe, ale i uniwersalne: wszystko jest systemem (ewentualnie jego środowiskiem – o czym niżej)⁷. Wszystko, co istnieje, może być opisane jako system – a może odwrotnie: tylko to, co daje się opisać za pomocą kategorii systemu, może zostać uznane (przez inny system, dokonujący opisu!) za istniejące. W myśleniu Luhmanna bowiem epistemologia wyprzedza ontologię.

Jak zostało już odnotowane, system składa się według tego autora z elementów oraz relacji między nimi; specyfika jego podejścia do problemu polega jednak m.in. na tym, że ani jedno, ani drugie nie istnieją niezależnie od systemu. Dopiero system ustanawia własne elementy jako elementy – te ostatnie nie mogą zatem być w żadnej mierze traktowane jako podstawa istnienia systemu. Można więc powiedzieć, że elementy systemu nie mają samodzielnego statusu ontologicznego, niezależnego od tego systemu – albo, jak wyraża to w swoim niepodrabialnym stylu sam Luhmann: „Elementy są elementami tylko dla systemów, które używają ich jako jedności i są elementami tylko za sprawą systemów” (Luhmann 2007, 28)⁸.

Dobrym przykładem obrazującym sens powyższego, pozornie paradoksalnego stanowiska dotyczącego relacji między systemem a jego elementami jest prawo. Każdy student prawa wie, że system prawny składa się z norm prawnych oraz porządkujących je relacji (hierarchicznych, gałęziowych etc.)⁹. Błędem jednak byłoby uznać, że normy prawne „tworzą” system prawny, nie są one bowiem pierwotne wobec systemu: pojęcie normy prawnej ma sens tylko w odniesieniu do pojęcia systemu. Relacja między normami a systemem jest zatem odwrotna: to dopiero system prawny, oparty na rozróżnieniu pomiędzy prawnym a bezprawnym, pozwala ustanowić specyficzne byty, jakimi są normy prawne. Stanowisko Luhmanna wydaje się w tym miejscu szczególnie bliskie klasycznej, analitycznej

⁷ Wszystko jest systemem: systemem jest prawo; systemem jest nauka, która pod wpływem płynących z systemu prawnego bodźców (w języku Luhmanna – „irytacji”) formułuje przy użyciu własnych kategorii teorii refleksyjności prawa; poirytowany tymi teoriami system psychiczny autora dokonał operacji, których rezultatem jest ta książka; a teraz ona dostarcza irytacji (czyż określenia Luhmanna nie zaskakują czasem trafnością?) Twojemu, Czytelniku, systemowi psychicznemu.

⁸ W innym miejscu (Luhmann 2007, 52) Luhmann wzbogaca analizę tego problemu o zagadnienie temporalności; z tej perspektywy system jawi się jako stabilna całość złożona z niestabilnych elementów. Tym, co zapewnia systemowi stabilność, nie jest jego „budulec”, materia, lecz forma – przyjęta zasada rozróżniania.

⁹ Należy jednak zastrzec, że w świetle teorii Luhmanna stwierdzenie, iż elementami systemu prawnego są normy, jest znacznym uproszczeniem, podstawowymi elementami systemu w ujęciu omawianego autora są bowiem operacje. Użyty tu przykład systemu prawnego służy zatem jedynie ilustracji, a analogii tej nie należy traktować zbyt dosłownie.

teorii prawa, z jej pojęciami normy i obowiązywania¹⁰ i pozwala na ugruntowanie tych prawniczych przekonań w teorii społecznej.

Tym, co konstytuuje system, nie są więc jego części składowe, ale różnica, czy też „forma rozróżnienia”, na podstawie której wyodrębnia się on („wyróżnicowuje”) ze swojego środowiska (i która pozwala następnie uznać „coś” – to, co przez tę formę wskazane – za elementy systemu (Luhmann 2007, 14)). Wspomniana forma opiera się na przeprowadzaniu rozróżnień, czy też, mówiąc precyzyjniej, na dokonywaniu wyboru jednej ze stron rozróżnienia¹¹. Pierwszym, najbardziej podstawowym rozróżnieniem jest to między systemem a tym, co nim nie jest, czyli środowiskiem. Wynikają z tego dwie istotne konsekwencje: po pierwsze, system ustanawia nie tylko samego siebie, ale również własne środowisko – nie istnieje żadne „środowisko w sobie”, które byłoby wspólne dla wszystkich systemów. Środowisko każdego systemu jest odmienne, zawiera bowiem wszystko to, co nie jest nim samym (Luhmann 2007, 23–24). Po drugie, system jest jednocześnie wyodrębniony ze swojego środowiska i z nim związany. Nie istnieje system bez środowiska – i w tym sensie stanowią jedność – ale jednocześnie system istnieje tylko przez to, że odróżnia siebie od środowiska. Są więc one związane ze sobą poprzez dzielącą je różnicę.

Ponowne spojrzenie na przykład prawa pozwala lepiej zrozumieć i ten paradoks: prawo istnieje wyłącznie w związku ze swoim społecznym otoczeniem, ale jego istnienie ma sens wyłącznie o tyle, o ile jest ono z tego otoczenia wyodrębnione. Jedynie poprzez oddzielenie się od całości świata społecznego prawo może realizować swoje funkcje, czyli ustanowić związki z tym światem. Analityczna teoria prawa ujmuje to m.in. pod pojęciem „praktycznej różnicy” (Shapiro 1998): prawo jest formą rozumowania praktycznego, ale istnieje tylko o tyle, o ile jest odmienne od tego rozumowania, ponieważ tylko wtedy może wnosić do niego jakąś wartość dodaną: tą wartością jest praktyczna różnica w rozumowaniu (Luhmann jak zwykle powiedziała by bardziej zawile o „różnicy czyniącej różnicę” (Luhmann 1997, t. 1, 86)).

Dokonanie pierwotnego rozróżnienia na system i środowisko pozwala systemowi na przeprowadzanie, już w jego ramach, kolejnych rozróżnień. Reprodukowanie się systemu polega właśnie na dokonywaniu operacji rozróżniania. Rozróżnienia takie w systemach społecznych komunikowane są za pomocą binarnych kodów, charakterystycznych dla danego systemu: na przykład dla systemu prawa będzie to kod „prawne/bezprawne”. Dopiero zastosowanie tych rozróżnień, komunikowanych za pomocą wspomnianych kodów, pozwala na

¹⁰ Zob. np. odpowiednie hasła („norma prawna”, „obowiązywanie normy” i „obowiązywanie prawa”) w: Bator 2010; Bator, Zajadło i Zirk-Sadowski 2016.

¹¹ Jak pisze Winczorek (2009, 53): „forma to rozróżnienie, którego jedna ze stron została wybrana”. Pojęcie formy zapożycza Luhmann z „logiki form” George’a Spencera-Browna (por. Winczorek 2009, 31–39).

ukonstytuowanie się zarówno systemu jako jedności, jak i poszczególnych jego elementów¹².

Kluczowe dla zrozumienia relacji między systemem a jego środowiskiem jest zagadnienie złożoności (Luhmann 2007, 29–38). Punkt wyjścia jest prosty: system jest zawsze mniej złożony od swojego otoczenia. Złożoność, związana z liczbą powiązań między wszystkimi elementami systemu, jest ograniczana poprzez selekcję powiązań istniejących (dostrzeganych przez system) spośród wszystkich możliwych¹³. Przykładowo, prawo redukuje ogromną złożoność wszelkich stosunków społecznych do względnie prostych kategorii tego, co prawne albo indyferentne albo relewantne, a wśród tych ostatnich rozróżnia na to, co zgodne albo niezgodne z prawem. Takie ograniczenie złożoności zapewnia systemowi liczne korzyści, czyni go jednak również „immanentnie niespokojnym” (Luhmann 2007, 52), i to w podwójnym wymiarze: system musi sobie radzić zarówno z – nadmierną z jego perspektywy – złożonością środowiska, jak i ze swoją własną złożonością. System jest zatem bezustannie zaabsorbowany „redukcją złożoności”, która chroni go przed (obrazowo mówiąc) przeciążeniem i rozpadem. Nadaje to pojęciu systemu dynamiczny charakter: system nigdy nie jest statyczny, podlega ciągłej reprodukcji dokonywanej pod Damoklesowym mieczem rozpadu. W ten sposób w samo sedno analizy systemowej wprowadzone zostają kwestie zmiany oraz czasu (Luhmann 2007, 47–55).

Dotychczasowe, bardzo ogólne uwagi na temat pojęcia systemu zawierają już w sobie mniej czy bardziej ukryte nawiązania do kwestii autoreferencji (samoodniesienia). Nawiązania takie ujawniają się w co najmniej dwóch punktach. Pierwszy z nich dotyczy kluczowego tutaj rozróżnienia na system i środowisko. Jak bowiem zauważa m.in. Grażyna Skąpska (2007, XI): „obserwatorem

¹² Stanowi to konsekwencję faktu, że Luhmann dąży do budowy pojęcia systemu jako zdeontologizowanego i opartego na wspomnianym wyżej paradygmacie różnicy zamiast tożsamości. Nie pozwala to na „uprzedmiotawianie” myślenia o systemie: system nie może być „przedmiotem”, który składałby się z mniejszych przedmiotów. Jak stwierdza autor: „pierwotnym przedmiotem teorii systemów nie jest przedmiot (czy rodzaj przedmiotu), jakim jest «system», lecz różnica między systemem a środowiskiem” (Luhmann 2007, 79). Luhmann tłumaczy to dokładniej (co nie znaczy: prościej) w ramach rozważań nad pojęciem sensu. Podejmując się fenomenologicznej analizy tego problemu, stwierdza, że w doświadczaniu sensu pierwotną jakością jest różnica – rzeczy natomiast (przedmioty) są już pewnymi „ograniczeniami możliwości kombinacji” w ramach rzeczowego wymiaru sensu (Luhmann 2007, 78). Jeśli dobrze rozumiem autora, ma on na myśli, że rzeczy są już pewnym wyborem tego, co aktualne, spośród tego, co możliwe – są zatem konsekwencją „kasowania” nadwyżki sensu przez system (por. także Luhmann 1988a, 339; Clam 2000, 72–73). Na temat pojęcia sensu zob. pkt 2 bieżącego rozdziału.

¹³ „Jako złożony chcemy określać zbiór powiązanych elementów wtedy, gdy z uwagi na wewnętrzne ograniczenia zdolności tworzenia powiązań między elementami, nie każdy element może być w każdym czasie powiązany z każdym spośród pozostałych elementów. [...] Złożoność oznacza, w podanym sensie, przymus selekcji, przymus selekcji zaś to kontyngencja, przygodność, a kontyngencja to ryzyko. Każdy złożony byt opiera się na selekcji relacji między elementami, których ów byt używa, aby się ukonstytuować oraz aby przetrwać” (Luhmann 2007, 30–31).

dokonującym takiego rozróżnienia [...] może być tylko system”. Innymi słowy, aby system mógł zaistnieć, musi on (i tylko on) odnieść się do samego siebie, oznaczając siebie jako różny od środowiska. W ten sposób istnienie systemu od samego początku związane jest z pojęciem autoreferencji.

Punkt drugi wiąże się z kwestią złożoności systemu i środowiska. Jak już odnotowałem, złożoność jest dla systemu problemem – dotyczy to nie tylko złożoności środowiska, ale także jego własnej. System zmuszony jest zatem reagować na własną złożoność (Luhmann 2007, 37). Taka reakcja, w postaci redukcji złożoności, również zakłada autoreferencję. Wszystko to prowadzi do wniosku, że problem autoreferencji wpisany jest immanentnie w samo pojęcie systemu.

2. Systemy społeczne i komunikowanie sensu

Wszystko, co dotąd powiedziano, stanowi rekonstrukcję rozwijanej przez Luhmanna ogólnej teorii systemów. Tym samym uwagi powyższe odnoszą się nie tylko do tej szczególnej postaci systemów, jakimi są systemy społeczne, ale także do innych ich rodzajów. Tych, zgodnie z omawianą teorią, można wyróżnić cztery: maszyny, organizmy, systemy społeczne oraz systemy psychiczne. Należy więc zapytać, co wyróżnia systemy społeczne (do których należy prawo) spośród pozostałych rodzajów. W odpowiedzi wskażę na trzy ich cechy charakterystyczne: *primo*, będzie to fakt, że systemy te przetwarzają sens; *secundo*, cel tego przetwarzania, jakim jest zaradzanie problemowi „podwójnej kontyngencji”; *tertio*, sposób, w jaki dokonuje się przetwarzanie sensu, mianowicie komunikacja. Można więc powiedzieć skrótowo, że system społeczny w rozumieniu Luhmanna jest to system, który przetwarzając sens poprzez komunikację, odpowiada na problem podwójnej kontyngencji. Jak zobaczymy, każdy z tych trzech punktów oznacza radykalizację ogólnego problemu samoodnoszenia się systemu. Wpierw jednak wyjaśnię pokrótce, co oznaczają poszczególne punkty.

2.1. Sens

Nakierowanie na sens łączy jeszcze systemy społeczne z psychicznymi, jakkolwiek każdy z tych typów opracowuje sens na inny sposób: pierwszy w ramach komunikacji, drugi jako treść świadomości (Luhmann 2007, 62). Czym jednak jest sens¹⁴? Trudność z odpowiedzią na to pytanie wiąże się z faktem, że zdaniem Luhmanna, pojęcie to nie poddaje się definiowaniu, każda bowiem

¹⁴ Za polskimi tłumaczami i komentatorami prac Luhmanna posługuję się tu wyrażeniem „sens”, nie odróżniając go od „znaczenia”, choć niektóre uwagi autora mogą sugerować, że właściwszy byłby ten drugi termin. Nie wszystko bowiem „ma sens”, jednak wszystko „ma znaczenie”. Nawet to, co „nie ma sensu”, czyli bezsens, coś znaczą (Luhmann 1995, 46).

definicja sensu zakłada już sens – czy też, jak pisze autor, „pytanie o niego zakłada, że pytający wie, o co chodzi” (Luhmann 2007, 63). W tej sytuacji stwierdza on, że najwłaściwszą drogą do ujęcia problemu sensu jest droga opisu fenomenologicznego – czyli, w uproszczeniu, pytanie o to, w jaki sposób sens jest dany (poszczególnym systemom). Czyni to analizy sensu jeszcze bardziej zawiłymi ponad standardowy poziom omawianej teorii. Przywołajmy tylko kilka określeń odnoszących się do tego pojęcia, wszystkie zawarte na raptem kilku stronach tej samej pracy: „Zjawisko sensu pojawia się w postaci nadwyżki odniesień do dalszych możliwości przeżywania i działania” (Luhmann 2007, 63); „sens jest więc – wedle formy, nie wedle treści – odzwierciedleniem złożoności, a dokładniej formą odzwierciedlenia” (Luhmann 2007, 64); „określiliśmy sens jako przebieg procesów wyznaczony przez różnice” (Luhmann 2007, 69); „sens jest ogólną formą autoreferencyjnego nastawienia na złożoność, która nie może być scharakteryzowana poprzez określone treści” (Luhmann 2007, 73). Spróbujmy rozsypać nieco myśl zawartą w tych i podobnych im sformułowaniach¹⁵.

Jak widać, sens powiązany jest ze złożonością: jest odzwierciedleniem złożoności świata, sposobem na jej obserwację. Ta złożoność obserwowana jest poprzez medium sensu jako różnica między tym, co aktualne, a tym, co możliwe (Luhmann 1997, t. 1, 50): jako owa „nadwyżka” możliwych stanów świata w stosunku do aktualnie doświadczanych. Sens, podobnie jak inne podstawowe kategorie teorii Luhmanna, opiera się więc na pojęciu różnicy. Jednak w porównaniu z innymi kategoriami w sposób szczególny wyraża on *jedność* wszelkiej różnicy: fakt, że obie strony rozróżnienia zostają rozdzielone, ale także powiązane ze sobą¹⁶.

Pojęcie sensu jako jedności różnicy, naturalnie, nie przeczy temu, co aktualnie istniejące; taka sytuacja miałaby miejsce, gdyby zakładało ono zlewanie się aktualnego i możliwego w jedno. Sens czyni coś dokładnie przeciwnego – ukazuje różnicę między nimi. Tym samym, jeśli wolno tak powiedzieć, nadaje aktualnemu sens. Wracając do języka fenomenologii: coś pojawia się w centrum (świadości, komunikacji), podczas gdy wszystkie inne możliwości jawią się na marginesie – jedne bliżej, inne dalej – wyznaczając horyzont możliwych odniesień (świadości, komunikacji). Właśnie ta różnica między centrum a horyzontem decyduje o sensie. Jest to selekcja, która zakłada konieczność dalszej

¹⁵ Na temat pojęcia sensu zob. Luhmann 2007, 62–100. Także Luhmann 1997, t. 1, 44 i n., zwł. 49–50; 1995, 41–42; Winczorek 2009, 68–72.

¹⁶ Ponieważ – zgodnie z zasadniczą orientacją fenomenologiczną – pojęcie sensu jest wymienne z pojęciem świata (świat jest bowiem zespołem sensów), można na tym drugim przykładzie lepiej zobrazować, na czym polega jedność różnicy: świat, będący „jednością własnej różnicy między systemem a środowiskiem”, jest jednocześnie jednością wszystkich możliwych rozróżnień pomiędzy aktualnym a możliwym: jednością wszystkich możliwych sensów. W ten sposób w świecie (i za pomocą świata) ustanowiona zostaje ostateczna jedność wszystkiego, co z perspektywy systemu jawi się jako zróżnicowane (por. Luhmann 2007, 71–72, 339).

selekcji, jaka musi dokonać się w kolejnym akcie (świadomości, komunikacji), który w ramach horyzontu dostępnych możliwości wybiera to, co teraz z kolei znajdzie się w centrum.

Sens danej operacji systemu jest więc możliwy do uchwycenia tylko poprzez odróżnienie jej od wszystkiego, czym ona nie jest. Przykładowo, jeśli sąd wydaje wyrok skazujący, sens tej czynności konstytuowany jest przez to, że odróżnia ją od innych operacji, które mogły być dokonane w jej miejsce – nie tylko od wyroku uniewinniającego, ale także od umorzenia postępowania, jego zawieszenia, dopuszczenia kolejnego dowodu itp. Patrząc szerzej, także sens całego systemu konstytuuje się przez to, czym system ten nie jest – system prawa nie jest np. systemem miłości ani systemem politycznym¹⁷. Co za tym idzie, wyrok sądowy można zrozumieć, tylko jeśli pojmimy, czym różni się on od odrzucenia uczucia czy odmowy politycznej legitymizacji¹⁸. Na tym właśnie polega jedność różnicy, która konstytuuje sens.

Możemy pojąć teraz, w jaki sposób pojęcie sensu prowadzi do radykalizacji problemu refleksyjności systemowej. Przede wszystkim sens z konieczności odnosi się zawsze do siebie samego, gdyż jego horyzont (horyzont wszystkich możliwych odniesień) jest w pełni zamknięty. Sens jest więc *par excellence* auto-referencyjny; jak ujmuje to sam autor: „sens ma sens”. Każda pojedyncza operacja sensu odnosi się do jego całości (jedności), a całość sensu odnosi się do każdej z pojedynczych operacji. Co więcej, operacja sensu nie ma innej możliwości – nie może ona odnosić się do czegoś innego poza sensem, cały bowiem świat dany jest jej jedynie w tej formie, w formie sensu (Luhmann 2007, 64–65)¹⁹.

Wraz z samoodniesieniem pojawia się problem tautologiczności sensu. Skoro nie może on odnieść się do czegokolwiek poza sobą samym, w ostatecznym rachunku, jak się okazuje, opiera się na logicznym kole. Tautologii tej nie da się usunąć, istnieją jednak mechanizmy na jej „przerwanie”, czyli detautologizację. Podstawowym mechanizmem tego typu jest dla systemów rozróżnienie trzech wymiarów sensu: rzeczowego, czasowego i społecznego. Pierwszy z nich opiera się na różnicy między „tym” a „czym innym”, ustanawiając w ten sposób tematy

¹⁷ Jakkolwiek ten podstawowy sens systemu nie jest uchwytne dla samego systemu – podobnie jak w omówionym wyżej przypadku podstawowej różnicy konstytuującej system. Można zatem stwierdzić, że sens systemu prawa (miłości, polityki etc.) uchwytne jest jedynie z punktu widzenia systemu bardziej ogólnego; w szczególności z punktu widzenia najbardziej ogólnego systemu społecznego, jakim jest społeczeństwo.

¹⁸ Nie przeczy to temu, że *output* operacji jednego systemu może stanowić *input* operacji innego systemu, np. wyrok skazujący może stanowić przesłankę utraty praw wyborczych. Każdy z zaangażowanych tu systemów – tj. prawny i polityczny – będzie jednak nadawać tej czynności odmienny sens, zgodnie z własnymi kategoriami.

¹⁹ Z natury rzeczy każda „sensowna intencja” odnosi się też do samej siebie (zgodnie z podstawowym prawem tożsamości, $a = a$), takie tautologiczne samoodniesienie jest jednak jałowe. Dopiero wzajemne odnoszenie się jednostkowej intencji i całości nadaje sensowi „użyteczność” – choć nie znosi tautologii!

sensownych komunikacji w systemie. Drugi wymiar – czasowy – zbudowany jest na rozróżnieniu pomiędzy „przedtem” a „potem”, ustanawiając dzięki temu sens przeszłości, przyszłości i teraźniejszości. Wreszcie wymiar społeczny rozróżnia między systemem (Ego) a innymi systemami (Alter), umożliwiając m.in. koordynację międzysystemową (Luhmann 2007, 76–83; Winczorek 2009, 70–71). Dzięki tym rozróżnieniom koło autoreferencyjne zostaje „domknięte” w ramach każdego z wymiarów, natomiast pomiędzy wymiarami tautologia zostaje przerwana.

2.2. Podwójna kontyngencja

Pokazałem już, że systemy społeczne operują na sensie. Jak jednak dochodzi do ich wykształcania się? Luhmann stwierdza, że powstają one wskutek dążenia do rozwiązywania problemu podwójnej kontyngencji. Samo pojęcie zaczerpnięte jest od Talcotta Parsonsa i odnosi się do teoretycznego zagadnienia starego jak socjologia: kwestii koordynacji działań (Luhmann i Fuchs 1988, 22; Christodoulidis 1998, 103–112). Dla uproszenia, przedstawię strukturę podwójnej kontyngencji – i towarzyszący jej proces wyodrębniania się systemu społecznego – na przykładzie relacji między dwiema „osobami”, czyli systemami psychicznymi (por. Luhmann 2007, 106). Należy jednak pamiętać, że system społeczny może też powstać w ramach relacji między dwoma innymi systemami społecznymi albo pomiędzy systemem społecznym a osobą.

Z podwójną kontyngencją mamy do czynienia zawsze wtedy, gdy spotykają się ze sobą dwa systemy, które postrzegają się wzajemnie jako systemy. Można wyrazić to inaczej: system (Ego) obserwuje we własnym środowisku inny system (Alter) i jednocześnie zdaje sobie sprawę, że sam z perspektywy drugiego systemu stanowi element jego środowiska. Ego dostrzega więc wzajemność sytuacji; to, że Alter stanowi alter Ego, ponieważ stoi on na tej samej pozycji co Ego. Systemy nie spotykają się na jakimś „neutralnym gruncie” – bo taki nie istnieje – obserwują jednak siebie nawzajem jako systemy, wiedząc przy tym o istniejącej wzajemności. Pojawia się tu potencjalnie nieskończona pętla odniesień, która otwiera się na kolejne metapoziomy refleksji: „Ja wiem, że Ty wiesz, że Ja wiem, że...”.

Ponieważ alter Ego jest częścią środowiska Ego, odznacza się z perspektywy Ego większą złożonością niż on sam; z tego powodu jest nieprzejrzyisty i nieprzewidywalny, jest „czarną skrzynką”. Oczywiście, w drugą stronę zachodzi dokładnie ta sama relacja. Naprzeciw siebie stają dwie czarne skrzynki (Luhmann 2007, 106). Na tym właśnie polega podwojenie kontyngencji: z pojedynczą kontyngencją Ego ma do czynienia zawsze, kiedy dokonuje redukcji złożoności dla stworzenia obrazu środowiska. Obraz taki, jako efekt redukcji, jest przecież kontyngentny, czyli przypadkowy i niepewny. Z taką pojedynczą kontyngencją mierzy się np. prawnik, ustalając kształt obowiązującego prawa, albo pracodawca,

próbując zrozumieć, jak działa system gospodarki. W zetknięciu Ego z alter Ego ta niepewność ulega podwojeniu, ponieważ Ego zmuszone jest wytworzyć obraz tego, jak samo jest postrzegane przez alter Ego: kontyngentny obraz własnego kontyngentnego obrazu „w oczach” innego systemu²⁰. Wpadamy w głąb kolejnego poziomu autoreferencji. Doświadcza tego każda osoba, która stawia sobie pytanie, „co też inni myślą o mnie?”; doświadcza tego prawodawca, gdy rozważa np., jak jego działania są lub będą odbierane przez przedsiębiorców będących adresatami stanowionych przez niego norm – czyli gdy wytwarza obraz własnego obrazu budowanego przez system gospodarki.

Rzecz jasna, alter Ego, czyli drugi system, robi dokładnie to samo. Dokonując się po każdej ze stron samoodnoszenie to jedyna droga, na której systemy mogą się „porozumieć”, a więc uzgodnić wzajemnie swoje działania: niemożliwe jest przecież wytworzenie wspólnych norm, znaczeń czy symboli, skoro mamy do czynienia z dwoma odrębnymi systemami (Winczorek 2009, 73–75)! W ten sposób systemy obserwują i „uczą się” siebie nawzajem, reagując na działania swojego alter Ego. Jednak jak pisze autor:

Jeden i drugi uczą się autoreferencyjnie w ramach swej własnej perspektywy obserwatora. Na to, co obserwują, mogą próbować wpłynąć w ramach swej własnej perspektywy poprzez własne działanie, by następnie uczyć się na podstawie informacji zwrotnej. W ten sposób powstać może emergentny porządek, uwarunkowany przez złożoność systemów, które go umożliwiają. [...] Ten emergentny porządek nazywamy systemem społecznym (Luhmann 2007, 107).

System społeczny w rozumieniu omawianej teorii jest zatem porządkiem, który, sam „składając się” z działań, umożliwia koordynację działań i uzgadnianie oczekiwań. Tym samym jednak *od razu* ujawnia się autoreferencyjny charakter takiego porządku, skoro u jego podstaw leżą takie właśnie, samoodnoszące się działania Ego i Alter. Oddając ponownie głos twórcy tej koncepcji:

Związek między podwójną kontyngencją i autoreferencją zabezpieczony jest przez konstelację Ego/alter Ego [...]. Jeśli Ego odbiera Alter jako alter Ego i działa w tym kontekście przeżywania, to wszelkie określenie, jakie Ego nadaje swojemu działaniu, odnosi się do samego siebie. [...] „Auto-”, o którym tu mowa i do którego następuje zwrotne odniesienie, nie jest zatem niczym więcej jak działaniem, które ustaliło swój sens, zostało na tym niejako przyłapanie i bierze to pod uwagę (Luhmann 2007, 125).

Dołożenie do tej analizy kolejnego elementu, jakim jest emergencja systemu społecznego, komplikuje więc – i multiplikuje – zjawisko samoodnoszenia; działania Ego i Alter zostają przecież niejako włączone w ramy tego nowo powstałego

²⁰ Jak ujmuje to sam autor: „supozycje prowadzą do suponowania supozycji u alter Ego” (Luhmann 2007, 107). Co znaczy, że system wytwarza założenia na temat założeń przyjętych przez alter Ego. Na tej samej zasadzie system wytwarza też oczekiwania oczekiwania (Luhmann 2007, 282–287).

systemu, stając się jego elementami, do których system ten odnosi się również autoreferencyjnie. Można zatem powiedzieć, że działanie Ego doznaje podwojenia autoreferencji nie tylko „w głąb” (poprzez uwzględnienie perspektywy alter Ego), ale i „wszerz” – względem niego samego oraz względem systemu społecznego, którego staje się częścią. Sam Luhmann mówi tu o istnieniu „dwóch kół autoreferencyjnych” (Luhmann 2007, 125–127). Nie ma potrzeby analizować tu szerzej tej kwestii – zaostrza ona jeszcze mocniej problem autoreferencji systemu, ale nie zmienia jego istoty.

2.3. Komunikacja

Przyglądając się procesowi, w którym Ego i alter Ego, odpowiadając na problem podwójnej kontyngencji, uzgadniają swoje działania – i który może prowadzić do wyodrębnienia się systemu społecznego – możemy uwypuklić jeszcze inny jego aspekt. Otóż to uzgadnianie, o którym tu mowa, dokonuje się poprzez wytwarzanie i odbieranie informacji przez każdy z systemów; dokonuje się zatem w procesie komunikacji²¹. To właśnie pojęcie komunikacji pozwala lepiej zrozumieć, w jaki sposób Ego i Alter orientują się na siebie nawzajem. Nietrudno dostrzec, że pojęcie to zostaje również powiązane z istotą systemu społecznego: systemy te są systemami komunikującymi sens – co *notabene* pozwala odróżnić je ostatecznie od systemów psychicznych²² – komunikacja zaś okazuje się „bazowym procesem systemów społecznych, produkującym elementy, z których się one składają” (Luhmann 2007, 132).

Choć pojęcie komunikacji wiąże się z działaniem, błędem byłoby ich utożsamienie, ta pierwsza bowiem ma bardziej złożoną strukturę – inaczej nie mogłaby realizować swojej podstawowej funkcji, która ujawniła się w rozważaniach nad kwestią podwójnej kontyngencji. Luhmann woli więc mówić o komunikacji bezpodmiotowo, określając jej najmniejszą możliwą jednostkę jako „zdarzenie”. Każde takie zdarzenie stanowi syntezę trzech operacji selekcji: informacji (tego, *co* jest komunikowane), przekazu czy zapośredniczenia (tego, *jak* jest to komunikowane) i rozumienia (Luhmann 2007, 133–135). Oczywiście, zgodnie z perspektywą podwójnej kontyngencji, nie może tu być mowy o „przenoszeniu”, „przekazywaniu i otrzymywaniu” informacji. Taka metaforyka, jak zauważa Luhmann, jest błędna; każdy z uczestników komunikacji (by wrócić na chwilę do perspektywy podmiotowej) dokonuje selekcji w sposób autoreferencyjny.

Co to znaczy, że komunikacja jest procesem autoreferencyjnym? Znaczy to przede wszystkim, że poszczególne zdarzenia komunikacyjne (komunikaty) są możliwe do pomyślenia tylko w relacji do innych komunikatów w systemie.

²¹ Na temat pojęcia procesu zob. Luhmann 2007, 49–50.

²² Przypomnijmy, że systemy społeczne przetwarzają sens w ramach komunikacji, psychiczne zaś – w ramach świadomości (Luhmann 2007, 62).

Komunikat istnieje wyłącznie w odniesieniu do komunikatów go poprzedzających (bo w odpowiedzi na nie dokonuje selekcji, czyli wytwarza informację) oraz następujących po nim (bo wystąpienie kolejnych komunikatów jest koniecznym warunkiem uznania, że został on zrozumiany, czyli że w ogóle doszło do zdarzenia komunikacyjnego). Taki rodzaj samoodnoszenia się poszczególnych zdarzeń komunikacyjnych Luhmann określa jako „autoreferencję bazową” (Luhmann 2007, 136, 139–141; Winczorek 2009, 86–87). Ale w procesie komunikacji możliwe jest coś jeszcze, możliwa staje się szczególna postać autoreferencji, jaką jest intencjonalne, kontrolowane odnoszenie się tego procesu do siebie samego – możliwe staje się komunikowanie o komunikacji, w którym to proces komunikacji czyni sam siebie własnym przedmiotem. Ten kwalifikowany rodzaj samoodniesienia autor nazywa „komunikacją refleksyjną” (Luhmann 2007, 137, 144–145). O tych różnych formach samoodnoszenia będzie mowa w kolejnym punkcie.

3. Refleksyjność systemów społecznych

W dotychczasowych rozważaniach wielokrotnie odnosiłem się już do kwestii autoreferencji (samoodniesienia, refleksyjności²³), jaka zachodzi w systemach społecznych. Jednak ze względu na centralny charakter tego zagadnienia – zarówno z perspektywy niniejszej pracy, jak i samej teorii systemów – sprawa ta wymaga usystematyzowania i rozwinięcia. Ponieważ przy tym pojęcie autoreferencji jest nadbudowane nad bardziej podstawowymi pojęciami, zacząć wypada od wprowadzenia tych prostszych kategorii. Są to, kolejno, pojęcia referencji, autoreferencji oraz referencji systemowej. Dopiero ich połączenie pozwala zrozumieć sens twierdzenia, że system społeczny jest systemem autoreferencyjnym.

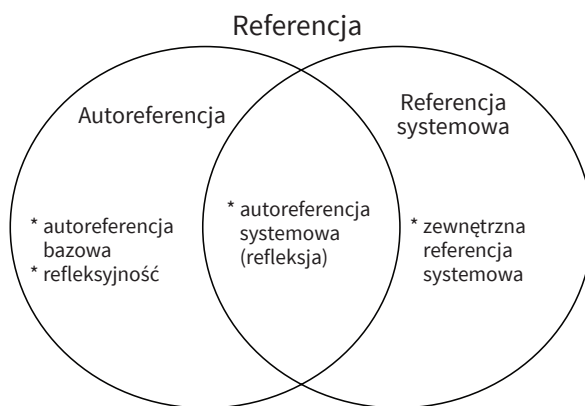
3.1. Formy referencji

Referencja *vel* odniesienie w języku Luhmanna polega na niczym więcej niż oznaczenie czegoś w obrębie rozróżnienia (Luhmann 2007, 409–410). Jest to więc wybór i wskazanie na jedną ze stron rozróżnienia. Taka referencja może mieć charakter referencji zewnętrznej lub autoreferencji, o ile podmiot jej dokonujący oznacza (wskazuje) sam siebie. Autoreferencja z kolei może przybierać trojaką formę w zależności od tego, kto jej dokonuje: autoreferencji bazowej, refleksyjności lub refleksji (o czym będzie mowa dalej).

²³ Terminami „refleksyjność” i „refleksja” autor *Systemów społecznych* początkowo posługuje się dość swobodnie, utożsamiając je co do zasady z autoreferencją (Luhmann 2007, 38–43), by wraz z rozwojem wywodu nadać im bardziej precyzyjne i odrębne znaczenie (Luhmann 2007, 412 i n.). Tutaj – o ile nie zastrzegam, że chodzi o specyficznie Luhmannowskie rozumienie refleksyjności – używam tego wyrażenia w owym szerszym znaczeniu.

Szczególną postacią referencji jest referencja systemowa, z którą mamy do czynienia wtedy, gdy przedmiotem oznaczenia jest system. Jest to zatem, zgodnie ze słowami autora, „operacja oznaczająca system za pomocą rozróżnienia między systemem a środowiskiem” (Luhmann 2007, 411). Również ona może mieć charakter zewnętrzny lub wewnętrzny. W tym ostatnim przypadku mówimy o autoreferencji systemowej (refleksji), która interesuje nas najbardziej. Autoreferencja systemowa stanowi więc szczególny przypadek zarówno autoreferencji, jak i referencji systemowej – ich część wspólną (por. rysunek).

Rysunek. Formy referencji według Niklasa Luhmanna



Źródło: opracowanie własne.

Wynika z tego, że aby mówić o (auto)referencji w ogóle, musimy wejść na wyższy jeszcze poziom abstrakcji niż ten zapewniany przez pojęcie systemu. Systemy nie są bowiem jedynymi jednościami, które odnoszą się do samych siebie; przeciwnie, są najbardziej złożonym rodzajem takich jedności. Wymaga to wprowadzenia pojęcia *Selbst* dla oznaczenia tej jedności, która odnosi się do samej siebie (Luhmann 2007, 412)²⁴. Można by powiedzieć, że *Selbst* jest zarówno podmiotem, jak i przedmiotem własnej intencji (*resp.* komunikacji) – przy zastrzeżeniu jednak, że samo pojęcie autoreferencji oznacza dla Luhmanna przezwyciężenie kartezjańskich podziałów tego typu. Przez wzgląd na styl i klarowność wyводу posługuję się niekiedy taką podmiotowo/przedmiotową terminologią, czego nie należy jednak nadinterpretować.

²⁴ Z braku lepszego odpowiednika tłumacz polskiego wydania pracy Luhmanna decyduje się na użycie wyrażenia „jażń”. Jest to jednak wybór mało satysfakcjonujący, bo prowadzący nas z powrotem w kierunku – odrzuconej przez autora – filozofii świadomości. Można by od biedy uciekać się do jakichś neologizmów, jak np. „samosobność” (bowiem *Selbst* orzeka coś *samo-o-sobie*), obstarę jednak przy oryginalnym sformułowaniu.

Jak już zostało powiedziane, Luhmann wyróżnia trzy podstawowe formy samoodniesienia na podstawie kryterium, jakim jest charakterystyka *Selbst*: *autoreferencję bazową*, *refleksyjność* oraz *refleksję* (Luhmann 2007, 412–413). W przypadku pierwszej z nich „podmiotem” (*Selbst*) jest *element*, który oznacza sam siebie wewnątrz rozróżnienia element–relacja. Nie chodzi tu zatem o oznaczenie przez jakiś system jego własnych elementów. Tu „podmiotem” i „przedmiotem” intencji (odniesienia) jest element, nie system. Nie jest to zatem forma referencji systemowej.

Z autoreferencją bazową mamy więc do czynienia wtedy, gdy element odnosi się do samego siebie, np. działanie nawiązuje do własnego sensu, obserwacja przygląda się samej sobie, wypowiedź mówi coś o sobie samej itp. Z drugiej strony jednak nie wolno zapominać, że pojęcie elementu ma u Luhmanna sens tylko jako składowa systemu²⁵; w ramach autoreferencji bazowej odnoszą się do siebie *elementy w systemie*. Podstawą jest tu przecież odróżnienie elementu od relacji, ta zaś jest zawsze relacją do innych elementów w systemie. Element (operacja, obserwacja, komunikat) odnosi się do siebie poprzez to, że odróżnia siebie samego od innych elementów, z którymi pozostaje w relacji. Autoreferencja bazowa nie odnosi się zatem wprost do systemu, zakłada go jednak (bo istnieje tylko w ramach systemu) i zarazem warunkuje jego reprodukcję w drodze autopojezy (Luhmann 2007, 40).

W przypadku tej formy samoodniesienia, jaką jest *refleksyjność* (*autoreferencja procesualna*), podstawę stanowi rozróżnienie między „przedtem” a „potem”. *Selbst* jest *procesem*, który odnosi się do siebie jako procesu. Dzięki refleksyjności proces może nie tylko odnosić się do samego siebie, ale także sobą sterować i sam siebie kontrolować – również w zakresie niedochodzenia do skutku (Luhmann 2007, 419–423). Tak rozumiana, autoreferencja procesualna ma szczególne znaczenie dla procesu komunikacji, w którym może dojść do komunikowania o komunikacji – na tym właśnie polega refleksyjność komunikacji²⁶.

Nasuwa się pytanie, czy systemy muszą koniecznie zakładać refleksyjność wchodzących w ich skład procesów. Z jednej strony w odniesieniu do samego procesu refleksyjność jest własnością kontyngentną i ewolucyjną: proces może, ale nie musi, podlegać urefleksyjnieniu. Z drugiej strony tylko urefleksyjniony proces – proces, który odnosi się do samego siebie – może stać się podstawą dla wyodrębnienia się systemu. Tak właśnie, zdaniem Luhmanna, u progu nowożytności wykształciły się systemy gospodarki, prawa, wychowania itp. (Luhmann 2007, 422–423). Tam zatem, gdzie mamy do czynienia z systemem, fundujące go procesy będą odznaczać się refleksyjnością.

²⁵ Por. pkt 1.2 bieżącego rozdziału.

²⁶ Winczorek sugeruje, że dogodnym obrazem tak rozumianej refleksyjności jest orzecznictwo sądowe, w ramach którego sądy odnoszą się do wcześniejszych, precedensowych rozstrzygnięć (Winczorek 2009, 59–60, przypis).

Najbardziej złożoną formą samoodniesienia pozostaje *refleksja*. Podstawą jest tu rozróżnienie między *systemem* a *środowiskiem*. Dopiero na tym poziomie *Selbst* jest systemem i postrzega samo siebie jako system odróżniony od własnego środowiska (system oznacza sam siebie wewnątrz rozróżnienia na system i środowisko). Innym określeniem refleksji jest zatem *autoreferencja systemowa*. Z wcześniejszych rozważań wynika już, że takie odróżnienie samego siebie od własnego środowiska ma dla systemu wartość konstytutywną: system nie istnieje, dopóki nie przeprowadzi powyższego rozróżnienia. Autoreferencja systemowa, podobnie jak bazowa i procesualna, okazuje się więc konieczną, definicyjną cechą systemu. Jak trafnie podsumowuje Winczorek: „refleksja jawi się jako zjawisko równie normalne jak samoodniesienie podstawowe i refleksyjność: systemy są z zasady refleksyjne – w innym przypadku nie mogłyby istnieć” (Winczorek 2009, 60).

3.2. Autoreferencja operacyjna i kognitywna

Jednym z kluczowych rozróżnień w teorii systemów jest to między operacją a obserwacją. Ściśle rzecz biorąc, obserwacja stanowi szczególny rodzaj operacji systemu²⁷. Ta dystynkcja przekłada się na odróżnienie dwóch postaci autoreferencji, które przyjmuje Luhmann. Należy zatem oddzielić od siebie pojęciowo autoreferencję operacyjną (która w przypadku systemów jest tożsama z autopojezą) oraz autoreferencję kognitywną, czyli samoobserwację²⁸ (jej szczególną odmianą pozostaje autoopis). Mówiąc w skrócie, pojęcie autopojezy oznacza, że system sam reprodukuje własne elementy, samoobserwacja zaś oznacza, że dany obiekt czyni sam siebie przedmiotem swojego poznania. Z kolei autoopis jest usystematyzowaną formą takiej samoobserwacji (Luhmann i Fuchs 1988, 26).

O operacyjnym wariacie autoreferencji, czyli autopojezie, autor pisze tak: „System można nazwać autoreferencyjnym, jeśli sam konstytuuje elementy, czyli jednostki funkcjonalne, z których się składa, jak również, gdy pozwala na to, by we wszystkich stosunkach między tymi elementami trwało odniesienie do pierwotnej samokonstytucji (samowytwarzania), czyli gdy pozwala na ciągłą reprodukcję samokonstytucji. W tym sensie systemy autoreferencyjne operują z konieczności w kontakcie z samymi sobą i nie znają innej formy kontaktu ze środowiskiem niż kontakt z samymi sobą” (Luhmann 2007, 39). Samoobserwacja, jako rządzona innymi prawami, zostaje odróżniona od tak pojmowanej reprodukcji systemu. Niemniej jednak odróżnienie nie oznacza wykluczania: skoro obserwacja jest (jedynie) szczególną odmianą operacji, to samoobserwacja

²⁷ W innym miejscu Luhmann przedstawia to rozróżnienie jako przeprowadzone między dwoma rodzajami operacji, tj. samoreprodukcją oraz obserwacją (Luhmann 1988b, 13).

²⁸ Zob. Luhmann 2007, *passim*, np. 337–338, gdzie różnica ta zostaje określona jako „zupełnie elementarna”.

(autoreferencja kognitywna) okazuje się konieczną składową autopojezy – choćby dlatego, o czym była już mowa, że bez niej system nie mógłby ukonstytuować sam siebie²⁹. Samoobserwacja stanowi więc „operacyjny moment autopojezy, ponieważ reprodukcja elementów wymaga tego, by owe elementy podlegały reprodukcji jako elementy systemu, a nie czegoś innego” (Luhmann 2007, 42; zob. też Luhmann 1998b, 16).

Ironia polega na tym, że o ile autopojeza stanowi naturalną właściwość systemów, to samoobserwacja – konieczna składowa autopojezy – ma charakter paradoksalny. Ściśle rzecz biorąc, samoobserwacja jest albo tautologiczna, albo paradoksalna – ale obie te sytuacje są równie problematyczne, blokując obserwację. Zresztą Luhmann stwierdza ostatecznie, że tautologia to jedynie szczególna odmiana paradoksu: tautologia jest bowiem rozróżnieniem, które nic nie rozróżnia. Paradoks jest zatem naturalnym, nieuniknionym stanem systemów autoreferencyjnych. Systemy takie, aby operować, wymagają stałych procedur deparadoksalizacji (*resp.* detautologizacji) (Luhmann i Fuchs 1988).

3.3. Paradoksy refleksyjności

W uzupełnieniu do tych podstawowych ustaleń pojęciowych warto podkreślić dwie istotne właściwości samoodniesienia w ujęciu Luhmanna, które określić można jako powszechność oraz paradoksalność.

W pierwszej kwestii należy odnotować, że w świecie teorii Luhmanna wydaje się nie istnieć inna obserwacja niż samoobserwacja, że zatem każda obserwacja ma z definicji charakter refleksyjny (Teubner 1993, 84). Jedyne, co system może obserwować, to jego własne operacje – rozróżnienia, które w nim się dokonują. Nawet wtedy, gdy mowa o „obserwacji otoczenia”, w rzeczywistości chodzi jedynie o obserwację własnej granicy, która oddziela system od otoczenia. Precyzyjniej mówiąc, chodzi tu o obserwację rozróżnień, jakie dokonują się w samym systemie pod wpływem bodźców z zewnątrz (czy też, by użyć sformułowania samego Luhmanna, pod wpływem „irytacji” systemu przez otoczenie).

Uwagi te muszą prowadzić do wniosku, że słynne stwierdzenie autora *Systemów społecznych*, jakoby system był „operacyjnie zamknięty, a kognitywnie otwarty” (Luhmann 1993a, 77), ma charakter przenośni. Przenośnia ta może mylnie sugerować, że możliwe jest odróżnienie w obrębie systemu operacji, które odnoszą się do innych elementów w systemie (operacyjna zamkniętość), oraz obserwacji, które odnoszą się do czegoś na zewnątrz systemu (kognitywna otwartość). Luhmann stawia jednak sprawę inaczej: każda obserwacja jest wyłącznie szczególnym rodzajem operacji, z założenia więc odnosi się tylko do tego, co „mieści się” w ramach systemu (innych jego operacji). System nie mógłby

²⁹ To powiązanie reprodukcji i samoobserwacji jest już widoczne w oryginalnej definicji pojęcia autopojezy u Humberta Maturany (zob. Teubner 1993, 22).

zresztą obserwować swojego otoczenia „wprost” również z tego podstawowego powodu, że każdy system jest mniej złożony od swojego otoczenia; nie może on obserwować czegoś, co jest bardziej złożone od niego samego, a jedną z podstawowych aktywności systemu jest „redukcja złożoności” tego otoczenia, czyli – innymi słowy – przekładanie tej złożoności na własne, prostsze kategorie³⁰. Wbrew pozorom nie przeczy to otwartości systemu (jak ujmuje to autor, zamkniętość stanowi właśnie warunek otwartości), jednak pojmowana jest ona na szczególny sposób. System autopojetyczny nie ma charakteru autarkicznego, przyjmuje z zewnątrz rozmaite bodźce; te ostatnie stają się jednak dla systemu „zrozumiałe” i mogą stać się warunkiem jego operacji, o ile zostaną przełożone na wewnętrzny systemowe kategorie.

Płyną z tego ważne wnioski dotyczące pojęcia refleksyjności. Po pierwsze, każda obserwacja przybiera ze swej istoty postać refleksji. Po drugie, każdy system – o czym była już mowa – jest w sposób konieczny systemem refleksyjnym. Innymi słowy, refleksyjność okazuje się definicyjną cechą systemu. System „nierefleksyjny” to pojęciowa niemożność, *contradictio in adiecto*. Po trzecie wreszcie, taka refleksyjność okazuje się jednocześnie upraszczaniem, sposobem na redukcję złożoności – refleksja nie daje zatem nigdy wiernego odbicia tego, co stanowi jej przedmiot. Możemy to zdanie czytać i w ten sposób, że refleksja systemu nad samym sobą stanowi upraszczanie obrazu samego siebie, jaki system przyjmuje na własne potrzeby. By użyć przenośni: system we własnych oczach jest prostszy niż w rzeczywistości³¹. Wydaje się, że twierdzenie to ma ważne konsekwencje praktyczne, także dla prawa. Jednocześnie naprowadza ono na kolejną własność refleksyjności, czyli jej paradoksalność.

Kluczowa rola, jaką samoodniesienie odgrywa dla budowy systemu, jest oczywista, nie oznacza to jednak, że samo w sobie jest ono zjawiskiem wyłącznie pozytywnym i nieproblematycznym. Przeciwnie: jak wie każdy jako tako zaznajomiony z podstawami informatyki czy cybernetyki, autoreferencja zwykle oznacza problemy. Także w systemach logicznych jest jasne, że zjawisko to prowadzi do paradoksów, jak choćby w najsłynniejszym chyba przykładzie zdania autoreferencyjnego, czyli w tzw. paradoksie kłamcy (*Hic est falsum*, „To zdanie jest fałszywe”). Nie inaczej rzecz się ma z systemami społecznymi. Refleksja ma w ich przypadku charakter paradoksalny, ponieważ z jednej strony jest „naturalną”, konstytutywną cechą systemu, który dokonuje obserwacji własnych operacji, z drugiej – ma charakter ograniczony, i to co najmniej w dwóch wymiarach. Przede wszystkim każda operacja (w tym także ta szczególna forma operacji, jaką jest obserwacja) jest „ślepa” na siebie samą: jej dokonaniu nie może

³⁰ W literaturze z kręgu teorii systemów proces ten określany jest obrazowo za Heinzem von Försterem jako „wydobycie porządku z hałasu” (*order from noise*). Zob. np. Dupuy 1988.

³¹ „Systemy nie mogą pojąć własnej złożoności [...], mogą jednak postrzegać ją jako problem. System produkuje nieostry obraz samego siebie i na ten obraz reaguje” (Luhmann 2007, 34).

towarzyszyć refleksja nad jej dokonaniem. Taka refleksja możliwa jest dopiero po czasie, jako kolejna operacja (równie ślepa na siebie samą co ta obserwowana). Jednocześnie każda samoobserwacja (refleksja) przyczynia się do reprodukcji tego, co Luhmann określa jako *eigenvalue* systemu: „różnicy przewodniej”, jego stałej, konstytutywnej cechy (Luhmann 2007, 38). To, co reprodukowane, nie może jednak zostać zaobserwowane: *eigenvalue* danego systemu jest dla niego samego niewidoczna. Ustanawia to fundamentalne ograniczenie zdolności każdego systemu do refleksji. Może on obserwować swoje własne operacje, nie jest jednak w stanie zaobserwować tego, co konstytuuje go jako system. System nie jest zatem przejrzysty dla samego siebie.

Rozwiązaniem problemu refleksji nie jest też „wyjście poza” system, uwzględnienie w nim tego, jak jest on obserwowany przez jego otoczenie, w skład którego wchodzi inne systemy. Takie włączenie do systemu obserwacji innych systemów jest bowiem *ex definitione* niemożliwe. Raz dlatego, że inny system, jako zewnętrzny obserwator, nie jest w stanie dokonać „wiarygodnej” obserwacji zachodzących w systemie operacji, dwa dlatego, że nawet gdyby było to możliwe, nie ma żadnego sposobu, aby takie obserwacje „powróciły” do obserwowanego systemu (stały się jego obserwacjami). Mówiąc prościej, system obserwowany oraz system obserwujący pozostają dla siebie nawzajem nieprzejrzyste, są wobec siebie „czarnymi skrzynkami” (Winczorek 2009, 42). Paradoks samoobserwacji nie może zostać rozwiązany.

3.4. System a środowisko, czyli żuk w mrowisku

Autopojeza nie oznacza całkowitej izolacji systemu; jak zresztą zauważa autor omawianej koncepcji, oddziaływanie środowiska na system jest konieczne dla przetrwania tego ostatniego – bez zewnętrznych bodźców każdy system prędzej czy później zaprzestałby dokonywania operacji. Skoro jednak system „zbudowany” jest wyłącznie z własnych operacji (nie ma on jakiegokolwiek innego trwałego budulca), oznacza to, że w tym samym momencie, w którym przerywałby on ich dokonywanie, zaprzestałby własnej reprodukcji i zakończył swoje istnienie. System refleksyjny jest więc na swój sposób otwarty na środowisko, jest to jednak otwarcie nieoczywiste. W niniejszym punkcie postaram się krótko przeanalizować, na czym ono polega, podsumowując pewne sygnalizowane już wyżej kwestie. W tym celu zacząć jednak muszę od powrotu do zagadnienia zamknięcia systemu, które przejawia się zarówno w jego operacjach, jak i obserwacjach.

Jak już odnotowałem, operacyjna zamkniętość systemu jest tożsama z jego autopojezą (samoreprodukcją) i oznacza, że operacje danego systemu mogą odnosić się wyłącznie do innych operacji tego systemu: komunikaty mogą odnosić się wyłącznie do innych komunikatów (a nie impulsów elektrycznych, procesów

chemicznych itp.), procesy chemiczne tylko do innych procesów chemicznych (a nie komunikatów, impulsów elektrycznych...) itd. Na wyższym poziomie systemowej specjalizacji komunikacja prawna może odnosić się wyłącznie do komunikacji prawnej, a nie np. do politycznej, ekonomicznej czy religijnej. Zdarzenia powstałe w jednym systemie mogą wprowadzić wzbudzać komunikację w innym systemie (np. uchwalenie ustawy jako zdarzenie systemu polityki lub morderstwo, do którego dochodzi w systemie rodziny, warunkują powstanie nowej komunikacji w systemie prawa), jednak tego typu przyczynowe zależności nie podważają autopoietycznej natury systemu tak długo, jak długo zachowana jest ta rekursywność własnej komunikacji. Jak stwierdza Luhmann, autopojeza (a więc reprodukcja, a więc istnienie) systemu jest zagrożona „tylko wtedy, gdy zagrożony jest sam kod [systemowy – M.P.] – np. gdy przy podejmowaniu decyzji w systemie prawa wzrasta znaczenie kryterium, jakim jest różnica pomiędzy tym, co korzystne, a tym, co szkodliwe, zamiast różnicy pomiędzy prawnym a bezprawnym” (Luhmann 1988a, 347).

Z kolei, o czym też już była mowa, kognitywna otwartość *na* środowisko nie oznacza *relacji ze* środowiskiem (Luhmann 1988a, 341). To, co dzieje się „na zewnątrz” systemu, jest dla niego niezrozumiałe; jest on w stanie jedynie reagować na własne stany, będące rezultatem obserwacji, ale nie bezpośrednio na zdarzenia w środowisku. Stąd dla opisu kognitywnej aktywności systemu trafna wydaje się metafora żuka w mrowisku, zaczerpnięta ze znanej powieści braci Strugackich (Strugacki i Strugacki 1988)³²: gdy żuk trafi do mrowiska (samemu w nie wchodząc lub będąc włożonym przez człowieka), mrówki nie wiedzą, ani czym on jest, ani skąd się wziął. Rzeczywiste „motywy” pojawienia się żuka są dla nich całkowicie niedostępne. Reagują natomiast na to zdarzenie zgodnie z własnymi kategoriami, z własnym „kodem”, podejmując obronę i atak. W tej metaforze mrowisko jest systemem, a pojawienie się żuka irytacją ze strony środowiska. Podobnie jak mrowisko, również system prawa nie ma wglądu w przyczyny, dla których zachodzą jego własne operacje (np. w stany mentalne osób będących źródłem prawnych komunikatów: sędziów, stron umowy itp.). Jedyne, co może zaobserwować, to komunikaty stanowiące elementy systemu i klasyfikowane zgodnie z kodem prawne/bezprawne.

Jeśli zatem ani operacje, ani obserwacje nie są w stanie ustanowić bezpośrednich związków między systemem a jego środowiskiem, to jak takie związki są możliwe? Wydaje się, że najważniejszymi pojęciami, za pomocą których Luhmann próbuje opisać różne typy takich związków, są, kolejno: warunkowanie, sprzężenie strukturalne i penetracja.

Warunkowanie polega na dostarczaniu warunków możliwości dla wyodrębniania się systemu i reprodukowania różnicy, na której system jest ufundowany.

³² Szerzej, literatura z gatunku *science fiction* dotycząca problemu „kontaktu” stanowi wdzięczny materiał do obrazowania założeń teorii systemów (por. np. Lem 1968; 2017).

Jak już zauważyłem na wstępie tego punktu, zdarzenia zachodzące w środowisku, jako irytacje, warunkują dokonywanie operacji systemu. W swoich stosunkowo wczesnych tekstach (Luhmann 1988a, 338) Luhmann idzie zresztą jeszcze dalej, stwierdzając, że takie zewnętrzne irytacje warunkujące istnienie systemu same muszą mieć usystematyzowany charakter (inaczej warunkowanie byłoby zbyt chaotyczne, aby doprowadzić do wyodrębnienia się systemu). Istnienie systemu zakłada zatem jakąś wstępną charakterystykę jego środowiska, w którym muszą występować dostatecznie silne struktury (najczęściej będą to inne systemy) oddziałujące na system.

Sprzężenie strukturalne to z kolei sytuacja, w której jedno zdarzenie jest traktowane jako operacja przez więcej niż jeden system jednocześnie (Winczorek 2009, 108; Luhmann 1997, 779 i n.). Każdy z systemów odbiera to samo wydarzenie jako swoją własną operację i kategoryzuje je według własnego kodu różnicowania. Przykłady tego typu sprzężeń także były już przywoływane: np. podpisanie ustawy lub ratyfikowanie umowy międzypaństwowej może być traktowane równocześnie jako operacja systemów polityki, prawa i gospodarki.

Penetracja wreszcie polega na tym, że jeden system udostępnia własną złożoność w celu budowy innego systemu (Luhmann 2007, 200 i n.). W ten sposób system penetrowany „obsługuje” inny system. Jeśli np. przy negocjacjach handlowych strony sięgają po argumenty natury prawnej, można ten fakt interpretować jako penetrację systemu prawa przez system gospodarki. Możliwa jest tu również relacja wzajemności, określana przez autora jako interpenetracja.

W ramach rozważań nad systemem i środowiskiem nie sposób pominąć kwestii relacji systemu z tym szczególnym komponentem środowiska wszelkich systemów społecznych, jakim są jednostki³³. Na pierwszy rzut oka może się wydawać, że Luhmannowska koncepcja refleksyjności systemu ma bardzo niewiele lub zgoła nie ma nic wspólnego z refleksyjnością jednostek. Taka konstatacja zapoznawałaby jednak co najmniej dwie istotne konsekwencje, jakie wynikają z teorii systemów. Pierwsza z nich wiąże się z faktem, że w myśl rozważanej teorii każda jednostka sama w sobie stanowi system (psychiczny) – z definicji zatem także charakteryzuje się refleksyjnością i refleksją. Drugi wniosek dotyczy wskazanych wyżej związków zachodzących między (refleksyjnym) systemem prawa a (refleksyjnymi) jednostkami, z których najistotniejsze to sprzężenie strukturalne oraz interpenetracja. W myśl pierwszego z pojęć to samo zdarzenie może wchodzić w skład zarówno systemu prawa, jak i systemu psychicznego poszczególnych jednostek. Chodzi tu, najogólniej mówiąc, o akty mowy, które z perspektywy prawa komunikują prawnie doniosłe treści, z perspektywy jednostki jawią się zaś jako

³³ Twierdzenie Luhmanna, że jednostki należą do środowiska systemu społeczeństwa (i tym samym wszelkich podsystemów społecznych), wywołało wiele kontrowersji, które jednak wydają się ufundowane na niezrozumieniu właściwego znaczenia tej tezy. Nie będę tu rozważał, na czym polega nieporozumienie. Przekonująco, jak sądzę, rozprawia się z nim Winczorek (2009, 79–82).

przeżycia psychiczne. Tak prawo, jak i jednostka opracowują ten sam akt – każde na swój własny sposób.

Jeszcze ciekawsza i głębsza relacja między systemem prawa a jednostką może zostać ustanowiona na drodze interpenetracji, na której to obie strony „udostępniają” sobie nawzajem własną złożoność. Paradygmatycznym przykładem może tu być aktywność sędzi bądź sędziego: jako jednostki z jednej strony korzystają z zasobów systemu prawa (prawodawstwa, orzecznictwa, doktryny) w celu podjęcia właściwej w ich opinii decyzji, z drugiej strony rezultat tejże aktywności w postaci podjętego rozstrzygnięcia wchłaniany jest przez prawo. Można zatem stwierdzić, że dla obu stron tej relacji nie jest bez znaczenia to, jakiej jakości jest refleksja drugiej strony.

4. Refleksyjność prawa

Nie trzeba nawet uwzględniać w naszej analizie rozważań Luhmanna nad prawem, aby ukazać, jak pojmowana jest w tej teorii refleksyjność (autoreferencja) systemu prawnego – i na czym polega specyfika tego ujęcia w porównaniu z innymi przywoływanymi w niniejszej pracy koncepcjami. Zresztą – choć Luhmann poświęcił problematyce prawnej sporo miejsca – przyjęta przezeń strategia metodologiczna skutkuje tym, że te socjologiczno-prawne rozważania niewiele mogą w tym kontekście wniesić. Wynika to z przyjętego przez autora programu uprawiania socjologii prawa jako „socjologicznej teorii prawa” (Winczorek 2009, 127–130). Zgodnie z tym podejściem prawo nie może być traktowane jako zjawisko specyficzne, ale jako jeden z systemów społecznych, który poddaje się opisowi i za pomocą tych samych, ogólnych kategorii co inne systemy: gospodarka, religia, polityka itp. Inne podejście – nakierowane na specyfikę prawa – oznaczałoby porzucenie ściśle socjologicznej perspektywy. Ujawnia się tu „odgórny” model budowania teorii socjologicznej, w myśl którego najpierw klaruje się ogólne kategorie teorii systemów, aby następnie przejść do analizy tej odmiany systemu, jaką są systemy społeczne, a w dalszej dopiero kolejności zająć się poszczególnymi, funkcjonalnie wyodrębnionymi systemami społecznymi – wciąż przy użyciu pierwotnych, najbardziej ogólnych kategorii³⁴. Jak ujmuje rzecz Winczorek: „teoria [Luhmanna] postrzega wszystkie [...] zagadnienia za pomocą szablonowego rozwiązania, wynikającego wprost ze sformalizowanych założeń teorii” (Winczorek 2009, 165). Z tego też powodu prawo musi być systemem refleksyjnym dokładnie w tym samym znaczeniu co jakikolwiek inny system społeczny.

Ewentualna odrębność prawa na gruncie rozważanej teorii wynika w zasadzie wyłącznie z kodu, którym system ten się posługuje, oraz z jego funkcji.

³⁴ To uniwersalizujące podejście zdaje się wspólne dla wszelkich odmian teorii systemów (por. Buker 2018).

System prawny można zatem określić jako system społeczny komunikujący sens za pomocą binarnego kodu prawne/bezprawne; w procesie tej komunikacji dochodzi do odpowiedzi na problem podwójnej kontyngencji poprzez stabilizację oczekiwań normatywnych (Luhmann 1988b, 12; 1993a, 32–35). (Oczywiście, ta odpowiedź na podwójną kontyngencję, której dostarcza prawo, jest tylko jedną z możliwych – odmienną od tych, w jakie zaopatrują nas np. systemy władzy, własności czy miłości). Taka optyka nie wnosi właściwie niczego nowego w rozumienie zagadnienia refleksyjności ponad to, co zostało już powiedziane w odniesieniu do wszelkich systemów społecznych. W tym miejscu warto jedynie podkreślić te aspekty Luhmannowskiego ujęcia refleksyjności, które decydują o jego specyfice na tle innych przywoływanych w pracy stanowisk teoretycznych. Ponieważ były już one przedmiotem omówienia powyżej, tu ograniczę się do ich skrótowego wyliczenia.

Pierwszy, dość oczywisty punkt dotyczy koniecznego charakteru refleksyjności. System prawa jest z definicji refleksyjny; w innym wypadku nie byłby systemem. Chodzi przy tym zarówno o refleksyjność w szerokim znaczeniu, jako samoodnoszenie, jak i refleksyjność czy refleksję *sensu stricto* (autoreferencja procesualna lub systemowa). Co więcej, refleksyjność systemu prawa, jako złożonego z aktów komunikacji, ma charakter wielowymiarowy: w ramach systemu funkcjonuje jednocześnie wiele, przecinających się wzajemnie, „kół autoreferencyjnych”.

Druga cecha szczególna omawianej koncepcji refleksyjności prawa dotyczy jej związków z otwartością/zamkniętością systemu. Teoria systemów wydaje się w tej kwestii radykalnie jednoznaczna: refleksyjność dokonuje się w zamknięciu systemu, który odnosi się sam do siebie oraz do swoich elementów. Należy pamiętać, że nawet w tym ujęciu refleksyjność nie wyklucza otwarcia systemu na bodźce z zewnątrz – przeciwnie, taka otwartość warunkuje reprodukcję systemu, a więc również jego refleksyjność. Warunkowanie nie oznacza jednak wejścia w relację: niemożliwa jest *refleksyjna relacja* między systemem a jego otoczeniem³⁵.

Po trzecie, refleksyjność ani nie zakłada, ani nie prowadzi do przejrzystości systemu dla siebie samego. O tym również była już mowa: operacja oparta na danym rozróżnieniu nie może odnieść się do samego tego rozróżnienia, operacja refleksji nie może obserwować samej siebie, system nie jest w stanie zaobserwować własnej *eigenvalue* (różnicy przewodniej), czyli wiernie opisać sam siebie... Powiedzmy to jeszcze inaczej: samoodniesienie nie może być samoodniesieniem do własnego samoodnoszenia, refleksja nie jest refleksją nad własną refleksją. Dana operacja systemu albo jest refleksją (samoodniesieniem), albo obserwacją takiej

³⁵ Co, jak sądzę, można przełożyć jakoś na rozróżnienie między komunikacją gestów a komunikacją znaczeń, zaproponowane przez George’a H. Meada, a wykorzystane do opisu relacji między systemem prawa a jego otoczeniem przez Artura Kozaka (zob. np. Kozak 2010, 145–146).

refleksji – nie może jednak być jednym i drugim. Ma to ten skutek, że system prawa, który chciałby refleksyjnie monitorować własne akty refleksji, zmuszony jest mnożyć liczbę własnych operacji. Dlatego refleksyjność oznacza dla systemu również dodatkowe obciążenie: nie istnieje taka operacja refleksji, która mogłaby kontrolować siebie samą, wzrost kontroli wymaga więc rozbudowywania systemu o kolejne operacje. Tradycja prawnicza zna ten problem od dawna w postaci pytania, *qui custodiet ipsos custodes*. Współcześnie połączenie nieprzejrzystości refleksyjności dla siebie samej z potrzebą refleksyjnej kontroli prowadzi m.in. do rozrostu biurokratycznych struktur nadzoru w porządku prawnym.

Po czwarte, refleksyjność jest tu pozbawiona jakiegokolwiek znaczenia normatywnego. Nie chodzi tylko o to, że – wobec jej koniecznego, „immanentnego” charakteru – nie może ona stać się treścią postulatu, o czym była już mowa w rozdziale I (nie ma bowiem sensu postulować tego, co konieczne). Wypranie refleksyjności z normatywności polega tu na czymś bardziej radykalnym: faktowi jej zaistnienia nie przypisuje się mianowicie żadnych skutków, które byłyby oceniane pozytywnie – ani w wymiarze wewnątrzsystemowym (poza samym faktem podtrzymania reprodukcji systemu), ani zewnętrznym. W wewnętrznym kontekście systemu ten charakter refleksyjności był już widoczny, kiedy była mowa o paradoksach, do których prowadzi: z punktu widzenia systemu jest ona tyleż koniecznością, co problemem. Na zewnątrz refleksyjność służy wprowadzie realizacji funkcji prawa, jednak ta ostatnia również nie podlega żadnej wartościującej ocenie. Ponadto, jak z tego wynika, refleksyjność ma charakter czysto formalny. Nie jest ona podporządkowana żadnej idei przewodniej, etycznemu ideałowi czy nadrzędnej zasadzie moralnej. Jak orzeka Luhmann: „Podstawą prawa nie jest idea, która funkcjonowałaby jako zasada, lecz paradoks” (Luhmann 1993a, 235)³⁶; zdanie to odnosi się zarówno do całego systemu, jak i do jego refleksyjności.

W tym miejscu możemy się zatrzymać. Teoria systemów Luhmanna ma niewątpliwie wiele interesującego do powiedzenia na temat refleksyjności prawa – powyżej wskazane zostały najważniejsze wątki. Jednak ta całkowita nieobecność wymiaru normatywnego w proponowanym przez tę teorię pojęciu refleksyjności sprawia, że – z punktu widzenia założeń przedstawionych w rozdziale I – okazuje się ona ostatecznie w niewielkim stopniu użyteczna dla naszych potrzeb. Może stanowić wartościowy punkt odniesienia dla poszukiwań adekwatnego pojęcia refleksyjności prawa, trudno jednak byłoby najać ją w charakterze podstawy tychże poszukiwań. I właśnie to „kasowanie normatywności” jest

³⁶ W tym samym duchu Luhmann stwierdza, że refleksyjność nie odgrywa dla prawa roli fundującej je zasady czy idei regulatywnej (Luhmann 1988b, 21). Paradoksalny charakter prawa śledzi m.in. Klaus Röhl (1998), wyliczając paradoksy w nim obecne: od najbardziej podstawowych (ugruntowanie prawa w przemocy, uzasadnienie obowiązywania prawa za pośrednictwem pojęcia państwa będącego fikcją prawną) do tych spotykanych w rutynowym obrocie prawnym (np. kompetencja sądu do orzekania o kompetencji). Zob. także Perez 2005.

drugim z powodów – obok przyjętej przez Luhmanna strategii metodologicznej – dla których nie ma w tej książce potrzeby dalszego zagłębiania się w jego socjologię prawa. Zamiast przyglądać się szczegółowym rozważaniom autora w tym zakresie, możemy teraz przejść do krytyki jego teorii. Przenośnie rzecz ujmując, nie ma potrzeby kupować od Luhmanna całego browaru, aby przekonać się, że warzone w nim piwo niezbyt nadaje się do picia.

5. Niklas Luhmann: krytyka

Trudno być może znaleźć drugą teorię we współczesnej socjologii, która byłaby przedmiotem krytyki równie często co teoria Luhmanna³⁷. *Religion and drug*: to sformułowanie dość trafnie oddaje popularną opinię na temat omawianej koncepcji (Morawski 1991, 171). Wobec propozycji autora *Systemów społecznych* wysunięto cały szereg zarzutów o mniej lub bardziej fundamentalnym charakterze. Padały oskarżenia m.in. o to, że jest ona w sposób oczywisty nieprawdziwa, niezgodna z podstawowymi faktami; mocniejsza wersja tego zarzutu głosi, że mamy do czynienia w istocie z projektem metafizycznym, który przedstawia jakąś zupełnie nową, uduchowioną wizję świata społecznego³⁸. Sam Luhmann i jego adherenci odpowiadają, że to nieporozumienie, ponieważ teoria ta jest w istocie czysto konstruktywistyczna, a przez to postmetafizyczna.

Nieco zbliżony charakter mają zarzuty dotyczące przyjętej metodologii: teorii Luhmanna wytyka się, że jest w istocie teorią spekulatywną, budowaną „od góry” i pozostającą na zbyt wysokim poziomie abstrakcji, co skutkuje oderwaniem od rzeczywistych problemów społecznych (np. Rottleuthner 1989). Ponadto abstrakcyjny charakter teorii miałby zachęcać do posługiwania się mało zrozumiałym, mętным językiem. Trzeba przyznać, że sam autor daje pożywkę dla tego typu głosów, deklarując np.:

Lot musi przebiegać nad chmurami i należy liczyć się z dość gęstym zachmurzeniem. Musimy więc polegać na własnych instrumentach. Od czasu do czasu możemy rzucić okiem w dół – na znajomo wyglądający teren pełen dróg, osiedli, rzek, pasów przybrzeżnych. [...] Nikt jednak nie powinien paść ofiarą złudzenia, że te nieliczne punkty orientacyjne wystarczą do tego, by kierować lotem (Luhmann 2007, 7).

Wydaje się jednak, że rozważana teoria, mimo lotu na wysokim pułapie abstrakcji, jest użyteczna dla analizy przynajmniej niektórych „realnych” problemów socjologii, w tym socjologii prawa. Ponadto jest to bez wątpienia teoria

³⁷ Pożyteczne zestawienie najistotniejszych kierunków jej krytyki proponują Michael King i Chris Thornhill (2003, 203–225).

³⁸ Jako jeden z pierwszych z krytyką tego rodzaju wystąpił Danilo Zolo (por. Luhmann 1988a, 347). Podobnie sprawę widzi Ulrich Beck (2012, 277–278).

zawiła, ale nie mętna – w sposób precyzyjny operuje własną terminologią, choć rozeznanie się w tym słownikowym gąszczu nie należy do zadań łatwych³⁹. Zresztą niemal każdy głos krytyczny spotyka się z natychmiastową repliką, że krytykujący nie zrozumiał intencji autora. W ten sposób, można odnieść wrażenie, niezgoda z twierdzeniami Luhmanna traktowana jest często jako przejaw umysłowej indolencji, skutkującej niezdolnością zrozumienia myśli niemieckiego socjologa. Pozostaje sprawą osobną, czy na tym tle nie można by postawić Luhmannowi innego zarzutu: że stylem pisania nie ułatwia on wniknięcia we własną twórczość.

Zarzuca się wreszcie teorii Luhmanna hermetyczną, kolistą budowę, która sprawia, że nie poddaje się ona falsyfikacji (por. King i Thornhill 2003, 206–209). Na tym polegała w istocie uwaga o „ukąszeniu luhmannowskim”, sformułowana przez Podgóreckiego (1998, 219). Jest coś tu na rzeczy, skoro autor omawianej teorii świadomie uznaje, że teoria ta sama musi być uznana za system autopojetyczny. Jego teoria jest zatem na swój sposób wsobna, niemal doskonale zamknięta w swoich pojęciowych konstrukcjach i oferowanej z ich pomocą wizji świata. Jak już jednak stwierdziłem, nie przeszkadza jej to dowieść własnej użyteczności, przynajmniej w odniesieniu do wybranych zagadnień.

Jeśli potraktować omawianą teorię tak, jak wymaga tego przyjmowane w jej ramach stanowisko konstruktywizmu, czyli jako model poznawczy, można postawić pod jej adresem bardziej operacyjne pytania „średniego zasięgu”⁴⁰, jak np. te, czy jest ona wewnętrznie spójna (niewątpliwie tak)⁴¹, czy jest użyteczna (jak już orzekłem – co najmniej w ograniczonym stopniu, choć ta użyteczność ograniczona jest z zasady do samej teorii socjologicznej, o czym będzie mowa dalej) lub czy jest ekonomiczna (stopień jej skomplikowania może rodzić poczucie, że strzela się tu z armat do komarów – nie wydaje się jednak, aby pod tym względem odbiegała ona od innych spotykanych teorii prawa, np. tych odwołujących się do współczesnej filozofii analitycznej, do teorii dyskursu Habermasa czy do poststrukturalizmu Derridy i Foucaulta). Obok tego typu pytań przyjęcie perspektywy konstruktywistycznej ukazuje jednak również dwa inne, fundamentalne, moim zdaniem, problemy z rozważaną teorią. Pierwszy z nich dotyczy braku relewancji, drugi – wspominanej już kwestii „kasowania normatywności”.

Akceptowana przez Luhmanna wersja poznawczego konstruktywizmu daje się streścić następująco: wszystkie możliwe do wygłoszenia twierdzenia o rzeczywistości są jedynie wytworem jakiegoś systemu, wynikiem obserwacji przez system albo jego otoczenia, albo też samego siebie. Przyjmijmy tę perspektywę

³⁹ Z pisarskim stylem autora omawianej teorii wiąże się także i ten zarzut pod jej adresem, że za pomocą skomplikowanej retoryki przebiera w nowe szaty tezy banalne lub od dawna znane (K. Dybowski 1998, 53–55).

⁴⁰ King i Thornhill (2006a) sugerują, że dominujący sposób traktowania omawianej teorii ewoluował z czasem właśnie w takim kierunku.

⁴¹ Choć, rzecz jasna, nie brak takich, którzy śledzą w niej pewne niekonsekwencje (zob. np. Hornung 2006; por. King i Thornhill 2003, 204–206).

za dobrą monetę; widzimy wtedy niemal od razu, jak wikła się ona w paradoks solipsyzmu.

Paradoks ten w odniesieniu do prawa można wyrazić w ten sposób: to, co teoria socjologiczna ma do powiedzenia o prawie, mówione jest z zewnętrznej wobec prawa perspektywy tej teorii (systemu socjologii). Wszystkie zatem ustalenia dotyczące prawa (czy, *mutatis mutandis*, innych systemów społecznych) są jedynie obserwacjami tego systemu przez inny system – obserwacjami, które dla samego prawa mogą być całkowicie nieistotne⁴². Dotyczy to, powtórzmy, wszystkich twierdzeń Luhmannowskiej socjologii prawa: nawet kwestii tak podstawowych, jak istnienie kodu prawne/bezprawne, rzekomo dla prawa fundamentalnego. Przecież stwierdzenie istnienia tego kodu – nie mówiąc już o dokładnym jego rozumieniu – dokonywane jest przy użyciu kategorii i metod poznawczych właściwych dla systemu nauki, a nie systemu prawa. Nie wiemy, czy ten ostatni w ogóle takim kodem faktycznie się posługuje. Nie chodzi przy tym o to, że twierdzenia „systemowej” socjologii na temat prawa *rzeczywiście są* dla tego ostatniego nieistotne – po prostu nie jesteśmy w stanie tego wiedzieć, przynajmniej dopóty, dopóki nie „przejdziemy” do systemu prawa, tym samym porzucając te socjologiczne twierdzenia i kategorie (przenieść ich ze sobą z jednego systemu do drugiego przecież nie możemy)⁴³.

Jeśli więc Luhmann i uprawiana wedle jego ordynacji socjologia pozornie wypowiadają się na temat prawa, to w rzeczywistości nie mówią nic o prawie, ale jedynie o własnym jego oglądzie – czyli ostatecznie o sobie samych. Oto istota pułapki solipsyzmu, na który zawsze narażony jest konstruktywizm. Skoro wszystko jest konstrukcją, możemy obserwować jedynie własne konstrukcje; nie jesteśmy przy tym w stanie wiedzieć, czy mają one jakiegokolwiek znaczenie dla obiektów ich odniesienia (o ile jakiś obiekt w ogóle istnieje). Teoria socjologiczna Luhmanna ma więc programowo wobec prawa czysto zewnętrzny charakter⁴⁴.

⁴² Wiele wskazuje zresztą na to, że zarówno sam Luhmann, jak i zwolennicy jego teorii są nie tylko świadomi tej jej własności, ale widzą w niej właśnie zaletę. Tak np. Michael King stwierdza, że „użyteczność” tej teorii leży dokładnie w jej „nieużyteczności” jako źródła praktycznych wskazówek dla polityki prawa (King 2006).

⁴³ Do podobnych w zasadzie wniosków dochodzi Winczorek, stwierdzając m.in., że przyjęcie proponowanych przez teorię socjologiczną rozróżnień „może nie być możliwe, ponieważ ich warunki reprodukcji różnią się od warunków reprodukcji podsystemu nauki. Przyjęcie tezy, że «istnieją systemy społeczne», wraz z jej wszystkimi skomplikowanymi konsekwencjami, wydaje się w tych systemach mało prawdopodobne, ponieważ z reguły wypracowują one własne, równie skomplikowane teorie refleksji i nakierowane są na realizowanie innych funkcji niż system nauki”. Autor dodaje, że „największym minusem teorii systemów jest wynikająca z jej terminologii niemożność jej wykorzystania poza nią samą”, co podważa możliwość jej praktycznego wykorzystania przez inne podsystemy społeczne – w tym przez prawo (Winczorek 2009, 374–377).

⁴⁴ Z tego powodu może ona pełnić wobec prawa przede wszystkim szczególnie pojmowaną funkcję krytyczną, dokonując „obserwacji drugiego stopnia” (Esposito 2017; por. np. Verschraegen 2006).

W ten sposób, budując na założeniach konstruktywizmu, teoria ta skazuje samą siebie na irrelewantność.

Powyższe uwagi pozwalają jednocześnie, jak sądzę, w nowym świetle spojrzeć na omawiany już problem kasowania normatywności; ten ostatni okazuje się w znacznej mierze pochodną solipsystycznego nastawienia teorii systemów. Normatywność, jako element samorozumienia danej praktyki (prawa), zanika bowiem w jej zewnętrznym oglądzie. Jednocześnie – mimo przekształceń w rozumieniu kategorii funkcji – teoria systemów okazuje się pod tym względem spadkobiercą klasycznego funkcjonalizmu, z jego przekonaniem, że znaczenia, jakie uczestnicy danej praktyki przypisują własnym w niej działaniom, są niczym innym jak tylko ułudą. *Rzeczywiste* powody są im nieznane, a dostępne jedynie w obiektywizującym oglądzie zewnętrznego obserwatora. Podobnie teoria systemów uznaje, że samoopis prawa w kategoriach normatywności jest ściśle wewnętrzną sprawą tego systemu, z punktu widzenia socjologii całkowicie bez znaczenia⁴⁵. Znaczenia bowiem – w tym normatywność prawa – nie mogą przekroczyć granic systemu. Zjawiska normatywne, takie jak prawo czy moralność, muszą zostać opisane na sposób czysto funkcjonalny (Kostro 2001, 89 i n.). Dlatego też w oglądzie socjologicznym, który postrzega prawo jako fakt społeczny, normatywny sens prawa znika, a samo prawo „nie ma żadnej mocy wiążącej” (*Das Recht hat keine bindende Gewalt*) (Luhmann 1993a, 33).

Nietrudno dostrzec, że to kasowanie jest przykładem socjologicznego redukcjonizmu⁴⁶, o którym mowa była w rozdziale I. Zarówno w obronie, jak i dla krytyki tego obiektywistycznego i redukcjonistycznego podejścia w naukach społecznych wylano już (jak wciąż archaizująco się mawia) morze atramentu. Z perspektywy prawa można zaś uznać takie stanowisko za kolejne wcielenie prawnego sceptycyzmu, z którym prawoznawstwo wielokrotnie już się mierzyło. Rozprawia się z takim podejściem np. Ronald Dworkin, słusznie zauważając, że nie jest ono w stanie wyjaśnić ani nastawienia, jakie wobec prawa przyjmują zwyczaj obywatele, ani zachowania i postawy samych sędziów (Dworkin 2006, zwł. 156–165)⁴⁷. W podobnym duchu Habermas krytykuje stanowisko Luhmanna, uznającego, że racje prawne mogą być traktowane jako wiążące tylko w ramach wewnątrzsystemowej samoułudy. „Kiedy jednak racje – pisze Habermas – nie dysponują już wewnętrzną mocą racjonalnego motywowania – kiedy racje (*Gründe*), według sformułowania Luhmanna, nie dają się uzasadnić (*begründen*), to kultura argumentacji, w wielkim trudzie wykształcona w systemie prawnym,

⁴⁵ To stwierdzenie jest celową przesadą – socjologia chętnie uzna, że samoopis ten „ma znaczenie” jako niezbędny dla podtrzymania systemu prawa, jednak to znaczenie jest całkowicie odmienne od tego, co roją sobie uczestnicy praktyki prawnej.

⁴⁶ Na temat generalnie redukcjonistycznego charakteru socjologii prawa Luhmanna zob. Rottleuthner 1989, 791–794.

⁴⁷ Dworkin taką sceptyczną postawę przypisuje m.in. realizmowi prawniczemu, ruchowi *CLS*, a szerzej – podejściu, które określa jako „pragmatyzm”.

staje się zagadką. Należałoby wyjaśnić, dlaczego «potrzebujemy racji, które wcale nimi nie są» (Habermas 2005a, 65)⁴⁸. Innymi słowy, podejście rezygnujące z uznania normatywności prawa ma trudności z wyjaśnieniem pewnych istotnych własności praktyki prawnej.

W świetle założeń przyjętych w tej pracy stwierdzić trzeba, że to dążenie do obiektywizacji socjologicznego opisu – którego skutkiem jest zredukowanie normatywności prawa do czysto wewnętrznej sprawy systemu – odbywa się kosztem zapoznania istoty pojęć socjologicznych, a w ostateczności także samej rzeczywistości społecznej, do której pojęcia te mają się odnosić. Rzeczywistość ta bowiem, jak już stwierdziłem w rozdziale I, ma złożoną, normatywno-faktyczną budowę. Odpowiednio, wiele podstawowych pojęć nauk społecznych (szczególnie tych odnoszących się do praktyk normatywnych, jaką jest prawo) uwzględniać musi zarówno wymiar „hermeneutyczny”, oddający samoświadomość uczestników danej praktyki, jak i wymiar „strukturalny”, odnoszący się do mechanizmów, których niekoniecznie uczestnicy ci są świadomi. Odrzucenie któregoś z tych wymiarów – jak to się dzieje w teorii systemów, również w odniesieniu do pojęcia refleksyjności – prowadzi do skrzywionej, zafałszowanej rekonstrukcji rzeczywistości społecznej. Co więcej, redukcja wymiaru normatywnego danej praktyki nie pozwala odróżniać prawomocnych od nieprawomocnych jej wykonania, sprowadzając – jak wyraził to Philip Selznick – „religię do fantazji, edukację do tresury, miłość do przywiązania, prawo do władzy” (Selznick 1995, 3)⁴⁹. W ten jednak sposób gubi się istotę tego, czym jest religia, edukacja, miłość czy prawo.

Ta praktyczna irrelevantność teorii Luhmanna dla prawa, wynikająca z jej zewnętrznego i redukcjonistycznego charakteru, staje się wyraźnie widoczna m.in. na przykładzie oferowanego przez nią pojęcia refleksyjności systemu prawa. Jak pokazują przykłady takich autorów, jak Gunther Teubner lub Emiliós Christodoulidis, pojęcie to może znaleźć zastosowanie praktyczne w prawoznawstwie jedynie za cenę jego istotnego przekształcenia. O koncepcji Teubnera będzie szerzej mowa w dalszej części rozdziału. Co się tyczy Christodoulidisa, odwołuje się on do teorii autopoezy, aby poddać krytyce te odmiany konstytucjonalizmu, które rekomendują deliberowanie kwestii politycznych na forach prawnych (Christodoulidis 1998). Autor krytykuje tego typu koncepcje „jurydyzacji” polityki, wykazując, że prowadzą one do utraty istoty polityczności. Podstawą odróżnienia społecznych podsystemów prawa i polityki staje się to, że prawo uznane zostaje za mające charakter „wykluczający”⁵⁰, co zostaje

⁴⁸ W przedmiocie krytyki redukcjonizmu, jakiego dopuszcza się Luhmann wobec normatywnego wymiaru prawa, zob. też Habermas 2005a, 60–66, 497–504.

⁴⁹ Więcej o metodologicznym stanowisku Selznicka zostanie powiedziane w rozdziale jemu poświęconym.

⁵⁰ W znaczeniu bliskim temu zaproponowanemu przez Josepha Raza (1994).

przeciwstawione „refleksyjności” polityki. Takie rozróżnienie ma jednak sens o tyle, o ile samemu pojęciu refleksyjności nadać znaczenie odmienne niż w teorii Luhmanna – dla tego ostatniego wykluczanie pewnych racji przez system prawny nie przeczy wszak jego refleksyjności. Przeciwnie, jest to, jak się wydaje, jeden z przejawów refleksyjności systemu prawa. Christodoulidis czyni więc praktyczny użytek z teorii Luhmanna, modyfikując jednak podstawową dla niej kategorię refleksyjności systemu.

Wiele uwag Luhmanna na temat strukturalnych własności refleksyjności jest niezwykle cennych; będę korzystał z nich również na dalszych stronach tej książki. Skasowanie jednak wymiaru hermeneutycznego, który pozwalałby ukazać normatywną treść rozważanego tu pojęcia, sprawia, że proponowana przez tego autora teoria systemów może pełnić wobec teorii prawa (prawniczej teorii refleksyjności) jedynie rolę przypadku granicznego: nie da się refleksyjności prawa zredukować *jeszcze bardziej*, jeszcze mocniej pozbawić ją znaczenia normatywnego. W dalszej części pracy wprowadzam teorię, która idzie w odwrotnym kierunku, stawiając normatywny wymiar refleksyjności prawa w samym centrum rozważań. Jest to teoria prawa jako instytucji responsywnej autorstwa Philipa Selznicka. Zanim jednak przejdę do tej – skrajnie odmiennej od Luhmannowskiej – propozycji, warto przyjrzeć się koncepcji, która próbuje inaczej poradzić sobie z problemem normatywności refleksyjności na gruncie samej teorii systemów. Mowa tu o teorii prawa refleksyjnego Gunthera Teubnera.

6. Gunthera Teubnera ewolucyjna teoria prawa refleksyjnego

6.1. Teubner a Luhmann

Teoria prawa refleksyjnego autorstwa Teubnera niewątpliwie stanowi drugą – obok Luhmannowskiej – wiodącą teorię prawa, jaka została zbudowana w ramach paradygmatu systemów autopoietycznych. Mimo jednak zbliżonej podbudowy, i mimo obszernych odwołań do prac samego Luhmanna, propozycje Teubnera pozostają znacząco inne. Jedną z takich kluczowych różnic, dotyczącą rozumienia refleksyjności, wskazywałem już wcześniej: chodzi tu o przeciwstawienie „immanentnego” podejścia Luhmanna „kontyngentnemu” stanowisku Teubnera (Winczorek 2015, 179–180).

Wydaje się jednak, że podstawowa różnica między omawianymi autorami polega na czym innym. Dotyczy to zresztą także stosunku teorii Teubnera do innych projektów teoretycznych analizowanych w tej książce. Owa specyfika polega na tym, że o ile pozostali autorzy albo dochodzili do socjologii prawa jako szczegółowej aplikacji swoich ogólnych teorii socjologicznych (Luhmann, Selznick), albo też odnosili się do problematyki prawnej jedynie pośrednio (Beck), Teubnera teoria prawa refleksyjnego ma charakter ściśle prawniczy. Oznacza to

nie tylko, że prawo stanowi pierwszy i podstawowy przedmiot rozważań tego autora, ale również (a może przede wszystkim), że przyjmuje on wewnętrzną perspektywę nauk prawnych, w ramach której kluczowe pozostają pytania praktyczne, o prawomocność określonych decyzji czy argumentów. Z tej podstawowej różnicy wypływają dalsze odmienności między obydwoma reprezentantkami teorii systemowej.

Przed wszystkim, jak już pisałem, w rozumieniu Luhmanna refleksyjność stanowi kategorię czysto formalną. Teubner przyjmuje natomiast odmienne założenia, doszukując się w omawianym pojęciu pewnych konsekwencji normatywnych. W rezultacie „prawo refleksyjne” dla tego autora to nie tylko kategoria analityczna, ale również program polityczny. O szczegółowych implikacjach normatywnych refleksyjności będzie jeszcze mowa; już teraz warto jednak odnotować, że ocena zabiegu polegającego na ich wprowadzeniu musi być niejednoznaczna. Z jednej bowiem strony pociąga to za sobą pewną atrakcyjność teorii Teubnera dla nauki prawa – przywracając refleksyjności jej walor normatywny, teoria ta nie tylko unika błędu redukcjonizmu, o którym mowa była powyżej, ale umożliwia wykorzystanie rozważanego pojęcia dla wewnętrznych potrzeb prawoznawstwa. Refleksyjność ponownie może służyć formułowaniu argumentów praktycznych w dyskursie prawniczym – inaczej niż w przypadku czysto zewnętrznej teorii Luhmanna. Z drugiej strony szczegółowy sposób, na jaki Teubner uzasadnia normatywny charakter pojęcia refleksyjności, budzi – jak wykażę dalej – istotne wątpliwości. Wychodzi więc na to, że o ile zamiar autora jest zrozumiały, o tyle jego realizacja w szczegółach okazuje się niezbyt szczęśliwa.

Odmienny jest też punkt wyjścia obu porównywanych projektów. Teubner nie rozpoczyna swoich rozważań od abstrakcyjnej charakterystyki pojęcia systemu; pierwotnym zagadnieniem jest dla niego raczej kwestia ewolucji prawa w nowoczesnym społeczeństwie (Teubner 1983; 1984b; 1993, 47 i n.). Przyjmuje więc on perspektywę ewolucyjno-funkcjonalną, jakkolwiek jest to, naturalnie, ewolucjonizm odmienny od starszych, linearno-teleologicznych wariantów tego kierunku (Teubner 1988b, 225–237; 1993, 47–63). W tych ramach Teubner przedstawia własną wizję rozwoju prawa od typu prawa „autonomicznego”, przez „materialne” (lub „instrumentalne”), po „prawo refleksyjne”. Wizja to własna, jednak silnie nawiązująca zarówno do zbliżonej propozycji Selznicka i Noneta, jak i teorii społecznych Luhmanna oraz Habermasa (w ich wersjach z przełomu lat siedemdziesiątych i osiemdziesiątych). Od tych pierwszych autor czerpie inspirację dla przedstawienia „wewnętrznego” rozwoju prawa (w szczególności opis kryzysu prawa autonomicznego), od dwóch pozostałych – szerszą wizję ogólnej ewolucji społeczeństwa (Teubner 1983, *passim*).

6.2. Prawo refleksyjne jako ewolucyjny typ prawa

Teorię Teubnera dogodnie jest przedstawić osobno dla dwóch etapów, w których się kształtowała, a które różnią się między sobą podstawową orientacją teoretyczną. Takich alternatywnych orientacji dostarczały autorowi albo funkcjonalistyczna teoria ewolucyjna, albo teoria autopoezy. Choć obie one są obecne w projekcie Teubnera, to różnica między wspomnianymi etapami jego rozwoju polega na nacisku na jeden lub drugi z tych elementów: początkowo są to kwestie ewolucji prawa, później zaś autor stawia w centrum zagadnienie autopoezy systemowej. Determinuje to porządek dalszej prezentacji koncepcji prawa refleksyjnego, którą rozpoczne od omówienia ewolucyjnej typologii porządku prawnego.

Wyróżnione przez siebie typy prawa Teubner charakteryzuje za pomocą trzech wymiarów racjonalności: normatywnego (sposobu uprawomocnienia), wewnętrznego (struktury systemu) i systemowego (społecznych funkcji prawa) (Teubner 1983, 252–257)⁵¹. Zachodzące tu różnice autor ujmuje schematycznie w formie tabeli:

Tabela 2. Wymiary racjonalności dla poszczególnych typów prawa

Racjonalność	Typ prawa		
	Prawo formalne	Prawo materialne	Prawo refleksyjne
Normatywna	Autonomia i indywidualizm	Regulacja aktywności ekonomicznej i społecznej	Koordinacja i kontrola samoregulacji
Wewnętrzna	Orientacja na reguły	Orientacja na cele	Orientacja na procedury
Systemowa	Warunki mobilizacji i alokacji zasobów, legitymizacja procesu politycznego	Modyfikacja wzorów i schematów działań rynkowych	Strukturyzacja podsystemów dla wewnętrznego dyskursu i zewnętrznej koordynacji

Źródło: opracowanie własne na podstawie Teubner 1983, 257.

Prawo formalne albo autonomiczne jest prawem państwa liberalnego. Prawo to zyskuje uprawomocnienie jako narzędzie gwarantowania i limitowania sfery autonomii podmiotów społecznych, w ramach której podmioty mogą dokonywać niezależnych wyborów aksjologicznych. Społeczna funkcja prawa autonomicznego (racjonalność systemowa) polega na wyznaczaniu „prawomocnych” zasad alokacji zasobów w ramach gospodarki rynkowej, a także legitymizowaniu

⁵¹ Trzeba przyznać, że dzięki wprowadzeniu tej jednorodnej ramy teoretycznej w postaci trzech wymiarów racjonalności model ewolucji prawa u Teubnera jest znacznie bardziej systematyczny i lepiej ugruntowany w porównaniu z propozycjami Noneta i Selznicka, o których mowa będzie w kolejnym rozdziale.

procesu politycznego jako podporządkowanego neutralnym regułom prawnym (idea rządów prawa). Wreszcie wewnętrzna racjonalność prawa autonomicznego wyznaczana jest poprzez orientację na reguły, analityczne podejście do pojęć języka prawnego i prawniczego oraz przywiązanie do dedukcyjnych metod wnioskowania – co znajduje swoje najpełniejsze odzwierciedlenie w formalistycznym podejściu do prawa i jego stosowania (Teubner 1983, 252–253). Jak zobaczymy w kolejnym rozdziale, opis ten nie różni się wiele od tego, jak prawo autonomiczne przedstawiają Selznick z Nonetem. Teubner dodaje jednak w tym miejscu ważną uwagę, dotyczącą źródeł kryzysu tego typu prawa. Tkwią one w samej próbie zachowania neutralności za pomocą formalizmu i nakierowania na reguły: popadając w coraz większą alienację od wzorców racjonalności funkcjonujących w innych podsystemach społecznych, prawo autonomiczne traci swoje zdolności regulacyjne (Teubner 1984b, 296–298).

Próbą przezwyciężenia tych słabości prawa autonomicznego – dodajmy od razu, że zdaniem autora próbą skazaną na niepowodzenie – jest koncepcja prawa materialnego czy też instrumentalnego, typowa dla doktryny interwencjonistycznego państwa dobrobytu. W wymiarze wewnętrznym przyjmuje ono orientację na cele, co znajduje swój wyraz we wzroście znaczenia norm programowych (*policies*), prawnym definiowaniu istotnych społecznie celów i wartości, a także obecności rozumowań odwołujących się do przewidywanych konsekwencji decyzji tak w obszarze tworzenia, jak i stosowania prawa. Te przekształcenia wewnętrznej racjonalności są oczywiście powiązane ze zmianami zachodzącymi w dwóch pozostałych wymiarach racjonalności, a zatem w sposobach uprątomocnienia i w społecznych funkcjach prawa. Prawo materialne szuka swego uzasadnienia w potrzebie kompensowania negatywnych skutków mechanizmów rynkowych, a zatem w poddawaniu bezpośredniej regulacji i kontroli działania poszczególnych podmiotów społecznych. Przekłada się to wprost na podstawową funkcję prawa, którą staje się interwencja w procesy społeczne w celu modyfikacji zachowania ich uczestników (Teubner 1983, 253–254).

Źródła porażki opartego na założeniach interwencjonizmu prawa materialnego są, zdaniem Teubnera, dwojakie. Po pierwsze, prawo nie posiada – i posiadać nie może – odpowiednich kompetencji kognitywnych, które umożliwiałyby efektywną ingerencję w niezależne mechanizmy społeczne. Poddawane regulacji procesy i systemy odznaczają się zbyt dużą złożonością, aby mogła ona zostać adekwatnie odzwierciedlona w prawie⁵². Po drugie, prawo materialne zbudowane jest na uproszczonej koncepcji społeczeństwa: przyjmując możliwość bezpośredniej, jednokierunkowej interwencji, nie uwzględnia ono autonomicznej i refleksyjnej natury tych podsystemów społecznych, które próbuje regulować. Innymi

⁵² Teuber, jak się zdaje, nawiązuje w tym miejscu do uwag Luhmanna na temat redukcji złożoności przez system (zob. Teubner 1983, 268, 280). Zbliżony jest również wniosek mówiący o niemożności ustanowienia refleksyjnej relacji ze społecznym otoczeniem prawa.

słowy, prawo materialne bazuje na fałszywym obrazie systemu społecznego jako homogenicznej całości, który to obraz nie przystaje do współczesnych, funkcjonalnie zróżnicowanych społeczeństw (Teubner 1984b, 298–299).

Jak widać, zdaniem Teubnera zarówno prawo autonomiczne, jak i materialne odznaczają się w gruncie rzeczy tym samym mankamentem: przeoczą one fakt, że poszczególne podsystemy społeczne mają charakter samozwrotny i refleksyjny. W przypadku prawa autonomicznego skutkuje to postępującą alienacją poszczególnych podsystemów (co prowadzi do problemów z koordynacją ich działań), w przypadku prawa materialnego – próbami bezpośredniej ingerencji w ich działanie. Jedno i drugie jest skazane na porażkę. W ten sposób Teubner dochodzi do wniosku, że potrzebny jest alternatywny, bardziej wyrafinowany model prawnego oddziaływania na autonomiczne systemy społeczne. Taki model zapewniać ma prawo refleksyjne.

Najciekawsza pozostaje charakterystyka relacji prawa refleksyjnego ze społecznym otoczeniem zarówno w wymiarze normatywnym, jak i funkcjonalnym (Teubner 1983, 254–255). Normatywne uzasadnienie omawianego typu prawa opiera się na obietnicy koordynacji działań niezależnych, samoregulujących się podsystemów społecznych. Realizację tych normatywnych założeń umożliwia podstawowa funkcja prawa, jaką jest oddziaływanie na struktury poszczególnych podsystemów – w szczególności na ich wewnętrzne procedury dyskursywne i mechanizmy integracyjne. Właśnie tu uwidacznia się najwyraźniej różnica pomiędzy prawem refleksyjnym a typem prawa autonomicznego z jednej, materialnego zaś z drugiej strony. W przeciwieństwie do swoich poprzedników omawiany typ prawa ani nie pozostawia podsystemów społecznych procesom „spontanicznego” porządkowania, ani też nie próbuje bezpośrednio ingerować w przyjmowane w tych podsystemach wartości (systemowy *input*) czy też rezultaty ich funkcjonowania (*output* systemów). Zamiast tego prawo to współkształtuje procesy decyzyjne poszczególnych systemów tak, aby możliwa była wzajemna koordynacja między nimi. To twierdzenie na temat „społecznych” zadań prawa refleksyjnego znajduje swoje odzwierciedlenie w jego strukturach wewnętrznych, w których nacisk położony zostaje na normy proceduralne i organizacyjne. Stąd też urefleksyjnienie prawa w wymiarze wewnętrznym oznacza przede wszystkim jego proceduralizację.

6.3. Założenia teoretyczne modelu ewolucyjnego

Ten opis ewolucji prawa pozwala odsłonić kluczowe założenia, na których Teubner opiera całą swoją teorię prawa refleksyjnego. Chodzi tu przede wszystkim o normatywnie zorientowany funkcjonalizm, który w dalszej kolejności przekłada się na funkcjonalistyczną wizję ewolucji społecznej. Autor zakłada również, że współczesne społeczeństwo składa się z funkcjonalnie wyodrębnionych,

wysoce zróżnicowanych i w znacznym stopniu samoregulujących się podsystemów (Teubner 1983, 270–273). Normatywny funkcjonalizm, ewolucjonizm i autopojeza – oto „święta trójca” teorii prawa refleksyjnego.

Zgodnie zatem z przyjętym modelem ewolucji potrzeba funkcjonalnego dostosowania się do aktualnych potrzeb systemu społeczeństwa pociąga za sobą zmiany w wewnętrznej racjonalności prawa. Czynniki sprawcze leżą po stronie funkcji systemu prawa, jego wewnętrzna struktura postrzegana jest zaś jako pochodna, epifenomen. Przejście od zmian na poziomie funkcji do przekształceń strukturalnych zapośredniczone zostaje poprzez kryzys legitymizacyjny, w jaki popadają „przestarzałe”, czyli funkcjonalnie nieadekwatne struktury prawne⁵³. By wrócić do omówionego już przykładu: prawo materialne, ze względu na postępujące różnicowanie się społeczeństwa, nie jest w stanie pełnić swojej podstawowej funkcji, czyli bezpośrednio regulować działań w innych podsystemach społecznych (np. ingerować w funkcjonowanie gospodarki). Prowadzi to do kryzysu legitymizacji takiego prawa, jako nazbyt interwencjonistycznego, a jednocześnie nieefektywnego. Kryzys ten prowokuje strukturalną zmianę w systemie prawnym: odejście od regulacji „interwencyjnych” na rzecz regulacji proceduralnych.

Założenie o funkcjonalnym zróżnicowaniu społeczeństwa na autopojetyczne podsystemy służy z kolei wyjaśnieniu, dlaczego prawo autonomiczne oraz materialne okazują się ewolucyjnymi relikami czy ślepyimi zaułkami: nie odpowiadają one, o czym była już mowa, realiom tak złożonego systemu, w którym potrzeba koordynacji działań poszczególnych autonomicznych podsystemów. W podobnym duchu autor krytykuje też propozycję prawa responsywnego Selznicka i Noineta, stwierdzając, że stanowi ona próbę zawrócenia ewolucji prawnej w kierunku społeczeństwa o niższym stopniu zróżnicowania (Teubner 1983, 256–257).

Wreszcie normatywny charakter przyjętej przez Teubnera wersji funkcjonalizmu (zgodny skądinąd z klasycznymi odmianami tego nurtu teoretycznego) wyraża się wyjątkowo jasno w sposobie rozumienia samego pojęcia refleksji. Teubner przywołuje je za Luhmannem, jednak poglądy tego ostatniego interpretuje w szczególny sposób, zgodnie z którym refleksja miałaby być środkiem do łagodzenia napięć w obrębie danego systemu: umożliwia ona mediację pomiędzy (wzajemnie niekompatybilnymi) społeczną *funkcją systemu* a jego *działaniem (performance)*⁵⁴. Odpowiednio, refleksyjność systemu prawa pozwala temu systemowi pogodzić własną funkcję (jaką jest umożliwianie generalizacji oczekiwań normatywnych w społeczeństwie) oraz działanie (polegające na rozwiązywaniu konfliktów powstałych w ramach innych podsystemów społecznych).

⁵³ Choć Teubner nie przedstawia wprost przyjętego przez siebie modelu w takich szczegółach, wydaje się, że zaprezentowana tu rekonstrukcja broni się szczególnie w odniesieniu do wczesnych jego prac na temat prawa refleksyjnego.

⁵⁴ Różnica polega na tym, że funkcja danego systemu dotyczy jego relacji z ogólnym systemem społeczeństwa, działanie zaś – relacji wobec innych podsystemów społecznych (zob. Teubner 1983, 272–274).

Refleksyjność godzi te odmienne zadania w ten sposób, że ogranicza „imperialne” zapędy prawa wobec innych podsystemów. Refleksyjność prawa oznacza zatem nakładanie przez prawo na samo siebie wewnętrznych ograniczeń, oznacza przyjęcie bardziej pośrednich form społecznej kontroli (Teubner 1983, 274).

Dzięki temu pogodzeniu funkcji i działania, jakie system prawny zawdzięcza własnej refleksyjności, może on pełnić rolę mechanizmu społecznej integracji. Przykład ten unaocznia, w jaki sposób samo pojęcie refleksyjności uzyskuje w rozważanej koncepcji charakter funkcjonalno-normatywny: refleksyjność zostaje tu obciążona rolą „głównego mechanizmu integracyjnego” w funkcjonalnie zróżnicowanym społeczeństwie.

6.4. Zbawienie poprzez refleksję. Prawo refleksyjne jako kategoria normatywna

Dzięki takiemu urefleksyjnieniu (refleksyjnemu pogodzeniu funkcji i działania) prawo miałoby uciec przed dylematem nieodmiennie towarzyszącym jurydykacji, czyli wyborem pomiędzy nieskutecznością a niszczeniem zastanej tkanki życia społecznego. Zgodnie z dominującymi modelami jurydykacji prawo, o ile jest efektywne, „kolonizuje” lub „wykorzenia” tradycyjne standardy normatywne w tej sferze stosunków społecznych, która poddana zostaje regulacji. Każdej interwencji regulacyjnej miałby zatem towarzyszyć dylemat wyboru między nieefektywnością albo kolonizacją świata życia; między bezsilnością a imperiaлизmem. Koncepcja prawa refleksyjnego przecina ten węzeł dzięki wprowadzeniu regulacji, która zakłada samoregulację zgodną z wewnętrzną logiką danego podsystemu, „stymulację w miejsce kontroli” (Teubner 1984b, 298). Poddawane takiej refleksyjnej metaregulacji podsystemy same miałyby regulować własne funkcjonowanie, na gruncie swoich autonomicznych założeń aksjologicznych i normatywnych⁵⁵. Sam Teubner określa rekomendowany przez siebie typ prawa jako „postregulacyjne” (Teubner 1984a) i obiecuje:

Prawo refleksyjne [...] ani nie przesądza autorytatywnie o społecznych funkcjach innych podsystemów, ani nie reguluje ich operacji wejścia i wyjścia [*input and output performances*], lecz wspiera te mechanizmy, które w sposób systematyczny prowadzą do dalszego rozwoju struktur refleksji w innych podsystemach społecznych (Teubner 1983, 275).

Oznacza to również, że prawo musi dostosowywać się do danego wzorca racjonalności, charakterystycznego dla podsystemu poddawanego regulacji: innych rozwiązań wymagać będzie sfera gospodarki, innych sfery polityki, edukacji czy

⁵⁵ Jak pisze Grażyna Skąpska, od prawa w koncepcji Teubnera oczekuje się, że „system prawny zagwarantuje poszczególnym subsystemom niezakłócony przebieg procesów samo-refleksji” (Skąpska 1991, 116–119).

nauki. Ostatecznie, by ponownie zacytować autora: „Ta wizja porządku prawnego może być podsumowana w następujący sposób: *prawo spełnia własną orientację refleksyjną w takim stopniu, w jakim zapewnia strukturalne podstawy dla refleksyjnych procesów w ramach innych podsystemów społecznych*. Na tym polega integracyjna funkcja współczesnego prawa responsywnego” (Teubner 1983, 274). Ta koncepcja „podwójnej refleksyjności” prawa – czyli refleksyjnego wzmacniania mechanizmów refleksji w innych podsystemach – znajduje swoje silniejsze ugruntowanie, ale i podlega pewnym modyfikacjom, dzięki położeniu nacisku na autopojetyczny charakter prawa. Tak właśnie dzieje się na kolejnym etapie twórczości Teubnera.

7. Prawo refleksyjne jako system autopojetyczny

7.1. Pojęcie autopojezy i autopojeza prawa

W swojej kolejnej pracy Teubner pogłębia własne rozumienie prawa refleksyjnego poprzez silniejsze wpisanie tego pojęcia w teorię społecznej autopojezy. Jak zobaczymy, pociąga to za sobą pewne istotne zmiany w interpretacji rozważanego pojęcia.

Rozważania nad autopojezą rozpoczyna rozróżnienie różnych form samoodniesienia: samoopisu, samoorganizacji, samoregulacji, samowytwarzania, autopojezy i refleksji (Teubner 1993, 16–24). Bez wdawania się w szczegóły można stwierdzić, że każde z tych pojęć zakłada wyższy stopień autoreferencji od swojego poprzednika. Tym samym każda z własności w tym łańcuchu stanowi warunek konieczny dla kolejnej, bardziej złożonej własności. Autopojeza, jako niemal najbardziej złożona (przerasta ją jedynie refleksyjność), zakłada wszystkie poprzednie: system autopojetyczny łączy samoopis, samoorganizację, samoregulację i samowytwarzanie w „hipercykl”. Jak pisze autor: „Nie tylko elementy systemu, ale wszystkie jego składowe – elementy, struktury, procesy, granice, tożsamość i jedność – muszą być samowytwarzane. Nie tylko system musi sam siebie wytwarzać, ale samowytwarzający się cykl musi być zdolny do zarządzania [*maintaining*] samym sobą” (Teubner 1993, 23). Innymi słowy, autopojeza zakłada swoiste zapętlenie autoreferencji pierwszego i drugiego stopnia (wspomniany hipercykl), czyli samozwrotne kontrolowanie przez system jego samowytwarzających się procesów. Jak czytamy dalej:

Pojęcie autopojezy okazuje się bardzo złożone. Niemniej jednak jego podstawowe własności mogą być podsumowane w następujący sposób: 1) samowytwarzanie wszystkich składowych systemu; 2) samozarządzanie samowytwarzających się cykli za pomocą hipercyklicznego związania; 3) samoopis jako regulacja samowytwarzania (Teubner 1993, 24).

Właśnie ze względu na swoją złożoność autopojeza w rozumieniu Teubnera (odmiennie niż u Luhmanna czy Maturany) jest własnością stopniowalną: system może ewoluować w kierunku „bardziej” lub „mniej” autopojetycznego w zależności od tego, na ile złożony i wewnętrznie domknięty jest fundujący go „hipercykl” (Teubner 1993, *passim*).

Czy prawo jest systemem autopojetycznym? Status tego pytania jest inny niż u Luhmanna, gdzie miało ono charakter analityczny – tam, o ile prawo było systemem, z konieczności było autopojetyczne. Dla Teubnera, który rozumie autopojezę jako własność stopniowalną i kontyngentną dla systemów, pytanie to zyskuje charakter empiryczny. Odpowiedź zatem nie może mieć charakteru abstrakcyjnego, ale musi odnosić się do konkretnej historycznej formy prawa. Dla współczesnych porządków prawnych państwa nowoczesnego odpowiedź ta jest pozytywna (Teubner 1993, 25 i n.). Tak, prawo nowoczesne, ze względu na swoją hipercykliczną budowę, jest systemem autopojetycznym. To właśnie na przykładzie prawa szczególnie jasno widać, na czym polega powiązanie autoreferencji pierwszego i drugiego stopnia w hipercykl. W najprostszym wariancie: obowiązujące normy prawne kontrolują procesy tworzenia i stosowania prawa, które to z kolei procesy determinują zbiór obowiązujących norm prawnych. Normy, działania, procedury i doktryna – wszystkie te komponenty zostają ze sobą zwrotnie powiązane, kształtując i kontrolując się wzajemnie (Teubner 1993, 36–42).

Powiedzieć, że prawo jest autopojetyczne, to jednak wciąż mało; prawo jest bowiem systemem refleksyjnym. Refleksyjność, jako nadbudowana nad pojęciem autopojezy, jest własnością jeszcze bardziej kwalifikowaną: każdy system refleksyjny jest autopojetyczny, ale nie odwrotnie. Co zatem oznacza twierdzenie o refleksyjnym charakterze prawa? Odpowiedzi częściowo udzieliły już wcześniejsze rozważania nad ewolucją prawa: prawo refleksyjne to takie, które w procesie samoopisu rozpoznaje nie tylko własną autopojetyczność, ale także autopojetyczność innych podsystemów społecznych. Refleksyjność oznacza więc, że prawo „reflektuje” fakt bycia jednym z wielu systemów autopojetycznych (Teubner 1993, 69).

Mamy tu przedstawioną niezwykle cenną myśl, która w późniejszych pracach autora (Teubner 2012, 102–110) zostanie określona mianem „podwójnej refleksyjności”. Zgodnie z nią refleksyjność z natury rzeczy ulega podwojeniu: system jest refleksyjny o tyle, o ile obserwuje refleksyjność innych systemów i reaguje na ten fakt. Oczywiście, reakcja taka – zgodnie z modelem systemu jako „maszyny nietrywialnej” – zawsze jest wewnętrzną sprawą systemu. Podkreślić jednak należy, że to refleksyjność innego systemu jest tym, co pobudza system do reakcji i co umożliwia jego własną refleksyjność. Innymi słowy, refleksyjność innego systemu, postrzeganego jako *alter Ego*, stanowi warunek refleksyjności.

Wprowadzenie teorii autopojezy w centrum koncepcji prawa refleksyjnego skutkuje podwójnym przesunięciem: w zakresie społecznej funkcji prawa oraz modelu jego ewolucji. Pierwsze z tych zagadnień jest na tyle istotne i złożone,

że omawiam je osobno, w pkt 7.2. W drugiej natomiast ze wskazanych kwestii autor zdaje się dochodzić do wniosku, że przyjmowana przezeń wcześniej, a inspirowana klasycznym funkcjonalizmem, przyczynowo-skutkowa wizja ewolucji prawa jest nie do pogodzenia z tezą o autopojetycznym, a zatem samosterowalnym charakterze systemu prawnego. Skoro prawo jest systemem (choćby częściowo) autopojetycznym, to czynniki zewnętrzne mogą mieć tylko pośredni wpływ na jego rozwój; decydujące znaczenie zyskuje za to dynamika jego wewnętrznych struktur (Teubner 1993, 56–58)⁵⁶. Można więc powiedzieć, że w stosunku do wcześniej zakładanej przez tego autora wizji ewolucji prawa rola czynników zewnętrznych (funkcja) i wewnętrznych (struktura) ulega odwróceniu.

7.2. Społeczna regulacja

Akceptacja zasadniczych założeń autopojezy zmusza do zmierzenia się z problemem, jak możliwa jest jakakolwiek regulacja poprzez prawo. Czy – biorąc pod uwagę autopojetyczne „podwójne zamknięcie”: samego prawa i podsystemu, którego dotyczyć ma regulacja – możliwe jest prawne oddziaływanie na tenże podsystem (Teubner 1993, 70–71)? Przecież, gdyby potraktować kwestię autopojetyczności w sposób radykalny, należałoby przyjąć, że „to nie legislacja wytwarza porządek w społecznych podsystemach. To same te podsystemy selektywnie wykorzystują legislację i używają jej w sposób arbitralny, aby samodzielnie wytworzyć swój własny porządek”. Innymi słowy, z perspektywy innych systemów regulacje prawne musiałyby być uznane jedynie za „hałas”, który może służyć do samodzielnego wytworzenia porządku, zgodnie z autopojetyczną zasadą *order from noise* (Teubner 1993, 75).

Teubner poszukuje możliwości pogodzenia autopojezy z regulacyjną funkcją prawa, raz jeszcze kładąc nacisk na pośredni charakter regulacji, jakim miałyby się odznaczać prawo refleksyjne. W celu uzasadnienia, jak jest możliwa choćby taka, pośrednia regulacja, wprowadza on pojęcie interferencji. Jak jednak zobaczymy, nie jest to operacja bezkosztowa: regulacyjna moc prawa refleksyjnego jawi się ze stanowiska autopojetycznego jako jeszcze słabsza niż we wcześniejszej wersji teorii Teubnera.

Interferencja polega na wzajemnej komunikacji pomiędzy autopojetycznymi systemami (Teubner 1993, 86 i n.). Komunikacja taka jest możliwa między systemami społecznymi i tylko między nimi – z tego względu, że stanowią one składowe szerszego systemu, jakim jest społeczeństwo. Dzięki przynależności do systemu społeczeństwa wszelkie podsystemy społeczne – prawo, gospodarka, polityka, administracja, nauka itp. – zbudowane są z tego samego budulca,

⁵⁶ Okazuje się zatem, że próba oparcia modelu ewolucji na założeniach teorii autopojezy skutkuje u Teubnera paradoksalnym zbliżeniem się do, wcześniej przezeń krytykowanej, wizji Selznicka.

jakim jest komunikacja (Luhmann 2007, 132). Ten sam komunikat może zatem komunikować coś jednocześnie w ramach kilku systemów (może stanowić element każdego z nich). Jak ujmuje to autor w odniesieniu do prawa: „Każda wyspecjalizowana komunikacja prawna jest zawsze jednocześnie ogólną komunikacją społeczną” (Teubner 1993, 88). W ten sposób podsystemy mogą „dzielić się” komunikacją, jakkolwiek każdy z nich przypisywać jej będzie inne znaczenie. Przykładowo, uchwalenie nowego kodeksu spółek handlowych, zawarcie umowy gospodarczej między dwoma państwami czy wyrok sądu przyjmujący określoną interpretację prawa podatkowego mogą jednocześnie komunikować określone treści w systemach prawnym, gospodarczym, administracyjnym i politycznym – choć w każdym z nich będą to treści odmienne⁵⁷.

Okazuje się jednak, że najlepiej przystosowana do takiego modelu między-systemowej interakcji jest strategia „regulacji opcjonalnej”, zgodnie z którą prawo dostarcza poszczególnym podsystemom jedynie pewnych alternatywnych opcji działania, z których te mogą skorzystać lub nie (Teubner 1993, 93–94). Refleksyjne podsystemy „sięgają” po prawo, gdy nie są w stanie samodzielnie ugruntować własnej autonomii; prawo służy wtedy jako mechanizm wzmacniania ich autonomii i refleksyjności (Teubner 2012, 107–108).

Jest oczywiste, że w ten sposób ewentualny wpływ prawa na poddawane regulacji systemy ulega jeszcze większemu ograniczeniu, niż miało to miejsce we wcześniejszej wersji prawa refleksyjnego. Nasuwa się jednak wątpliwość, czy takie czysto służebne i nieimperatywne prawo refleksyjne jest jeszcze w stanie pełnić przypisywaną mu uprzednio funkcję, jaką była koordynacja działania poszczególnych podsystemów. Teubner nie odnosi się do tej kwestii wprost, z jego uwag można jednak wyczytać pewien sceptycyzm w tym względzie. Zalety prawa refleksyjnego w tej nowej odsłonie definiowane są inaczej: dostarczając określonych schematów komunikacyjnych, ma ono wspierać wewnętrzną ewolucję poszczególnych podsystemów (Teubner 1993, 94–95). Systemy te, czyniąc użytek z komunikacji prawnej, zwrótnie „żywią” z kolei system prawa poprzez stymulowanie prawnej komunikacji (Teubner 2002). Wydaje się, że idea prawa postregulacyjnego, czyli nieingerencyjnej „stymulacji w miejsce kontroli” (Teubner 1984b, 298), zostaje tu jeszcze zradyzalizowana.

Wyznaczenie prawa tego pokroju funkcji czyni znacznie trudniejszą refleksyjną koordynację między poszczególnymi systemami. Nie oznacza to jednak, że potrzeba takiej koordynacji podlega zanegowaniu. Przeciwnie – w obliczu autonomicznie ewoluujących i samoregulujących się systemów potrzebujemy, kolokwialnie mówiąc, jeszcze więcej refleksyjności, aby zintegrować ich funkcjonowanie i wyważyć między ich oczekiwaniami. Jeśli jednak dobrze odczytuję

⁵⁷ Co do wątpliwości, czy tak rozumiana „interferencja” różni się czymkolwiek od Luhmannowskiej koncepcji sprzężenia strukturalnego i czy może zrealizować pokładane w niej przez autora nadzieje na jakąś formę międzysystemowej komunikacji, zob. np. Habermas 2005a, 67–71.

intencje autora, integracja taka będzie przebiegać w sposób odmienny od wcześniej zakładanego: to już nie prawo ma za zadanie koordynować działania wszystkich podsystemów, ale każdy z nich poszukuje takiej koordynacji za pomocą własnych mechanizmów refleksyjnych i i opierając się na własnych, autonomicznych kryteriach. Tym samym z rozważanej teorii znikają resztki myślenia o prawie jako o centrum integracji społecznej. Zamiast tego otrzymujemy obraz sieci wzajemnie się obserwujących i reagujących na te obserwacje podsystemów, które w ten sposób negocjują wzajemnie swoje oczekiwania i działania. (Żywo przypomina to koncepcję „podwójnej kontyngencji” Luhmanna). O ile więc np. system ekonomiczny poszukiwać będzie takiej koordynacji, która byłaby „efektywna”, o tyle system prawny dążyć będzie do uzgodnienia, które mogłoby zostać uznane za „legalne”. W obrębie prawa zadanie dokonywania takich uzgodnień zostaje powierzone doktrynie prawnej jako refleksyjnemu samoopisowi prawa i społeczeństwa (Teubner 1993, 100 i n.). W tym duchu Teubner określa doktrynę mianem nowego „prawa prywatnego międzysystemowego”⁵⁸, na wzór starszego prawa prywatnego międzynarodowego, regulującego konflikty jurysdykcji. W dzisiejszym społeczeństwie w mniejszym stopniu – zdaniem autora – trzeba rozstrzygać kolizje między jurysdykcjami poszczególnych państw, a w znacznie większym konflikty „jurysdykcyjne” między poszczególnymi podsystemami (Teubner 1993, 107).

8. Gunther Teubner: krytyka

W swoim projekcie prawa refleksyjnego Teubner podejmuje próbę pogodzenia zewnętrznej teorii autopoezy z normatywnymi oczekiwaniami wobec prawa. Ten zrozumiały zamiar prowadzi jednak, jak się zdaje, do niespójności całej konstrukcji. Trudno bowiem wyjaśnić, jak czysta refleksyjność systemu prawa miałaby umożliwiać wypełnianie przez nie funkcji regulacyjnej. Jak trafnie uważa Habermas:

Z jednej strony dyskurs prawny ma być uwięziony w swej samoreprodukcji i konstruować tylko własne, wewnętrzne obrazy świata zewnętrznego; z drugiej strony, ma on przekształcać i wykorzystywać „komunikację ogólnie społeczną”, by móc „wpływać” na ogólne społeczne konstrukcje rzeczywistości, i na tej drodze też na konstrukcje rzeczywistości tworzone w innych światach dyskursowych. Te dwa stwierdzenia trudno ze sobą pogodzić (Habermas 2005a, 68).

Zdaniem części komentatorów (King 2006; Winczorek 2015) błąd autora polega na tym, że nie trzyma się on konsekwentnie założeń autopoezy; zdaniem innych (Morawski 1991, 176–177) – na tym, że nie ma odwagi wyrzucić

⁵⁸ W oryg. „Intersystemic Law of Conflict” (Teubner 1993, 100).

tej ostatniej do kosza. Przeważa jednak wspólne przekonanie, że pełne, spójne połączenie obu przyjmowanych przez niego perspektyw nie jest możliwe.

Jak się wydaje, oścień błędu, który można by wytknąć Teubnerowi, polega na tym, że ujęta na sposób autopojetyczny refleksyjność nie może sama z siebie być źródłem normatywności i podstawą dla podejmowania decyzji praktycznych. Próby budowy takich czysto refleksyjnych systemów, w których nie funkcjonowałyby żadne bardziej materialne kryteria podejmowania decyzji, prowadzą tym samym do zjawiska „przeciążenia refleksyjnością”: refleksja, zamiast rozwiązaniem, staje się ciężarem, a sam system zmuszony jest angażować coraz większe zasoby w narastające hipercykliczne pętle samoobserwacji.

Ujmując rzecz w języku teorii systemów, refleksyjność prawa prowadzi, jak każda forma autoreferencji, do tautologii i paradoksów; refleksyjność, choć konstytutywna dla systemu, jest zarazem jego obciążeniem. Dostrzegł to Luhmann, a Teubner próbował przeskoczyć – nieskutecznie. Jego teoria sprawia wrażenie, że na kłopoty z refleksyjnością ma on jedną podstawową radę: „Więcej refleksyjności!”. Zastosowanie się do tej recepty zamiast do rozwiązania i łagodzenia napięć prowadziłoby jednak do dodatkowego obciążenia systemu i namnożenia paradoksów.

Refleksyjność systemu wymaga zatem takiego działania, które pozwalałoby na detautologizację i deparadoksalizację. Działanie takie nie może jednak wynikać z samych procesów refleksyjnych (byłby to przecież kolejny paradoks), a będzie pochodzić z zewnątrz systemu, jako interwencja o charakterze materialnym; będzie to, jak pisze Winczorek (2015, 204), rozwiązanie polityczne. W ostateczności, przy całej refleksyjności procedur prawnych, konieczne okazuje się mniej czy bardziej autorytatywne rozstrzygnięcie: którym wartościom, interesom, poglądom czy roszczeniom przyznać pierwszeństwo – rozstrzygnięcie, które nie będzie się dało uzasadnić za pomocą samej refleksyjności procesu. Okazuje się więc, że refleksyjność jest mechanizmem fundamentalnie niesamodzielnym – może wspierać podejmowanie decyzji, ale nie może go zastąpić.

Dokładnie ta właściwość refleksyjności wydaje się sprzeczna z oczekiwaniami Teubnera. Przyjmuje on postawę, którą Jiří Příbáň (2012) określił jako „lęk przed politycznością”: refleksyjność, jak zostało już powiedziane, ma tu wystąpić w roli samoistnego źródła normatywności, wypierając czynnik polityczny z procesu decyzyjnego⁵⁹. W konsekwencji prawo refleksyjne sprawia wrażenie próby wynalezienia kwadratury koła, zjedzenia ciastka i zachowania

⁵⁹ Teubner zdaje się z czasem dostrzegać ten problem, dlatego też w swojej ostatniej książce wprowadza dobrze już uleżane rozróżnienie między instytucjonalną „polityką” (*la politique*) a „politycznością” (*le politique*). Byłby to zabieg godny pochwały, gdyby nie fakt, że polityczność zostaje natychmiast pokawałkowana i rozparcelowana pomiędzy poszczególne podsystemy, stając się „refleksją nad ich społeczną tożsamością”. W ten sposób *le politique* z punktu widzenia dowolnego systemu nie zajmuje pozycji zewnętrznej, ale staje się jedynie elementem jego wewnętrznej refleksji (por. Teubner 2012, 114–116).

go: ma być regulacją wolną od regulacji, programem politycznym pozbawionym jakichkolwiek rozstrzygnięć politycznych. Niestety, nie wydaje się, aby ten jawny paradoks – jeszcze jeden, który serwuje nam teoria systemów! – był możliwy do utrzymania.

9. Podsumowanie

Teoria systemów stanowi niewątpliwie – czy się to komu podoba czy nie – jedną z najważniejszych perspektyw we współczesnej socjologii prawa. Zarówno jej wersja przedstawiona przez Niklasa Luhmanna, jak i ta, którą proponuje Gunther Teubner, stanowią trwałe punkty odniesienia w szczególności dla rozważań nad refleksyjnością systemu prawa. Refleksyjność, rozumiana jako samoodniesienie, stanowi tu bowiem niezbywalną własność systemu i centralną kategorię analizy systemowej. Już samo pojęcie systemu, jakie wprowadza Luhmann – którego stanowisko teraz podsumuję – zakłada jego samozwrotność. System bowiem powstaje na drodze odróżnienia samego siebie od własnego środowiska. Ta ogólna refleksyjność ulega wzmocnieniu w przypadku systemów społecznych, do jakich należy prawo. Systemy tego typu składają się z operacji komunikacji, w których dochodzi do komunikowania sensu; z natury zarówno sensu, jak i komunikacji wynika, że mają one formę samozwrotną. System prawa komunikuje się więc autoreferencyjnie z samym sobą, w ten sposób odpowiadając na wyzwanie podwójnej kontyngencji i redukując nadmierną złożoność własnego otoczenia.

Refleksyjność systemu obejmuje dwa podstawowe poziomy: kognitywny (który polega na samoobserwacji, odpowiada więc wymiarowi hermeneutycznemu według terminologii rozdziału I) oraz operacyjny (na którym system reprodukuje sam siebie na drodze autopojezy – jest to więc wymiar strukturalny). Poziomy te są przy tym ściśle wzajemnie związane: samoobserwacja stanowi niezbędny warunek autopojezy, „ponieważ reprodukcja elementów wymaga tego, by owe elementy podlegały reprodukcji jako elementy systemu, a nie czegoś innego” (Luhmann 2007, 42; zob. też Luhmann 1998b, 16). Zarazem, dzięki obserwacji własnej granicy, system może doświadczać „irytacji” z zewnątrz, co pobudza procesy jego reprodukcji.

Refleksyjność jest jednak dla systemu tyleż konieczna, co problematyczna. Prowadzi ona do tautologii i paradoksów, które wymagają reakcji ze strony systemu. Cykl refleksyjności nigdy nie jest też pełen, ponieważ każda refleksja jest ślepa na to, co ją konstytuuje. Refleksyjne samoodnoszenie się systemu do siebie samego ma więc „ślepą plamkę”, od której jest zależne, której jednak nie jest w stanie kontrolować. Stąd też refleksyjność nie może pełnić roli wiążącej zasady, która zapewniałaby systemowi spoistość; jak stwierdza Luhmann, nie jest

ona zasadą, lecz paradoksem. Refleksyjność pozbawiona jest w tej interpretacji charakteru normatywnego.

Właśnie to skasowanie normatywności staje się wszakże źródłem jednej z podstawowych wątpliwości dotyczących użyteczności teorii Luhmanna dla nauk prawnych – przynajmniej w zakresie konstruowania pojęcia społecznej refleksyjności prawa przez te nauki. Normatywność znika tu bowiem całkowicie – po pierwsze dlatego, że refleksyjności nie można przypisać żadnej pozytywnej roli w systemie prawa, po wtóre, ponieważ samo prawo, oglądane z perspektywy socjologicznej, pozbawione zostaje mocy wiążącej. Ten redukcjonizm omawianej teorii uniemożliwia pełne ujęcie problemu refleksyjności prawa za jej pomocą. Druga wątpliwość dotycząca omawianej teorii ma charakter szerszy i polega na stwierdzeniu jej programowego braku relewancji dla nauk prawnych. Opis prawa, którego dostarcza ta teoria, jest bowiem z założenia opisem czysto zewnętrznym, konstruowanym w autopojetycznej komunikacji systemu socjologii; jako taki, nie może on być przyswojony przez prawoznawstwo, wchodzące w skład systemu prawa.

Takie normatywnie zorientowane pojęcie refleksyjności, które odpowiadałoby jego rozumieniu typowemu dla nauk prawnych, próbuje z kolei skonstruować Teubner. W rozwoju teorii tego autora wyróżnić można dwa etapy, które umownie określe jako „ewolucyjny” i „autopojetyczny”. Pierwszy z nich podsuwa nam funkcjonalną interpretację ewolucji nowoczesnego prawa, od typu autonomicznego, przez materialny, po prawo refleksyjne. Jak stwierdza autor, jedynie to ostatnie adekwatnie odpowiada na systemowe zróżnicowanie nowoczesnego porządku społecznego. Prawo refleksyjne to takie, które rozpoznaje samo siebie jako system autopojetyczny wśród innych autopojetycznych systemów. Tym samym rezygnuje ono z prób bezpośredniej ingerencji w inne społeczne podsystemy. Zamiast tego pełni ono funkcję koordynacji działania poszczególnych systemów; w realizacji tej funkcji kluczową rolę odgrywa właśnie prawna refleksyjność.

Drugi etap rozwoju omawianej teorii wiąże się ze wzrostem znaczenia kategorii autopojezy. Prawo refleksyjne w tej interpretacji jest „hipercyklem” samowytwarzania, samozarządzania i samoopisu. Również tutaj prawo takie postrzega swoje środowisko jako złożone z podobnie refleksyjnych systemów. Refleksyjność prawa jest więc z założenia częścią szerszej struktury „podwójnej refleksyjności”, w której uczestniczy zarówno system prawny, jak i inny system społeczny.

W obu swych wersjach teoria prawa refleksyjnego Teubnera skutkuje szczególnymi poglądami na regulacyjną funkcję prawa. Zgodnie z tym ujęciem prawo refleksyjne reguluje funkcjonowanie innych systemów na sposób niewładczy, rezygnując z ingerencji w ich autonomię. Zamiast tego udostępnia ono swoją refleksyjność w celu wzbudzenia refleksyjnych procesów sterowania wewnątrz tych podsystemów, zgodnie z ich własną logiką. Najbardziej radykalnym wyrazem tej koncepcji jest proponowana przez autora formuła „regulacji opcjonalnej”.

Również ta próba zastosowania teorii systemów do prawa budzi zasadnicze wątpliwości, spośród których wskażę tu tylko dwie. Od strony teoretycznej nasuwa się pytanie o spójność całego projektu, w którym próbuje się łączyć auto-pojezę prawną z pełnieniem przez prawo funkcji regulacyjnych i koordynacyjnych. Z kolei od strony praktycznej proponowany tu program regulacji opcjonalnej, „regulacji bez regulacji”, ma małe szanse na zagwarantowanie takiej koordynacji. Jak się zdaje, oba te problemy omawianej teorii mają wspólne źródło: jej autor próbuje osadzić (czysto formalnie pojętą) refleksyjność w charakterze samoistnego źródła normatywności, wierząc jak gdyby, że z hipercyklicznych pętli samoodniesień wyłonią się wiążące standardy, pozwalające rozstrzygać złożone problemy praktyczne. Trudno podzielać tę wiarę – refleksyjność nie jest w stanie sama wygenerować ani zastąpić, zewnętrznych wobec niej, rozstrzygnięć normatywnych.

Rozdział III

Prawo jako instytucja responsywna: Philip Selznick

Czytana osobno, praca Noneta i Selznicka, w której przedstawiają oni koncepcję prawa responsywnego (Nonet i Selznick 1978), może budzić rozczarowanie. Być może remedium na ten stan jest uznanie jej szczególnego charakteru: to raczej manifest niż kompletne studium naukowe, materiał określany przez Anglosasów wdzięcznym terminem *'kick-off'*, zatem szkic mający inspirować, sygnalizować istotne punkty i zachęcać do dalszych badań. Próżno doszukiwać się w tym tekście pogłębionej analizy teoretycznej czy szczegółowych danych empirycznych. Stąd też wrażenie pewnej enigmatyczności idei, która przyświecała autorom.

Idea ta nie została jednak sformułowana w izolacji; przeciwnie, pojęcie prawa responsywnego wpisuje się wyraźnie w spójny projekt teoretyczny, jaki Philip Selznick rozwijał na przestrzeni lat nie tylko w obszarze prawa, ale także socjologii ogólnej. Jak się zatem wydaje, dla zrozumienia intencji Selznicka (i Noneta)¹ niezbędne jest sięgnięcie do innych prac tego autora. Taka też myśl przyświeca poniższym rozważaniom, w których koncepcja prawa responsywnego przedstawiana jest na tle ogólnych poglądów socjologiczno-prawnych jej autora.

Istnieje jeszcze dodatkowy wzgląd, dla którego socjologiczno-prawny dorobek Selznicka warto przedstawić w bardziej całościowym ujęciu: w przeciwieństwie do samej koncepcji prawa responsywnego nie był on jak dotąd przedmiotem systematycznej analizy w rodzimej literaturze (a przynajmniej żadne takie opracowanie nie jest mi znane). Wydaje się więc, że istnieje potrzeba przybliżenia podstawowych jego elementów polskiemu czytelnikowi.

¹ Przywoływana praca ma, rzecz jasna, dwóch autorów, istnieją jednak uzasadnione powody, dla których wyłożone w niej poglądy należy wiązać przede wszystkim z Selznickiem – i tak też będę czynił dalej. Po pierwsze, wkrótce po jej opublikowaniu u Noneta dochodzi do istotnej zmiany poglądów, które od tej chwili stają się krytyczne wobec stanowiska przedstawionego w *Law and Society in Transition* (zob. Nonet 2002; Krygier 2012, 187). Po drugie, wyłożone w tej pracy idee można zrozumieć najlepiej, gdy wkomponować je w ramy ogólnego stanowiska Selznicka, przedstawionego w innych jego pracach. Koncepcję prawa responsywnego będę więc analizował na tle pomysłów teoretycznych Selznicka, unikając jałowych w gruncie rzeczy prób oddzielania osobistego wkładu każdego z autorów.

Poglądy omawianego autora zostaną wyłożone w następującym porządku. Na wstępie przyjrzę się podstawowym założeniom metodologicznym przyjmowanym przez Selznicka. Następnie poświęcę uwagę – kluczowemu w socjologicznym projekcie tego autora – pojęciu instytucji, starając się jednocześnie odtworzyć sposób, w jaki rozumiana jest jedna z centralnych instytucji nowoczesnych społeczeństw, czyli prawo. Dalej wypadnie rozważyć ważną dla prawidłowego zrozumienia intencji Selznicka kwestię, jaką jest zakorzenienie jego teorii w greckiej filozofii społecznej, szczególnie zaś w tradycji arystotelesowej. Wszystko to będzie stanowić dogodny punkt wyjścia dla analizy koncepcji prawa responsywnego, co też zostanie przeprowadzone w następnym kroku. Wreszcie na koniec przedstawię wybrane zarzuty względem tego projektu i najważniejsze uwagi podsumowujące.

1. Świat ideałów i metodologiczny program Philipa Selznicka

W zasadzie cała myśl socjologiczna Selznicka wyrasta z założenia, że dla właściwego zrozumienia faktów społecznych – praktyk, instytucji, grup etc. – konieczne jest potraktowanie serio ideałów moralnych, wokół których zjawiska te się organizują. Ideały² wyznaczają tożsamość praktyk i zbiorowości istniejących w każdym społeczeństwie. Podkreśliśmy, że tak rozumiane ideały muszą być w konsekwencji postrzegane jako istniejące rzeczywiście (stanowią one *robust and grounded aspects of social reality* (Selznick 1995, 11)), wbrew pozytywistycznemu przekonaniu o czysto subiektywnym charakterze fenomenów moralnych.

Z tego wyjściowego założenia wynikają właściwie wszystkie cechy charakteryzujące przyjętą przez Selznicka metodologię, które można ująć najogólniej w dwóch hasłach wywoławczych: połączenia opisu z normatywnością („socjologiczny naturalizm”) oraz instytucjonalnego rozwoju³. Pierwsze z haseł zawiera w sobie nie tylko uznanie potrzeby łączenia na poziomie teorii twierdzeń opisowych i normatywnych, ale także dążenie do wyważenia pomiędzy „idealizmem” a „realizmem” oraz między afirmacją i krytyką w opisie instytucji. Drugie hasło przywołuje zakładaną przez Selznicka wariantywność teorii socjologicznej, odrzucenie minimalizmu oraz perspektywę ewolucjonistyczną. Każdy z tych punktów okaże się istotny także dla właściwego rozumienia koncepcji prawa responsywnego.

² Selznick określa je często jako „nadrzędne ideały” (*master ideals*), utożsamiając je też niekiedy z wartościami etycznymi (por. Selznick 1961, 86–89; 1995; zob. jednak Selznick 2008, 55–56). Idąc tym tropem, nie będę wyraźnie odróżniał tych wyrażen (tj. ideału i wartości), starając się w miarę konsekwentnie posługiwać raczej określeniem „ideał”, które wydaje się bliższe intencjom samego Selznicka.

³ Metodologiczny program Selznicka rekonstruuje w eleganckiej formie Sanne Taekema (2003, 99 i n.).

1.1. Socjologiczny naturalizm

Podejście badawcze, które Selznick określa jako „socjologiczny naturalizm” (a które w swych późniejszych pracach skłonny był wpisywać także w szeroki nurt socjologii humanistycznej (Selznick 1995; 2008)), inspirowane jest, zdaniem autora, przez pragmatyzm filozoficzny w wydaniu Johna Deweya⁴. Podstawowym zadaniem socjologii w tym ujęciu jest interpretacja wspomnianych ideałów moralnych wrośniętych w ludzkie praktyki (Selznick 1961, 86–88). Jest to naturalizm, bowiem punkt wyjścia w badaniu stanowi zawsze natura świata społecznego. Sam Selznick przeciwstawia takie nastawienie pozytywizmowi w naukach społecznych; oba podejścia dążą wprawdzie do obiektywizmu, jednak pozytywizm czyni to za cenę zafałszowania obrazu wspomnianej natury świata społecznego, która przesiąknięta jest fenomenami o charakterze normatywnym – wartościami, normami i ideałami konstytuującymi praktyki społeczne. Tylko więc taka metoda badawcza, która podchodzi do owych fenomenów z należytą powagą, może dać niezafałszowany obraz świata społecznego. Potrzeba uznania fenomenów normatywnych za realne byty społeczne wynika zatem z samego wymogu wierności nauki jej własnemu przedmiotowi badań. Wierność ta wyklucza wszelkie formy skrajnego redukcjonizmu, który sprowadzałby „religię do fantazji, edukację do tresury, miłość do przywiązania, prawo do władzy” (Selznick 1995, 3).

Jak pisze sam Selznick (1995, 1), „przy takim spojrzeniu badania socjologiczne muszą być zarówno normatywne, jak i opisowe”, jednak nie tylko w tym sensie, że istnieje w socjologii miejsce na oba typy rozważań. Autorowi chodzi raczej o to, że nie da się wyrazić od siebie oddzielić obu tych rodzajów dociekań, a znaczna część twierdzeń z zakresu nauk społecznych ma mieszany, opisowo-normatywny status⁵. Podejrzliwość wobec ścisłego rozróżniania faktów i wartości (rozróżniania będącego, jak pisze Selznick (1961, 86), potrzebą „niewyszukanej umysłowości”), jak zresztą wobec wszelkich tego typu *quasi*-ontologicznych dychotomii, autor czerpie z przywoływanego już stanowiska filozoficznego amerykańskiego pragmatyzmu. Dodajmy, że kategorie opisowości i normatywności należy tu rozumieć szeroko; pierwsza obejmuje więc też twierdzenia eksplanacyjne (a także, jak się zdaje, sądy analityczne), druga zaś – obok wypowiedzi *stricte* normatywnych – zawiera również te krytyczne.

Jak jednak rozumieć zakładaną przez autora normatywność teorii? Istnieje tu co najmniej kilka możliwości, a podstawowym rozróżnieniem w tym zakresie jest to pomiędzy sądami normatywnymi o charakterze pierwotnym (niezrelatywizowanymi) a tymi określanymi mianem sądów zrelatywizowanych (systemowo lub

⁴ Na temat pragmatystycznych źródeł teorii Selznicka zob. zvl. Taekema 2003, 100–110.

⁵ Ściśle rzecz biorąc, taki status będą mieć, zdaniem Selznicka, twierdzenia teoretyczne, w odróżnieniu od, nakierowanych na możliwie neutralny opis, formuł definicyjnych (Selznick 1995, 11–15; [1969] 1980, 4–5).

instrumentalnie), sądów drugiego stopnia, czy też „zdystansowanych” (*detached*). Sam Selznick nawiązuje do analogicznego rozróżnienia, zaproponowanego przez Ernesta Nagela, pomiędzy sądami wartościującymi o charakterze charakteryzującym a oceniającym (Selznick 1995, 9; por. Nagel 1982). Pierwsze pozostają zrelatywizowane (do zakładanych celów lub innych wartości), drugie mają charakter pierwotny. Jeśli sugestią Selznicka, że analiza socjologiczna nakierowana jest na formułowanie sądów wartościujących pierwszego rodzaju (sądów zrelatywizowanych), traktować z pełnym zaufaniem, wówczas normatywny charakter tej teorii byłby jedynie pozorny. Sądy tego rodzaju dają się bowiem dość łatwo interpretować jako zdania w sensie logicznym, wyrażające sądy opisowe – w postaci zdań deontycznych („W systemie S obowiązuje norma N”; ewentualnie „...uznawana jest wartość W”) lub zdań warunkowych („Jeśli uznać wartość W, to – przy spełnieniu ew. dodatkowych warunków – należy uznać obowiązywanie normy N”). Poglądy Selznicka prezentowane konsekwentnie w innych jego pracach każą jednak przyjąć, że powyższa sugestia jest do pewnego stopnia myląca, a wprowadzone rozróżnienie dwóch rodzajów sądów wartościujących – niewystarczające, twierdzenia nauk społecznych mają bowiem jeszcze inny status logiczny. Są one, owszem, zrelatywizowane zarówno względem nadrzędnego ideału danej instytucji (są więc formułowane z „wewnętrznego” dla tej instytucji punktu widzenia), jak i wobec istniejących uwarunkowań społecznych. Oznacza to, że – biorąc pod uwagę konkretne okoliczności – nie zawsze określenie, czego wymaga realizacja ideału, prowadzić musi automatycznie do akceptacji takiego sposobu działania w praktyce. Wskazany sposób realizacji ideału instytucjonalnego może bowiem okazać się aktualnie niemożliwy, zbyt kosztowny, lub też prowadzący do naruszenia innych uznanych za istotne wartości. Zarazem jednak formułowanie tego typu zrelatywizowanych twierdzeń dotyczących możliwych sposobów realizacji ideału zakłada, zdaniem Selznicka, uznanie samego ideału za rzeczywiście wiążący, innymi słowy, uznanie danej instytucji za wartościowy składnik świata społecznego. Należy więc odróżnić sposób rozumienia przez autora sądów dotyczących samego nadrzędnego ideału instytucjonalnego – które mają charakter pierwotny i zakładają uznanie go za wiążący – oraz sądów dotyczących konkretnych możliwych sposobów realizacji danego ideału w aktualnych warunkach, które rzeczywiście pozostają zrelatywizowane, i to w dwójnasób (względem faktów oraz wartości).

Zarysowane wyżej stanowisko ma bezpośrednie przełożenie na kolejny aspekt przyjętej przez Selznicka postawy metodologicznej, jakim jest próba łączenia „idealizmu” z „realizmem” (Krygier 2012, 29–42). To nastawienie badawcze jest bowiem idealistyczne w takim zakresie, w jakim koncentruje swoją uwagę na ideałach i wartościach – i uznaje je zarówno za *rzeczywiste*, jak i *wiążące*. Zarazem jednak dąży do realizmu, uznając, że ideały istnieją tylko o tyle, o ile są faktycznie wcielane w życie przez konkretne praktyki. Selznick będzie zatem skłonny analizować nie tylko te zjawiska i procesy, które służą rozwojowi

i umacnianiu owych ideałów, ale również te, które hamują ich rozwój; wymogi „naturalistycznej” obiektywności nie pozwalają ignorować istniejących ograniczeń i sprzeczności towarzyszących urzeczywistnianiu wartości w badanym obszarze życia społecznego. Często też charakterystyczny dla danego obszaru ideał będzie mieć charakter latentny – mówiąc przenośnie, będzie on funkcjonował raczej jako zasiane ziarno, źródło potencjalnego wzrostu instytucji niż jako w pełni rozwinięte drzewo, którego gałęzie osłaniałyby cały ten obszar. Do kwestii tej wrócę za chwilę, mówiąc o ewolucjonizmie teorii Selznicka.

Mieszanka „realizmu” z „idealizmem” oznacza jednak coś jeszcze: wymóg, aby badanym ideałom społecznym nadawać możliwie konkretną treść. Powiedzieć np., że dla instytucji życia rodzinnego ideałem takim jest bliskość, dla instytucji politycznych – legitymizacja czy dla prawa – legalność, to nie powiedzieć niemal nic, a w każdym razie rozczarowująco mało. Jest to nie tylko niesatysfakcjonujące teoretycznie, ale i niebezpieczne politycznie, ponieważ zbyt abstrakcyjnie zdefiniowane ideały łatwo poddają się instrumentalizacji. Selznick mówi tu o „intymnej więzi pomiędzy oportunistą i myśleniem utopijnym”, ponieważ zbyt ogólne cele i ideały nie dostarczają konkretnych wytycznych do działania, łatwo służąc za „ochronną przykrywkę, pod którą można podejmować decyzje w całości nastawione na własną korzyść” (Selznick 1992, 249; zob. Krygier 2012). Mówiąc prościej, zbyt abstrakcyjnie ujęty ideał pozwala uzasadnić niemal wszystko, łącznie z najgorszymi zbrodniami. Autor *The Moral Commonwealth* poświęca więc wiele uwagi temu, w jakich dokładnie formach przejawia się dany ideał i jaka szczegółowa treść jest mu nadawana w określonym miejscu i czasie. Stąd też badanie socjologiczne nie może nie uwzględniać wyników szczegółowych badań empirycznych nad sposobami, w jakie uczestnicy praktyk społecznych rozumieją i realizują (nie zawsze w pełni świadomie) kluczowe dla danej praktyki wartości. Jak pisze Martin Krygier, cytując jedną z prac Selznicka: „Jeśli ideały mają być traktowane z powagą, niezbędna jest rzeczywista troska o ich ucieleśnienie w działaniu, szczególnie w rutynie instytucjonalnego życia” (Krygier 2012, 96)⁶.

Należy wreszcie zauważyć, że teoria Selznicka – głównie za sprawą owego melanzu idealizmu z realizmem – stara się mediować pomiędzy dwoma innymi opozycyjnymi podejściami w naukach społecznych: afirmatywnym i krytycznym. Teoria ta jest afirmatywna o tyle, o ile uznaje realną wartość interpretowanych w jej ramach ideałów moralnych; jeśli dany ideał rozpoznaje się jako rzeczywiste dążenie moralne, nie sposób z gruntu odrzucić wartości tych instytucji społecznych, które mają służyć jego realizacji. Stąd też niezgoda Selznicka na radykalnie krytyczną teorię społeczną (którą wiąże m.in. z perspektywą neomarksiistowską, a która w naukach prawnych realizowana była np. przez ruch *CLS*)

⁶ Jest to cytat z przedmowy do wydania pracy Selznicka *TVA and the Grass Roots*, pochodzącego z roku 1966 (s. x).

(Nonet i Selznick 1978, 4–8). Zarazem jednak równie trudno byłoby podchodzić do tych istniejących instytucji w sposób bezkrytyczny; rozpoznanie ideału stanowi punkt wyjścia dla krytyki realiów świata społecznego tam, gdzie przyczyniają się one do kulawej i ograniczonej realizacji leżących u ich podstaw dążeń etycznych.

1.2. Rozwój instytucji

Uznanie, że teoria socjologiczna nakierowana jest na badanie ideałów instytucjonalnych i sposobów ich urzeczywistniania prowadzi do odrzucenia postawy, którą można by określić mianem normatywnego minimalizmu. Jako przykład negatywny służy tu Selznickowi podejście funkcjonalistyczne. Pod pewnymi względami jego własny projekt teoretyczny jest do funkcjonalizmu podobny; w obu bowiem centralną rolę pełnią twierdzenia z ową charakterystyczną „przymieszką normatywną”, dotyczące tego, czego *potrzebuje* dany system społeczny⁷. Różnica polega na tym, że funkcjonalizm ogranicza się zazwyczaj do badania warunków niezbędnych dla *przetrwania* systemu społecznego, podczas gdy Selznickowski „naturalizm społeczny” ma badać czynniki *wzrostu* i *rozkwitu* społeczeństw (Selznick 1961, 90–91; 2000)⁸. Interesują go nie tylko konieczne wymogi funkcjonowania społeczeństwa, ale także to, w jaki sposób i w jakich formach społeczeństwa mogą spełniać swoje etyczne dążenia i wyznawane ideały. Jak pisze autor: „Niektóre systemy są konieczne, jeśli życie [społeczne – M.P.] ma w ogóle istnieć; jednak inne systemy są potrzebne tylko dla przetrwania pewnych [pożądanych – M.P.] sposobów życia” (Selznick 1961, 91)⁹.

Konsekwencją powyższych stwierdzeń jest przyjęcie kolejnego założenia metodologicznego, które można określić mianem *wariantywności* (*variability* według słów samego autora). Sprowadza się ono do uznania, że ta sama instytucja społeczna może przybierać odmienne formy w zmieniających się warunkach społecznych, w różny sposób i w zróżnicowanym stopniu urzeczywistniając nadrzędne dla niej wartości. Tu z kolei Selznick wchodzi w zdecydowaną polemikę z analitycznie zorientowanymi teoriami prawa, które w mylący sposób kwalifikują poszczególne własności badanych instytucji albo jako konieczne, albo kontyngentne (Nonet i Selznick 1978, 17–18; Selznick 2000, 273–274). W oczach omawianego autora to fałszywa alternatywa, wiele bowiem tego typu właściwości (jak np. związki pomiędzy prawem a ideą sprawiedliwości) nie przynależą do żadnej z tych dwóch kategorii: nie są one konieczne o tyle, że wyrażają tylko

⁷ Ogólnie na temat funkcjonalizmu zob. Szacki 2002, 805 i n.

⁸ W obu tych artykułach Selznick potwierdza widoczne podobieństwa pomiędzy własnym programem metodologicznym a tradycją prawa natury, o ile to ostatnie będzie rozumiane w nie-metafizyczny sposób.

⁹ Słowa te powtarza autor w: Selznick [1969] 1980, 10–11.

jedną z możliwych form istnienia instytucji; nie są też jednak całkowicie przygodne, skoro służą realizacji właściwego tejże instytucji nadrzędnego ideału.

Koncepcja wariantowości znajduje swój pojęciowy wyraz w proponowanym przez autora rozróżnieniu pomiędzy *definicjami* a *pojęciami* w naukach społecznych (Selznick 1995, 11–15; [1969] 1980, 4–5). Te pierwsze powinny być „lekkie”, zatem jak najbardziej ogólne i neutralne, tak by możliwe było uwzględnienie w ich zakresie wielu odmiennych rozwiązań instytucjonalnych. W porównaniu z definicjami, pojęcia winny mieć większy ciężar znaczeniowy, wyrażając całe bogactwo konkretnego ideału moralnego leżącego u podstaw danej instytucji społecznej¹⁰. Przykładowo, definicja demokracji określać będzie jedynie minimalne wymogi, które musi spełnić dany system, aby mógł być uznany za demokratyczny. W odróżnieniu od niej pojęcie demokracji wyrażać będzie stojącą za nim, w pełni rozwiniętą obietnicę moralną, opartą na ideałach równości, dyskursywnej racjonalności, uznania, szacunku itp. Przyjęcie tego rozróżnienia pozwala, zdaniem Selznicka, na odejście od minimalizmu w analizowaniu zjawisk społecznych i na badanie ich latentnych, niejawnych właściwości. Jest to, jak pisze autor, „przejście od konieczności [definicji – M.P.] do spełnienia [pojęcia – M.P.]” (Selznick [1969] 1980, 10)¹¹.

Idea wariantowości pozwala również Selznickowi na ukazanie po raz kolejny metodologicznych słabości tych podejść w naukach społecznych, które przyjmują niezmiennie krytyczny stosunek do organizacji życia społecznego. Autor wskazuje tu przede wszystkim na Karola Marksa i Michela Foucaulta, ale w pewnym zakresie także na myśl Jürgena Habermasa oraz, ważnego dla Selznicka (por. Krygier 2012, 21–28), innego niemieckiego socjologa Roberta Michelsa (Selznick 1992, 244–264). Łączy tych myślicieli radykalna krytyka systemów społecznych, jako „z natury” skażonych grzechem pierworodnym dominacji i władzy. Właśnie ta, jak określa to autor *The Moral Commonwealth*, „niewrażliwość na zróżnicowanie” stanowi, jego zdaniem, najsłabszy punkt wspomnianych teorii; nie potrafiąc odróżnić pomiędzy akceptowalnymi i dewiacyjnymi formami porządku i autorytetu, osłabiają własną moc eksplikacyjną i skazują same siebie na nieprzydatność. Nie dostrzegają bowiem, że kluczowymi pytaniami refleksji społecznej powinny być te, „jakie *formy* celowej organizacji są uprawomocnione, mając na względzie naturę danej instytucji? Jakie *typy* autorytetu? Jakie *rodzaje* podporządkowania?” (Selznick 1992, 263).

Założenie wariantowości prowadzi wreszcie Selznicka do najbardziej chyba dyskusyjnego punktu w jego programie metodologicznym, czyli do *ewolucjonizmu*

¹⁰ Uwagi te pozostają zbieżne z szerzej rozpowszechnionym rozróżnieniem pomiędzy *thin* oraz *thick concepts* („szczupłe” i „grube” pojęcia). Podstawowe kategorie nauk społecznych powinny być, zdaniem Selznicka, zarazem *thin* na poziomie definicji, jak i *thick* na poziomie pojęć.

¹¹ Użyte tu określenie *fulfilment* przywodzi na myśl Arystotelesowe pojęcie eudajmonii; o zasadności tego skojarzenia zob. dalej.

społecznego. Sam autor dostrzega zresztą kontrowersje związane z zastosowaniem modeli ewolucyjnych w naukach społecznych, ale z drugiej strony odnotowuje ich powszechność, uznając, że do pewnego stopnia myślenie w kategoriach „rozwoju i rozkładu” jest nieodzowne dla tych nauk – czy będzie to socjologia, czy psychologia, ekonomia, nauka o organizacji lub teoria polityczna (Nonet i Selznick 1978, 19–25).

Proponowana przez Selznicka ewolucja społeczna¹² miałaby polegać, rzecz jasna, na stopniowym, coraz pełniejszym urzeczywistnianiu ideałów instytucjonalnych w istniejących praktykach społecznych. Naturalnie twierdzenie, że taki postęp wiernie opisuje rzeczywistość świata społecznego, byłoby przykładem skrajnego i nieliczącego się z faktami aprioryzmu. Toteż pojęcie rozwoju społecznego przybiera w rozważanej teorii pozaempiryczny charakter. „Model ewolucyjny [...] nie stanowi – zauważa Selznick do spółki z Nonetem – historycznego synopsisu. Nie zgłasza roszczeń do opisywania szczegółowego przebiegu zdarzeń lub przewidywania dokładnej przyszłości. [...] Jego funkcją intelektualną jest identyfikowanie *potencjalnych możliwości zmiany* w określonym zakresie sytuacji” (Nonet i Selznick 1978, 23). Wskazuje on pewien prawdopodobny kierunek zmiany społecznej, ale bez przewidywania dokładnego przebiegu zdarzeń, zależnych od wielu zmiennych czynników. W praktyce instytucjonalnej mogą zatem pojawiać się dewiacyjne czy przeciwskuteczne formy realizacji nadrzędnego ideału, a nawet zjawiska wprost go negujące¹³. Stąd pisze autor o nadrzędnym dla instytucji ideale moralnym, że „jego narodzinom towarzyszy zamęt, a podtrzymaniu – walka”¹⁴ (Selznick [1969] 1980, 3).

Pojęciowo Selznick opracowuje tę różnicę na przykładzie prawa, wprowadzając rozróżnienie pomiędzy zmianą prawną – będącą kategorią czysto opisową, posiadającą swój bezpośredni empiryczny odpowiednik – oraz rozwojem prawa, wyrażającym „wewnętrzną logikę” instytucjonalnych przemian (Selznick [1969] 1980, 32). Skoro jednak taka logika istnieje, oznacza to, że pojęcie rozwoju społecznego i oparty na nim model ewolucyjny nie stanowią wyłącznie abstrakcyjnych narzędzi analitycznych, ale opisują istotny rys samej rzeczywistości społecznej. Tak jak realnie istnieją ideały organizujące praktyki instytucjonalne i wyznaczające ich tożsamość, tak samo realny jest ukryty w instytucjach potencjał stopniowego, coraz doskonalszego wypełniania owych ideałów.

Programowi metodologicznemu zaproponowanemu przez Selznicka, jakkolwiek nie jest on wolny od kontrowersji, nie można odmówić dwóch cech: oryginalności (z której zresztą możliwe kontrowersje bezpośrednio wynikają) oraz wewnętrznej spójności. W zasadzie wszystkie jego punkty stanowią bezpośrednią konsekwencję przyjętego u jego podstaw założenia o możliwości odnalezienia

¹² Sam Selznick mówi miejscami o „ewolucji moralnej” (zob. Selznick [1969] 1980, 3).

¹³ Zob. zwł. wczesną pracę Selznicka jako studium przypadku (Selznick 1949).

¹⁴ W oryg. „it is born in confusion and sustained in struggle”.

w społecznych instytucjach owych „nadrzędnych ideałów” oraz ukierunkowania wysiłków badawczych na rekonstrukcję tych ideałów – zarówno ich treści, jak i form ich praktycznej realizacji. To połączenie rozmachu z wewnętrzną koherencją musi budzić uznanie – niezależnie od tego, czy z propozycjami autora się zgadzać czy nie.

Jest to również program ambitny, wystawiony przy tym jednak na pewne niebezpieczeństwa. Najbardziej oczywistym z nich pozostaje ryzyko ostatecznego zagubienia się pomiędzy twierdzeniami opisowymi a normatywnymi. Wbrew pozorom proponowana przez Selznicka perspektywa teoretyczna wymagałaby – w porównaniu np. z nauką pozytywistyczną – *większej* uważności co do logicznego statusu formułowanych twierdzeń. Poruszając się w jej ramach, należałoby każdorazowo wyraźnie uzmysławiać sobie, czy formułowane wypowiedzi mają stanowić „czysty” opis faktów społecznych, „czyste” propozycje normatywne, rekonstrukcję instytucjonalnych ideałów, sądy warunkowe relatywizowane względem takich ideałów, czy może jeszcze inną kategorię wypowiedzi. Można przypuszczać, że nie zawsze będzie to zadaniem prostym – jak zobaczymy dalej, okazało się niełatwe w przypadku koncepcji prawa responsywnego.

Drugim istotnym niebezpieczeństwem wydaje się pokusa nadmiernej „teleologizacji”, procesu zmiany społecznej. Idea ewolucji instytucji może prowadzić do narzucania w analizie świata społecznego fałszywych schematów, będących bardziej projekcją autora niż odzwierciedleniem jakiegokolwiek realnej „logiki” (Teubner 1993, 47–49). Jednocześnie program ten pozostaje bardzo mocno związany z określonym sposobem rozumienia samego pojęcia instytucji społecznej. W kolejnym punkcie przyjrzę się zatem sposobowi, w jaki Selznick interpretuje to pojęcie, i rozważę, jak w tych ramach postrzegana jest centralna, zdaniem autora, instytucja nowoczesnego społeczeństwa – prawo.

2. Prawo jako instytucja społeczna

2.1. Instytucja jako podmiot moralny

Przyjęte przez Selznicka pojmowanie instytucji zostało wyłożone najpełniej w książce *The Moral Commonwealth*. Choć jest to jego późna praca, zaprezentowany w niej punkt widzenia pozostaje spójny z poprzednimi tekstami, zbierając najważniejsze, pojawiające się już wcześniej myśli w tym zakresie. Punktem wyjścia jest dla autora odróżnienie pojęć instytucji oraz organizacji. Ta ostatnia ma charakter celowo-instrumentalny, będąc ukierunkowaną na realizację wyraźnie określonego zadania, definiowanego zazwyczaj za pomocą języka technicznego. W przeciwieństwie do organizacji podstawowym zadaniem instytucji nie jest realizacja celów, ale urzeczywistnianie społecznie doniosłych wartości.

Nie wyklucza to również nakierowania na konkretne cele; wydaje się zresztą, że przyjmowana przez Selznicka filozofia pragmatyzmu nie pozwala na całkowite przeciwstawianie celów i wartości. Pojęcie instytucji nie jest więc przeciwstawne wobec pojęcia organizacji, ale przekracza to ostatnie w tym sensie, że nie może być zdefiniowane wyłącznie za pomocą technicznego języka celów (nie podlega zatem konceptualizacji wyłącznie w ramach racjonalności instrumentalnej). Nie da się zrozumieć instytucji – ani jako pojęcia ogólnego, ani jako konkretnego przypadku – bez odwołania do nadrzędnych ideałów i wartości, które ma ona ucieleśniać.

Powyższa dystynkcja nawiązuje w sposób czytelny do Weberowskiego rozróżnienia pomiędzy *Zweckrationalität* oraz *Wertrationalität*, które Selznick rozumie również jako dwie odmienne zasady integracji społecznej. Zdaniem autora tylko tam, gdzie obecna jest *Wertrationalität* – gdzie więc obok organizacji pojawiają się instytucje – możliwe jest wykształcenie się *polity*, wspólnoty politycznej. To o tyle znamienita reinterpretacja Maxa Webera, że samo pojęcie instytucji w opracowaniu Selznicka odsyła do szerszej płaszczyzny społecznej, na której określone ideały instytucjonalne muszą zyskać akceptację i zostać rozpoznane jako rzeczywistość wiążące. Tak zatem, jak nie da się zrozumieć instytucji bez owych ideałów, tak samo nie jest możliwy jej opis w izolacji od „szczególnego miejsca, które zajmuje ona w szerszym systemie społecznym” (Selznick 1992, 233) i od społecznych ról przez nią spełnianych. Mówiąc o jakiegokolwiek instytucji, wypowiadamy się zarazem o całym systemie społecznym, którego pozostaje ona częścią. Jednocześnie w ten sposób z pojęciem instytucji zostaje związana kategoria odpowiedzialności (*responsibility*) za realizację wartości „powierzonych” jej przez wspólnotę. Jak zobaczymy dalej, stanowi to punkt wyjścia dla uznania jakiejś formy pierwotnej *responsywności* wszelkich instytucji społecznych.

O wizji wspólnoty politycznej (*polity*), którą zakłada takie podejście, mowa będzie w kolejnym podrozdziale. Tutaj natomiast koncentruję się na przyjętym przez twórcę koncepcji prawa responsywnego rozumieniu pojęcia instytucji. Zauważmy, że referowane stanowisko nadaje temu pojęciu charakter ewolucyjny: samo istnienie instytucji (bądź jej brak) nie ma w tym ujęciu charakteru absolutnego, zero-jedynkowego, ale jest raczej kwestią stopnia, zależną przede wszystkim od skali „nasycenia” danej praktyki wartościami, a co za tym idzie – od liczby i mocy powiązań tej praktyki z szerszym kontekstem życia społecznego (Selznick 1992, 231–234). Selznick rysuje ewolucyjną linię rozwoju form zrzeszenia społecznego: od organizacji, poprzez instytucję, po wspólnotę polityczną (*polity*). Pierwszy etap tego rozwoju – przejście od organizacji do instytucji – dokonuje się w procesie tzw. instytucjonalizacji; tym samym pojęcie to zyskuje u omawianego autora wyraźną doniosłość moralną. Instytucjonalizację postrzega Selznick poprzez analogię do socjalizacji jako procesu dotyczącego osób (podmiotów moralnych) (Selznick 1992, 231–232). Tak jak socjalizacja zakłada przyswojenie sobie przez jednostkę podstawowych dla danej społeczności przekonań

moralnych, których akceptacja pozwala jej spełniać formułowane wobec niej oczekiwania społeczne – stanowi więc proces, w którym z jednostki wyłania się *osoba* – tak instytucjonalizacja oznacza „nasylenie” danej praktyki czy grupy społecznej wartościami, które pozwolą jej pełnić odpowiednią dla niej rolę w społeczeństwie¹⁵.

Nie sposób nie zauważyć, że przy eksplikacji pojęcia instytucji Selznick sięga do opisaną wcześniej metody wiązania twierdzeń opisowych z normatywnymi. Analizowane pojęcie nie jest aksjologicznie neutralne; określenie danej praktyki czy organizacji tym mianem zakłada jakąś formę pozytywnego jej wartościowania. Nie są instytucjami w tym rozumieniu takie formy społecznej organizacji, które mają charakter dysfunkcyjny czy dewiacyjny, jak np. kartel narkotykowy czy system sądowniczy realizujący terror państwa totalitarnego. Podejście autora do tej kwestii przypomina więc nieco realizację scholastycznej zasady *ens et bonum convertuntur*, zgodnie z którą istnieje ścisły związek między istnieniem a dobrem. Nie jest to podobieństwo całkiem przypadkowe, ponieważ i scholastyka, i autor *The Moral Commonwealth* zdają się czerpać w tej kwestii inspirację z filozofii Arystotelesa; wątek ten przyjdzie nam jeszcze zbadać nieco bliżej w dalszej części książki.

2.2. Instytucje, odpowiedzialność, responsywność

Integracja społeczna oparta na oczekiwaniach moralnych wymusza społeczną odpowiedzialność poszczególnych instytucji w zakresie realizacji przypisanych do nich wartości. Jak pisze autor, dla tak rozumianej instytucji „nie ma ważniejszej transakcji z otoczeniem niż negocjowanie jej miejsca w porządku moralnym, to znaczy mierzenie się z oczekiwaniami, że będzie ona odpowiedzialna i responsywna” (Selznick 1992, 237). W pełni zinstytucjonalizowana (zatem „nasycona wartościami”) praktyka społeczna jest odpowiedzialna zarówno w sensie możliwości pociągnięcia jej do odpowiedzialności przez społeczne otoczenie (*accountable* – jest to zewnętrzny, relacyjny wymiar odpowiedzialności), jak i w sensie pewnej wewnętrznej postawy, polegającej na dobrowolnym ukierunkowaniu na realizację wartości (*responsible* – wewnętrzny wymiar odpowiedzialności)¹⁶.

Jak widać, Selznick przyjmuje jakąś formę responsywności, która wpływa z samej istoty instytucji społecznej, i charakteryzuje każdy zespół praktyk,

¹⁵ „W swoim najistotniejszym znaczeniu instytucjonalizacja to tyle co nasycanie wartościami ponad wymogi aktualnego zadania” (Selznick 1992, 233).

¹⁶ Przemysław Kaczmarek wprowadza w kontekście rozważań nad etycznymi aspektami roli zawodowej prawnika zbliżone rozróżnienie między odpowiedzialnością retrospektywną a prospektywną (Kaczmarek 2014, 34–35). John Braithwaite, twórca programu „responsywnej regulacji”, posługuje się z kolei podziałem na odpowiedzialność pasywną i aktywną, który czerpie od Marka Bovensa (J. Braithwaite 2011, 510).

który można uznać za instytucję. Tak rozumiana responsywność dotyczy ontologicznego wymiaru analizy instytucji. Teoria Selznicka pozwala więc odróżnić responsywność w sensie empirycznym, rozumianą jako jeden z możliwych modeli ukształtowania i funkcjonowania instytucji, oraz w sensie ontologicznym, związanym z opisaną powyżej istotą instytucji jako realizującej istotne społeczne dążenie moralne. Zgodnie z terminologią przyjętą w rozdziale I, chodzi tu o kontyngentną oraz immanentną formę responsywności. Naturalnie, oba wymiary responsywności oddziałują na siebie nawzajem. W szczególności responsywność ontologiczna stanowi oczywisty bodziec do ewolucji instytucji (przy wszystkich niejednoznacznościach i sprzecznościach tego procesu, opisanych w pkt 1.2 bieżącego rozdziału) w kierunku empirycznego modelu responsywnego. To przekonanie stanowi jedną z głównych idei wyrażonych we wspólnej pracy Selznicka i Noneta.

Instytucje społeczne w tej interpretacji są też z natury refleksyjne w najbardziej podstawowym tego słowa znaczeniu – tzn. istotowo są w nie wpisane mechanizmy wewnętrznej dynamiki i zmiany. Dynamika ta stanowi rezultat współistnienia w ramach instytucji z jednej strony nadrzędnego ideału moralnego, z drugiej zaś mechanizmów i praktyk stanowiących o aktualnym kształcie instytucji. Relacja pomiędzy tymi dwoma biegunami pozostaje dialektyczna, zgodnie z tym, co stwierdziłem już w rozdziale I: aktualne uwarunkowania nadają konkretną treść ideałowi, sprowadzając go z nieba kryształowych pojęć i wyposażając w walor rzeczywistości, jednocześnie jednak ideał ten stanowi zawsze potencjalny punkt wyjścia dla krytyki aktualnego stanu rzeczy. To właśnie ta dialektyczna zależność jest podstawą przekonania Selznicka o ewolucjonizmie społecznym (co w odniesieniu do prawa przybiera postać rozwoju od typu represyjnego, przez typ autonomiczny, po typ prawa responsywnego).

Tym, co pozwala instytucji realizować wymagania społecznej responsywności, jest jej integralność, czy też, mówiąc szerzej, charakter (Selznick 1992, 320–327). Oba te pojęcia konotują przede wszystkim pewną spójność aksjologiczną instytucji, konsekwencję w uznawaniu podstawowych wartości i zasad¹⁷. Sam autor nie poświęca kategoriom integralności i charakteru jakiejś szerszej analizy, odsyła natomiast do doskonale w prawoznawstwie znanych poglądów, odpowiednio, Ronalda Dworkina oraz Lona Luvoisa Fullera. Jak wiadomo, kwestia aksjologicznej tożsamości prawa ma w teoriach obydwu tych autorów charakter kluczowy. Jednocześnie obaj oni uzasadniają potrzebę takiej tożsamości w sposób zbliżony do przedstawianych tu socjologicznych rozważań Selznicka – poprzez wskazanie na moralnie doniosłą rolę, którą prawo ma realizować. Dla

¹⁷ Z tego powodu Selznick uznaje, że integralność (*integrity*) jest czymś więcej niż zwykłą spójność (*coherence*), jest bowiem „spójnością moralną”, zapewnianą na poziomie zasad (*principles*) i zakładającą istnienie „moralnie zasadnych zaangażowań” (Selznick 1992, 322–323). Jest to zatem kolejne opisowo-wartościujące pojęcie w słowniku autora (por. Selznick 1992, 212–215).

Dworkina będzie to przede wszystkim „uzasadnianie oficjalnego użycia przymusu” (Dworkin 1986, 190)¹⁸, dla Fullera zaś „podporządkowywanie ludzkiego zachowania kontroli zasad ogólnych” (Fuller 1978, 200), jednak struktura argumentacji pozostaje zbliżona, biegnąc od zdefiniowania owego wpisanego w prawo dążenia moralnego do aksjologicznej (czy też metaaksjologicznej, bowiem nie ma tu jeszcze mowy o konkretnych wartościach, ale jedynie o pewnej szczególnej formie ich ucieleśniania) charakterystyki prawa.

W rozumieniu nadrzędnego ideału prawa Selznick jest bliższy Fullerowi. Jego zdaniem ideał ten można określić mianem legalności (inaczej: rządów prawa), rozumianej jednak szeroko: jako dążenie do „stopniowego ograniczania zakresu arbitralności zarówno w prawie pozytywnym, jak i w jego stosowaniu [*its administration*]” (Selznick [1969] 1980, 12). Takie postawienie sprawy pociąga za sobą, według autora, kilka istotnych konsekwencji co do rozumienia samego wymogu legalności: po pierwsze, jest ona (zgodnie z opisaną wyżej logiką istnienia instytucji) wartością stopniowalną; po drugie, ograniczanie arbitralności zakłada powiązanie elementów sprawiedliwości formalnej oraz materialnej; po trzecie, wymóg legalności dotyczy zarówno praktyki sądowego, jak i administracyjnego stosowania prawa, a nawet różnego rodzaju *quasi*-prawnych działań organizacji społecznych i podmiotów prywatnych¹⁹; po czwarte, legalność zakłada możliwość publicznej partycypacji (zazwyczaj w formie mechanizmów demokratycznych, choć nie jest to konieczność) w celu poszerzania obszarów rozumności w procesach podejmowania decyzji publicznych; po piąte, ideał legalności ma zarówno aspekt negatywny (ograniczania arbitralności i ryzyka nadużywania władzy), jak i „afirmatywny”: wspomnianego przed chwilą poszerzania obszarów rozumności i sprawiedliwości m.in. poprzez wzmacnianie kanałów deliberatywnej partycypacji.

Potrzeba urzeczywistnienia ideału legalności wyznacza treść społecznej odpowiedzialności prawa i decyduje o jego responsywności w zasadniczym, ontologicznym sensie. Responsywność w tym ujęciu polega na – powtórzmy – odpowiedzi na społecznie istotne oczekiwanie moralne, zgodnie z którym prawo ograniczać będzie arbitralność władzy i zapewniać obszar rozumności i sprawiedliwości w życiu społecznym. Jak pisze sam Selznick: „W swoich najbogatszych konotacjach, legalność przywołuje grecką wizję porządku społecznego ufundowanego na rozumie, którego konstytutywną zasadą pozostaje sprawiedliwość” (Selznick [1969] 1980, 18).

¹⁸ W oryg. „Justification for official coercion”. Chwilę dalej autor pisze o „ogólnym uzasadnieniu dla przypadków użycia władzy przymusu przez państwo”. Polskie tłumaczenie mówi o „uzasadnieniach dla urzędowego użycia przemocy” (zob. Dworkin 2006, 192).

¹⁹ Co Selznick niezwykle ciekawie analizuje na przykładzie regulacji warunków pracy w przemyśle (Selznick [1969] 1980, *passim*).

Zanim rozważymy praktyczne konsekwencje takiego ujęcia ideału legalności (czyli koncepcję ewolucji prawa ukierunkowanej na model prawa responsywnego), przyjrzyjmy się jego źródłom. Sięgają one przywołanej przez samego autora starożytnej Grecji.

3. *Telos i polis*. Socjologiczny powrót do Grecji

Cytowane pod koniec poprzedniego podrozdziału odwołanie do starożytnej Grecji nie jest u Selznicka przypadkowe. Przeciwnie, inspiracje grecką filozofią polityczną, w szczególności zaś myślą Arystotelesa, wydają się pełnić u tego autora niezmiernie ważną rolę. W pewnym sensie dorobek Selznicka można by podsumować jako próbę socjologicznego odnowienia tradycji Arystotelesowej²⁰.

Pierwszą i podstawową kwestią, w której Selznick zadłuża się u Stagiryty, jest sposób rozumienia praktyki (instytucji) jako podporządkowanej realizacji określonego *telosu*. Celowo zachowuję tutaj oryginalny termin *telos*, ponieważ jest on bogatszy od używanego w polskich przekładach wyrażenia *cel*. *Telos* jest celem, ale nie w rozumieniu technicznym (celowo-instrumentalnym); jest raczej dobrem, do którego zmierza dana praktyka²¹. Jak widać, jest to pojęcie silnie zabarwione aksjologicznie i posiadające swoją doniosłość moralną. Z równym powodzeniem można by tłumaczyć je na polski jako *moralny sens* danej praktyki; u samego Selznicka będzie mu odpowiadać pojęcie nadrzędnego ideału, którego kluczową rolę mieliśmy już okazję odnotować. Analizowanie instytucji społecznych przez pryzmat ideałów, które mają one ucieleśniać, okazuje się zatem niczym innym jak wariantem myślenia teleologicznego w filozofii społecznej. Także koncepcja „rozwoju moralnego”, czyli dążenia instytucji do coraz

²⁰ Kwestia roli, jaką filozofia Stagiryty odgrywała na różnych etapach formowania się myśli Selznicka, nie jest całkowicie jasna. Tak np. Nonet uważa, że zwrócił się on w tym kierunku dopiero po napisaniu *Law and Society in Transition*, w ramach zainteresowania komunitaryzmem (komunitaryści nieodczownie odwołują się do dorobku założyciela *Lykeonu*). Idea prawa responsywnego miałaby być wedle tego ujęcia budowana przede wszystkim na barkach Webera i Hegla. Jednak przy uważnej lekturze wątki wyraźnie inspirowane optyką Arystotelesową widoczne są już we wcześniejszych pracach Selznicka, jak choćby *Law, Society, and Industrial Justice*. Bliższe prawdy jest chyba zatem stanowisko Krygiera, który forsuje pogląd o zasadniczej spójności teoretycznych horyzontów Selznicka na różnych etapach jego twórczości. Niewątpliwie, poszczególne okresy różnią się między sobą co do eksponowanych elementów tej złożonej całości; cały czas są to jednak przemieszczenia w ramach tej samej intelektualnej układanki (por. Nonet 2002, 51; Krygier 2012, 1–11).

²¹ Jak stwierdza Arystoteles w zdaniu otwierającym *Etykę nikomachejską*: „Wszelka sztuka i wszelkie badanie, a podobnie też wszelkie działanie jak i postanowienie, zdają się zdążać do jakiegoś dobra i dlatego trafnie określono dobro jako cel wszelkiego dążenia” (Arystoteles 2007, 1094a).

doskonalszego spełnienia tychże ideałów, wydaje się zakorzeniona w Arystotelejskim pojęciu eudajmonii²².

Selznick pozostaje uczniem Arystotelesa również w rozumieniu ontologicznego statusu tychże ideałów moralnych, a w pewnym sensie także w kwestii metodologii ich badania. Obaj oni postrzegają takie ideały jako w sposób konieczny ucieleśnione w konkretnych praktykach społecznych. Obaj zgadzają się też co do tego, że jakiegokolwiek wyobrażenie doskonałych form politycznych jest możliwe wyłącznie na drodze rekonstrukcji („abstrakcji”), na podstawie obserwacji i doświadczenia realnie istniejących, zawsze ułomnych, instytucji. U Stagiryty tę strategię oddolnego, osadzonego w empirii dochodzenia do idei dobra widać choćby w słynnym, niemal relatywistycznym cytacie z *Etyki nikomachejskiej*: „W każdym rodzaju działania i w każdej sztuce jest [dobrem] coś innego: coś innego bowiem w medycynie, coś innego w sztuce dowodzenia – i podobnie w każdej innej sztuce. Co więc jest w każdej z nich dobrem? Czy to, że względu na co wszystko inne się czyni? Otóż tym jest w medycynie zdrowie, w sztuce dowodzenia – zwycięstwo, w budownictwie – dom, w innych sztukach – znowu coś innego” (Aristoteles 2007, 1097a). Starożytny filozof stwierdza tu, że dobra, na które jest nakierowana dana praktyka, nie da się ustalić w sposób aprioryczny i abstrakcyjny; niezbędne jest do tego szczegółowe przyjrzenie się rozważanej praktyce, z której to obserwacji *telos* ujawnia się *ex post*. Tę samą strategię badawczą, polegającą na wychodzeniu od szczegółowego badania praktyki funkcjonowania danej instytucji, możemy obserwować u Selznicka, szczególnie w takich pracach jak *TVA and the Grass Roots* (Selznick 1949) czy *Law, Society, and Industrial Justice* (Selznick [1969] 1980).

Jest to zarazem podejście, które odróżnia zarówno starożytnego filozofa, jak i współczesnego socjologa od utopistów społecznych – czy będzie to polityczna utopia *Państwa* Platona, czy równie utopijny horyzont nowoczesnej myśli krytycznej (Marks, Foucault etc.). Spory, w które wdaje się Selznick, stanowią więc w pewnym sensie współczesne odwzorowanie klasycznej dyskusji Arystotelesa ze swoim mistrzem – dyskusji obejmującej każdy właściwie obszar ich dociekań, łącznie z najbardziej nas tu interesującą filozofią polityczną. Jak pisze o tej kontrowersji jeden z komentatorów: „tam, gdzie Platon przeciwstawia sobie idealny ustrój i dziedzinę realnych *poleis*, akcentując ich rozbieżność, Arystoteles rozumie najlepsze *polis* zgodnie ze standardem jako już domyślnie zawarte i uznane w praktykach rzeczywistej greckiej polityki” (MacIntyre 2007, 152–153)²³.

²² Selznick deklaruje to wprost w jednym ze swoich późnych tekstów: „Nie sądzę, że możliwa jest rezygnacja z Arystotelesowych argumentów odnoszących się do eudajmonii czy do relacji między szczęściem a cnotą itd.” (Cotterrell i Selznick 2004, 305).

²³ Zauważmy na marginesie, że takie postrzeganie relacji między ogólną ideą najlepszego *polis* a rzeczywistymi instytucjami politycznymi pozostaje również spójne z zapatrywaniem Arystotelesa na strukturę rozumowania praktycznego. Jak każde wnioskowanie, także sylogizmy praktyczne potrzebują przesłanki większej, dotyczącej tego, co w rozumowaniu ogólne, oraz

Zarówno te słowa, jak i samo przywołane w nich rozróżnienie trzeba dobrze rozumieć. Z pewnością fałszywe jest szkolne przeciwstawienie „idealisty” Platona i „realisty” Arystotelesa. Dla obu relacja między światem zmysłowym a światem idei była znacznie bardziej złożona („dialektyczna”, zgodnie z określeniem samego Platona), niż sugerują tego typu upraszczające ujęcia²⁴. Jest jednak faktem, że głównym punktem krytyki, z jaką Stagiryta występuje przeciwko swojemu dawnemu mistrzowi, jest przeprowadzane przez tamtego oddzielenie (*chorismos*) obu tych rzeczywistości – idei (tego, co noetyczne) i empirii (tego, co zmysłowe) (Gadamer 2002, 13–16). Jak pisze Hans-Georg Gadamer, wedle Platona „wszelki zamęt logiczny ma swój początek w tym, że nie oddziela się *eidos* [abstrakcyjnej formy – M.P.] od tego, co jedynie w nim uczestniczy” (Gadamer 2002, 74)²⁵. Za tym idzie oddzielenie *wglądu* od *poglądów*, wiedzy (*episteme*) od mniemania (*doxa*). Dotyczy to każdego obszaru poznania, a zatem również filozoficznej refleksji nad sprawiedliwością i dobrem.

Tymczasem Arystoteles niewiele sobie robi z tych rozróżnień. Uderzające jest, jak często w swoich rozważaniach etycznych wychodzi on od tego, co „uważa się” i „uznaje” potocznie za słuszne i dobre – a zatem od sfery *doxa*, mniemań (por. Arystoteles 2007, *passim*). Nie jest to, rzecz jasna, intelektualne chodzenie na skrót, ale wynik przekonania o (jak rzecz ujmuje Gadamer) „ontologicznym pierwszeństwie bytu szczegółowego” (Gadamer 2002, 16; zob. też Gadamer 2002, 97, 119), o niemożności rozważania form i idei²⁶ sprawiedliwości czy dobra na sposób abstrakcyjny, bowiem istnieją one tylko o tyle, o ile są realizowane w rzeczywistej praktyce²⁷.

Jeszcze wyraźniej tę różnicę widać w prowokacyjnym zabiegu, w którym to Arystoteles określa etykę i politykę mianem „filozofii spraw ludzkich” (Arystoteles

przesłanki mniejszej, odnoszącej się do konkretnego przypadku. To, co ogólne, będzie wyrazem czystego *telos*, któremu w systemie Selznicka odpowiadać będzie wyselekcjonowany do formy uniwersalnej nadrzędny ideał moralny. *Telos* taki możliwy jest jednak do sformułowania tylko na podstawie wcześniejszego empirycznego studium przypadków konkretnych praktyk instytucjonalnych, w których jest on w sposób niedoskonały zawarty (por. MacIntyre 2007, 149–152).

²⁴ Jak ujął to Gadamer: „w całej spuściźnie Arystotelesa ani nie natrafiamy na punkt, w którym Arystoteles nie byłby krytykiem platońskiej doktryny, ani też nie natrafiamy na taki punkt, w którym rzeczywiście przestałby on być platonikiem” (Gadamer 2002, 8).

²⁵ Użyte tu przez Gadamera pojęcie uczestnictwa stanowi celowe odwołanie do platońskiej kategorii *methexis*, służącej do opisu relacji między ideą a jej „odwzorowaniem” w empirii. Na temat terminologicznych rozterek Platona w tym zakresie zob. Gadamer 2002, 9–10.

²⁶ Forma (*eidos*) oraz *idea* to w grece, tak potocznej, jak i filozoficznej, wyrażenia bliskoznaczne i zazwyczaj używane zamiennie.

²⁷ Arystoteles, który chętnie w swoich wykładach posługuje się metaforą czy obrazowym przykładem, mówi w tym kontekście następująco: „I jak w Olimpii wieńczy się nie tych, co [abstrakcyjnie – M.P.] najpiękniejsi i najsilniejsi, lecz tych, co biorą udział w igrzyskach (jako że wśród nich są zwycięzcy), tak też uczestnikami tego, co w życiu dobre i moralnie piękne, stają się słusznie ci, którzy działają” (Arystoteles 2007, 1099a).

2007, 1181b). Z wywrotowego znaczenia tego manewru można zdać sobie sprawę dopiero wtedy, gdy pamiętamy, że właśnie „sprawy ludzkie” Platon uznaje w swoim *Państwie* za jedynie cienie i obrazy prawdziwej idei sprawiedliwości (Platon 2010, 517D5)²⁸. Przesłanie nie może być czytelniejsze: tak jak dla Platona w rozważaniach nad dobrem i sprawiedliwością liczą się abstrakcyjne idee, konkretne zaś praktyki o tyle tylko, o ile uczestniczą (*methexis*) w tych ostatnich, tak u Stagiryty relacja ta ulega odwróceniu: to właśnie sfera „spraw ludzkich” – sfera konkretnych praktyk i aktualnej świadomości (mniemań) ich uczestników – jest solidnym i prawomocnym punktem wyjścia w etycznych czy politycznych rozważaniach nad ideami²⁹. Tyle Arystoteles; Selznick natomiast pozostaje tu całkowicie w kręgu oddziaływań wywodzącej się od założyciela *Lykeonu* tradycji.

Także w kwestii rozumienia samego pojęcia *polis* Selznick czerpie obficie z filozofii Arystotelesa, czy szerzej – z myśli politycznej starożytnej Grecji. Uwagę zwraca przede wszystkim rozumienie organizacji politycznej (ang. *polity*, gr. *polis*) jako wspólnoty, i to wspólnoty szczególnego, bo moralnego, rodzaju. Jak pisze o niej sam Selznick: „*Polity* jest wspólnotą polityczną, jeśli przez tę ostatnią rozumieć wspólnotę zdolną do zaoferowania «życia publicznego» swoim obywatelom. Jest jednością moralną, a jednocześnie formą partycypacji i organizacji społecznej” (Selznick [1969] 1980, 31). Związek polityczny w tym ujęciu organizowany jest i spajany poprzez pewien zbiór wspólnych oczekiwań moralnych obywateli; innymi słowy, zakłada się tu, że taka wspólnota oczekiwań istnieje. Założenie to stanowi w gruncie rzeczy konsekwencję pojmowania *polis* jako opartej na wspólnocie cnót; spajająca *polis* więź czerpie swe istnienie i siłę z realizacji tych cnót przez poszczególnych obywateli. Dlatego właśnie, zauważmy na marginesie, edukacja moralna rozumiana jako wychowanie do cnót jest jednym z kluczowych problemów polityki w rozumieniu Arystotelesa.

Należy mieć jednak na względzie, że *polis* jest dla Arystotelesa związkiem obywateli wolnych i rozumnych – tzn. jest związkiem, który zakłada znaczną autonomię wchodzących wń jednostek. W gruncie rzeczy nie istnieje tu żadna opozycja pomiędzy wspólnotą a autonomią, ponieważ oba te człony nawzajem się warunkują. Człowiek, zgodnie z powszechnie znaną definicją, jest *zoon politikon* (Arystoteles 2008, 1253a), zwierzęciem politycznym – co znaczy, że jest osobą o tyle tylko, o ile uczestniczy w życiu *polis*. To właśnie związek polityczny ma moc *personalizacji* jednostek. Dzieje się tak m.in. dlatego, że jedynie w związku

²⁸ W rozważaniach tych mamy wyraźne nawiązanie do platońskiej metafory jaskini, z wyobrażaniem cieni prawdziwych idei.

²⁹ Podobnie doświadczenie zmysłowe pozostaje dla Arystotelesa punktem wyjścia dla abstrakcji w innych dziedzinach wiedzy – biologii, fizyce, a nawet matematyce. Metoda, która stanowi o sile Arystotelejskiej etyki czy polityki, okazała się w znacznej mierze ślepą uliczką w naukach ścisłych. Warto też zauważyć, że dokładnie to samo podejście pozwoliło Arystotelesowi odegrać rolę głównej inspiracji dla rozwoju współczesnego antyformalizmu w logice i teorii argumentacji (Perelman 1984; 2004).

polis mają szansę zaistnieć pewne określone właściwości definiujące nasze człowieczeństwo, jak sprawiedliwość (*dikaioσύνη*) czy rozumność praktyczna (*φρόνησις*) (Aristoteles 2008, 1252b–1253a; zob. też MacIntyre 2007, 156–158). Ten medal ma jednak również swoją drugą, wspomnianą już stronę, wedle której tak społecznione, a zatem *spersonalizowane* jednostki – jako sprawiedliwe i rozumne – stają się przez to autonomicznymi podmiotami; *polis* jest więc moralnym związkiem opartym na wspólnocie cnót, ale jest to związek tworzony przez wolne i autonomiczne podmioty. Wspólnota polityczna jest przy tym zależna w swym istnieniu od poszczególnych jej członków równie mocno, jak ci ostatni zależni są od wspólnoty; jak zauważa Giovanni Reale, „szczęście państwa zależy od cnoty, ale cnota jest zapodmiotowana w pojedynczym obywatelu” (Reale 2005, 253). Trafna jest w tym kontekście uwaga Siemka, że znaczny stopień indywidualizacji poszczególnych jednostek tworzących typową dla *polis* więź polityczną (*koinonia e politike*) uwidacznia się szczególnie wtedy, gdy porównać ją z przedpolitycznymi, a zatem rodowymi czy klanowymi formami społecznienia (Siemek 2002, 10–11).

Podobne rozłożenie akcentów znajdujemy także u Selznicka. Podkreśla on bardzo mocno znaczenie obywatelskiej wspólnoty („angażującej całe osoby, a nie segmentowo wydzielone interesy czy działania” (Selznick 1992, 358)), jest to jednak wspólnota łącząca wzajemnie zróżnicowane i autonomiczne jednostki. Przekładając poglądy Selznicka na bardziej współczesną siatkę pojęciową filozofii politycznej, można je uznać za próbę połączenia pewnych elementów komunitaryzmu oraz liberalizmu. Nieprzypadkowo, omawiając tę kwestię, Selznick zwraca uwagę głównie na ograniczenia obydwu tych tradycji (Selznick 1992, rozdz. 13). Po raz kolejny dochodzi tu do głosu skłonność autora do dostrzegania w każdym modelu społecznym czy ideologii politycznej zarówno pozytywów, jak i negatywów, a także wynikająca stąd ambicja znajdowania punktów wspólnych i wzajemnego moderowania opozycyjnych punktów widzenia. Tym samym próbuje on wykazać, że jedyną rozsądną opcją wydaje się połączenie pewnych elementów obu tradycji – pogląd, który zbliża autora do reprezentantów tzw. republikańskiego liberalizmu (takich jak Michael Walzer, Charles Taylor czy Quentin Skinner), zgodnie z którym zachodzi „ściśły związek pomiędzy aktywnym uczestnictwem w życiu politycznym, mającym na celu utrzymanie dobra wspólnego [...] (czyli pomiędzy aktywną obywatelskością), a indywidualną wolnością obywateli realizujących swoje własne plany życiowe” (Szahaj 2006, 31–32), bowiem tylko dostatecznie silna i wolna wspólnota potrafi zapewnić jednostce jej osobistą wolność. Podobnie jak Selznick – i jak to miało miejsce w greckim pojęciu związku politycznego, *koinonia e politike* – republikańscy liberałowie postrzegają społeczeństwo (obywatelskie) jako złożone z „holistycznych indywidualistów” – „świadomych swego zakorzenienia w wartościach jakiejś wspólnoty” i poprzez to *poważnie* zaangażowanych, jednak ceniących swoją indywidualną wolność i społeczny pluralizm (Szahaj 2006, 28). Zastanawia jedynie, czy poglądy Selznicka, starające się łączyć dwie tradycje, trafniej jest postrzegać jako

„komunitariański liberalizm” (jak czyni to Martin Krygier³⁰, a co sugeruje dominację pierwiastka liberalnego), czy też „liberalny komunitarianizm”. Wydaje się, że mimo wszystko przeważająca pozycja przypada tutaj optyce wspólnotowej.

Można u Selznicka dopatrywać się dalszych jeszcze inspiracji klasyczną grecką myślą polityczną. Będą one widoczne np. w sposobie, w jaki autor ten postrzega obywatelskość i dyspozycje charakteryzujące dobrego obywatela – *rozumność praktyczną* (greckie *fronesis*), przekraczającą wąski horyzont racjonalności celowo-instrumentalnej, oraz *oddanie* (ang. *piety*), mające wiązać obywatela ze wspólnotą polityczną na sposób znacznie głębszy, niż wynikałoby to z liberalnej wizji kontraktu społecznego, w ramach którego jednostki pozostają zdystansowane zarówno względem siebie nawzajem, jak i społeczeństwa jako całości. Kwestia ta zyskuje na znaczeniu szczególnie wtedy, gdy pamiętać o swoistym uzależnieniu prawa responsywnego od obywatelskiej kondycji społeczeństwa (Nonet i Selznick 1978, 90–93, 113)³¹. Znajdujemy też u Greków pierwowzór tak ważnego dla Selznicka rozróżnienia pomiędzy opartą na instytucjach wspólnotą *polity* (*koinonia e politike*) a bardziej instrumentalną formą zrzeszenia, nastawionego na realizację ściśle wyznaczonych celów – co autor ten określa mianem organizacji, w grece zaś funkcjonuje pod terminem *symmachia koinonia* (por. Siemek 2002, 11)³².

Wydaje się jednak, że najistotniejsze pozostają omówione wyżej zapożyczenia: centralne znaczenie kategorii *telosu* (nadrzędnego ideału) dla rozumienia praktyk społecznych, uznanie (zarówno ontologicznego, jak i metodologicznego) zapośredniczenia owego *telosu* w konkretnych praktykach, a wreszcie wizja *polity* jako rozumnej wspólnoty moralnej, tworzonej przez poważnie zaangażowane, a jednak autonomiczne jednostki. To właśnie te założenia tłumaczą specyfikę przyjętej przez autora metody socjologicznej, pozwalają sformułować koncepcję „moralnego rozwoju” instytucji (w tym prawa), a także wskazać pożądany kierunek tego rozwoju. Będzie nim responsywność, gotowość do odpowiadania na potrzeby wspólnoty i wchodzących w jej skład jednostek.

4. Prawo responsywne

Koncepcja prawa responsywnego została wyłożona najpełniej we wspólnej książce Philipa Selznicka i Philippe’a Noneta *Law and Society in Transition: Towards Responsive Law* (Nonet i Selznick 1978). W związku z tym może powstać metodologiczna wątpliwość dotycząca oddzielenia poglądów samego Selznicka

³⁰ Co znacznie lepiej brzmi w języku angielskim: „communitarian liberalism” (Krygier 2012, 248 i n.). Krygier idzie tu zresztą w ślad za samym Selznickiem (Selznick 2006).

³¹ Por. też pkt 4 bieżącego rozdziału.

³² Selznick niekoniecznie musiał być świadomy tej ciągłości – wydaje się, że w omawianym zakresie czerpał bezpośrednio przede wszystkim z Webera – niemniej jednak więź z grecką tradycją pozostaje widoczna.

od tego, co zaproponował on wspólnie ze swoim uczniem i przyjacielem. Takie rozważania nad „ilością Selznicka w Selznicku” wydają się jednak jałowe i pozbawione sensu. Idea prawa responsywnego pozostaje spójna z poglądami tego autora prezentowanymi zarówno we wcześniejszych, jak i późniejszych jego pracach. Nie można także pominąć faktu, że wkrótce po opublikowaniu tej książki Nonet zmienił swoje stanowisko w interesującej nas kwestii, przedstawiając krytykę koncepcji, której współautorstwo mu przynależy. Wszystko to pozwala traktować rozważane tu pojęcie jako dzieło przede wszystkim Selznicka; nawet jeśli nie sformułował go w pełni sam, z pewnością całkowicie je zaakceptował jako konsekwentny wynik swoich szerszych zapatrywań socjologiczno-prawnych. Chociaż więc poniżej będę mówił nieraz o obu autorach, można to utożsamiać z poglądami samego Selznicka.

Idea prawa responsywnego pojawia się w określonym kontekście teoretycznym i praktycznym, który nie pozostaje bez znaczenia dla jej właściwego odczytania. Tło teoretyczne zarysowane zostało przeze mnie w dwóch poprzednich podrozdziałach. Jeśli chodzi natomiast o praktyczne uwarunkowania tej propozycji, Nonet i Selznick wskazują bezpośrednio na nasilający się, jak twierdzą w swojej diagnozie, kryzys autorytetu prawa (Nonet i Selznick 1978, 1–8). Jak piszą autorzy, autorytet ten został wystawiony na szwank przez zarzuty – formułowane głównie z pozycji teorii krytycznych – jakoby prawo stanowiło przede wszystkim narzędzie dominacji. Krytyka taka wiąże się z kwestionowaniem podstawowych dogmatów liberalnej myśli polityczno-prawnej. Jakkolwiek diagnoza ta odnosi się bezpośrednio do stanu świadomości społeczeństwa północnoamerykańskiego w latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych ubiegłego stulecia, wiele gorzkich słów kierowanych pod adresem porządku prawnego i jego legitymacji wydaje się aktualnych także dzisiaj. Kryzys ten rodzi, zdaniem autorów, potrzebę refleksji nad wizjami prawa alternatywnymi wobec dominującego (liberalno-pozytywistycznego) paradygmatu, które jednak nie negowałyby zasadniczej wartości prawa jako takiego³³.

Autorzy *Law and Society in Transition* proponują ewolucyjną narrację, zgodnie z którą współczesne porządki prawne rozwijały się od modelu represyjnego, poprzez autonomiczny, w kierunku modelu prawa responsywnego. Zasadnicze znaczenie ma odróżnienie modeli autonomicznego i responsywnego. W takim zestawieniu prawo responsywne miałoby być bardziej wrażliwe na uwarunkowania społeczne, nastawione kooperacyjnie, celowościowe, elastyczne i ukierunkowane na sprawiedliwość materialną – nie tracąc przy tym formalnej racjonalności i wewnętrznej spójności.

³³ Jak piszą Nonet i Selznick: „Istnieje kielkujące poszukiwanie teorii prawa i społeczeństwa, która potrafiłaby (1) potwierdzić wartość prawa oraz (2) wskazać alternatywy wobec przymusu i represji” (Nonet i Selznick 1978, 8).

4.1. Ewolucyjna typologia prawa

Autorzy opierają swoją typologię na kilku głównych charakterystykach, mających pozwalać na odróżnienie od siebie trzech modeli. Spośród nich najważniejsze w kontekście prowadzonych tu rozważań wydają się: cel porządku prawnego, sposób legitymizacji, styl rozumowania i realizowania władzy dyskrecyjnej oraz relacje prawa względem polityki (Nonet i Selznick 1978, 16). Co do pierwszego punktu, czyli celu prawa, to dla prawa represywnego będzie nim zapewnianie porządku, a dla prawa autonomicznego – legitymizacja (władzy); cel prawa responsywnego zostaje określony hasłowo jako „kompetencja”, czyli zdolność do rozwiązywania realnych problemów i odpowiadania na społeczne oczekiwania. Z powyższym wiąże się punkt kolejny, jakim jest dominujący w danym modelu sposób legitymizacji prawa. Dla prawa represywnego będzie to przede wszystkim skuteczność w zapewnianiu porządku, dla prawa autonomicznego – gwarantowanie sprawiedliwości proceduralnej, dla responsywnego zaś – realizacja sprawiedliwości materialnej. Kolejna różnica pomiędzy omawianymi modelami dotyczy stylu rozumowań prawniczych oraz realizowania władzy dyskrecyjnej. W przypadku prawa represywnego rozumowania przeprowadzane są *ad hoc* dla konkretnej sprawy, trudno też dopatrzeć się w nich większej systematyczności; podmiotom stosującym i egzekwującym prawo przysługuje szeroki zakres władzy dyskrecyjnej. W prawie autonomicznym sytuacja ulega poniekąd odwróceniu: władza dyskrecyjna jest ograniczana do możliwie minimalnych rozmiarów, a rozumowania są ustrukturyzowane przez ściśle poszanowanie autorytetu prawa, w sposób naturalny ciężąc ku legalizmowi i formalizmowi. Prawo responsywne przynosi nawrót do szerszego spektrum swobody podmiotów stosujących prawo, jest to jednak swoboda podporządkowana realizacji określonych celów; rozumowania prawnicze również mają charakter celowościowy i skupiony bardziej na materialnych niż formalnych standardach. Zbliżony schemat rozwojowy powtarza się w przypadku ostatniej z cech, jaką jest relacja prawa i polityki. Prawo represywne oznacza całkowite podporządkowanie prawa władzy politycznej. Uniezależnia się ono od tej władzy, zgodnie z doktryną podziału władz, w modelu prawa autonomicznego. W prawie responsywnym obserwujemy ponowne zbliżenie i przenikanie obu sfer; nie istnieje ścisła granica pomiędzy roszczeniami politycznymi a prawnymi.

Powyższe rozróżnienia pozwalają, jak sądzę, uchwycić w zarysach ogólną ideę każdego z wyróżnionych przez Selznicka i Noneta modeli. Rzecz jasna, modele te funkcjonują na prawach typów idealnych; realnie istniejące instytucje prawne będą miały – zdaniem autorów – mieszany charakter, możliwe będzie jednak zwykle wskazanie modelu dominującego. Założenie takie stanowi przykład zastosowania charakterystycznej dla Selznicka metodologicznej optyki wariantowości: różne istotne zmienne określające porządek prawny (podległość regułom, autorytet, dyskrekcja, celowość itp.) występują w realnie istniejących

instytucjach w różnych odmianach i kombinacjach, co pozwala rozróżniać pomiędzy poszczególnymi typami porządków prawnych – typami, które w empirii społecznej nachodzą na siebie i wzajemnie się przenikają. Jak stwierdzają autorzy, „debata prowadzona w prawoznawstwie przesłoniła ten fakt nachodzenia na siebie [poszczególnych modeli] poprzez skupienie się na konkurencyjnych koncepcjach natury prawa. Strategia charakteryzująca nauki społeczne jest bardziej gotowa wprost rozpoznać różnorodność sposobów doświadczania prawa” (Nonet i Selznick 1978, 18).

Analizowany projekt teoretyczny konsekwentnie zresztą realizuje typowe dla Selznicka założenia metodologiczne. Dzieje się tak również w odniesieniu do, niezwykle istotnej, kwestii relacji pomiędzy prawem a moralnością. Jak pisał ten autor wiele lat później, zaprezentowany w *Law and Society in Transition* ewolucyjny model legitymizacji prawa „zrywa z długoletnią praktyką filozoficzną polegającą na próbach znalezienia czysto analitycznych sposobów rozumienia relacji pomiędzy prawem a sprawiedliwością czy prawem a moralnością” (Selznick 2000, 273). W prezentowanym ujęciu relacje te nie mają charakteru koniecznego (czego domagały się skrajne koncepcje prawa natury), nie są też jednak całkowicie przygodne (jak chciałby skrajny pozytywizm), ale zmieniają się wraz z przechodzeniem do kolejnego typu porządku prawnego.

Pierwszy typ prawa, prawo represywne, ma być w tym ujęciu bezpośrednią ekspresją i narzędziem władzy, przymusem wyposażonym w autorytet reguł. Nie istnieje tu oddzielenie prawa od władzy politycznej, a naczelną funkcją systemu prawnego jest – powtórzmy – zapewnianie porządku społecznego i gwarantowanie skuteczności w wykonywaniu tejże władzy, ale także jej legitymizacja jako wyposażonej w autorytet prawny. Właśnie ta ostatnia funkcja prawa represywnego przyczynia się jednak do jego wewnętrznej niestabilności. Skuteczna władza wymaga uprawomocnienia, ale prawo represywne okazuje się „względnie prymitywnym narzędziem legitymizacji” (Nonet i Selznick 1978, 51–52), skoro opiera swe roszczenia głównie na przymusie i podporządkowaniu. Ten deficyt uprawomocnienia przyczynia się (a co najmniej może się przyczyniać) do ewolucji prawa represywnego w kierunku modelu prawa autonomicznego, które kwestię legitymizacji stawia w samym centrum.

Za pomocą kategorii prawa autonomicznego Nonet i Selznick opisują „klasyczny” nowoczesny sposób pojmowania prawa, któremu doktrynalnie najbliższym do prawniczego pozytywizmu. Warto dla jego charakterystyki przywołać *in extenso* cztery jego cechy wyszczególnione przez autorów. Zgodnie z nimi w ramach modelu prawa autonomicznego:

1. Prawo pozostaje oddzielone od polityki. W charakterystyczny sposób system głosi niezależność sądownictwa i wyznacza ostrą linię pomiędzy funkcjami legislacji i judykatury.
2. Porządek prawny opowiada się za „modelem reguł”. Koncentracja na regułach pomaga wzmocnić narzędzia służące pociąganiu do formalnej odpowiedzialności [*accountability*];

jednocześnie ogranicza ona kreatywność instytucji prawnych i wkraczanie przez nie na obszar polityki.

3. „Procedura jest sercem prawa”. Powtarzalność i formalna bezstronność [*fairness*], a nie sprawiedliwość materialna, stanowią pierwszy z celów i główne zadanie porządku prawnego.
4. „Wierność wobec prawa” rozumiana jest jako ściśle podporządkowanie regułom prawa pozytywnego. [Ewentualna] krytyka obowiązującego prawa musi być skanalizowana w ramach procesu politycznego (Nonet i Selznick 1978, 54).

Prawo autonomiczne ustanawia i chroni przestrzeń konsensusu: „ucieleśniania standardy [...] wyłączone z politycznych kontrowersji” (Nonet i Selznick 1978, 57); czyni to jednak za cenę nakładania ograniczeń na możliwość działania władzy politycznej (Nonet i Selznick 1978, 59).

Jednak prawo autonomiczne nadal – podobnie jak czynił to jego represywny poprzednik – postrzega samo siebie przez pryzmat związku z władzą i aparatem państwa, jako instrument kontroli społecznej będący integralnym elementem państwowego reżimu (w tym wypadku reżimu państwa prawa). Również ono zgłasza jednoznaczne roszczenie do autorytetu domagającego się podporządkowania (Nonet i Selznick 1978, 68). Różnica w stosunku do prawa represywnego polega głównie na rozszerzeniu zakresu adresatów tego obowiązku, obejmującego teraz również podmioty władzy, a także na wyraźnie większej dozie przewidywalności owego autorytetu, który rości sobie posłuszeństwo.

Jednocześnie w wewnętrznym rozwoju prawa autonomicznego pojawiają się tendencje, które zdaniem autorów rozsadzają od środka logikę jego działania. Chodzi tu przede wszystkim o coraz pełniejsze upodmiotowienie adresatów prawa, które prowadzi m.in. do postawy krytycyzmu wobec tegoż prawa. Obywatele, których prawa podmiotowe gwarantowane są przez system prawny, stawiają temu ostatniemu coraz wyższe wymagania. Ten fakt, połączony z wewnętrznym napięciem pomiędzy sprawiedliwością formalną (faktycznie realizowaną) a sprawiedliwością materialną (początkowo oczekiwaną jako wtórny skutek tej pierwszej, stopniowo coraz otwarciej artykułowaną), prowadzi do podważenia fundamentów, na których wspiera się gmach prawa autonomicznego. Oparcie w ścisłych regułach i procedurach przestaje wystarczać, aby odpowiadać na rosnące oczekiwania społeczne względem prawa. W ten sposób pojawia się miejsce dla nowego, bardziej „obywatelskiego” typu prawa – prawa responsywnego.

Jak widać, ewolucja prawa od jednego do kolejnego modelu w rozumieniu autorów ma w sobie coś z Hegłowskiego *Aufhebung* – zniesienia, które zarazem jest zachowaniem. Tak jak prawo autonomiczne przewyższa słabości prawa represywnego, zachowując jednak to, co w tym wcześniejszym okazuje się najbardziej wartościowe (czyli ukryte dążenie do uprawomocnienia), tak to samo prawo autonomiczne zostaje przewyżczone w swoich mankamentach przez prawo responsywne, które jednak przechowuje i przenosi w sobie m.in. wrażliwość

na społeczne oczekiwanie sprawiedliwości³⁴. Być może zresztą – a myśl taka byłaby zgodna z ogólnymi zapatrywaniami Selznicka – chodzi tu cały czas o jeden i ten sam ideał prawomocności i legalności, którego rozumienie dojrzewa do coraz pełniejszego jego urzeczywistnienia (Nonet i Selznick 1978, 107–108).

4.2. Typ prawa responsywnego

Jeśli dla opisu koncepcji prawa responsywnego oddać na początek głos samym autorom, ujmują oni jej zasadnicze składowe w czterech punktach, zgodnie z którymi:

1. Dynamika rozwoju prawa prowadzi do zwiększenia autorytetu celu [*the authority of purpose*].
2. Cel czyni obowiązek prawny bardziej problematycznym, a przez to rozluźnia roszczenie prawa do posłuszeństwa i otwiera możliwość pojmowania porządku publicznego na mniej rygorystyczny i bardziej obywatelski sposób.
3. Podczas gdy prawo zyskuje na otwartości i elastyczności, argumentacja prawnicza [*legal advocacy*] przybiera wymiar polityczny, wytwarzając siły, które pomagają zmieniać i korygować instytucje prawne, ale które stwarzają też niebezpieczeństwo podważenia instytucjonalnej integralności.
4. Na koniec zwracamy uwagę na największy problem prawa responsywnego: w środowisku, w którym prawo poddawane jest zewnętrznej presji, nieprzerwany autorytet prawnego celu, a także integralność porządku prawnego zależą od tego, czy uda się zaprojektować bardziej kompetentne instytucje prawne (Nonet i Selznick 1978, 78).

Już na poziomie tego opisu widać większą niejednoznaczność pojęcia prawa responsywnego, gdy porównać je z jego autonomicznym odpowiednikiem. Napotykałyśmy tu bowiem takie metaforyczne sformułowania, jak „autorytet celu”, „bardziej obywatelskie pojmowanie prawa” czy „problematyczność obowiązku prawnego”. Doprawdy, bez dodatkowych wyjaśnień wyrażenia te więcej zaciemniają, niż wyjaśniają. Jeśli porównać to z dość precyzyjnymi kategoriami służącymi do opisu prawa autonomicznego, widać, że język prawniczy jest znacznie bardziej nawykły i przystosowany do tego właśnie modelu prawa. Na samym początku napotykałyśmy więc trudność językową: czy słownik języka prawnego i prawniczego, w jego obecnym kształcie, nadaje się do mówienia o takim modelu prawa, jaki próbują przedstawić Nonet i Selznick.

Zacznijmy od kwestii najbardziej chyba podstawowej, i przez to najłatwiejszej do uchwycenia, tj. od otwartości prawa, o której autorzy piszą, że „jest koniecznym, choć niewystarczającym warunkiem responsywności” (Nonet i Selznick 1978, 104). Otwartość prawa znajduje swój wyraz zarówno w wymiarze

³⁴ Do Hegłowskiego pojęcia Selznick odwoływał się w zbliżonym kontekście już wcześniej, pisząc w *Law, Society, and Industrial Justice*: „*Law aufgehoben* is polity achieved” („Przezwyłączone prawo to osiągnięta wspólnota polityczna” (Selznick [1969] 1980, 28; por. też Nonet 2002, 52 i n.)).

zewnątrznym (jego relacji z otoczeniem), jak i wewnętrznym (jego własnej organizacji). W pierwszym z nich otwartość oznacza przede wszystkim gotowość do odpowiadania na społeczne oczekiwania wobec prawa, realizowania pozaprawnych celów i wartości. W wymiarze wewnętrznym otwartość wiąże się z odrzuceniem formalizmu, wyższą elastycznością i samokorygującym charakterem prawa. Ta wewnętrzna otwartość możliwa jest m.in. dzięki odejściu od dominującej roli reguł w systemie prawnym, który większą wagę zaczyna przywiązywać do – bardziej ogólnych – zasad. Selznick i Nonet nawiązują tu, rzecz jasna, do znanej w prawoznawstwie debaty dotyczącej relacji między zwykłymi regułami a zasadami prawnymi, w szczególności zaś do poglądów Ronalda Dworkina. Jest jednak pewna istotna różnica między spojrzeniem autora *Biorąc prawa poważnie* a tym przyjętym przez autorów *Law and Society in Transition*: ci ostatni nie akceptują konsekwencji, jakie Dworkin przypisuje rozróżnieniu pomiędzy zasadami *sensu stricto* (*principles*) a wymogami polityki (*policies*). Uważają oni podejście Dworkina do tej kwestii za zbyt zawężające, bowiem w obrębie prawa responsywnego oba rodzaje standardów będą mieć zbliżony autorytet, tzn. będą występować jako podobnie relewantne standardy prawne (Nonet i Selznick 1978, 80–82).

Tak pojmowana, otwartość prawa okazuje się jednak dość ambiwalentna. Z jednej strony daje ona szansę na bardziej kompetentne i lepiej dostosowane do społecznej wrażliwości, a przez to mocniej legitymowane prawo; z drugiej jednak powstaje tu ryzyko rozbicia tożsamości porządku prawnego, popadnięcia w populizm i nadmierny partykularyzm, w którym prawo służyć będzie najbardziej aktywnym i wpływowym grupom społecznym, ignorując przy tym potrzeby pozostałych obywateli. Prawo responsywne najmocniej więc doświadcza (uniwersalnego dla wszystkich jego typów) napięcia pomiędzy otwartością a integralnością prawa (Nonet i Selznick 1978, 75–77). Ta pierwsza siła prowadzić będzie w kierunku coraz większego zacierania się granic pomiędzy argumentami prawnymi a tymi pochodzącymi z porządków moralności czy polityki, jednocześnie jednak potrzeba integralności będzie kłaść nacisk na spójność, powtarzalność i obiektywność prawa. Responsywność musi zatem oznaczać „odpowiedzialną, a więc wybiórczą i selektywną adaptację” (Nonet i Selznick 1978, 77). Wobec tej próby godzenia w prawie sprzecznych tendencji nasuwa się oczywiste pytanie, w jaki sposób miałyby to być możliwe; czy i na ile da się zapewnić spójność i obiektywność takiego społecznie wrażliwego i elastycznego porządku prawnego. Odpowiedzi na to pytanie dostarcza autorom – co nie powinno dziwić na tle znanych nam już poglądów Selznicka – pojęcie celu.

Ukierunkowanie na cel jest jedną z podstawowych cech wyróżniających prawo responsywne. To właśnie cel (*purpose*) z jednej strony pozwala nadać prawu niezbędną elastyczność (skoro od rygorystycznego przestrzegania reguł

i procedur ważniejsza staje się realizacja założonych celów)³⁵, z drugiej zaś wyznacza, niezbędne w prawie, obiektywne standardy postępowania i oceny. Nie trudno przy tym zauważyć, że takie postawienie sprawy zależy jest od określonego sposobu rozumienia samego pojęcia celu, który musi być możliwy do racjonalnego zdefiniowania. Innymi słowy, jeśli to rozumowanie celowościowe wyznaczać ma tożsamość prawa, trzeba, aby cel taki był dostatecznie uchwytny.

Tu jednak pojawia się pewna trudność w koncepcji Noneta i Selznicka, którzy wydają się przypisywać pojęciu celu dwa różne, nie do końca możliwe do pogodzenia znaczenia. Z jednej strony może być ono interpretowane jako odpowiednik greckiego pojęcia *telos*, co byłoby zgodne z odnotowanymi już poglądami samego Selznicka. Koncepcja prawa responsywnego byłaby w tym ujęciu kolejną odsłoną wciąż ponawianej przez tego autora próby socjologicznego ożywienia pojęcia *telosu*. Jako takie, pojęcie celu miałoby wyraźnie moralną treść i zasadniczo byłoby tożsame z nadrzędnym dla prawa ideałem legalności.

Z drugiej jednak strony Nonet i Selznick zdają sobie sprawę, że tak ogólnie określony ideał – nawet jeśli uznać, że ma on jasno sprecyzowaną treść – nie wystarcza dla efektywnego ukierunkowania działań instytucji prawnych. Podsuwają więc drugi możliwy sposób rozumienia pojęcia celu, o bardziej technicznym zabarwieniu. Tak rozumiany, cel byłby pewnym empirycznie uchwytym stanem rzeczy, możliwym do zweryfikowania według zestandaryzowanych kryteriów instytucjonalnych i opisywanym w technicznym języku za pomocą takich narzędzi jak np. analiza kosztów i korzyści (*Cost-Benefit Analysis*; por. Nonet i Selznick 1978, 83, 91).

Niestety, oba przyjęte przez autorów sposoby rozumienia rozważanego pojęcia słabo do siebie przystają. Można uznać, że wpisują się one w dwie konkurencyjne tradycje myślenia celowościowego w ramach filozofii moralności i filozofii politycznej. Z jednej strony mamy filozofię *telosu* według Arystotelesa i budowaną na niej tzw. etykę cnót. Z drugiej strony empiryczno-techniczne ujęcie celu odpowiada utylitaryzmowi. Trudno uznać, że zaczerpnięte z każdej z tych tradycji pojęcia dają się bezproblemowo łączyć ze sobą. W tym sensie można się zastanawiać, czy w propozycji Noneta i Selznicka nie pojawia się nieuprawniony przeskok, skutkujący wewnętrzną sprzecznością tej koncepcji. Wprawdzie autorzy zauważają potrzebę „przełożenia ogólnego celu na szczegółowe wytyczne” dla instytucji prawnych, nie wskazują jednak, jak taki przekład miałby przebiegać ani czy w ogóle jest on możliwy³⁶.

³⁵ Nawiązując do rozróżnienia proponowanego w polskim prawoznawstwie przez Lecha Morawskiego, można powiedzieć, że w prawie responsywnym funkcja instrumentalna przeważa nad funkcją deontologiczną (Morawski 2003, 42–43).

³⁶ Zauważmy, że rozróżnienie tych dwóch interpretacji pojęcia celu jest zbieżne z przyjmowanym przez Selznicka sposobem rozumienia pojęć organizacji i instytucji. Ta pierwsza nakierowana jest bowiem na realizację technicznych celów, druga zaś na urzeczywistnianie ideałów (celów pojmowanych etycznie, czyli *telosu*).

Należy wszakże pamiętać, że o ile prawo jest instytucją w znaczeniu przyjętym przez Selznicka – zatem nasyconą wartościami, osadzoną w społeczeństwie i odpowiedzialną przed nim – cele przez nie obierane nie mogą być definiowane w czysto technicznym, izolowanym języku, będącym idiomem danej instytucji. Cele takie są bowiem współokreślane przez relacje między instytucją a jej otoczeniem, w tym wypadku: przez polityczną rolę, jaką społeczeństwo przypisuje porządkowi prawnemu. Dlatego też prawo responsywne, w porównaniu z prawem autonomicznym wyraźniej ukierunkowane na cel, będzie też w znacznie większym stopniu zależne od wspólnoty politycznej, której jest częścią, i zachodzących w jej ramach procesów politycznych. Jak już zauważyliśmy, prawo takie jest też bardziej otwarte na obywatelską krytykę, a obywatelskie nieposłuszeństwo zyskuje w nim rangę „legitymowanego sposobu kwestionowania i zmiany [obowiązujących] reguł” (Nonet i Selznick 1978, 92). Jego autorytet jest bardziej problematyczny i zależny od „negocjacji, a nie podporządkowania” (Nonet i Selznick 1978, 94). Dlatego też skuteczność prawa responsywnego jest istotnie zależna od tego, na ile w danym społeczeństwie rozwinięta jest cnota obywatelskości³⁷, tj. zdolności i gotowości do włączania się w sposób odpowiedzialny w polityczny proces współkształtowania świata życia społecznego (Nonet i Selznick 1978, 90–93, 113).

W konsekwencji w porządku społecznym budowanym na prawie responsywnym zaciera się do pewnego stopnia granica między argumentem prawnym a politycznym, między prawnym a politycznym działaniem. Prawo staje się „wehikułem, za pomocą którego grupy i organizacje mogą partycypować w kształtowaniu publicznych polityk” (Nonet i Selznick 1978, 96). Następuje zjawisko, które Nonet z Selznickiem określają mianem „mieszania się władz [*blending of powers*]”. Ta inkluzja społeczna i otwartość na politykę, a także wiążące się z nimi „rozproszenie” autorytetu prawa niosą ze sobą zarówno szanse, jak i zagrożenia. Prawo łatwiej w takim wypadku podlega zjawisku *capture*, czyli degradacji do roli instrumentu w rękach wpływowych grup nacisku. Jak zauważają autorzy, w momencie, w którym instytucje prawne otwierają się na społeczne oczekiwania formułowane w języku politycznym, stają się one „(1) bardziej podatne na nierówności władzy w społeczeństwie oraz (2) bardziej skłonne koncentrować się na wąskim zakresie szczegółowych problemów. W efekcie stają się one w mniejszym stopniu odpowiedzialne przed szerszą wspólnotą polityczną, słabiej zorientowane w problemach i aspiracjach tej ostatniej” (Nonet i Selznick 1978, 102). Po raz kolejny ujawnia się w tym dość ambiwalentny charakter całej idei

³⁷ Dosł. „uprzejmości” (*civility*), jednak Selznick z Nonetem zwracają uwagę na starsze, źródłowe znaczenie tego wyrażenia, wywodzące się od *civis*, *civitas*. Co charakterystyczne, oba podstawowe w języku angielskim określenia na uprzejmość zawierają to nieprzekładalne na język polski nawiązanie do wspólnoty obywatelskiej (*civility* – *civil* – *civitas*; *politeness* – *polity* – *polis*), co zresztą odróżnia je od „dworskości” (*courtesy*), jako ideału o rodowodzie szlacheckim.

prawa responsywnego, jako koncepcji „wysokiego ryzyka” (por. Nonet i Selznick 1978, 5–7).

Odpowiedź na to ryzyko musi przyjść z dwóch stron. Od strony społecznego otoczenia prawa będzie to kultywacja wspomnianej już cnoty obywatelskości i dbałość o jakość więzi spajających wspólnotę polityczną. Od strony samego prawa chodzić będzie o rozwijanie kognitywnych kompetencji jego instytucji (Nonet i Selznick 1978, 99–100). Wracamy tu do kwestii uprawnienia prawa responsywnego, które wymaga zdolności do rozwiązywania realnych problemów społecznych. Aby wywiązać się z tych legitymizacyjnych oczekiwań, instytucje prawne muszą, zdaniem autorów, rozwijać swoje kompetencje poznawcze i zdolność uczenia się. Innymi słowy, muszą one zarówno efektywnie pozyskiwać niezbędne informacje ze swojego społecznego otoczenia, jak i odpowiednio je przetwarzać oraz dostosowywać swój sposób działania w celu skutecznego wykorzystania nabytej wiedzy (Nonet i Selznick 1978, 104–113). Prawo responsywne dla swego działania potrzebuje zatem mechanizmów refleksyjnej komunikacji z własnym otoczeniem społecznym (Stępień 2008, 94).

Selznick i Nonet zdają sobie sprawę z tego, że wizja prawa responsywnego – podobnie jak prawa autonomicznego – ma ambiwalentny charakter i pociąga za sobą pewne zagrożenia. Rozróżniają oni przy tym w naukach prawnych koncepcje „niskiego” i „wysokiego ryzyka” (Nonet i Selznick 1978, 5–7). Pierwsze koncentrują się na funkcjach stabilizacyjnych i gwarancyjnych prawa, postulując wysoki stopień jego formalizacji i separacji od polityki, co ma służyć zapewnianiu porządku społecznego oraz ograniczaniu arbitralności władzy. Druga grupa koncepcji, „mniej troszcząc się o autorytet, w większym stopniu akceptując wyzwania i nieporządek” (Nonet i Selznick 1978, 6), postuluje prawo bardziej otwarte i dialogiczne (responsywne), służące jako narzędzie zmiany i partycypacji społecznej. Każda z tych perspektyw ma swoje słabe strony. Koncepcje niskiego ryzyka, zdaniem autorów, nie tylko mogą prowokować sytuację, w której porządek prawny unikać będzie wyzwań wynikających ze zmieniających się warunków społecznych, ale w ostateczności mogą „rodzić kryzys i rozpad porządku poprzez zamykanie kanałów dla zgłaszania roszczeń, partycypacji i zmiany” (Nonet i Selznick 1978, 7). Z kolei koncepcje wysokiego ryzyka, dążąc do podnoszenia stopnia responsywności, mogą „sprzyjać słabości i niezdecydowaniu [prawu] wobec wywieranych na nie presji i zbytnio ulegać nastawionym aktywistycznie mniejszościom” (Nonet i Selznick 1978, 7). Wynika z tego, że ideał responsywności może być sensownie aplikowany tylko tam, gdzie prawo zdołało wypracować sobie uprzednio niezbędną dotę autonomii, która uchroni je przed regresem w populizm lub niebezpieczeństwem *capture*.

5. Krytyka

Koncepcja prawa responsywnego zyskała sobie trwałe miejsce we współczesnej jurysprudencji, jako trafna etykieta dla licznych procesów zachodzących w porządkach prawnych mniej więcej od połowy XX wieku. W tym kontekście pojawiły się m.in. hasła „responsywnej regulacji” (Ayres i Braithwaite 1992) czy „responsywnej administracji” (Stępień 2008 i cytowana tam literatura). Jednocześnie, co musi budzić uznanie, koncepcja ta pozostaje spójna z poglądami Selznicka rozwijanymi konsekwentnie na przestrzeni kilkudziesięciu lat. Jest ona bezpośrednio powiązana z jego zapatrywaniem metodologicznymi, z przyjętym pojęciem instytucji społecznych, wreszcie z rozumieniem nadrzędnego wobec prawa ideału legalności i wizją rozwoju tego ideału w czasie. Wszystko to zasługuje na szacunek, nie oznacza jednak braku jakichkolwiek wątpliwości. Bieżący podrozdział zawiera krytykę koncepcji prawa responsywnego, w świetle której trudno, jak sądzę, uznać ją za w pełni satysfakcjonujące rozwiązanie kwestii refleksyjności współczesnego prawa.

Podstawowa wątpliwość związana z omawianą koncepcją dotyczy samego statusu pojęcia prawa responsywnego: czy wyraża ono (jedynie) pewien program polityczny, czy też mamy tu do czynienia z pełnoprawnym modelem socjologicznym, mającym empiryczne ugruntowanie. Selznick odpowiedziałby zapewne, że jedno i drugie; że pojęcie to ma charakter normatywny, ale jednocześnie wskazuje na pewne zjawiska obecne już w mniej czy bardziej jawny sposób we współczesnych porządkach prawnych. Niemniej jednak, w porównaniu z innymi pracami tego autora, przy lekturze *Law and Society in Transition* uderza brak odniesień do realnie istniejących instytucji, które miałyby wcielać w życie idee prawa responsywnego. Jest to tym bardziej znamienne, jeśli pamiętać o uwadze, jaką Selznick poświęcał właśnie kwestii ucieleśniania ideałów w konkretnych praktykach instytucjonalnych – w jego opinii tylko takie ideały moralne mogą co do zasady stanowić przedmiot zainteresowania socjologii.

Nie oznacza to, że takich empirycznych odniesień nie da się znaleźć. Przeciwnie, już w czasie pisania omawianej pracy kontekst taki istniał i musiał być jej autorom znany. Przykładowo, Robert Kagan (2002) interpretuje koncepcję prawa responsywnego na tle przemian, jakich od wczesnych lat sześćdziesiątych XX stulecia doświadczał amerykański system prawny, ukazując zmiany w sądownictwie, legislacji i administracji publicznej, które nakierowane były na wzrost responsywności prawa. Martin Krygier (2012, 184–186) z kolei wskazuje na szerszy kontekst toczonych ówczynie zarówno w Ameryce Północnej, jak i w Europie (a także w niektórych państwach położonych w innych częściach globu) dyskusji nad modelem państwa opiekuńczego (*welfare state*). Pojęcie responsywności pojawiało się zresztą np. w teorii administracji i rządu jeszcze przed ukazaniem się pracy Selznicka i Noneta (Verba i Nie 1972; Stewart 1974).

Z jakichś jednak powodów w ich książce nie znalazło sobie miejsca takie empiryczne ugruntowanie zawartych w niej analiz pojęciowych, przez co te ostatnie sprawiają wrażenie zbyt abstrakcyjnych i zawieszonych w próżni. Podobna słabość ujawnia się, jeśli interpretować prawo responsywne jako postulat polityczny, bowiem przy braku odniesień do empirii okazuje się on dość ogólnikowy i mglisty. Owszem, idea prawa otwartego na potrzeby i oczekiwania jednostek, prawa bardziej społecznie wrażliwego i elastycznego to wizja piękna, jednak Nonet i Selznick skąpią nam wskazówek, na czym dokładnie miałyby polegać wcielenie jej w życie. Bardziej niż pełnokrwistą strategię polityczną, przypomina ona raczej figurę retoryczną.

Z powyższym wiąże się zbliżona wątpliwość dotycząca dokładnych relacji pomiędzy modelami prawa autonomicznego i responsywnego. W szczególności zastanawia, na ile prawo responsywne można rzeczywiście postrzegać jako w pełni odrębny model porządku prawnego, na ile zaś stanowi ono jedynie pewien ideał moralny³⁸, za pomocą którego wprowadza się korektę do modelu autonomicznego. Co więcej, ideał taki konkurowałby w ramach prawa autonomicznego z innymi wartościami (takimi jak formalna racjonalność prawa), nie zawsze więc musiałby być realizowany. Selznick i Nonet sami sugerują taką możliwość, pisząc: „Chociaż prawo responsywne może pozwalać na osiągnięcie wyższego stopnia sprawiedliwości, takie dążenie może kolidować z innymi wartościowymi celami ludzkimi. Nie powinniśmy przesądzać, czy rozsądne będzie preferowanie tego właśnie dążenia” (Nonet i Selznick 1978, 25).

Jednocześnie uznają oni centralne znaczenie modelu prawa autonomicznego, który wydaje się zapewniać największą stabilność i zdolność reprodukcji własnych form instytucjonalnego porządku. Być może więc cała ewolucyjna narracja powinna być w tym wypadku odczytywana jako opowieść o prawie autonomicznym, które zawiera w sobie zarówno ryzyko osunięcia się w represyjność, jak i potencjał do powiększania obszarów responsywności (por. Nonet i Selznick 1978, 26).

Takie spojrzenie na relacje pomiędzy prawem responsywnym a autonomicznym współgra ze sposobem, w jaki Selznick przedstawia dwa analogiczne rodzaje zależności: pomiędzy liberalizmem i komunitaryzmem w sferze filozofii politycznej oraz pomiędzy biurokratycznym i postbiurokratycznym modelem funkcjonowania administracji. Istniejące tu podobieństwa nie są, oczywiście, dziełem przypadku, bowiem między poszczególnymi płaszczyznami (filozofii politycznej, prawa i administracji) istnieją wzajemne więzi. Modelowo rzecz ujmując, wybór jednej z dwóch opcji na poziomie filozofii polityki przekłada się na preferencje w dwóch podległych jej obszarach, jakimi są prawo i administracja. Przyjęcie liberalizmu będzie zatem wiązać się z uznaniem dla prawa

³⁸ Mateusz Stępień w trafny, jakkolwiek dość daleki od tradycji kantowskiej sposób określa koncepcję prawa responsywnego mianem „idei regulatywnej” (Stępień 2008, 91).

autonomicznego i biurokratycznych form organizacji administracji, stanowisko zaś komunitaryzmu preferować będzie prawo responsywne i postbiurokrację³⁹. Jeśli w tym świetle spojrzeć na dwa wskazane tu rodzaje relacji, widać u Selznicka determinację do postrzegania ich w perspektywie ciągłości, a nie zerwania. Komunitaryzm ma więc wprowadzać jedynie pewne korektury do liberalnego ustroju politycznego (myśl tę autor wyrazi hasłem „liberalnego komunitaryzmu” (Selznick 2006)), idea zaś postbiurokracji pełni rolę li tylko modyfikacji typowego modelu biurokratycznego, rolę „zaczynu w biurokratycznym cieście” (Selznick 1992, 273–288). Podobnie, idea prawa responsywnego wydaje się zależna od autonomicznego modelu prawa.

Niezależnie jednak od dokładnego statusu pojęcia prawa responsywnego także jego treść (zatem to, co pod pojęciem tym jest ostatecznie rekomendowane) nie jest wolna od krytyki. W szczególności wobec całej koncepcji sformułowane mogą być trojakiemu rodzaju zarzuty: (a) empiryczne (zarzut nieadekwatności wobec aktualnych realiów świata społecznego), (b) teoretyczne (zarzut bazowania na wątpliwej ontologii społecznej) oraz (c) normatywne (wedle których koncepcja ta miałaby prowadzić do niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji politycznych). Rozważmy je kolejno.

Ad a. Zarzut empiryczny pod adresem koncepcji prawa responsywnego sprowadza się do twierdzenia, że nie jest ona adekwatna wobec wysoce zróżnicowanych społeczeństw doby późnej nowoczesności. Jak twierdzi m.in. Teubner (1983), w realiach wyraźnie zdywersyfikowanych społeczeństw nie mogą sprawdzić się koncepcje prawa, które budują na pojęciu sprawiedliwości materialnej – a taki właśnie charakter miałaby mieć propozycja Selznicka i Noneta. Są one w opinii Teubnera próbą zrobienia kroku wstecz, w kierunku znacznie prostszych niż dzisiejsze form organizacji życia społecznego.

W tym kontekście wspominane już powiązanie koncepcji Noneta i Selznicka z doktryną *welfare state* może być postrzegane jako obciążenie tej propozycji. Trudno dziś bowiem nie dostrzegać zmian społecznych, które uczyniły ideę państwa opiekuńczego w jej tradycyjnym wydaniu właściwie niemożliwą do spełnienia. Trend ten obejmuje zarówno przemiany na poziomie kulturowym – rosnący pluralizm przydaje dramatyzmu pytaniu, oczekiwaniom których konkretnie grup społecznych miałyby czynić zadość responsywne prawo⁴⁰ – jak i, być może

³⁹ Wskazanie, że poglądy Selznicka na relacje między komunitaryzmem a liberalizmem stanowią dogodną ramę dla interpretacji zależności pomiędzy modelami prawa autonomicznego i responsywnego, formułuje również Krygier (2002, 11). Powiązania pomiędzy ewolucyjnymi modelami prawa i administracji sugerują sami autorzy (Nonet i Selznick 1978, 21–23).

⁴⁰ Dość powiedzieć, że za przejawy responsywności prawa uznaje się m.in. takie rodzące nieustanne kontrowersje społeczne regulacje, jak liberalizacja dostępu do aborcji czy legalizacja małżeństw homoseksualnych; z drugiej strony według dokładnie tego samego modelu można interpretować np. prawne włączenie stopnia z religii do wykazu ocen na świadectwie maturalnym.

istotniejsze, transformacje instytucjonalne. Nie rodzi chyba wątpliwości teza, że dzisiejsze społeczeństwa odznaczają się złożonością, dynamiką i intensywnością wielorakich powiązań (zarówno w wymiarze lokalnym, jak i globalnym) nieporównywalnymi w stopniu z latami siedemdziesiątymi ubiegłego wieku, kiedy to Nonet i Selznick formułowali swoje tezy, a państwo opiekuńcze przeżywało szczytowy moment swojego rozwoju⁴¹. Stąd też trudno się dziwić, że podobnie jak koncepcja *welfare state*, tak i skojarzona z nią w znacznej mierze idea prawa responsywnego spotyka się obecnie z krytyczną reakcją. Przykładowo, na gruncie rodzimej nauki prawa Kozak zarzuca jej, że prawo w jej rozumieniu zostaje „uwikłane beznadziejnie w kontekst funkcjonalny” (Kozak 2002, 123): ma ono realizować polityczne czy społeczne zamówienia, co podważa jego autonomię. Jak dodawał Kozak (2002, 128): „Prawnik zostaje tu obciążony moralną współodpowiedzialnością za sukces lub fiasko polityki społecznej prawodawcy”. Z kolei Lawrence Friedman zauważa:

możliwe, że [...] wielkie i zróżnicowane państwo po prostu nie jest w stanie wytworzyć tego rodzaju wspólnoty czy konsensu, których wymaga przyjęta przez Selznicka wizja legalności. Ideał, który jest szlachetny na poziomie zakładu pracy, musi w takim wypadku nieuchronnie się załamać na poziomie wielkiego społeczeństwa (Friedman 2002, 148).

Friedman odnosi się tu bezpośrednio nie do prawa responsywnego, ale do wcześniejszej pracy Selznicka *Law, Society, and Industrial Justice*, która koncepcję tę niejako zapowiada, analizując przemiany, którym podlega pojęcie legalności. Ponieważ książka ta skupia swoją uwagę na realiach stosunków pracowniczych w branży przemysłowej („sprawiedliwości w przemyśle”, wedle tytułowego określenia), warto zauważyć zmiany, którym ten segment życia społecznego uległ w ciągu ostatnich kilkudziesięciu lat – a które, jak twierdzi Friedman, w znacznym stopniu dezaktualizują obserwacje poczynione przez Selznicka (Friedman 2002, 147). Duże przedsiębiorstwa przemysłowe, z silnie rozwiniętym w ich ramach ruchem związkowym – czyli główny obiekt analiz w pracy Selznicka – coraz częściej ustępują miejsca rynkowi usług, znacznie bardziej zdecentralizowanemu i nomadycznemu. Takie zjawiska, jak outsourcing, samozatrudnienie, praca zdalna (także wykonywana z zupełnie innego miejsca globu niż siedziba „pracodawcy”), zatrudnienie w niepełnym wymiarze godzin itp., stały się składowymi codziennego środowiska pracy dla wielu osób. W tych warunkach strukturalnych ideały sugerowane przez Selznicka, jako wymagające względnie trwałych, spójnych i obdarzonych własną tożsamością wspólnot, mają (niestety) niewielkie szanse na zaistnienie.

⁴¹ Na temat tego typu zmian instytucjonalnych, które podważają sensowność wcześniejszego modelu państwa opiekuńczego, zob. np. Giddens 1994.

Ad b. Z powyższymi uwagami współgra bardziej rozległy zarzut o charakterze teoretycznym, wedle którego koncepcja prawa responsywnego nadbudowana jest nad nieprzekonującą ontologią społeczną. Zgodnie z tym punktem widzenia zakładana przez Selznicka wizja społeczeństwa jest nazbyt substancjalna i organiczna. Jeśli nawet uznać, że autor ustrzega się wiążącego się z tym ryzyka socjologicznej hipostazy (pamiętajmy o jego deklaracji „metodologicznego indywidualizmu”, zgodnie z którą to jednostkom przysługuje logiczne pierwszeństwo przed bytami społecznymi (Selznick 1992, 242–243)), to wizja ta bardziej zdaje się przystawać do pojęcia *Gemeinschaft*, organicznej wspólnoty epoki przednowoczesnej, niż do nowoczesnego systemu społecznego typu *Gesellschaft*, integrowanego raczej funkcjonalnie niż etycznie⁴².

Można powiedzieć, że zarówno w filozofii politycznej, jak i w teorii socjologii istnieją pod tym względem paralelne rozróżnienia między przeciwstawnymi stanowiskami, które określić można mianem „paradygmatu konsensu” oraz „paradygmatu konfliktu”⁴³. Nie ma wątpliwości, że na obu płaszczyznach Selznick zdecydowanie opowiada się za pierwszym z paradygmatów, jednak w wyjątkowym wydaniu. Szczególnie w nowoczesnej socjologii paradygmat kooperacji zwykło się utożsamiać z funkcjonalizmem, który – jak już zauważyłem – nie jest dla autora *The Moral Commonwealth* w pełni satysfakcjonujący. Odwołuje się on do alternatywnej, a przy tym starszej odmiany tego paradygmatu, jakim jest podejście teleologiczne. Jak już kilkakrotnie odnotowałem, wedle tego ujęcia społeczeństwo integrowane jest przez przekonania co do moralnego sensu (dobra wspólnego) realizowanego przez jego instytucje. Obie odmiany podejścia kooperacyjnego mają swoje dość oczywiste słabości (podobnie zresztą jak stanowiska lokujące się w paradygmacie konfliktu), których szerzej nie sposób tu omawiać. Zauważmy skrótowno, że funkcjonalizm nieustannie ryzykuje hipostazę rzeczywistości społecznej (nie przypadkiem często sięga się w jego ramach do naciąganych metafor organicznych), teleologizm zaś wymaga istnienia „silnych wspólnot”, zdolnych do wypracowania zgody w przedmiocie rozumienia dobra wspólnego. Czy takie wspólnoty są w ogóle obserwowalne i czy w konsekwencji możliwe jest względnie niekontrowersyjne sformułowanie, jak określa je Selznick, „nadrzędnych ideałów” dla poszczególnych instytucji – pozostaje kwestią sporną.

Zarzut teoretyczny łączy się z wątpliwością, czy w ogóle prawo można uznać za instytucję w znaczeniu, które temu pojęciu przypisuje Selznick. Nader

⁴² Por. jednak krytyczne uwagi Selznicka pod adresem koncepcji *Gemeinschaft* (Selznick 1992, 365–367).

⁴³ W filozofii politycznej do paradygmatu konsensu przynależeć będzie zarówno tradycja liberalizmu, jak i komunitaryzmu – a więc dwa podstawowe dla Selznicka punkty odniesienia. W teorii społecznej akcent na kooperację kłaść będzie perspektywa funkcjonalistyczna oraz teleologiczna, na konflikt zaś – m.in. teorie klasowe czy rasowe (por. Giddens 2012, 40–41, 688–689; Szacki 2002, 824–838).

dyskusyjne jest bowiem, czy ten zbiór instytucjonalnych praktyk i norm, który określamy mianem prawa, ma taką jedność, jaką zakłada Selznickowe pojęcie instytucji – a co za tym idzie, czy można przypisać mu jakiś jeden nadrzędny ideał, który spajałby wszystkie mieszczące się tu praktyki. Prawda jest taka, że z punktu widzenia socjologii jakiegokolwiek mówienie o „prawie” bez bliższej charakterystyki, co rozumiemy pod tym wyrażeniem, jest dość podejrzane. Może być to uznane za połączenie najgorszych cech hipostazy (reifikacji abstrakcyjnych kategorii) i ukrywania się za niejasnymi pojęciami. Z punktu widzenia socjologii prędzej czy później (oby prędzej!) musi pojawić się pytanie, co dokładnie mamy na myśli, mówiąc o prawie. Czy chodzi o system normatywny, zjawisko kulturowe (zbiór wyobrażeń na temat „prawa”), czy może o zespół instytucji społecznych⁴⁴? Jeśli to ostatnie (jak zasadniczo rzeczy się mają w analizowanej tu koncepcji), można pytać dalej, o jakie dokładnie instytucje chodzi i jak należałoby zdefiniować wzajemne związki między nimi. Czy instytucje te mają ze sobą coś wspólnego – czy przynależą do jakiejś szerszej sfery (pola, systemu, subświata etc.) rzeczywistości społecznej, która spaja je w posiadającą własną tożsamość jedność? Czy pośród rozważanych instytucji istnieją jakieś „centralne” dla rozumienia prawa? To tylko niektóre z pytań, które wymagają odpowiedzi, jeśli chcemy budować jakąkolwiek dostatecznie precyzyjną instytucjonalną teorię prawa⁴⁵. Wydaje się, że są one dość szczątkowo potraktowane przez Selznicka; kwestii tego, jak na jego koncepcję prawa wpływa ewentualna konkurencja co do realizowanych ideałów nadrzędnych pomiędzy różnymi grupami działającymi w obszarze prawa, autor ten nie podjął niemal wcale. Zakłada on po prostu, że nad całym tym obszarem rozciąga się jeden i ten sam ideał legalności. Założenie takie, które w obliczu istnienia rozbieżnych interesów musi być uznane za myślową idealizację, zasługiwałoby na lepszy dowód niż ten, który autor nam (nie) proponuje.

Ad c. Wreszcie ostatnia grupa zarzutów, o charakterze normatywnym, dotyczy politycznych konsekwencji przyjęcia postulatów prawa responsywnego. Nie chodzi tu nawet o zagrożenie populizmem czy nieuzasadnioną preferencją dla

⁴⁴ Oczywiście, każda z tych alternatywnych odpowiedzi rodzi dalsze pytania o to, jak należy rozumieć użyte w nich pojęcia systemu, kultury czy instytucji.

⁴⁵ Nie są to natomiast pytania, które stawiałyby sobie prawoznawstwo czy tym bardziej praktyka prawnicza. W ich ramach kategoria prawa wydaje się pełnić raczej rolę idei regulatywnej, wprowadzając *a priori* założoną jedność pola, po którym się poruszamy. Nie świadczy to bynajmniej – jak chcieli rzecz widzieć niektórzy co bardziej radykalni krytycy prawa i nauk prawnych – o jakiejś głębokiej „naiwności” czy „przednaukowości” prawoznawstwa. Świadczy, owszem, o jego ideologicznym charakterze – ale niekoniecznie w pejoratywnym znaczeniu ideologii. Ta założona jedność metafizycznego bytu określanego prawem jest raczej praktyczną koniecznością „rozumu prawniczego”. Socjologia, przyjmując zewnętrzny ogląd, sprowadza ten metafizyczny byt na ziemię i dokonuje jego rozbioru.

potrzeb i oczekiwań silniejszych grup społecznych (kosztem interesu publicznego, dobra wspólnego czy potrzeb grup słabszych, o niższych kompetencjach społecznych) – choć i takie zarzuty w kontekście prawa responsywnego już wyżej odnotowałem (Stępień 2008, 79–82; por. Nonet i Selznick 1978, 90–93)⁴⁶. Prawdopodobnie najpoważniejszym jednak ryzykiem, które się tu pojawia, jest niebezpieczeństwo szczególnej formy totalizmu prawnego. Nonet i Selznick sami zauważają, że te nurty intelektualne, które legły u podstaw idei prawa responsywnego (np. realizm prawniczy), przyjmowały ekspansjonistyczny obraz prawa – prawa, które winno stać się „bardziej dynamicznym narzędziem wytwarzania porządku społecznego [*social ordering*] i społecznej zmiany” (Nonet i Selznick 1978, 74). Jak się wydaje, w omawianą koncepcję wpisane są rzeczywiście bardzo ambitne oczekiwania względem prawa, które Friedman określił mianem dążenia do „sprawiedliwości totalnej”, połączone z postrzeganiem prawa nie tylko jako przestrzeni poszanowania takiej sprawiedliwości, ale także jako podstawowego narzędzia jej wprowadzania w życie.

Z jedną z najsurowszych krytyk tego rodzaju wystąpił, niedługo po sformułowaniu koncepcji prawa responsywnego, sam jej współautor, czyli Philippe Nonet. Jak zauważa on w swoim krytycznym komentarzu (Nonet 2002, 63–66), realizacja tego ideału z dużym prawdopodobieństwem prowadzi nie tyle do jakościowej zmiany samego prawa, co do poszerzania zakresu kontroli, jaką prawne instytucje sprawują nad życiem społecznym. Wedle tej diagnozy środki mające służyć ucieleśnieniu idei prawa responsywnego, włączone w funkcjonowanie nowoczesnych organizacji, podporządkowują się logice tych ostatnich i stają się technikami administrowania społeczeństwem. Organizacja bowiem ma charakter techniczny i – niczym mityczny Midas – czyni techniką wszystko, czego dotknie; niemożliwe zatem jest dotarcie poprzez rozwiązania organizacyjne do „podstaw prawa”, do sprawiedliwości czy słuszności. Dążenie do prawa responsywnego prowadzi nie do emancypacji, ale do większego podporządkowania i pogłębienia prawnego imperializmu.

Nawet jeśli uznać tę ocenę za zbyt jednostronną w swym pesymizmie, Nonet wydaje się mieć rację co najmniej w jednej kwestii: w dostrzeżeniu logiki ekspansjonizmu wpisanej w ideę prawa responsywnego. Prawo takie nie jest prawem skromniejszym i samoograniczonym, ale prawem ambitnym i ekspansyjnym, przenikającym swoim oddziaływaniem coraz dalsze sfery życia społecznego. Tę teoretyczną hipotezę potwierdzają obserwacje empiryczne, przywoływane np. przez Kagana (2002). To fakt, którego Selznick wydaje się albo nie dostrzegać, albo nie przywiązywać do niego dostatecznej wagi; fakt, który bardziej niż z optymizmem Selznicka, współbrzmi z uwagami Anthony’ego Giddensa na temat „wykorzeniającej” natury refleksyjnych instytucji (Giddens 2008, 15–21).

⁴⁶ Odpowiada to zagrożeniom *regulatory capture* oraz *regulatory creep*, które w odniesieniu do regulacji responsywnej omawiam w rozdziale V.

6. Podsumowanie

Socjologiczny projekt Philipa Selznicka, rozwijany konsekwentnie na przestrzeni kilkudziesięciu lat, należy do najciekawszych tego typu propozycji. Na szczególną uwagę zasługuje oryginalne i odważne spojrzenie na istotę życia społecznego, a także płynące stąd konsekwencje dla metodologii badań. Wyjście poza ograniczenia analizy wąsko pojmowanych organizacji i wiążącej się z tym racjonalności instrumentalnej oraz odwaga odejścia od pozornej *Wertfreiheit* nauk społecznych to jedno. Drugie – ściśle powiązane z poprzednim – to oryginalna wizja instytucji społecznych jako agentów moralnych, „miejsc ulokowania wartości i centrów władzy”⁴⁷, podporządkowujących się realizacji nadrzędnych moralnych ideałów. Co z kolei naprowadza na próbę przywrócenia współczesnej teorii społecznej pojęcia wspólnoty, zachowującej jednak szacunek dla autonomii tworzących ją jednostek. Wreszcie głęboka świadomość ambiwalencji życia społecznego, nieufność wobec jakichkolwiek ostatecznych rozstrzygnięć w tej materii, skłonność do doszukiwania się w każdej instytucji i w każdej ideologii zarówno pozytywów, jak i negatywów (szans i zagrożeń) – wszystkie te cechy nadają niepowtarzalny charakter myśli Selznicka i decydują o jego niezastąpionym wkładzie w rozwój współczesnej socjologii, w tym także socjologii prawa.

Koncepcja instytucji społecznych, którą przyjmuje Selznick, ściśle wiąże się z jego poglądami na naturę wspólnoty politycznej (*polity*), obie zaś kwestie wydają się inspirowane społeczną filozofią Arystotelesa. To właśnie od niego amerykański socjolog czerpie pojęcie instytucji, zgodnie z którym jej tożsamość organizowana jest przez przypisany jej *telos*; od niego pochodzi również wizja *polis* jako związku politycznego opartego na wspólnocie cnót wolnych i rozumnych obywateli. U Stagiryty odnaleźć można także zapowiedź charakterystycznej dla omawianego autora strategii metodologicznej, która polega na wychodzeniu od szczegółowej analizy istniejących praktyk, aby stopniowo odsłaniać ich moralny sens.

Wszystko to znajdujemy w sposobie obchodzenia się przez Selznicka z prawem. Tożsamość prawa jako instytucji społecznej wyznacza, jego zdaniem, nadrzędny ideał legalności, czyli „stopniowego ograniczania arbitralności” na drodze umacniania fundamentów prawa w rozumnej deliberacji. Jest to zatem wizja dialogiczna, w której prawo uzgadnia rozumienie własnego nadrzędnego ideału ze wspólnotą polityczną, artykułującą wobec niego własne oczekiwania. W tym procesie dialogu dochodzi do stopniowego rozwoju prawa od represyjnego, przez autonomiczne, aż do responsywnego, w którym ideał legalności ma szansę znaleźć najpełniejsze urzeczywistnienie. Prawo responsywne jest, w porównaniu

⁴⁷ W oryg. „a locus of value and a center of power” (Selznick 1992, 237).

z bliżej nam znanym prawem autonomicznym, bardziej otwarte i elastyczne, zorientowane na cel i sprawiedliwość materialną, a granica między argumentacją prawną i polityczną ulega w nim osłabieniu. Zagrożenia związane z funkcjonowaniem prawa na tę modłę są dość oczywiste; prawo responsywne to, zdaniem autora, koncepcja „wysokiego ryzyka”. Aby uniknąć czających się w niej pułapek, konieczne jest spełnienie co najmniej trzech warunków. Pierwszy dotyczy dostatecznie jasno wyartykułowanego i konsekwentnie realizowanego prawnego ideału legalności. Drugi odnosi się do rozwinięcia niezbędnych kompetencji po stronie instytucji prawnych, które umożliwiają trafne rozpoznanie i efektywną odpowiedź na oczekiwania społeczne. Trzeci z warunków mówi o dostatecznie dojrzałej i silnej wspólnocie obywatelskiej, która będzie potrafiła kontrolować rzeczywiste funkcjonowanie responsywnego prawa w celu zapewnienia jego legitymizacji.

Właśnie z tymi warunkami wiążą się podstawowe wątpliwości pod adresem omawianej teorii. W bieżącym rozdziale wyróżniłem trzy grupy takich zastrzeżeń. Te o charakterze empirycznym nakazują pytać, czy istnieją dziś takie wspólnoty i takie instytucje, które umożliwiłyby właściwy rozwój prawa responsywnego. Wątpliwości teoretyczne sprowadzają się do pytania, czy przyjęta tu, bliska Arystotelesowej, ontologia społeczna nie ma charakteru zbyt substancjalnego, podsuwając wizję społeczeństwa jako spójnej i harmonijnej wspólnoty. Wreszcie wątpliwości o charakterze normatywnym stawiają pytania o praktyczne konsekwencje akceptacji tego programu: czy w ostateczności nie będzie on prowadzić albo do przejmowania prawa przez wpływowe grupy interesów (*regulatory capture*), albo, paradoksalnie, do ekspansji prawnych mechanizmów kontrolowania społeczeństwa (*regulatory creep*). Selznick zresztą sam zdaje się świadom wszystkich tych zagrożeń; stąd sprawia on wrażenie, jakby do końca nie mógł się zdecydować, czy prawo responsywne ma być samodzielnym typem prawa i programem politycznym czy jedynie modyfikacją w obrębie prawa autonomicznego.

Rozdział IV

Prawo w społeczeństwie ryzyka: Ulrich Beck

Teoria refleksywnej modernizacji, rozwijana przez Ulricha Becka od lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku, stanowi naturalną kandydatkę, kiedy zamierza się podjąć temat refleksyjności prawa. Stąd też niniejszy rozdział poświęcony będzie rekonstrukcji tej właśnie koncepcji, wraz z centralnym dla niej pojęciem społeczeństwa ryzyka. Rekonstrukcja ta będzie przebiegać w sposób różniący się nieco od przyjętego w rozdziałach poświęconych, odpowiednio, teoriom systemowym oraz teoriom prawa responsywnego. Jest to spowodowane przede wszystkim faktem, że Beck – w przeciwieństwie do przywoływanych w poprzednich rozdziałach autorów – w swoich pracach nie podjął wprost problematyki socjologiczno-prawnej. Ewentualna socjologia prawa oparta na tej teorii musiałaby więc dopiero zostać zbudowana. W rozdziale tym najpierw ogólnie przedstawiam poglądy autora *Spółczeństwa ryzyka*, aby następnie sformułować pewne przyczynki do takiej socjologii prawa – wszystko to, rzecz jasna, w kontekście zagadnienia refleksyjności/refleksywności (o tym rozróżnieniu będzie mowa dalej).

Zanim przejdę do kwestii merytorycznych, potrzebne wydaje się jeszcze jedno zastrzeżenie. Zrozumienia intencji autora omawianej koncepcji nie ułatwia ani fakt, że sam proces modernizacji refleksywnej ma w jego opinii charakter ambiwalentny, ani jego osobiste zamiłowanie do paradoksów. W pojęciu społeczeństwa ryzyka oraz w koncepcji refleksywności mnożą się zatem próby wiązania przeciwstawnych, a mających współegzystować tendencji. Ponadto rozważania te pełne są opisów stadiów przejściowych między odmiennymi formacjami społecznymi, według Becka współczesne czasy odznaczają się bowiem taką właśnie przejściowością. Ten moment przejścia (*transition*) autor zaświadczał już w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku, dodając przy tym: „Oznacza to, że nakładają się tu na siebie dwa rodzaje tematów i konfliktów. Nie żyjemy jeszcze w społeczeństwie ryzyka, ale też nie żyjemy już dłużej wyłącznie w obrębie konfliktów dystrybucyjnych typowych dla społeczeństwa niedostatku” (Beck 1992, 20)¹.

¹ Polskie tłumaczenie różni się nieco od angielskiego odpowiednika w tym zakresie. Zob. także Jarvis 2007, 28.

To namnożenie przeciwności może u co mniej odpornych czytelników prac Becka wywoływać poczucie niejakiego zagubienia; sprawia też, że nie zawsze jest łatwo zespolic jego poglądy w całość. Próby przeprowadzenia tego przedsięwzięcia – pokroju tej, jaka podjęta zostanie w niniejszym rozdziale – zawsze pozostaną zatem tylko jedną z możliwych interpretacji. Stąd też proponowane tu odczytanie istoty teorii społeczeństwa ryzyka świadomie dokonuje pewnych uproszczeń w wielopostaciowej i migotliwej myśli autora, z konieczności uwypuklając pewne jej składowe, a nieco wygaszając inne. Wynika to wyłącznie z dążenia do poważnego traktowania tej myśli – dążenia, które wyjątkowo tylko może zadowolić się stwierdzeniem w stylu: „jest tak, ale z drugiej strony inaczej” i które poszukuje bardziej jednoznacznych rozstrzygnięć.

1. Pojęcie ryzyka

Kluczowe dla zrozumienia teorii refleksywnej modernizacji wydaje się pojęcie społeczeństwa ryzyka, stanowiące najbardziej znany wkład Becka do współczesnej myśli społecznej. Jak stwierdza bowiem sam autor, na modernizację refleksywną składają się trzy komponenty: wymuszona indywidualizacja, wielowymiarowa globalizacja oraz właśnie społeczeństwo ryzyka (Beck 2012, 29). Stąd też rozważania nad sposobem, w jaki Beck pojmuje kategorię refleksyjności, dogodnie będzie zacząć od tego ostatniego pojęcia. Zgodnie z orientacją pracy skupię się przy tym na tych jego aspektach, które wydają się rodzić istotne konsekwencje dla prawa i prawoznawstwa.

Główna teza Becka brzmi, że postęp naukowy i technologiczny nie doprowadziły – jak oczekiwano – do coraz pełniejszej kontroli nad światem i nad warunkami życia, ale zamiast tego przyczyniły się do wytworzenia nowych, nieznanych wcześniej form ryzyka; wskutek tego procesu ryzyko zyskało nowe znaczenie jako problem społeczny i polityczny. Jeśli dziś te twierdzenia wydają się oczywiste, znaczna w tym zasługa samego Becka, który w trafny i przekonujący sposób opisał te procesy.

Zdaniem Becka pojęcie społeczeństwa ryzyka nie oznacza, że żyjemy w czasach bardziej niebezpiecznych niż nasi przodkowie, ale raczej że zmienił się charakter dotykających nas zagrożeń, a także ich polityczne znaczenie. Zagrożenie stało się właśnie „ryzykiem”: czymś sztucznie wytworzonym i podlegającym kontroli (czy przynajmniej jej próbom).

Pojęcie społeczeństwa ryzyka stało się jednym z bardziej popularnych nie tylko we współczesnej socjologii², ale także w dyskursie publicznym. Trafnie

² Jakob Arnoldi zauważa słusznie, że „Książka Becka, bardziej niż jakakolwiek inna publikacja, przyczyniła się do ustanowienia ryzyka głównym tematem badań socjologicznych” (Arnoldi 2011, 15).

i zwięźle wydaje się oddawać zasadniczą kondycję dzisiejszych społeczeństw, w istotnym stopniu zaabsorbowanych rozmaitymi odmianami ryzyka. „Społeczeństwo ryzyka” stało się więc również poręczną metaforą, oddającą stan ducha obywateli wysoko rozwiniętych państw postprzemysłowych. Tutaj jednak termin ten interesuje nas mniej jako metafora, a bardziej jako wyraz koncepcji teoretycznej o określonej treści, zaproponowanej przez konkretnego autora³. Analizę tej koncepcji rozpoczynam od przybliżenia samej kategorii ryzyka – tego, jak jest ono rozumiane we współczesnej teorii społecznej – aby w kolejnym punkcie przejść bezpośrednio do kwestii społeczeństwa ryzyka i innych powiązanych z nim pojęć.

1.1. Techniczne oraz społeczne ujęcie ryzyka

W popularnych obecnie opracowaniach poświęconych zarządzaniu ryzykiem (podejściu stosowanym szeroko zarówno w biznesie, jak i w politykach publicznych, w tym w polityce tworzenia i stosowania prawa) ryzyko definiowane jest zwykle – o ile w ogóle – jako „prawdopodobieństwo wystąpienia określonego zdarzenia” lub, precyzyjniej, jako „iloczyn prawdopodobieństwa zdarzenia oraz rozmiaru jego skutków” (zob. np. Short 1992, 5; Komisja Europejska 2009, 25). Takie ujęcia sugerują, jakoby ryzyko było czymś policzalnym i zrozumiałym samo przez się. Ten sposób pojmowania ryzyka określony został w literaturze jako techniczno-naukowy (Lupton 1999). Miałby być on charakterystyczny m.in. dla takich dyscyplin, jak nauki inżynierskie, ekonomia, statystyka, epidemiologia czy psychometria. Według Deborah Lupton charakterystyczne dla nastawienia techniczno-naukowego jest postrzeganie ryzyka jako obiektywnego faktu, którego natura jest „uznana za oczywistą” (*taken for granted*). Nadrzędną wartością pozostaje tu efektywność w minimalizowaniu ryzyka, a preferowanym medium konceptualizacji ryzyka jest ekspercki język nauki, często przeciwstawiany jego społecznej percepcji, jako subiektywnej, bazującej na intuicji i wypaczonej przez emocje (Lupton 1999, 18–25).

Perspektywie techniczno-naukowej Lupton przeciwstawia zróżnicowaną grupę podejść „socio-kulturowych” (Lupton 1999, 25–33). W stosunku do swego poprzednika mają one tę przewagę, że wprost podejmują zasadniczą kwestię, która w nastawieniu technicznym wydaje się być niedostrzegana: że mianowicie ryzyko jest każdorazowo pewną społeczną konstrukcją, zależną od

³ Jak ujął to Piotr Cichocki (2005, 11): „Niewątpliwie, marketingowy sukces społeczeństwa ryzyka nieuchronnie pociągnął za sobą poważne trudności terminologiczne wynikające z tego, że ta powszechnie używana kategoria nie posiada precyzyjnie wyznaczonych ram znaczeniowych, a jej zastosowanie opiera się na rozumieniu wysoce intuicyjnym. Dzięki temu może naturalnie spełniać wiele funkcji w różnorodnych dyskursach lub analizach, ale pozbawiona zostaje konkretności koniecznej dla systematycznego teoretyzowania”.

określonych aktów wartościowania – i jako takie nie może być „czystym faktem”, podlegającym neutralnemu i obiektywnemu opisowi czy pomiarowi. W związku z powyższym podejścia należące do tej grupy koncentrują się na „społecznych i kulturowych kontekstach, w których ryzyko jest interpretowane i negocjowane” (Lupton 1999, 25). Oczywiście, samo twierdzenie o społecznym konstruowaniu ryzyka może być różnie pojmowane: od mocnego konstruktywizmu, widocznego np. u kontynuatorów myśli Michela Foucaulta, zgodnie z którym to podejściem „nic nie jest ryzykiem samo w sobie; nie istnieje żadne ryzyko w samej rzeczywistości” (Ewald 1991, 199), poprzez różne opcje pośrednie, aż po najslabszy wariant konstruktywizmu, który uznaje realność ryzyka, pytając jedynie o społeczne i polityczne konsekwencje przyjętego sposobu jego postrzegania. Jak się wydaje, to właśnie stanowisko słabego konstruktywizmu jest najbliższe intencjom samego Becka (2012, rozdz. V). Niezależnie od tych (i dalszych) różnic podejścia należące do omawianej grupy łączy wspólne przekonanie, że ryzyko jest zjawiskiem społecznym i powinno być każdorazowo interpretowane w związku z charakterystyką społeczeństwa, którego dotyczy.

Jakob Arnoldi podaje trzy podstawowe argumenty na rzecz tezy o społecznym charakterze ryzyka: po pierwsze, stanowi ono problem społeczny i polityczny; po drugie, pozostaje zależne od społeczno-kulturowego kontekstu; po trzecie, jest konstruowane w społecznych strategiach i dyskursach, a za jego pomocą sprawuje się polityczną kontrolę (Arnoldi 2011, 12). Argumenty te odpowiadają trzem najważniejszym wariantom socjo-kulturowego podejścia do ryzyka wyróżnianym w literaturze: teorii społeczeństwa ryzyka, łączonej nie tylko z pracami Ulricha Becka, ale także Anthony’ego Giddensa; kulturowej teorii ryzyka, zaproponowanej przede wszystkim przez antropolożkę Mary Douglas; koncepcji „rządomyślności” (franc. *gouvernementalité*), nawiązującej do dorobku Michela Foucaulta. Pierwsza z tych teorii koncentruje się na makrosocjologicznej analizie procesów instytucjonalnych zachodzących w epoce późnej nowoczesności oraz na ich wpływie na naturę i społeczną rolę ryzyka (zob. zwł. Beck 2004; 2012; Giddens 2006; 2008; Beck, Giddens i Lash 2009). Druga kładzie nacisk na procesy symbolizacji ryzyka oraz na wpływ, jaki na to zjawisko wywierają wartości i przekonania członków społeczeństwa (zob. zwł. Douglas 1992). Wreszcie trzecie podejście teoretyczne analizuje, jak pojęcie ryzyka wykorzystywane jest do sprawowania kontroli i dyscyplinowania społeczeństwa (np. Hacking 1990; Ewald 1991; Culpitt 1999; Dean 1999). Posługując się nieco upraszczającymi etykietami, można by określić te trzy odmienne podejścia do ryzyka mianem instytucjonalnego, kulturowego oraz politycznego. Jest to o tyle uproszczenie, że np. badacze z kręgu rządomyślności poświęcają sporo uwagi działaniu instytucji, teoretycy społeczeństwa ryzyka dostrzegają – powiązane z transformacją instytucjonalną – przemiany kulturowe, natomiast zarówno „instytucjonalisci”, jak i „kulturalisci” akcentują polityczny potencjał

ryzyka. Podejścia te zatem nie tyle się wykluczają, ile raczej mogą być wzajemnie komplementarne, koncentrując się na odmiennych aspektach problemu ryzyka⁴.

1.2. Historyczny rozwój pojęcia ryzyka: ryzyko jako prawdopodobieństwo i niepewność

Podejścia socjo-kulturowe mają jeszcze jedną przewagę nad perspektywą techniczno-naukową: pozwalają mianowicie zrozumieć historyczny charakter pojęcia ryzyka, którego znaczenie zmienia się w zależności od czasów. W tym kontekście zwykło się wiązać to pojęcie z epoką nowoczesności czy – szerzej – nowożytności. Jak zauważa np. Niklas Luhmann, sam termin „ryzyko” (łac. *risicum*), mający zresztą pierwotnie neutralne znaczenie (a zatem mogący oznaczać zarówno korzyść, jak i stratę), pojawił się „w okresie przejściowym pomiędzy średniowieczem a wczesną erą nowoczesną” (Luhmann 1993b, 9), kiedy to zaczęło dojrzywać przeświadczenie o ludzkiej sprawczości i ostatecznej odpowiedzialności za własne decyzje. Jak się zdaje, Luhmann wyraża tu przekonanie, że zarówno przyjmowana w starożytności koncepcja *fatum*, jak i podtrzymywana przez okres średniowiecza wiara w bezpośredni społeczny wymiar Bożej opatrności nie pozwalały na, leżące u podstaw pojęcia ryzyka, przypisanie człowiekowi ostatecznej odpowiedzialności⁵. Pojawienie się kategorii ryzyka wiąże się zatem z odejściem od religijnych interpretacji świata⁶. Podobnie związek pojęcia ryzyka z procesem sekularyzacji świata społecznego widzi Beck, stwierdzając: „Po jego [ryzyka] pojawieniu się Bóg musiał ustąpić ze stanowiska kierownika świata ze wszystkimi tego wywrotowymi konsekwencjami” (Beck 2004, 15–16; zob. też Beck 2012, 110–111).

⁴ Pewnym jednak punktem niezgody, a co za tym idzie – krytyki ze strony zwolenników orientacji rządomości, jest przyjmowana zarówno przez Becka, jak i Giddensa metaperspektywa „wielkich narracji”. Zdaniem krytyków autorzy ci próbują przedstawić uniwersalistyczny opis współczesnego społeczeństwa, nie dostrzegając przez to istotnych różnic pomiędzy lokalnymi uwarunkowaniami kulturowymi oraz różnorodnymi sposobami strategicznego wykorzystania ryzyka.

⁵ Należy jednak pamiętać, że tego typu próby wyznaczania historycznej cezury są, jak zawsze, pewnym uproszczeniem. Tak np. już w starożytnej Grecji mamy pod postacią ubezpieczeń morskich do czynienia z pewnymi formami zarządzania ryzykiem, i to zarządzania w sposób refleksyjny, choć nie oparty na matematycznej kategorii prawdopodobieństwa (rachunek prawdopodobieństwa to wszak wynalazek XVII-wieczny). W związku z powyższym niektórzy autorzy są sceptyczni wobec prostego wiązania pojęcia ryzyka z nowoczesnością (zob. Arnoldi 2011, 35–41).

⁶ Starożytne myślenie kategoriami *fatum* jest w tym sensie podobnie religijne jak myśl społeczna średniowiecza. Proces, o którym tu mowa, nie musi też oznaczać przejścia na pozycje ateistyczne czy agnostyczne – może tu również chodzić o wiarę w radykalną transcendencję Boga, a zatem oddzielenie jego istoty od świata „doczesnego” (*vide* deizm epoki oświecenia).

Rozumiane na sposób nowożytny ryzyko jest zazwyczaj przeciwstawiane pojęciu niebezpieczeństwa, interpretowanemu za pomocą takich kategorii jak los czy fatum, zatem jako coś zewnętrznego i niezależnego od woli czy decyzji człowieka. Przeciwwstawne mu ryzyko jest zawsze efektem decyzji, czymś świadomie wybranym i w tym sensie zaakceptowanym (Luhmann 1993b, 21–31; Arnoldi 2011, 20–23). To klasyczne nowożytne ujęcie ryzyka – wyraźnie przyjmowane do dziś w ramach perspektywy techniczno-naukowej – może być określone mianem „ryzyka jako prawdopodobieństwa” (Kemshall 2002, 13)⁷. Postawa akceptacji ryzyka wiąże się tu z wiarą w możliwość jego kontroli („ujarzmienia”), ryzyko bowiem miałoby być czymś przewidywalnym i obliczalnym, przed czym można się odpowiednio zabezpieczyć. Nieprzypadkowo pojawienie się takiego sposobu pojmowania ryzyka zbiegło się mniej więcej w czasie z odkryciem w XVII wieku rachunku prawdopodobieństwa (Arnoldi 2011, 41–44), gdyż prawdopodobieństwo „przekształca przyszłą niepewność w rozpoznawane przez naukę ryzyko” (Arnoldi 2011, 41). Jak pisze na ten temat Giddens, ryzyko tego rodzaju jest postrzegane jako „ryzyko zdarzeń, które mogą dotknąć jednostek w sposób nieprzewidywany (niejako z zewnątrz), które jednak zdarzają się dostatecznie regularnie i z dostateczną częstotliwością w całej populacji, aby być z grubsza przewidywalnymi, a co za tym idzie – podlegającymi ubezpieczeniu” (Giddens 1999, 4). Nie dziwi więc, że klasyczne nowożytne pojęcie ryzyka jako prawdopodobieństwa ściśle wiąże się z instytucją ubezpieczeń, zarówno publicznych, jak i prywatnych (Ewald 1991).

Zgodnie z klasycznym ujęciem ryzyko jako prawdopodobieństwo zostaje odróżnione od niepewności⁸. Ten zabieg pojęciowy pozwala odgraniczyć te obszary niewiedzy, które poddają się zarządzaniu i kontroli, od tych, które pozostają poza tego rodzaju wpływem. Jednak Beck, a w ślad za nim wielu autorów, stwierdza, że mniej więcej od lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku powyższy podział traci na znaczeniu. W tym mniej więcej czasie pojawiają się bowiem rodzajowo nowe zagrożenia, które wymagają przeformułowania pojęcia ryzyka. Mamy do czynienia z gatunkowo nowym rodzajem zagrożeń, a co za tym idzie, z nowym rozumieniem pojęcia ryzyka⁹. W miejsce przeciwstawienia *ryzyka kontra niepewność* pojawia się *ryzyko-jako-niepewność* (Kemshall 2002, 13)¹⁰. Podstawowe różnice w stosunku do starszego ujęcia są dwie. Po pierwsze,

⁷ Por. też Hacking 1990, gdzie ten sposób konceptualizowania ryzyka zostaje określony jako „ujarzmienie losu”.

⁸ Rozróżnienie to pochodzi z klasycznej pracy Franka Knighta (1921, 197 i n.), za którym zostało ono powszechnie zaakceptowane.

⁹ W literaturze formułowane są też znacznie bardziej szczegółowe periodyzacje dyskursu ryzyka; tak np. Piet Strydom okres między latami pięćdziesiątymi ubiegłego stulecia a początkiem wieku XXI dzieli aż na cztery odmienne etapy (zob. Cichocki 2005, 33–44).

¹⁰ Niektórzy autorzy zresztą, głównie nurtu badań nad rządymyślnością, odróżniają na tej podstawie samo pojęcie ryzyka od pojęcia niepewności (zob. Arnoldi 2011, 46–52).

niepewność, w przeciwieństwie do „zewnętrznego” prawdopodobieństwa, jest bezpośrednio wytwarzana przez człowieka, stanowiąc skutek uboczny naszych działań i praktyk (*manufactured uncertainty*). Ryzyko w tym ujęciu ma więc charakter czysto wewnętrzny – stanowi zwrotną (refleksywną) konsekwencję ludzkich decyzji. Po wtóre, niepewność, jak sama nazwa sugeruje, nie jest możliwa do okiełznania – próby jej przewidzenia, czy tym bardziej wyliczenia za pomocą narzędzi rachunku prawdopodobieństwa, skazane są na porażkę.

Paradoks naszych czasów polega na tym, że zmianie charakteru ryzyka z obliczalnego prawdopodobieństwa na nieobliczalną niepewność towarzyszy intensyfikacja wysiłków zmierzających do zarządzania ryzykiem w obrębie wysoce sformalizowanych systemów (Kemshall 2002, 9). Można więc powiedzieć, że im bardziej nieprzewidywalne jest ryzyko, z którym przyszło nam się konfrontować, tym bardziej usiłujemy zapanować nad nim. Pewne wytłumaczenie dla tego stanu rzeczy można znaleźć we wspomnianych wyżej dwóch cechach pojęciowych ryzyka jako niepewności. Z jednej strony jest ono rzeczywiście coraz słabiej przewidywalne i poddające się kontroli. Z drugiej jednak stanowi ono – w stopniu większym niż jakiegokolwiek inne ryzyko znane z przeszłości – ewidentny efekt naszych własnych działań. Co za tym idzie, to na nas spada pełna odpowiedzialność za jego wytworzenie – a z tym wiąże się także odpowiedzialność za właściwą reakcję¹¹. Ta odpowiedzialność może mieć charakter prawny lub tylko polityczny, w obu jednak wypadkach będzie istotnie wpływać na praktyczne działania. Zgodnie ze zdroworozsądkowym podejściem jako społeczeństwa jesteśmy obligowani do „wypicia piwa, które sami nawarzyliśmy”, co w tym wypadku oznacza próby, choćby desperackie, kontrolowania wytworzonego przez nas ryzyka. Stąd między innymi wydaje się wynikać wskazana tu sprzeczność czy też paradoks.

1.3. Charakterystyka współczesnych postaci ryzyka

Przykłady typowych dla współczesności form ryzyka mogą się do pewnego stopnia zmieniać. W swoich wczesnych pracach Beck wskazuje na takie „ikony destrukcji”, jak katastrofa nuklearna, wyniszczenie środowiska oraz inżynieria genetyczna (Mythen 2004, 19), by w późniejszym okresie koncentrować się na innej triadzie: ryzyku ekologicznym, finansowym i terrorystycznym (Beck 2005, 33–36; 2012, 286–291). Istotniejsze dla charakterystyki aktualnych postaci ryzyka wydają się jednak przypisywane im w omawianej teorii właściwości:

- współczesne ryzyko ma, powtórzmy, charakter *wytworzony* (*manufactured uncertainty*);
- ryzyko to pozostaje często *niewidzialne*; z drugiej strony, obok tych form, występują także jego postaci nadmiernie widzialne (*ekshibicjonistyczne*);

¹¹ O skłonności naszej kultury do przypisywania jednostkom lub grupom winy za ryzyko pisała m.in. Mary Douglas (1992, 15–16; por. Hudson 2003, 51–52).

- ryzyko to jest zazwyczaj *nieobliczalne* i potencjalnie *katastrofalne* w skutkach;
- wreszcie ryzyko takie często przybierać będzie *globalny zasięg*¹².

Niektóre z tych własności zostały już wspomniane powyżej, inne będą przedmiotem analizy w kolejnych punktach. W tym miejscu ograniczę się do kilku ogólnych uwag na ich temat.

O wytworzonym charakterze ryzyka była już mowa; tutaj odnotujmy jedynie, że ta jego cecha posiada także polityczne i prawne implikacje. Jeśli bowiem ryzyko stanowi efekt, choćby pośredni, czyichś działań, to otwiera to pytanie o odpowiedzialność i ewentualną winę za jego powstanie¹³. Nie zawsze, oczywiście, takie przypisanie odpowiedzialności będzie możliwe, staje się ono jednak problemem, który przy bardziej tradycyjnych formach niebezpieczeństwa nie musiał być tak wyraźnie obecny. Stąd też pojawiające się postulaty takich zmian w nauce, polityce i w prawie, które umożliwiałyby nowe formy przypisania odpowiedzialności. Przykładowo, Luhmann mówi o potrzebie „wynalezienia decyzji” w tym zakresie, a Beck sugeruje coś podobnego w swoich postulatach metamorfozy politycznej (Luhmann 1993b, 26; Beck 2009b)¹⁴.

Jak zauważa dalej Beck, znaczną część dzisiejszych postaci ryzyka charakteryzuje fakt, iż pozostają one *niewidzialne*, poza doświadczeniem zmysłowym (Beck 2004, 30). Aby zrozumieć tę ich cechę, wystarczy przywołać takie przykłady, jak modyfikacje genetyczne, radioaktywność czy skażenie powietrza, gleby, wody i żywności. Żadne z tych zagrożeń nie jest zazwyczaj możliwe do zmysłowego doświadczenia, nawet jeśli ich skutki (co nie dla wszystkich z nich jest oczywiste) byłyby niezwykle namacalne.

Ten stan rzeczy ma co najmniej dwojakie konsekwencje. Po pierwsze, zdaniem Becka niewidoczne rodzaje ryzyka często będą, jako odrealnione, przegrywać walkę o społeczne uznanie z takimi (aż nazbyt widocznymi) problemami jak głód czy ubóstwo. Z tego właśnie powodu, wedle niemieckiego socjologa, uboższe społeczeństwa stosunkowo łatwo akceptują koszty dla środowiska naturalnego i zdrowia wywoływane przez „brudne” gałęzie przemysłu, o ile tylko te ostatnie zapewniają miejsca pracy (Beck 2004, 56–58). Tego rodzaju zagrożenia mają szansę stać się problemem i tematem publicznym przede wszystkim w społeczeństwach dobrobytu, które poradziły sobie z najbardziej oczywistymi problemami społecznymi (głód, śmiertelność itp.). Po drugie, takie postaci ryzyka mają rzeczywiście *odrealniony* charakter: jako fakty społeczne muszą

¹² Na temat charakterystyki ryzyka u Becka zob. m.in. Stankiewicz 2008, 121–123; Francot i de Vries 2009; de Vries 2017, 21–25. Zbliżona do tej wywiedzionej z teorii społeczeństwa ryzyka charakterystyka podana jest przez Giddensa (2008, 88–92).

¹³ Beck mówi w tym kontekście o „globalnej przestrzeni odpowiedzialności”, w której inni są jednocześnie „obecni i nieobecni, bliscy i dalecy” (Beck 2009a, 4).

¹⁴ O kwestii przypisania odpowiedzialności mowa będzie w pkt 4.4. *Prawo wobec metamorfozy*.

dopiero zostać skonstruowane. W jakimś stopniu podważa to same podstawy istnienia wspólnoty politycznej nowoczesnego społeczeństwa obywatelskiego, zbudowanego przecież na *common sense* – „zdrowym” (a dosłownie: „wspólnym”) rozsądku, który znajdował swoje oparcie we wspólnocie losu i doświadczenia. Brak zmysłowej percepcji ryzyka w życiu codziennym prowadzi do osłabienia tejże wspólnoty. Jak można to ująć w angielskiej grze słów: tam, gdzie brakuje *wspólnych zmysłów* (*common senses*), tam zanika *zdrowy rozsądek* (*common sense*) (Beck 2012, 172), obywatele tracą bowiem wspólny grunt dla podejmowania decyzji w przestrzeni politycznej. Bezpośredniość zagrożeń ustępuje miejsca sytuacji, w której społeczna obecność ryzyka jest skazana na zapośredniczenie przez jego naukowy opis. Otwiera to nowe obszary ekspansji dla nauki, której rola w kształtowaniu obrazu świata oraz – stanowiących odpowiedź na ów obraz – programów politycznych dodatkowo rośnie (Beck 2004, 36–43), o czym będzie jeszcze mowa dalej. Ujmując rzecz szerzej, kwestia właściwej definicji ryzyka staje się jednym z głównych problemów politycznych, a zmagania w polu polityki toczą się właśnie o *prawo do definiowania* i zajęcie uprzywilejowanej pozycji w *stosunkach definiowania* (które zdaniem Becka zastępują Marksowskie stosunki produkcji w roli głównego mechanizmu definiującego struktury władzy (Beck 2012, 54–57)).

Z drugiej strony, nie sposób nie zauważyć, że wciąż rosnącego znaczenia nabierają postaci ryzyka znajdujące się na przeciwstawnym biegunie, które można by określić mianem *ryzyka ekshibicjonistycznego*¹⁵. Chodzi tu o ryzyko spektakularnych i budzących zbiorowe emocje katastrof. Ataki terrorystyczne są najbardziej oczywistym tego przykładem, ale na liście znajdują się także klęski żywiołowe, epidemie czy katastrofy ekologiczne (w rodzaju tych, do jakiej doszło w 2010 roku w Zatoce Meksykańskiej wskutek wycieku ropy naftowej z należącej do spółki BP platformy wiertniczej „Deepwater Horizon”). Jako kandydata do tej kategorii wskazać można nawet ryzyko „zalewu” danego obszaru przez uchodźców. Nieważne, na ile stojące za nimi zagrożenia są realne – ważne, że ich wizja porusza wyobraźnię i emocje współczesnych społeczeństw¹⁶.

O nieobliczalnym charakterze *ryzyka-jako-niepewności* pisałem już w poprzednim podrozdziale. Należy do tego dodać katastrofalny potencjał ryzyka, dobrze widoczny przy takich jego postaciach jak eksplozja nuklearna czy zmiana klimatyczna. Skutki tego faktu są zbyt rozległe, aby omawiać je w tym miejscu; będzie o nich mowa w szczególności w podrozdziale 3, poświęconym

¹⁵ Jakkolwiek samo określenie „ryzyko ekshibicjonistyczne” jest mojego autorstwa, wydaje się ono trafnie odzwierciedlać poglądy Becka.

¹⁶ Beck wymienia warunki, pod jakimi zagrożenie może ubiegać się o status takiej ekshibicjonistycznej, a zarazem kosmopolitycznej katastrofy. Są to: medialny charakter, „planetarne poczucie bólu” (silne oddziaływanie na emocje), istotność katastrofy *dla-nas*, szokowe doświadczenie kruchości podstawy świata (Beck 2012, 106–108).

politycznym implikacjom społeczeństwa ryzyka¹⁷. Podobnie rzecz się ma z globalnym zasięgiem ryzyka, stanowiącym dla autora punkt wyjścia do formułowania programu kosmopolityzmu, który rozważam w pkt 3.4. *Kosmopolityzm* oraz w pkt 4.3. *Prawo wobec globalizacji*.

2. Społeczeństwo ryzyka i modernizacja refleksywna

2.1. Pojęcia społeczeństwa ryzyka i modernizacji refleksywnej

Pojawienie się nowej formy ryzyka, jaką jest niepewność, wyznacza w oczach Becka zasadniczą cezurę pomiędzy dwiema formacjami społecznymi nowoczesności: społeczeństwem przemysłowym oraz społeczeństwem ryzyka. Sam Beck tak pisał o tym przejściu: „Społeczeństwo ryzyka oznacza strukturę, w której wątpliwa stała się przewodnia dla epoki nowoczesnej idea kontrolowalności poddecyzyjnych skutków ubocznych i zagrożeń i w której z tego względu nowa wiedza służy zmienianiu nieprzewidywalnego ryzyka w wyliczalne, tworząc jednak przez to nowe nieprzewidywalności” (Beck 2012, 31)¹⁸. Jak widać, koncepcja ta wiąże się wprost z omówionym wyżej pojęciem ryzyka jako niepewności. To właśnie niepewność z jednej strony podważa nowoczesną ambicję *wzrastającej kontroli* świata przyrodniczego i społecznego, z drugiej zaś – przyczynia się do wytworzenia nowych mechanizmów radzenia sobie z ryzykiem. Ta organizacja społeczeństwa ma przy tym charakter rekursywny: odpowiedzi na istniejące zagrożenia prowadzą do powstawania nowych zagrożeń. Wszystko to sprawia, że w nowej formacji społecznej to właśnie ryzyko staje się centralną kategorią polityczną, rozsadzając tym samym wiele (zdawałoby się stałych) pewników nowoczesności.

Jedna z podstawowych różnic pomiędzy społeczeństwem przemysłowym epoki pierwszej nowoczesności a społeczeństwem ryzyka dotyczy relacji pomiędzy logiką produkcji i dystrybucji bogactwa a równorzędną jej logiką produkcji i dystrybucji ryzyka. O ile w klasycznym społeczeństwie przemysłowym przeważa pierwsza z wymienionych logik, o tyle w społeczeństwie ryzyka dominującą pozycję zyskuje druga z nich (Beck 2004, 27 i n.)¹⁹. Naczelną zasadą społeczeństwa

¹⁷ Zob. także pkt 2.2. *Rozsadzanie ram pierwszej nowoczesności* na temat kryzysu tej części kontraktu społecznego, którą Beck określa mianem „zasady ubezpieczenia”.

¹⁸ Jak ujął rzecz Shlomo Griner, rozwój technologiczny na tyle zwiększył „zarówno intensywność, jak i zasięg naszych możliwości działania w świecie, że konsekwencje naszych czynów wymknęły się naszym własnym zdolnościom ich przewidzenia” (Griner, Shlomo. 2002. „Living in a World Risk Society: A Reply to Mikkel V. Rasmussen”. *Millennium: Journal of International Studies* 31 (1), 149 (cyt. za: Jarvis 2007, 29)).

¹⁹ W innym miejscu Beck stwierdza, że o ile w społeczeństwie przemysłowym (społeczeństwie prostej nowoczesności) logiki te pozostają ze sobą zgodne, to w społeczeństwie ryzyka (modernizacji refleksywnej) dochodzi między nimi do sprzeczności (Beck 2004, 236).

przemysłowego w sferze produkcji pozostaje więc *dobrobyt*, w obszarze dystrybucji zaś *równość*; w przeciwieństwie do niego, społeczeństwo ryzyka w sferze produkcji koncentruje się na *zapobieganiu*, a w obszarze dystrybucji na *bezpieczeństwie* (Beck 2004, 64). Społeczeństwo ryzyka nie potrafi już zachować, typowej dla nowoczesności, pozbawionej wątpliwości wiary w postęp, a tym samym traci jeden ze swoich kluczowych obszarów konsensusu (Beck 2004, 299–304).

Transformacja społeczeństwa przemysłowego w społeczeństwo ryzyka pokrywa się zasadniczo z innym opisywanym przez Becka przejściem, od modernizacji prostej do modernizacji refleksywnej. Najkrócej mówiąc, modernizacja refleksywna oznacza konfrontację nowoczesności ze skutkami ubocznymi jej własnych sukcesów. Do powstania społeczeństwa ryzyka dochodzi więc nie wskutek porażek procesu modernizacji, ale w rezultacie jej zwycięstw. W konsekwencji zakwestionowany zostaje jednak sam porządek nowoczesnego społeczeństwa: „«Modernizacja refleksywna» oznacza – stwierdza autor – konfrontację ze skutkami społeczeństwa ryzyka, z którymi system społeczeństwa przemysłowego, oceniając rzecz na podstawie jego instytucjonalnych standardów, nie potrafi sobie poradzić ani których nie potrafi zasymilować” (Beck 2009b, 17–18).

Wskutek osiągnięć modernizacji dochodzi zatem do podważenia kategorycznych ram samej nowoczesności i typowej dla tej epoki formacji społecznej, jaką jest społeczeństwo przemysłowe. Zakwestionowane zostają m.in.: struktura klasowa społeczeństwa, model rodziny nuklearnej, system organizacji pracy, status wiedzy naukowej oraz ramy procesu politycznego. Ujawnia się tym samym immanentna paradoksalność nowoczesności: sukcesy kluczowych *zasad* nowoczesności (racjonalizacji, emancypacji, egalitaryzmu itp.) są źródłem kryzysu jej podstawowych *instytucji*, poprzez które zasady te miały być urzeczywistniane. W ten sposób nowoczesność pożera własny ogon – jej zwycięstwo okazało się podzwońnym dla instytucji i form społecznych, od których była ona zależna (Beck 2012, s. 302 i n.). Przykłady dostarczają autorowi w tym zakresie choćby zmiany w społecznie obowiązujących modelach rodziny i związków intymnych. Mówiąc w największym skrócie, nowoczesne zasady emancypacji i równouprawnienia doprowadziły do osłabienia modelu rodziny nuklearnej, na której wspierała się nowoczesna organizacja nie tylko życia rodzinnego, ale również m.in. rynku pracy czy edukacji (Beck i Beck-Gernsheim 2013).

2.2. Rozsadzanie ram pierwszej nowoczesności

Zostawiając na boku analizę poszczególnych instytucji, które ulegają podważeniu w wyniku „zwycięskiego pochodu” modernizacji (kwestiom tym poświęcone są m.in. rozdziały III–VIII *Społeczeństwa ryzyka*), wskaźmy generalne konsekwencje tego procesu, wskutek którego zmianie (metamorfozie) podlega cała konstytucja społeczna nowoczesności. Istniejący konsensus dotyczący rozumienia procesów politycznych i demokracji przedstawicielskiej, pracy, życia

prywatnego itd. – konsensus, który znajdował też swoje odzwierciedlenie w obowiązujących porządkach prawnych – okazuje się w znacznej mierze zdezaktywizowany. Wymyślenia na nowo wymagają m.in. mechanizmy kształtowania decyzji politycznych, „właściwe” formy życia rodzinnego czy wzajemne relacje pracownik–pracodawca; a wszystkie te odkrycia muszą być wyrażone w nowych, czekających na wynalezienie rozwiązań prawnych.

Obowiązujący konsensus społeczno-ustrojowy zostaje także wystawiony na próbę, jak już wspominałem, w podstawowej kwestii akceptowania i radzenia sobie z ryzykiem jako skutkiem ubocznym procesu modernizacji. Zdaniem Becka umowa społeczna w tym zakresie zbudowana była w oparciu o system publicznych i prywatnych ubezpieczeń. Jak pisze na temat tego kontraktu jeden z komentatorów:

Był on szczytowym przejawem oświeceniowego optymizmu i pragmatyzmu: zastosowania systemów racjonalnej wiedzy do ryzyka, zwracanego w postaci kosztów zewnętrznych w procesie industrializacji. [...] Społeczeństwo światowego ryzyka różni się, zdaniem Becka, od nowoczesności przemysłowej w jednej kluczowej kwestii: ten kontrakt społeczny czy też porozumienie co do ryzyka podlega rosnącemu załamaniu. Różne postaci ryzyka są teraz nieobliczalne i wymykają się możliwościom kontroli, mierzenia, socjalizacji czy kompensacji (Jarvis 2007, 31–32).

Kryzys szerokiego kontraktu dotyczącego postępu i kompensacji jego kosztów, ryzyka i ubezpieczenia przeciw niemu nie może pozostać bez wpływu także na system prawny. Jak stwierdza Beck, w społeczeństwie ryzyka przestaje działać, charakterystyczna dla społeczeństwa przemysłowego, „zasada ubezpieczenia” (Beck 2012, 189 i n.).

Skutkiem tych przemian strukturalnych jest intensywny proces indywidualizacji, któremu Beck poświęca wiele uwagi. Nie sposób streścić tu obszernych rozważań autora na ten temat²⁰, ograniczę się zatem ponownie do przedstawienia w ogólnym zarysie jego myśli. Stosunek Becka do problemu dobrze oddaje termin „indywidualizacja wymuszona”, bowiem jego zdaniem zjawisko to nie jest kwestią wolnego wyboru jednostek, ale raczej formą systemowego przymusu, w którym poszczególni członkowie społeczeństwa zostają postawieni przed koniecznością indywidualnego kształtowania swojego życia i przejścia osobistej odpowiedzialności za własny los. Co więcej, rezultat tego stanu rzeczy jest dalece nieoczywisty. Trafnie ujął to Darryl Jarvis:

Podczas gdy wielu socjologów tradycyjnie postrzegało ten proces jako drogę emancypacji (wyzwalającą jednostki z ograniczeń klanowych, plemiennych, religijnych czy feudalnych), dla Becka wyzwolenie ze społecznie ograniczających i porządkujących technik społeczeństwa przemysłowego uwalnia jednostki dla turbulencji społeczeństwa ryzyka (Jarvis 2007, 27).

²⁰ W samym tylko *Społeczeństwie ryzyka* jest to niemal sto stron tekstu (por. Beck 2004, 115–205).

Nie chodzi tu tylko o to, że indywidualizacja oznacza zawsze również dodatkowy ciężar dla jednostki. Beck zauważa coś więcej: proces ten nie skutkuje w istocie wyzwoleniem ze społecznego gorsetu, ale nową formą uspołecznienia. Nie prowadzi on do wyzwolenia się jednostki z więzów społecznych, ale do odmiennego schematu jej funkcjonowania w społeczeństwie, wskutek którego na jednostkę przerzucone zostają problemy i sprzeczności systemowe. Następuje tu, jak pisze Beck, „zamiana przyczyn zewnętrznych we własne winy i problemów systemu we własne nieudacznictwo” (Beck 2004, 141–142), co autor określa jako „systemowo uwarunkowane złudzenie” (Beck 2004, 180). W jego ramach jednostce wpaja się przekonanie, że sama ponosi odpowiedzialność za swój los, maskuje się natomiast wpływające na jej położenie szersze uwarunkowania strukturalne. Ilustracji dla tej strategii dostarcza choćby podejście do problemu bezrobocia. Według Becka osobie bezrobotnej (w międzyczasie w magiczny sposób przemianowanej na „poszukującą pracy” (Hughes i Fergusson 2000, 142)) mówi się, że wyłącznie od jej aktywnego wysiłku zależy zmiana jej położenia. Jednocześnie nie wspomina się o systemowych źródłach braku zatrudnienia, związanych z procesami globalizacji, migracji miejsc pracy i przekształceń profilu gospodarek poszczególnych państw. Ponadto poprzez indywidualizację „historii bezrobocia” poszczególnych osób osłabieniu ulega świadomość wspólnoty losu tych, którzy – mniej czy bardziej trwale – pozostają bez pracy (Beck 2004, 136–143).

Autor dostrzega silny związek tak rozumianych procesów indywidualizacji z doktryną neoliberalizmu, pod egidą której kategorie rynkowe rozciągane są także na inne obszary życia. W omawianym wypadku na jednostkach wymusza się przyjęcie roli „przedsiębiorców moralnych” (Beck 2012, 244). Przedsiębiorca moralny, podobnie jak jego odpowiednik w sferze gospodarki, ponosi też ostatecznie odpowiedzialność bardziej rozległą niż tylko za siebie samego. W istocie powtarza mu się, że od jego aktywności zależy funkcjonowanie całego systemu, co w odniesieniu do – często globalnych – różnych postaci ryzyka prowadzi do nowej formuły imperatywu kategorycznego: „Działaj tak, jakby od twojego działania zależał los świata. Segreguj śmieci, jeźdź rowerem, korzystaj z energii słonecznej i tak dalej” (Beck 2012, 244). Innymi słowy, na jednostkę nakłada się tu, zdaniem Becka, obowiązek odpowiadania na strukturalnie wytworzone problemy, nakaz „biograficznego rozwiązywania sprzeczności systemu” (Beck 2004, 204).

2.3. Refleksywność a refleksja. Od refleksji opartej na wiedzy do refleksowania niewiedzy

Osobnym wątkiem związanym z koncepcją modernizacji refleksywnej, szczególnie jednak interesującym w perspektywie niniejszej pracy, są zależności pomiędzy pojęciami refleksywności a refleksji. Beck podkreśla ich nietożsamość, wywodząc używany przez siebie termin od refleksu jako reakcji, odbicia.

W związku z tym refleksywność nie odnosi się (nie musi się odnosić) bezpośrednio do wiedzy czy też jakiegoś wyróżnionego sposobu „zarządzania” wiedzą. Sam proces refleksywnej modernizacji i powstawania społeczeństwa ryzyka ma wedle autora charakter mimowolny, nieświadomy, nieplanowany, nielegitymowany żadną jawną decyzją polityczną – jest rezultatem „skutków ubocznych”.

Sprawa (nie)zależności pomiędzy refleksywnością a refleksją nie przedstawia się jednak tak prosto, jak w pierwszej chwili mogłoby się wydawać. O ile proces refleksywnej modernizacji ma rzeczywiście, zdaniem autora, charakter mimowolny, o tyle o jego domniemanym rezultacie w postaci powstania społeczeństwa ryzyka można mówić dopiero wtedy, gdy ryzyko stanie się kwestią polityczną – gdy więc nowe formy wytworzonej niepewności staną się jawnym problemem i przedmiotem refleksji (Beck 2004, 28; 2012, 162). Ryzyko uświadomione samo staje się „figurą refleksji” (Beck 2012, 37), prowadzi do refleksyjności rozumianej w sensie ścisłym, jako *modus* poznania i działania.

Sedno sprawy tkwi, zdaje się, w charakterze tej refleksji, do której dochodzi w społeczeństwie ryzyka – nie jest to (jak, zdaniem autora, w modelach alternatywnych) refleksja oparta na zdobytej wiedzy, lecz raczej reflektowanie własnej niewiedzy. Innymi słowy, problemem i przedmiotem refleksji w społeczeństwie ryzyka staje się sama *niepewność*, niemożność zdobycia wiedzy na dany temat. Według Becka prowadzi to m.in. do swoistego *paradoksu decyzji*, polegającego na tym, że „im większe zagrożenie, tym większa niewiedza, tym bardziej niezbędna, a zarazem mniej możliwa decyzja” (Beck 2012, 174). Właśnie ten paradoks jednoczesnej konieczności i niemożności podjęcia decyzji staje się głównym tematem refleksji w omawianym modelu społeczeństwa.

Jak widać, w społeczeństwie ryzyka refleksja nie zanika, traci jednak swój optymistyczny, umożliwiający, otwierający na przyszłość charakter; zamiast tego jawi się raczej jako uświadomienie sobie własnej marności. Można powiedzieć, że wiedza o braku wiedzy też jest formą wiedzy i może stać się przedmiotem refleksji – zgodnie z Sokratejską formułą „wiem, że nic nie wiem”. Otwarte pozostaje jedynie pytanie, co z tą uświadomioną niewiedzą się pocznie: czy wybierze się typowe dla Sokratesa dążenie do głębszego zrozumienia (choćby miało ono nigdy nie osiągnąć spełnienia) (por. Hadot 2000), czy też pójdzie się w kierunku wyznaczonym przez starożytnych sceptyków, ćwiczących się w *epoche* (rezygnacji z wyrokowania), z którą wiąże się *apatheia* (obojętność) i *ataraxia* (niezmącony spokój) (por. Krokiewicz 2000, zwł. 379). Beck często, gdy np. pisze o wspomnianym wyżej paradoksie decyzji, zdaje się bliższy drugiemu rozwiązaniu. Przeczy temu jednak żar i pasja, jakie biją z niemal każdej strony jego dzieł. Przeczą też temu wizje nowej polityki, które autor rozstrzuwa przed oczami czytelników (nawet jeśli wizje te – jak zobaczymy dalej – mają głównie negatywny i „zapobiegawczy” charakter). Prawdopodobnie nie jest on w tym punkcie w pełni konsekwentny, a jego twórczość całkowicie wolna od sprzeczności. Uprawniony wydaje się jednak wniosek, że Beckowi nie tyle

chodzi o zarzucenie działania, co o podkreślenie jego immanentnie spornego charakteru. Wszelkie działanie wobec ryzyka przedstawione zostaje jako z natury dyskusyjne, a rezultat refleksji nad ryzykiem (niepewnością) – jako otwarty na refutacje i konflikty²¹.

Jeśli podejmowanie refleksji i decyzji (w wymiarze politycznym czy osobistym) w obliczu ryzyka jest konieczne, to tym samym – zgodnie z zasadami klasycznej logiki – jest ono możliwe. Zarazem jednak rezultaty obu tych działań są w społeczeństwie ryzyka nieuchronnie dyskusyjne, stanowiąc potencjalne zarzewie antagonizmu. Podkreśleniu tej cechy omawianego typu refleksji nad niewiedzą, a zarazem jej wyraźniejszemu odróżnieniu od refleksji opartej na wiedzy służy odwołanie do odmiennych teorii samej wiedzy, w których obydwa typy refleksji mają znajdować ugruntowanie. Beck określa te konkurencyjne koncepcje mianem linearnych oraz nielinearnych. Te pierwsze zakładają zasadniczą jedność wiedzy, jej konsensualność oraz zamknięte kręgi jej produkcji i dystrybucji na forach eksperckich. Teorie nielinearne, charakterystyczne dla społeczeństwa ryzyka, zakładają pluralizm wiedzy, otwartość i zróżnicowanie sieci, w obrębie których wiedza jest wytwarzana i dystrybuowana, a także jej konfliktowy charakter (Beck 2012, 184–186)²². Wiedza (lub jej brak) staje się zarzewiem politycznych sporów i narzędziem walki o wpływy. Jak pisze sam autor: „Kryterium zatem ma postać: tam zamknięte, tu otwarte, tam konsensualne, tu antagonistyczne sieci aktorów, problematyzacje, metody, przewoźne hipotezy, scenariusze, szacunki i oceny form ryzyka i zagrożeń” (Beck 2012, 186). Ten sporny charakter wiedzy o ryzyku i refleksji nad nim przenika wszystkie pola społecznego dyskursu, najmocniej jednak dotyka być może nauki, przyzwyczajonej wcześniej do modelu „monoracjonalności”. W obliczu nieuniknionych sporów zmienia się zarówno jej status poznawczy, jak i rola społeczna.

2.4. Społeczna rola i kontrowersje wokół nauki

Szczególny status, jaki zyskuje współcześnie nauka, możliwie najzwięźlej ujmuje następujący cytat ze *Społeczeństwa ryzyka*: „Nauka staje się (*współ-*) *przyczyną, medium definicyjnym i źródłem rozwiązania problemu* ryzyka. W ten sposób otwierają się nowe rynki unaukowienia” (Beck 2004, 238). Mamy więc

²¹ Autor pisze w swoim, jak zwykle publicystyczno-retorycznym, stylu: „W przeciwieństwie do rozpowszechnionej opinii, wątplenie czyni wszystko – naukę, wiedzę, krytycyzm, moralność – możliwym, tyle tylko, że innym, kilka rozmiarów mniejszym, ostrożniejszym, zindywidualizowanym, kolorowym i otwartym na doświadczenie społeczne” (Beck 2009b, 53).

²² Można na marginesie zauważyć, że jeśli przyjąć taką charakterystykę konkurencyjnych teorii wiedzy, afiliowanie np. Giddensa przy teorii linearnej – jak czyni to autor – staje się cokolwiek wątpliwe.

trzy wzajemnie powiązane pola aktywności nauki: (a) tworzenie, (b) definiowanie i (c) rozwiązywanie problemów.

Pierwsza ze wskazanych tu własności, jaką jest jej tendencja do wytwarzania ryzyka, zawarta jest już poniekąd w samym pojęciu modernizacji refleksywnej. Przypomnijmy, że proces ten polega na konfrontacji nowoczesności z własnymi sukcesami, które w znacznej mierze wiążą się właśnie z poszerzającym się zastosowaniem nauki i techniki. Innymi słowy, refleksywność oznacza, że społeczeństwa późnej nowoczesności zmuszone są mierzyć się z wyzwaniami, jakie rodzi postęp naukowy i techniczny. Ponieważ kwestie te zostały szerzej omówione zarówno przy okazji analizy pojęcia ryzyka, jak i pojęcia refleksywnej modernizacji, nie ma potrzeby powtarzać poczynionych tam uwag.

Także druga własność nauki, tzn. jej rola jako medium definiowania ryzyka, wiąże się ze wspominanymi już cechami nowoczesnych zagrożeń, tj. głównie z ich niewidocznym charakterem. Jak zostało zauważone powyżej, wskutek braku bezpośredniego, zmysłowego doświadczenia pewnych kategorii ryzyka skazani jesteśmy na pośrednią ich prezentację poprzez naukę. Tym sposobem, ujmując rzecz nieco metaforycznie, naukowy opis staje się dla członków społeczeństwa obywatelskiego protezą zmysłów i przewodnikiem – jedynym widzącym wśród ślepców. Nie tylko podnosi to rangę nauki na zewnątrz, ale także zmienia ją samą od środka. Język nauki bowiem, od kiedy służy wyrażaniu zagrożeń i tego, co społecznie akceptowalne, nie może już abstrahować całkowicie od wartości; zadamawiają się w nim takie etycznie i politycznie czynne terminy, jak „dopuszczalne wartości graniczne”, „problemy i wyzwania” „rekomendacje działania” i wiele innych, które znaleźć można w pisanych na polityczne zamówienie raportach naukowych.

Wreszcie, jak sugeruje już koniec poprzedniego akapitu, nauka nie poprzestaje na suchym definiowaniu ryzyka, ale włącza się aktywnie w formułowanie możliwych rozwiązań. Obserwujemy tu zatem dwustronne przenikanie: tak jak polityka zostaje włączona do języka nauki, tak nauka wkracza w świat polityki, przyjmując na siebie rolę wskazywania „właściwych” działań w odpowiedzi na pojawiające się problemy. Instytucje polityczne czerpią z tego przede wszystkim korzyść legitymizacyjną, mogąc przedstawiać swoje decyzje jako bardziej racjonalne i „oparte na dowodach” (*evidence-based policy*).

Ten kołowy i samonapędzający się proces unaukowania decyduje, w opinii Becka, o wyjątkowej pozycji nauki w społeczeństwie ryzyka. A jednak z takim statusem wiedzy naukowej wiąże się pewien paradoks²³. Z jednej strony – jak zostało powiedziane – instytucjonalna pozycja nauki ma się dobrze jak nigdy dotąd: nasze oparte na wiedzy społeczeństwa pozostają zależne od ustaleń nauki, która

²³ Jest to paradoks zbliżony do tego, jaki mogliśmy obserwować przy okazji analizy pojęcia ryzyka – coraz mniej poddającego się kontroli, a jednak coraz mocniej poddawane próbom kontrolowania.

zajmuje dominującą pozycję w większości publicznych dyskursów i procesów decyzyjnych. Z drugiej strony – częściowo właśnie przez to polityczne znaczenie i rezygnację ze swojej *splendid isolation* – nauka staje się przedmiotem gorących kontrowersji, w ramach których zarówno jej ogólny status, jak i poszczególne twierdzenia bywają żywiołowo kwestionowane. Gdy upolitycznienie nauki staje się coraz bardziej widoczne, staje się ona stroną i uczestniczką politycznych konfliktów. Można powiedzieć, że *wzrostowi znaczenia* wiedzy naukowej towarzyszy *slabnięcie autorytetu*, jaki jej przysługuje. Zaprzęgnięta w służbę polityki, nauka coraz odważniej poddawana jest społecznej kontestacji.

Dla opisu napięć, jakie pojawiają się pomiędzy instytucjonalnym światem nauki a jego społecznym otoczeniem, Beck wprowadza rozróżnienie pomiędzy „naukową” i „społeczną” racjonalnością (Beck 2004, 39 i n.). Jak komentuje to jeden z czytelników Becka: „[Pojęcie] racjonalności naukowej odnosi się do dominujących technicznych dyskursów, wykorzystywanych przez ekspertów naukowych. W odróżnieniu od tego racjonalność społeczna oparta jest na uwarunkowanych kulturowo wartościowaniach, wywodzonych z codziennego doświadczenia” (Mythen 2004, 56).

Wskutek modernizacji refleksywnej stosunki pomiędzy obydwojema rodzajami racjonalności stają się coraz bardziej konfliktowe. Mówiąc krótko, członkowie społeczeństwa, zdaniem Becka, coraz mniej ufają różnej maści ekspertom, którzy mają skłonność do traktowania problemów tych pierwszych jako irrelevantnych, a ich obaw jako nieracjonalnych. Z typową dla siebie uszczypliwą ironią Beck tak opisuje klasyczny sposób myślenia przedstawicieli nauki:

„Irracjonalność” „odbiegającego od normy” publicznego „postrzegania ryzyka” polega na tym, że w oczach inżynierów większość społeczeństwa zachowuje się jak studenci politechniki podczas pierwszego semestru albo nawet przed podjęciem studiów. Są oni wprawdzie ignorantami, ale mają dobrą wolę, starają się, chociaż ich wiedza jest znikoma. Według tej koncepcji społeczeństwo składa się z samych przyszłych inżynierów, którzy jeszcze nie dysponują odpowiednią wiedzą. Należy ich więc faszerować technicznymi detalami, wtedy przyjmą punkt widzenia i oceny ekspertów na temat technicznego obchodzenia się z ryzykiem (Beck 2004, 74–75).

Takie podejście przedstawicieli nauki musi oczywiście rodzić napięcia i nieporozumienia. Osobną kwestią jest, czy rzeczywiście są one na tyle głębokie, jak widzi to Beck. Niektórzy komentatorzy zwracają uwagę, że sceptycyzm wobec nauki nie jest bynajmniej zjawiskiem nowym, poziom zaufania do ekspertów kształtuje się zaś bardzo różnie i zależy od wielu, nieuwzględnianych przez autora *Społeczeństwa ryzyka*, czynników (Mythen 2004, 65–66). Wedle tej krytyki Beck mylnie postrzega zaufanie na sposób zero-jedynkowy, jako coś, co albo się posiada, albo nie, podczas gdy w rzeczywistości wzorce i strategie zaufania do ustaleń ekspertów mogą być silnie zróżnicowane.

Jeśli jednak pójść za tezę Becka o nasilającym się kryzysie autorytetu i zaufania do nauki, pojawia się pytanie o przyczyny tego stanu rzeczy. Wskazać

tu można dwa czynniki, obydwa zresztą wzmiankowane już wcześniej. Pierwszym z nich jest narastające upolitycznienie wiedzy naukowej, która zdaniem niemieckiego socjologa w coraz bardziej widoczny sposób najmuje się w służbę interesów wielkich graczy politycznych czy gospodarczych. Skutkuje to zresztą zwiększoną niejednomyslnością świata ekspertów, których różne grupy skłonne są uzasadniać wzajemnie sprzeczne, zgodne z czyimiś interesami tezy. Drugi powód tej rosnącej nieufności jest jednak merytoryczny i wiąże się z poszerzającymi się obszarami *ryzyka-jako-niepewności*. Im więcej niepewności, tym mniej sensownych rozwiązań nauka może proponować.

Nauka, rzecz jasna, jak każda instytucja, nie jest skłonna łatwo oddać pole i przyznać się do własnych słabości. Ta walka o symboliczne uznanie i instytucjonalne wpływy prowadzi do kolejnego już paradoksu, czyli przepoławienia racjonalności naukowej. Nauka zaczyna posługiwać się dwoma odmiennymi wzorcami racjonalności: jednym na użytek wewnętrzny, drugim skierowanym na zewnątrz. *Ad intra* formułuje się wymagania, aby badania naukowe pozostawały samokrytyczne i otwarte na refutacje, czyli refleksyjne w znaczeniu bliskim Popperowskiej idei falsyfikacji (por. Popper 2002, 277–279). *Ad extra* świat nauki prezentuje jednak swoje ustalenia jako pewne, autorytatywne i niepodlegające kwestionowaniu²⁴. W ten sposób, jak zauważają Barbara Adam i Joost van Loon, zanegowaniu ulega „fundamentalna dwuznaczność i nieokreśloność ryzyka jako czegoś, co jeszcze się nie przydarzyło” (Adam i van Loon 2000, 5). Ta swoista metodologiczna schizofrenia jest (kolejnym) zarówno przejawem, jak i źródłem kryzysu nauki.

Trudno traktować tę mroczną, a zarazem pełną dwuznaczności i paradoksów opowieść Becka jako całkowicie wierny opis rzeczywistości. Prawdopodobnie nie taki jest jej cel; sam autor nie zaprzęta sobie zresztą zbytnio głowy jej empiryczną weryfikacją. Jedna niepodważalna lekcja zdaje się jednak z tej narracji płynąć. Jeśli wierzyć Beckowi, nauka straciła ostatecznie swoją niewinność – o ile kiedykolwiek ją miała. Nie sposób myśleć o niej dłużej jako o obiektywnym i bezstronnym dążeniu do prawdy. Nauka stała się częścią gry, toczonej na forach legislacyjnych, w studiu telewizyjnym czy na sali sądowej. Wiele wskazuje też na to, że ten gracz nie gra do końca czysto, często ulegając pokusie ukrycia własnych słabości pod maską pozornej pewności. Zmienia to charakter samej nauki – ale co ważniejsze, zmienia także kształt rozumianej szeroko polityki. Kolejny podrozdział poświęcony jest zatem odpowiedzi na pytanie, jaka polityka jest – zdaniem Becka – możliwa w społeczeństwie ryzyka.

²⁴ Jak sugeruje jednak Ian Welsh, to rozdzielenie racjonalności zachodzi już w obrębie samej nauki (Irwin, Allan i Welsh 2000, 94 i n.).

3. Utopia polityczna społeczeństwa ryzyka

3.1. Zmiana konturów polityki

Pierwszym czynnikiem, który wpływa na formułowany przez Becka polityczny program dla społeczeństwa ryzyka, jest zmiana granic tego, co uznawane za polityczne i apolityczne. Ponieważ problem ten jest dobrze znany, a przy tym opisywany nie tylko przez autora, ale również przez wielu innych myślicieli społecznych, na czele choćby z Foucaultem czy z Bourdieu, powinno tu wystarczyć syntetyczne odniesienie się do niego.

Jak zauważa Beck, w kwestii odróżnienia tego, co polityczne i apolityczne, dochodzi do szczególnej zamiany miejsc. Z jednej strony decyzje należące dawniej do wyłącznej domeny polityki zostają podporządkowane racjonalności technicznej czy ekonomicznej (*vide* coraz częstsze praktyki „sprzedaży” obywatelstwa: Gold i El-Ashram 2015; Myers 2016). Z drugiej to, co dawniej jawiło się jako pozbawione pierwiastka polityczności (np. innowacje technologiczne i związane z tym inwestycje), ma, jak się okazuje, polityczny wymiar i wagę. Jak czytamy w *Spółeczeństwie ryzyka*: „Potencjał kształtowania społeczeństwa przesuwają się od systemu politycznego do subpolitycznego systemu naukowo-techniczno-ekonomicznej modernizacji. Dochodzi do przykrego odwrócenia tego, co jest, a co nie jest polityką. *To, co polityczne, staje się niepolitycznym, a co niepolityczne – politycznym*” (Beck 2004, 282).

Beck unika jednak tautologicznego i w gruncie rzeczy jałowego stwierdzenia, że *wszystko* jest polityczne. Aby dany system społeczny mógł zostać uznany za polityczny, musi spełniać co najmniej dwa kryteria: podejmowane w jego ramach decyzje muszą mieć konsekwencje polityczne (przede wszystkim w sensie szerokiego zasięgu ich oddziaływania), a jednocześnie w odniesieniu do tych decyzji musi wystąpić, choćby w zaczątkowej formie, „presja legitymizacyjna” ze strony opinii publicznej²⁵.

Przyjęcie takiego punktu widzenia pozwala autorowi sformułować pojęcie subpolityki jako takiego obszaru, w którym zapadają decyzje natury politycznej, który jednak pozostaje poza tradycyjnymi granicami sfery polityki (jak były one rozumiane w społeczeństwie przemysłowym, zgodnie z paradygmatem prostej modernizacji), wraz z charakterystycznymi dla tej sfery procedurami uprawnienia. Co za tym idzie, w obszarze subpolityki „zakres wywoływanych zmian społecznych jest odwrotnie proporcjonalny do ich legitymizacji” (Beck 2004, 282). Świat nauki i innowacji technologicznych jest dla Becka paradygmatycznym przykładem instytucji subpolitycznych; innym rozpatrywanym przez autora przypadkiem jest również sądownictwo (Beck 2004, 292–296).

²⁵ Zbliżoną charakterystykę polityczności zaproponował niedawno Rafał Mańko (2018).

Charakterystyczne dla tego typu instytucji pozostaje to, że zmiana społeczna dokonuje się w nich poza politycznym uprawomocnieniem. Wraz z dostrzeżeniem ich politycznego potencjału stopniowo pojawia się jednak wspomniana presja legitymizacyjna, która może być punktem wyjścia dla politycznej metamorfozy społeczeństwa²⁶. Dla samego Becka presja ta staje się pretekstem dla nakreślenia własnego programu „politycznej utopii”.

Aby w pełni zrozumieć polityczne przesłanie teorii społeczeństwa ryzyka, podobnie jak bardziej szczegółowe pojęcie subpolityki, konieczne jest zatem bliższe przyjrzenie się dwóm wskazanym tu kwestiom. Poniżej rozpatruję kolejno oba te zagadnienia: na czym dokładnie polega polityczny charakter decyzji podejmowanych w przestrzeni subpolityki („dystrybucja ryzyka jako problem polityczny”), a także jaki program polityczny wyłania się, zdaniem Becka, z obserwowanej presji legitymizacyjnej w tym obszarze („program politycznej utopii”).

3.2. Dystrybucja ryzyka jako problem polityczny

O ile w społeczeństwie przemysłowym doby prostej modernizacji jednym z głównych problemów politycznych jest kwestia dystrybucji dóbr (alokacji i relokacji zasobów), o tyle zagadnienie skutków ubocznych nie jest publicznie problematyzowane. Powstające w wyniku postępu technologicznego i gospodarczego ryzyko traktowane jest właśnie jako konieczny „skutek uboczny”, który musi być poniesiony, jeśli społeczeństwo jako całość ma odnieść korzyść. Sytuacja zmienia się, zdaniem Becka, w okresie modernizacji refleksywnej, gdy ujawnia się niszczyielski potencjał zdobywczy nowoczesności. Dystrybucja ryzyka ma szansę zaistnieć jako kwestia polityczna, zmieniając agendy publicznej debaty i programy aktorów świata polityki.

Beck skłonny jest twierdzić, że w tym nowym problemie dystrybucji „skutków ubocznych” tkwi potencjał politycznej transformacji, wynikający ze zrównującego charakteru ryzyka. „Ryzyka nie są rzeczami” (Beck 2009a, 9), w przeciwieństwie zatem do rzeczy nie mogą być wyodrębnione i przydzielone komuś na wyłączną własność; przecinają klasy społeczne i kładą się w poprzek istniejących podziałów. Dystrybucja bogactwa nieuchronnie pociąga za sobą nierówności; dystrybucja ryzyka ma, lub przynajmniej może mieć, efekt zrównujący. Zgodnie z jednym z najczęściej powtarzanych sformułowań autora: „bieda jest hierarchiczna, smog jest demokratyczny” (Beck 2004, 48)²⁷.

Jednocześnie autorowi nie umyka fakt, że dystrybucja zagrożeń prowadzi nieraz do wytwarzania nowych lub umacniania już istniejących nierówności

²⁶ Przypomnę, że podobnie przedstawiał Selznick przesłanki przejścia od prawa autonomicznego do responsywnego.

²⁷ Beck powtórzy zasadniczo tę samą myśl także w późniejszych pracach (zob. np. Beck 2012, 60).

zarówno w skali lokalnej, państwa narodowego, jak i w wymiarze globalnym. Na wszystkich tych poziomach to najuboższe grupy społeczne skazane są zazwyczaj na największą absorpcję ryzyka. Przykładowo, „brudna” i szkodliwa dla zdrowia produkcja lokowana jest w pobliżu ubogich dzielnic, przekazywana w ręce imigrantów bądź – coraz częściej – przenoszona w ramach *offshoringu* do krajów „rozwijających się” (przy czym „rozwój” ten polega chyba przede wszystkim na coraz większej absorpcji zagrożeń) (Urry 2015, rozdz. 3).

Czy zatem ryzyko rzeczywiście ma potencjał demokratyczny? Odpowiedź, jak zwykle u Becka, jest niejednoznaczna; wydaje się też ewoluować w czasie. W *Společenstwie ryzyka* twierdzi on, że ryzyko działa zarazem różnicująco i zrównującą, ale ten drugi wektor przeważa nad pierwszym. Różnice (co do czerpanych z ryzyka korzyści) są względne i przejściowe, podobieństwa (co do zagrożeń) – powszechne i trwałe:

„Ryzyko polaryzuje *zawsze tylko częściowo*, [...] choć tylko na wcześniejszym etapie swojego rozwoju. Gdy zagrożenie wzrasta i pojawia się w polu widzenia, korzyści topnieją, a różnice się zacierają. Wcześniej czy później ryzyko dostarcza również zagrożeń, które relatywizują i pozbawiają wartości związane z nim korzyści i właśnie przez wzrost niebezpieczeństw obejmujących wielorakie interesy wspólnota ryzyka staje się rzeczywistością. Doświadczenie ryzyka powoduje, iż niezależnie od tego, jak dalece ono sięga, powstaje, mimo różnych sprzeczności, wspólnota” (Beck 2004, 61).

Wydaje się jednak, że w swoich późniejszych pracach – w *Společenstwie światowego ryzyka*, a szczególnie w *The Metamorphosis of the World* – Beck rewiduje nieco własne stanowisko w tej materii. Coraz wyraźniej dostrzega, że „ryzyko katastrofy grozi ubogim” (Beck 2012, 90) i że często prowadzi ono raczej do pogłębiania zamiast niwelowania nierówności. Znamienne zresztą, że cytowany wyżej *bon mot* autora na temat demokratycznej natury smogu, choć brzmi zgrabnie, nie wytrzymuje konfrontacji z rzeczywistością (por. Scott 2000, 36; Mythen 2004, 132–134; Kruczkowska 2017). Trudno więc dopatrzeć się jakiegoś wyraźnego egalitarnego oddziaływania współczesnych odmian ryzyka.

Teza Becka na temat związków między ryzykiem a nierównościami społecznymi, o ile chce ją utrzymać, nie powinna być więc rozumiana jako twierdzenie empiryczne. Zamiast tego należałoby dostrzec jej analityczne i polityczne znaczenie. Nie określa ona w sposób rozstrzygający, czy w społeczeństwie ryzyka dochodzi do wzrostu czy niwelowania nierówności, ale wskazuje, że przy ocenie tych ostatnich decydującego znaczenia nabiera właśnie dystrybucja ryzyka. Dla analizy nierówności trzeba więc będzie zastosować inne, rozszerzone kryteria w porównaniu ze społeczeństwem przemysłowym prostej nowoczesności – i to jest analityczny wymiar tej tezy. Jeśli chodzi o jej wymiar polityczny, to powraca kwestia presji legitymizacyjnej: ujawniające się nierówności w dystrybucji ryzyka stają się coraz bardziej palącym problemem politycznym, który domaga się rozwiązania (Beck 2016, 197–198). Jednak odziedziczone po społeczeństwie

przemysłowym instytucje polityczne nie są zdolne poradzić sobie z tym zadaniem. W rezultacie pojawia się potrzeba przeformułowania podstawowych założeń polityki w wymiarze światowym, przestawienia jej na nowe tory. Pojawia się przestrzeń dla programu politycznej utopii.

3.3. Program politycznej utopii

Zauważmy na wstępie, że program polityczny, którego zręby proponuje Beck, stanowi świadomą odpowiedź na wyzwania i problemy społeczeństwa światowego ryzyka. W tym sensie program ten ma charakter refleksyjny w ścisłym sensie, jest bowiem rezultatem systematycznej, wewnętrznej samokrytyki tegoż społeczeństwa (Beck 2004, 342–343; zob. też Beck 2009b, 16–27). Tam, gdzie ryzyko modernizacyjne staje się problemem – gdzie podejmuje się krytyczną refleksję nad jego wytwarzaniem, akceptacją i dystrybucją, gdzie zatem społeczeństwo światowego ryzyka zyskuje samoświadomość (lub, jak nazwie to Beck, staje się *światowym społeczeństwem ryzyka*) – tam, zdaniem autora, pojawia się możliwość sformułowania i urzeczywistnienia programu radykalnej transformacji.

Nie dowiadujemy się z pism Becka, jaka miałyby być treść takiego programu, poza tym, że wydaje się on domagać radykalnej demokratyzacji sfer subpolityki, w których decyduje się o poszczególnych rodzajach ryzyka. Ten nacisk na subpolitykę kosztem tradycyjnego politycznego centrum opiera się na założeniu o przesunięciu władzy w jej kierunku. Nowa władza polityczna ma więc mieć charakter zdecentralizowany, rozproszony po różnych polach subpolityki. Tradycyjne centrum systemu politycznego nie znika, zmienia się jednak jego funkcja: od tej pory ma ono pełnić rolę forum generalizowania partykularnych punktów widzenia i poszukiwania konsensu. Jest to rola mediacyjna, polegająca na „chronieniu, porządkowaniu, dyskusji i symbolizowaniu” (Beck 2004, 343).

Więcej niż o treści możemy powiedzieć o formie tego programu, który wieszczy Beck. Jest to program radykalny, przewidujący konieczność fundamentalnej zmiany („metamorfozy”), przemija bowiem postać tego świata, a instytucje wynalezione w czasach prostej modernizacji i dostosowane do potrzeb społeczeństwa przemysłowego nie będą w stanie sprostać pojawiającym się wyzwaniom. Ich ograniczenia prowadzą do wytwarzania „zorganizowanej nieodpowiedzialności” (Beck 2004, 43–44; 2009a, 8)²⁸, która służy różnym graczom do uchylania się od skutków ich własnych działań. Systemy: naukowy, prawny czy gospodarczy prostej nowoczesności nie pozwalają na pociągnięcie do odpowiedzialności tych, którzy przyczyniają się do powstawania ryzyka. Potrzebne jest zatem „drugie oświecenie”, które sprzyjałoby ustanowieniu „nowego systemu standardów dowodzenia, uznawania poprawności i prawdziwości oraz porozumienia w nauce

²⁸ Zob. też np. Jarvis 2007, 32; Veitch 2017, *passim*. Szerzej na ten temat zob. pkt 4.4. *Prawo wobec metamorfozy*.

i w prawie” (Beck 1998, 21). Takie oświecenie pozwoliłoby objąć wreszcie to, co jak dotąd subpolityczne, rzetelnymi procedurami uprawnomożenia. „Decyzje gospodarcze podejmowane w korporacjach, programy badań naukowych, plany rozwoju i rozmieszczenia nowych technologii muszą zostać otwarte i poddane uogólnionemu procesowi dyskusji; potrzeba także rozwinięcia prawnych i instytucjonalnych ram dla ich demokratycznej legitymizacji” (Beck 1998, 21).

Beck nie waha się nazwać swojej propozycji utopijną, co w świetle jej radykalnego charakteru wydaje się uzasadnione. Jest to, zgodne ze słowami autora, „utopia odpowiedzialnej nowoczesności” (Beck 1998, 21). Zarazem jednak, przy całym jej radykalizmie – a może właśnie z jego powodu – jest to propozycja „negatywna i defensywna” (Beck 2004, 64), ożywiana nie poszukiwaniem nowych możliwości i kierunków rozwoju, lecz chęcią zapobieżenia katastrofom. Oddając ponownie głos autorowi: „Tutaj idzie w gruncie rzeczy nie o to, aby osiągnąć coś «dobrego», ale aby zapobiec najgorszemu” (Beck 2004, 64). Czy taki program polityczny budowany na strachu ma w sobie dość siły sprawczej – i czy nie jest on ostatecznie skazany na to, że będzie służyć interesom populistycznych demagogów – pozostaje pytaniem otwartym.

Tym, co szczególne w politycznej propozycji Becka, jest przekonanie o jej niedobrowolnym i wymuszonym charakterze. Wracając do znanego nam już rozróżnienia, polityczna zmiana nie jest, zdaniem autora, rezultatem refleksji, lecz refleksywności: nie stanowi procesu celowego, świadomego i planowego, lecz wymuszoną reakcję na narastające wskutek modernizacji konflikty i wyzwania. Powstaje jako kumulacja skutków ubocznych; z tego też powodu projekt ten ma w oczach jego autora ambiwalentny charakter, co przeciwstawia go zarówno projektom jednoznacznie optymistycznym (oświeceniowym), jak i pesymistycznym (postmodernistycznym) (Beck 2016, *passim*).

Na określenie tej wymuszonej politycznej zmiany Beck proponuje pojęcie metamorfozy. Jak pisze w swojej ostatniej książce: „Metamorfoza świata oznacza epokową zmianę wizji świata, przekształcenie narodowych wyobrażeń o świecie. Nie jest to jednak zmiana obrazów świata, która byłaby wywołana przez wojnę, przemoc czy imperialną agresję, ale zmiana spowodowana przez skutki uboczne sukcesów modernizacji” (Beck 2016, 5). I dalej: „Metamorfoza świata jest czymś, co się dzieje, a nie programem. «Metamorfoza świata» jest wyrażeniem opisowym, a nie normatywnym” (Beck 2016, 18). W słowach tych widać wyraźne konotacje z takimi wprowadzonymi wcześniej przez autora pojęciami, jak modernizacja refleksywna czy społeczeństwo ryzyka. Można wysunąć więc wątpliwość, czy Beck nie zgubił gdzieś brzytwy Ockhama, mnożąc zbędne, bo niewnoszące nic nowego, kategorie. Sam autor twierdzi, że tak nie jest: *novum*, jakie zawierać ma pojęcie metamorfozy w stosunku do swoich poprzedników, jest uwzględnienie w jego ramach tego potencjału politycznej zmiany, o którym była już mowa, a który rodzi się w konfrontacji ze skutkami ubocznymi modernizacji. Według stwierdzenia autora pojęcie to nie koncentruje się (jak wcześniejsze)

na „negatywnych ubocznych skutkach korzyści [*goods*], lecz na pozytywnych skutkach ubocznych płynących z zagrożeń [*bads*]” (Beck 2016, 4), które to przyczyniają się do powstania normatywnego horyzontu dobra wspólnego we współczesnym świecie.

3.4. Kosmopolityzm

Osobne miejsce należy się jednemu z najważniejszych rysów omawianego projektu politycznego, jakim jest jego kosmopolityczny wymiar. W skrócie ideę Becka można przedstawić następująco: globalny charakter ryzyka sprawia, że izolowane odpowiedzi na poziomie poszczególnych państw narodowych stają się niewystarczające jako nieefektywne. Ten powszechny zasięg potencjalnych katastrof rodzi potrzebę współpracy na poziomie światowym – kosmopolityzmu w podejściu do kwestii radzenia sobie z ryzykiem. Jednocześnie już zaistniałe katastrofy pełnią funkcję oświeceniową, uświadamiając opinię publiczną na całym świecie zarówno w przedmiocie realności zagrożeń, jak i istniejących nierówności. Daje to impuls do kosmopolitycznego działania. Oczywiście, taka nowa kosmopolityczna polityka nie jest dziejową koniecznością, jest jednak pewną możliwością, która otwiera się przed nami. Z jednej strony jest ona czymś, czego – jako „skutku ubocznego” zagrożeń – sami nie wybraliśmy. Beck podkreśla „wymuszony” charakter dokonującego się oświecenia, globalnej komunikacji i samej postawy kosmopolitycznej²⁹. Z drugiej strony tworzą one szansę na przemianę („metamorfozę”) świata, a co za tym idzie – na życie lepsze i bardziej sprawiedliwe w wymiarze globalnym.

Na określenie tego historycznego czasu, w którym globalne postaci ryzyka rodzą konieczność światowej współpracy, Beck proponuje sformułowanie „moment kosmopolityczny”. Jak widać, autor po raz kolejny wyraża przekonanie, że program polityczny dla społeczeństwa ryzyka nie jest wynikiem jakiegoś abstrakcyjnego, racjonalnego namysłu, ale stanowi przymus warunków, jakie sami sobie stworzyliśmy. Kosmopolityzm ma tu charakter wymuszony niezależnie od osobistych przekonań jego uczestników. Taką „brudną” kosmopolityzację Beck odróżnia wyraźnie od filozoficznych, normatywnych projektów kosmopolityzmu (Kant, Habermas), które stanowić miały w pełni świadomy wybór oświeconego rozumu:

„Wymuszony kosmopolityzm” oznacza, że globalne ryzyka aktywują i łączą ponad granicami aktorów, którzy w innej sytuacji nie chcieliby mieć ze sobą do czynienia. Dlatego proponuję wyraźnie rozróżnić filozoficzne i normatywne idee kosmopolityzmu z jednej oraz „nieczystą” rzeczywistą kosmopolityzację z drugiej strony. Punktem wyjścia jest tu pogląd, że kosmopolityzmu

²⁹ Kolejne wywoływane przez autora hasła brzmią: „wymuszone oświecenie”, „przymusowa komunikacja ponad podziałami”, „wymuszony kosmopolityzm” (Beck 2012, 89–94).

nie można urzeczywistnić dedukcyjnie dzięki zastosowaniu zasad filozoficznych i że wślizguje się on tylnymi drzwiami w sposób niezauważalny, niezamierzony, wymuszony (Beck 2012, 94; por. Beck 2016, *passim*).

Wobec tak kreślonej wizji kosmopolityzmu pojawiają się jednak co najmniej dwie wątpliwości – i to abstrahując nawet od pytania, co miałyby znaczyć, że współczesne ryzyko ma charakter globalny (zob. uwagi na ten temat w pkt 5.2 bieżącego rozdziału). Jeśli bowiem mamy mówić o światowej (kosmopolitycznej) polityce, określenia wymagają zarówno możliwe *fora*, jak i *podmiot* takiej polityki. Jaki jest więc główny polityczny aktor postulowanego przez Becka światowego społeczeństwa ryzyka i gdzie mógłby on kształtować swoją opinię? Autor wydaje się mieć problem z odpowiedzią na oba te pytania. Zakłada wyłonienie się światowej opinii publicznej, jednak próby znalezienia forów jej kształtowania (Internet, mass media informujące o katastrofach w różnych częściach świata) są mało przekonujące, szczególnie w świetle obserwacji realiów ich funkcjonowania. Podobnie, już pod koniec lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku, autor pisał o potrzebie odkrycia *dla siebie* nowego podmiotu politycznego, który mógłby zająć to miejsce, jakie w społeczeństwie klasowym przynależało (w myśl marksizmu) proletariatu (Beck 2004, 63–64); dziś jednak, po trzydziestu latach, nadal taki domniemany podmiot jest słabo widoczny³⁰. Niektórzy próbują obsadzać w tej roli prekariat, jednak skuteczność tych zabiegów jest wątpliwa (por. Standing 2014). Inni (Klein 2016) budują tę polityczną wspólnotę wokół uświadomionych zagrożeń ekologicznych i jest to niewątpliwie droga bliska samemu Beckowi. Nadal jednak nie znamy odpowiedzi na pytanie, na ile może być ona skuteczna. Także próby obsadzenia w tej roli związku „światowych miast”, podjęte w ostatnich tekstach autora (Beck 2016, 164 i n.), mogą budzić mieszane reakcje.

4. Prawo refleksyjne w społeczeństwie ryzyka

Pora zadać kluczowe z punktu widzenia pracy pytanie, czym będzie prawo refleksyjne w ujęciu wpisującym się w rozważaną teorię. Najkrótsza możliwa odpowiedź sprowadza się do stwierdzenia, że jest to prawo, które odzwierciedla wyzwania społeczeństwa ryzyka, które zatem stanowi zarazem przejaw, jak i wynik konfrontacji tego społeczeństwa z jego własnymi wytworami.

³⁰ Ponieważ postulaty Becka, co on sam wprost przyznaje, bliskie są ideałom lewicy, warto odnotować dzisiejsze problemy tej ostatniej ze znalezieniem podmiotu politycznego zdolnego i chętnego do podjęcia jej programu. Przykładu dość desperackiego poszukiwania takiego podmiotu, w obliczu opuszczenia współczesnej lewicy przez klasę robotniczą, dostarcza choćby B. Rothstein 2017a; 2017b.

Jak cała teoria Becka, pojęcie prawa refleksyjnego w tej interpretacji będzie mieć charakter *krytyczny* oraz *ironiczny*. Oznacza to, że w obszarze prawa ujawniać się będzie wiele z tych współczesnych paradoksów i ambiwalencji, które z takim zapałem śledzi Beck, a które jego zdaniem wynikają z krzyżowania się przeciwstawnych logik, do jakiego dochodzi w społeczeństwie ryzyka.

Na poziomie analitycznym należałoby być może odróżnić od siebie *prawo refleksywne* oraz *prawo refleksyjne*. Pierwsze pojęcie rozumiane byłoby na wzór modernizacji refleksywnej: byłby to zatem porządek prawny okresu przejściowego, porządek, w którym ujawniałyby się napięcia i sprzeczności typowe dla czasu tranzytu od społeczeństwa przemysłowego do społeczeństwa ryzyka. Chcąc badać prawo refleksywne, należałoby śledzić, w jaki sposób w konkretnych instytucjach prawnych ujawnia się niezdolność modernistycznie zaprojektowanego prawa do radzenia sobie z dzisiejszymi, jakościowo nowymi wyzwaniami – dotychczasowe instytucje byłyby tu traktowane niczym stary garnitur, z którego społeczeństwo już wyrosło i który wyraźnie je uwiera. W odróżnieniu od tego *krytycznego* pojęcia prawo refleksyjne stanowiłoby pojęcie *normatywne*, będąc istotną składową refleksyjnego programu politycznej utopii. Byłaby to zatem wizja nowego prawa światowego, które ma nadejść po przewyciężeniu ograniczeń okresu przejściowego.

Z powyższym analitycznym rozróżnieniem wiąże się jednak ten kłopot, że sam Beck nie oddziela konsekwentnie refleksywności od refleksji. Była już o tym mowa: z jednej strony same pojęcia społeczeństwa ryzyka oraz modernizacji refleksywnej zakładają pewną dozę refleksji *qua* samoświadomości. Z drugiej strony utopijny program politycznej metamorfozy nie ma dla Becka charakteru czysto normatywnego, ale jest w znacznej mierze wymuszony przez refleksywne problemy obecnego etapu modernizacji. Na tym właśnie polega ironiczny charakter omawianej teorii: refleksywność (mimowolna) i refleksja (świadoma) pozostają splecione, a dotyczy to w równej mierze ogólnego pojęcia społeczeństwa oraz bardziej partykularnych koncepcji polityki czy prawa. Innymi słowy, w porządku prawnym (dzisiejszym czy przyszłym) łączą się ze sobą elementy refleksywne z refleksyjnymi.

Bliższa postawie Becka byłaby zatem chyba droga pośrednia, łącząca oba sposoby opisu: droga budowy *refleksyjnej teorii prawa refleksywnego*. W typowy dla tego autora sposób teoria taka ukazywałaby, jak w rzeczywistości społecznej łączą się ze sobą teoretycznie sprzeczne tendencje czy zjawiska. Refleksyjna teoria prawa refleksywnego byłaby teorią głównie krytyczną, ukazując niekonsekwencje porządku prawnego okresu przejściowego modernizacji refleksywnej. Zarazem jednak musiałaby zawierać, choćby w zaczątkowej formie, elementy pozytywnej, normatywnej wizji prawa refleksyjnego, jakie odpowiadałoby oczekiwaniom światowego społeczeństwa ryzyka.

Istnieją jednak co najmniej dwa powody, dla których na kanwie dorobku Becka nie sposób zbudować typowej, spójnej i całościowej teorii prawa – choćby

pokroju tych, jakie proponują Luhmann, Teubner czy Selznick. Pierwszy wiąże się z faktem, że rozważania Becka mają odmienny od przywoływanych koncepcji status metodologiczny, koncentrując się na podejściu krytycznym. Drugi powód związany jest ze stylem, jaki przyjmuje niemiecki socjolog: programowo ateoretycznym, wielowątkowym, migotliwym. Aplikacja jego myśli w prawnoznawstwie z konieczności będzie zachowywać ten charakter. Kto zatem poszukiwałby u Becka podstaw dla budowy klasycznie rozumianej teorii prawa, odejdzie rozczarowany.

Idąc tym tropem, będzie właściwiej – bo wierniej wobec pierwotnego zamysłu niemieckiego socjologa – wskazać raczej te różnorakie problemy i zjawiska, w odniesieniu do których koncepcja społeczeństwa ryzyka może powiedzieć coś ciekawego o prawie. Co przy tym oczywiste, konsekwencje, jakie teoria ta może mieć dla porządku prawnego, są zbyt rozległe, aby je całościowo przedstawić w ramach jednego opracowania, nie mówiąc już o pojedynczym podrozdziale. Skoro społeczeństwo ryzyka i modernizacja refleksywna dotyczą, jak twierdzi Beck, całościowej konstytucji społeczeństwa, nie dziwi, że ich wpływ odnotować można w każdej gałęzi prawa: prawie konstytucyjnym, administracyjnym, cywilnym (szczególnie w zakresie odpowiedzialności deliktowej), rodzinnym, prawie pracy, ubezpieczeń społecznych, prawie karnym, prawie finansowym itd., nie wspominając o tak oczywistych obszarach jak regulacje dotyczące ochrony środowiska czy przeciwdziałania terroryzmowi. Próba prześledzenia wszystkich rysujących się tu wątków byłaby więc z góry skazana na porażkę. Zamiast tego można uporządkować większość tych różnorodnych kwestii poprzez wyróżnienie trzech podstawowych wymiarów modernizacji refleksywnej. Są to, przypomnę: centralna rola ryzyka, wymuszona indywidualizacja oraz wielowymiarowa globalizacja (Beck 2012, 29). Warto więc prześledzić, na jakie sposoby wyzwania charakterystyczne dla tych obszarów znajdują swój wyraz we współczesnych porządkach prawnych. Ponadto wszystkie te – dość odległe od siebie – kwestie łączy fakt, że stanowią one w oczach Becka różne wymiary tego samego zjawiska metamorfozy. Na koniec przyjdzie zatem poświęcić nieco uwagi bezpośrednio temu ostatniemu zagadnieniu.

4.1. Prawo wobec ryzyka

W obszarze prawa obserwować możemy wzmiankowany już przy okazji rozważań nad pojęciem ryzyka paradoks: rosnącej niepewności i malejącej zdolności kontroli towarzyszy intensyfikacja działań nakierowanych na zarządzanie ryzykiem. Można więc powiedzieć, że dwa odrębne paradygmaty postrzegania ryzyka – jako prawdopodobieństwa oraz jako niepewności – konkurują ze sobą w tym obszarze.

Mechanizmy zarządzania ryzykiem wykorzystywane są szeroko zarówno w sferze tworzenia, jak i stosowania prawa. W tym ostatnim naturalnym beneficjentem strategii opartej na zarządzaniu ryzykiem jest niewątpliwie administracja publiczna. Do metod zarządzania ryzykiem sięga się zatem w obszarach opieki społecznej, zapobiegania przestępczości czy zdrowia publicznego; podejście to jednak zdobywa dla siebie miejsce także na sali sądowej.

Jeszcze wyraźniej podejście takie dochodzi do głosu w obszarze tworzenia prawa, gdzie zyskało wręcz status pełnoprawnego programu politycznego, określonego mianem regulacji opartej na ryzyku, o którym mowa będzie w rozdziale V. Wydaje się, że jest to dominująca optyka najważniejszych aktorów w tej dziedzinie zarówno w wymiarze międzynarodowym, jak i wielu państw narodowych. Dwa najbardziej wpływowe programy polityki regulacyjnej o zasięgu ponadnarodowym, jakimi są program Komisji Europejskiej „Lepsze regulacje” (*Better Regulation* lub *Smart Regulation* (zob. Komisja Europejska, *Better regulation* 2017; Komisja Europejska 2017a)) oraz afiliowany przy Organizacji Współpracy i Rozwoju Gospodarczego (OECD, *Organisation for Economic Cooperation and Development*) program „Polityka regulacyjna” (OECD, *Regulatory policy* 2018)³¹, jednoznacznie promują myślenie o legislacji w kategoriach ryzyka i zalecają włączenie technik zarządzania ryzykiem jako elementu właściwej metodologii tworzenia prawa. W ślad za nimi idzie wiele agend państw członkowskich, przyjmujących i realizujących odpowiednie programy na poziomie krajowym. Dotyczy to również Polski, gdzie flagowym programem regulacyjnym sięgającym po techniki zarządzania ryzykiem był do niedawna program „Lepsze regulacje 2015” (Rada Ministrów 2013).

Wspomniane programy zakładają również opisywaną przez Becka subpolityczność procesu kształtowania regulacji. Tu przede wszystkim w rozumieniu negatywnym: to, co dotąd uznawane było za działalność *stricte* polityczną (tworzenie prawa), traci swój jednoznacznie polityczny charakter. Nadrzędny cel regulacji zdefiniowany zostaje nie w kategoriach politycznych, ale ekonomicznych, jako poprawa konkurencyjności i wzrost gospodarczy³². Sam proces podporządkowany zostaje racjonalności technicznej i wiedzy eksperckiej, udział w nim czynnika politycznego (rola parlamentu) postrzegany jest zaś jako „problem” do przezwyciężenia (Rada Ministrów 2013, 13).

Z drugiej strony jako inny przejaw subpolityzacji postrzegać można nacisk, jaki programy te kładą na udział w procesie legislacyjnym podmiotów niebędących typowymi aktorami politycznymi, czyli tzw. interesariuszy: grup obywateli,

³¹ Unia Europejska oraz OECD prowadzą również od 2008 roku wspólny projekt zatytułowany *Better Regulation in Europe*.

³² Tak został on zdefiniowany np. w opracowaniu uznawanym za historycznie pierwszy międzynarodowy dokument dotyczący problematyki regulacji (OECD 1995), gdzie mowa o „wzroście gospodarczym i efektywnym wykorzystaniu zasobów ekonomicznych”. Zob. także Komisja Europejska 2017a, 3.

organizacji społecznych, przedsiębiorców i ich zrzeszeń itp. (Ministerstwo Gospodarki 2006, 19–22; Rada Ministrów 2013, 34–40). Poszukuje się tu zbliżenia pomiędzy podmiotem regulującym a adresatami regulacji, często z pominięciem tradycyjnych politycznych forów. Przy czym te dwie tendencje – nazwijmy je ekspercką oraz partycypacyjną – pozostają co do zasady wzajemnie przeciwstawne. Ich mieszanica, z jaką mamy do czynienia w obecnych programach polityki regulacyjnej, może być więc odczytywana jako kolejne świadectwo ambiwalencji społeczeństwa ryzyka.

Wskazane powyżej programy i strategie tworzenia czy stosowania prawa formułowane są w zasadzie w ramach paradygmatu *ryzyka-jako-prawdopodobieństwa*. Przyjmując obiektywizujące i techniczne podejście do ryzyka, zakładają możliwość jego regulacji i kontroli. Warto jednak odnotować, że w oficjalnych politykach tworzenia i stosowania prawa pojawia się również myślenie o ryzyku w kategoriach niepewności. Najbardziej chyba czytelnym tego przejawem jest tzw. zasada przezorności (niem. *Vorsorgeprinzip*, ang. *precautionary principle*)³³. Wzorcowym dokumentem dla sformułowania zasady przezorności w prawie międzynarodowym pozostaje niewątpliwie *Deklaracja z Rio w sprawie środowiska i rozwoju* z 1992 roku – jakkolwiek znane są przypadki jej przywołania we wcześniejszych aktach (Harremoës 2002, 13–14). Wspomniana deklaracja stanowi dokument końcowy konferencji Narodów Zjednoczonych „Środowisko i Rozwój”; zgodnie z Zasadą 15 tego dokumentu: „Wszystkie państwa powinny szeroko stosować działania zapobiegawcze [ang. *precautionary approach* – M.P.] dotyczące ochrony środowiska, mając na uwadze ich własne możliwości w tym zakresie. Tam, gdzie występuje zagrożenie poważnymi lub nieodwracalnymi zmianami w środowisku, brak co do tego całkowitej, naukowej pewności nie może być powodem opóźnienia efektywnych działań, których realizacja zapobiegłaby degradacji środowiska” (ONZ 1992). Do dziś obszar ochrony środowiska i klimatu jest jednym z głównych miejsc zastosowania tej zasady.

Zauważmy, że sposób sformułowania omawianej zasady, z jakim mamy do czynienia w przypadku *Deklaracji z Rio*, nie zakłada, że obecna niepewność musi w przyszłości ustąpić pod wpływem zdobytych dowodów naukowych. Tak rozumiana, zasada przezorności może być uznana za normatywny wyraz spojrzenia charakterystycznego dla koncepcji społeczeństwa ryzyka, a także bezpośrednich postulatów formułowanych przez jej autora jeszcze w latach osiemdziesiątych ubiegłego wieku. Pisał on wtedy:

Warianty rozwoju mogą [...] przyszłość zamurować albo pozostawić otwartą. [...] Musimy więc wybierać takie warianty rozwoju, które nie zamykają nam przyszłości i które proces modernizacji przemieniają w proces uczenia się, gdzie rysująca się perspektywa rewizji podjętych postanowień zawsze pozwala na cofnięcie później rozpoznanych skutków ubocznych (Beck 2004, 273).

³³ Zasada przezorności jest najbardziej znana pod jej angielską nazwą, jednak, jak wskazuje np. Jenny Steele, wywodzi się ona pierwotnie z doktryny niemieckiej (Steele 2004, 196–197).

Zasada przezorności została także uznana oficjalnie za składową polityki Unii Europejskiej (por. np. Komisja Europejska 2000). Zauważamy tu jednak istotną zmianę w jej rozumieniu. Dobrej ilustracji tego odmiennego podejścia dostarcza przyjęty przez Komisję Europejską dokument pt. *Wytyczne dla Oceny Regulacji*, w którym to możemy przeczytać, że zgodnie z zasadą przezorności „możliwe jest podjęcie tymczasowej decyzji w oparciu o ograniczone lub niekonkluzywne dowody, przy odroczeniu trwalszych rozstrzygnięć do momentu uzyskania niezbędnej naukowej oceny problemu” (Komisja Europejska 2009). Tak wyrażona, zasada ta nadal stanowi formę przyznania się i praktycznej reakcji na ograniczoność ludzkiej wiedzy o ryzyku; nie można jednak pominąć faktu, że w powyższym sformułowaniu widoczne jest równocześnie przeświadczenie o możliwości ostatecznego naukowego rozstrzygnięcia problemu – a zatem przemiany niewiedzy w prawdopodobieństwo. Te dwie alternatywne interpretacje zasady przezorności wydają się zatem odzwierciedlać odmienne sposoby pojmowania ryzyka, do których w swoich pracach nawiązuje Beck³⁴.

4.2. Prawo wobec indywidualizacji

Przypomnijmy, że tym, co oryginalne w sposobie rozumienia problemu indywidualizacji przez Becka, jest przede wszystkim dostrzeżenie jej wymuszonego charakteru. Indywidualizacja w tym ujęciu nie polega na przyznaniu jednostce szerszego pola wolności, ale na nowym schemacie jej uspołecznienia, w której nakłada się na nią obowiązek odgrywania roli „przedsiębiorcy moralnego”, czyli, jak pisze Beck, „biograficznego rozwiązywania sprzeczności systemu” (Beck 2004, 204).

Jeśli przyjąć taką wizję indywidualizacji, zauważyć należy, że prawo stanowi – obok kultury masowej – jedno z głównych narzędzi w tym procesie. W wielu gałęziach prawa i obszarach regulacji możemy dziś obserwować, jak prawo wspiera, a nieraz wprost wymusza indywidualizację. Dotyczy to przede wszystkim – ale nie wyłącznie – prawa pracy, prawa rodzinnego czy prawa zabezpieczeń społecznych (Hughes i Fergusson 2000). Zjawiska indywidualizacji (i prywatyzacji) obejmują także obszar bezpieczeństwa i prawa karnego (nurt *‘responsibilization’*)³⁵. Również nowe instytucje procesowe, których celem jest

³⁴ Nie są to, oczywiście, wszystkie kontrowersje związane z praktyczną interpretacją zasady przezorności ani też jedyne, w których rozumienie może wnieść wkład teoria społeczeństwa ryzyka. Nierozstrzygnięte pozostaje np. pytanie, czy zasada ta oznacza przede wszystkim preferencję dla niedziałania, czy też może ona wskazywać na konieczność pozytywnych działań (Steele 2004, 194–196).

³⁵ Barbara Hudson odnotowuje np.: „Zajęcie się kwestią bezpieczeństwa kobiet dokonuje się niemal wyłącznie za pomocą strategii indywidualnej odpowiedzialności. Kobiety są bombardowane poradami na temat unikania ciemnych miejsc, samotnego przebywania na zewnątrz w porze nocnej czy noszenia prowokacyjnych strojów; są one również najważniejszą grupą docelową,

zwiększanie wpływu stron na przebieg postępowania, a także rozwój alternatywnych metod rozwiązywania sporów (ADR) mogą być uznane za przejawy i katalizatory indywidualizacji.

Teoria społeczeństwa ryzyka i wymuszonej indywidualizacji była zresztą dość wcześnie odnoszona do co najmniej jednej z wyróżnionych wyżej gałęzi prawa, jakim jest prawo pracy, przez Johna Allena oraz Nicka Henry'ego (Allen i Henry 1997). Odwołanie do koncepcji Becka pozwoliło autorom zauważyć, że zmiany zachodzące na rynku zatrudnienia oraz w prawie pracy, dokonywane pod szyldem „uelastycznienia” – zatem procentowy wzrost zatrudnienia częściowego, czasowego lub na podstawie umów cywilnoprawnych – prowadzą *de facto* do systemowo wymuszanej indywidualizacji oraz wzrostu ryzyka i niepewności pracy. W badanych przez autorów grupach pracowników firm świadczących usługi sprząające, ochroniarskie oraz gastronomiczne – tj. słabo opłacanych prac wymagających niskich kwalifikacji – przekłada się to często nie tylko na słabszy poziom ochrony i pewności zatrudnienia, ale również na niższe zarobki. Nakłada się na to postępujące zróżnicowanie: ta sama praca – nawet w ramach jednego przedsiębiorstwa – może być wykonywana na podstawie odmiennych form zatrudnienia i inaczej wynagradzana.

Indywidualizacja pracy nie ogranicza się jednak do wymiaru prawnego czy ekonomicznego. Obejmuje także wymiar społeczny, czyli słabnące więzi solidarności pomiędzy osobami zatrudnionymi w jednym miejscu lub u jednego pracodawcy. Tendencja ta stanowi m.in. rezultat – powszechnego w badanych przez Allena i Henry'ego segmentach rynku pracy – systemu *outsourcingu* usług, świadczonych przez duże, obsługujące wiele podmiotów i placówek korporacje. Skutkuje to tym, że z jednej strony osoby zatrudnione w tym samym przedsiębiorstwie praktycznie nie mają kontaktu ze sobą (każda z nich wykonuje swoją pracę na rzecz innego usługobiorcy i w jego lokalu), z drugiej zaś – w tym samym lokalu pracują osoby zatrudnione w różnych firmach. Tak np. pracownik ochrony, zatrudniony przez firmę X i wykonujący pracę w lokalu firmy Y, ma silnie ograniczone możliwości zbudowania więzi społecznych z innymi pracownikami – zarówno własnego pracodawcy (tych wszak nie spotyka, skoro każdy pracuje w innym miejscu), jak i przedsiębiorstwa, na terenie którego faktycznie wykonuje swoją pracę (jako pracownik „zewnątrzny” spotyka się z realną barierą) (Allen i Henry 1997, 191).

Allen i Henry dokumentują przy okazji klasowy charakter ryzyka: indywidualizacja i „uelastycznienie” na rynku pracy mogą być atrakcyjne dla wysoko

do której kieruje się kampanie reklamowe sprzętu ochrony osobistej”. Na tym przykładzie widać też, że taka „odgórna” indywidualizacja nie przekłada się na trend odwrotny, czyli większą słyszalność jednostek na forum instytucjonalnym: „Znacznie rzadsze są konsultacje obejmujące kobiety na temat ich potrzeb, czy też rozwiązania publiczne uwzględniające to, jak same kobiety opisują swoje obawy bądź doświadczenia zagrożenia” (Hudson 2003, 71).

wykwalifikowanych specjalistów, jednak w przypadku pracowników o niskich kwalifikacjach, jak ci należący do badanych przez autorów grup, oznaczają one dość oczywiste pogorszenie ich sytuacji (Allen i Henry 1997, 194). To zróżnicowanie pokazuje po raz kolejny, że w społeczeństwie ryzyka zacieranie się różnic klasowych jest raczej wyjątkiem niż regułą.

Przywoływana praca rozwija argumentację Becka w jeszcze jednym zakresie. Jak bowiem wynika z jej lektury, indywidualizacja „odgórna” nie przekłada się na „oddolną”, która polegałaby na większej słyszalności jednostek na forum instytucjonalnym. W rzeczywistości głos jednostki, wyalienowanej od więzi z innymi wskutek procesów wymuszonej indywidualizacji, staje się słabszy, a nie silniejszy.

Innym, niezwiązanym już z prawem pracy, lecz niezwykle obrazowym przykładem systemowo wdrażanej indywidualizacji w obszarze prawa są... poradniki prawne pisane dla laików. Ujmując kwestię szerzej, tak popularne obecnie poradniki książkowe – od biznesowych, przez dietetyczne, po psychologiczne czy duchowe – stanowią wehikuł refleksyjnej indywidualizacji (Giddens 2006, 98 i n.). Nie inaczej rzecz się ma w obszarze prawa, gdzie publikacje tego typu mają ułatwiać, a jednocześnie zachęcać jednostkę do „brania spraw w swoje ręce” (raz jeszcze, *responsibilization*). Przykładowo, wydane w naszym kraju poradniki dotyczące postępowań prawnych (zarówno procesowych, jak i przedprocesowych, a także procedur ADR) pełne są apeli w rodzaju: „nie bądź bierny!”, „nie bądź bezczynny!”, „masz prawo wiedzieć, co się dzieje”, „od podjętych przez Ciebie działań zależy więcej, niż myślisz”, a o tej czy innej instytucji prawnej możemy dowiedzieć się, że „daje [ona] możliwość wyjścia poza stanowisko o charakterze czysto prawnym i uzyskania zindywidualizowanego rozwiązania”, że „zapewnia stronom możliwość decydowania o jej ostatecznym wyniku”, że pozwala „przejść od rozpamiętywania przeszłości do planowania przyszłości” lub że dzięki niej sprawca „przejmuje odpowiedzialność za własne czyny i decyzje” (Rękas 2010, *passim*; Sroka 2010, *passim*)³⁶.

Użyty w cytowanych publikacjach język nie pozostawia wątpliwości, że indywidualizacja jest nie tylko największym przywilejem, ale i zobowiązaniem obywatela, przedstawianego jako „przedsiębiorca moralny”. Utrata kontroli i poddanie się pod instytucjonalne rozstrzygnięcia – choćby firmowane były one autorytetem sądu – są odrzucane jako źródło napięcia. Tym, o czym się nie mówi, jest fakt, że to przerzucenie części odpowiedzialności za wynik postępowania z instytucji prawnych na jednostkę samo w sobie jest rozstrzygnięciem instytucjonalnym. Jednostka może się do tego modelu dostosować, wchodząc w wyznaczoną jej rolę „przedsiębiorcy moralnego”, sam jednak model ukształtowany jest systemowo. Potwierdza to diagnozę Becka o wymuszonej indywidualizacji, która – jak widzimy – dokonuje się również w prawie i poprzez prawo.

³⁶ Zob. na ten temat także Jabłoński i Pichlak 2013, 270–271.

Na tle tych dwóch, dość wyrywkowo dobranych przykładów dziwi, jak mało wzajemnej uwagi poświęcają sobie w kwestii indywidualizacji nauki prawne oraz teoria społeczeństwa ryzyka. Z jednej strony analizy instytucji prawnych, które pojawiają się u Becka przy okazji rozważań nad indywidualizacją, są skrótowe i powierzchowne. Z drugiej strony w literaturze prawniczej nawiązującej do tego problemu rzadko można spotkać odesłania do prac niemieckiego socjologa. Obustronna ignorancja jest doprawdy zaskakująca, wydaje się bowiem, że istnieje tu spory potencjał wzajemnego inspirowania się. W szczególności teoria Becka może dostarczać alternatywnego i krytycznego spojrzenia w stosunku do dominujących, dość jednostronnych ujęć zjawiska indywidualizacji w literaturze prawniczej.

4.3. Prawo wobec globalizacji

Problem wpływu globalizacji na prawo jest tak obszerny i szeroko dyskutowany, że nie sposób odnieść się do niego w tym miejscu choćby ogólnikowo³⁷. Wydaje się, że jest to jeden z absolutnie podstawowych problemów socjologii prawa na początku XXI wieku (Savelsberg 2013). Zarazem proste stwierdzenie, że globalizacja zachodzi i że oddziałuje także na istniejące porządki prawne, trąci banałem. William Twining – jeden z klasyków badań nad prawną globalizacją – wyróżnia w tym kontekście pięć rozległych obszarów badawczych dla nauk prawnych. Po pierwsze, będzie to wzrost znaczenia tradycyjnych „globalnych” obszarów prawa, jak publiczne prawo międzynarodowe czy międzynarodowe prawo handlowe, a także wykształcanie się nowych, *ab initio* ponadnarodowych gałęzi prawa: prawa Internetu, międzynarodowego prawa podatkowego czy międzynarodowego prawa karnego (materialnego i procesowego). Po drugie, rosnącym zainteresowaniem cieszą się prawne aspekty tych różnorodnych zjawisk, które „z natury” mają wymiar ponadnarodowy: zmiany klimatycznej, migracji, wojen, międzynarodowego terroryzmu, mass mediów czy wspólnego dziedzictwa ludzkości. Po trzecie, zwiększa się nacisk na ponadnarodowe aspekty tych gałęzi prawa (i odpowiadających im dyscyplin prawoznawstwa), które tradycyjnie postrzegane były jako „typowo” krajowe. Będą to: prawo rodzinne, prawo karne, prawo pracy czy prawo własności intelektualnej. Po czwarte, pojawiają się badania nad transgraniczną „dyfuzją” prawa, do jakiej dochodzi zwłaszcza wskutek migracji i wykształcania się w poszczególnych państwach licznych, spójnych grup mniejszościowych. Mniejszości takie dokonują bowiem nieformalnej instytucjonalizacji praktyk i norm z krajów pochodzenia – często o zwyczajowym czy religijnym rodowodzie. Po piąte wreszcie, nowego (centralnego) znaczenia dla

³⁷ Przeglądowe omówienie badań w tym zakresie zob. np. Halliday i Osinsky 2006; Deflem 2008, 250–270; Michaels 2013.

nauk prawnych nabiera komparatystyka prawnicza, wraz z przynależnymi jej problemami i metodami badawczymi (Twining 2009, 446–447)³⁸.

Wobec tej mnogości problemów należy zapytać, czy jest coś szczególnego w koncepcji globalizacji, jaką proponuje autor *Społeczeństwa ryzyka*, a co stanowiłoby użyteczne narzędzie opisu zmian w świecie prawa. Wydaje się, że istota poglądów Becka w tym zakresie daje się sprowadzić do trzech haseł. Są to: *kosmopolityzm* (odejście od punktu widzenia państw narodowych), *światowe ryzyko* oraz *emancypacyjny potencjał światowych katastrof*. Pierwsze z pojęć oznacza, przypomnijmy, że w nowym światowym porządku coraz mniejszą rolę odgrywają państwa narodowe, które z natury przyjmują zbyt wąski horyzont myślowy i zbyt ograniczony zakres działań. Na źródła tej słabości wskazuje drugie z pojęć, jakim jest światowe ryzyko. Zdaniem autora to właśnie formy ryzyka o globalnym zasięgu stanowią najbardziej palący problem i wyznaczają logikę rozwoju współczesnych społeczeństw. Istnienie tych postaci ryzyka sprawia, że kosmopolityzm nie jest – jak pisałem wyżej – czysto normatywnym programem, ale faktem. Jednocześnie ryzyko jest, oczywiście, czymś zasadniczo negatywnym, ale nawet w jego najgorszych postaciach kryje się pewien pozytywny potencjał. Urzeczywistnione (a czasem nawet tylko antycypowane) ryzyko budzi bowiem świadomość i wyzwala energię, które są niezbędne do politycznej zmiany. I tu dochodzimy do trzeciego ze wskazanych pojęć: najgorsze katastrofy, relacjonowane natychmiast na cały świat, mają w sobie potencjał emancypacyjny. Budzą świadomość, wzywają do solidarności i wyzwalają emocje, które mogą stać się podglebieniem dla społecznej metamorfozy, ukierunkowanej na urzeczywistnienie utopijnej wizji światowego społeczeństwa.

Wydaje się zatem, że teoria Becka będzie dostarczać wsparcia dla tych teorii prawnej globalizacji, które podkreślają niewystarczalność państw narodowych i stanowionego przez nie prawa jako skutecznego narzędzia rozwiązywania współczesnych problemów, a nawet więcej – które postulują dążenie do budowy światowego porządku prawnego o powszechnym zasięgu oddziaływania. Jednego z najlepiej obecnie rozpoznawalnych przykładów takiego podejścia dostarcza Rafael Domingo w swojej „antroparchicznej” koncepcji prawa globalnego (Domingo 2010). Ta propozycja teoretyczna jest już stosunkowo dobrze znana także w polskiej literaturze (zob. Wiślak 2012; Dybowski i Romanowski 2014; Dobrzeńcki 2018). Warto zwrócić uwagę na zbieżność, jaką w wielu punktach – mimo ugruntowania na odmiennych założeniach filozoficznych – ujawnia z teorią społeczeństwa światowego ryzyka. Podobna jest już struktura argumentacyjna obu

³⁸ Autor wskazuje jeszcze szóstą grupę problemów, które jednak nie wydają się związane bezpośrednio z globalizacją: w jaki sposób nowe podejścia badawcze w naukach prawnych (feministyczne prawoznawstwo, prawa człowieka, teorie krytyczne i postmodernistyczne) podważają zastane klasyfikacje dyscyplinowe oraz siatkę pojęciową. Inne uporządkowanie pola badawczego prawa i globalizacji proponują Halliday i Osinsky (2006, 449–452).

projektów: w obydwu przypadkach wychodzi się od rozpoznania nowych form zagrożeń, które przekraczają tradycyjnie wytyczone granice państw narodowych, aby w konsekwencji postulować polityczną i prawną instytucjonalizację o zasięgu światowym. Instytucjonalizacja ta musi oznaczać zarazem demokratyzację, poprzez wydobywanie (sub)politycznych treści ukrytych dotąd w pozornie technokratycznych decyzjach (Domingo 2010, xviii). Uznaje się przy tym, że taka kosmopolityzacja – choć otwarcie utopijna (Domingo 2010, 120) – jest zarówno programem normatywnym, jak i faktem, wynika bowiem z obiektywnie istniejących uwarunkowań (Domingo 2010, 105).

Oprócz ewentualnych inspiracji merytorycznych znaczące dla nauk prawnych mogą być także metodologiczne propozycje autora *Spółczesności ryzyka*. W sposób szczególny dotyczy to formułowanego przezeń postulatu wyjścia poza „metodologiczny nacjonalizm” (np. Beck 2006, 145–149; zob. też Wimmer i Glick Schiller 2002; de Vries 2017, 31–35). Podejście „nacjonalistyczne” jest wszak typowe dla metodologii szczegółowych nauk prawnych, siłą rzeczy skoncentrowanych na danym porządku krajowym³⁹. Dotyczy to zarówno dogmatyk prawa krajowego, jak i klasycznego publicznego prawa międzynarodowego, ufundowanego na paradygmacie „westfalskim”⁴⁰.

Jak ujął to jeden z komentatorów: „Państwo [narodowe – M.P.] długo określało milczące ramy dla naszego myślenia zarówno w teorii prawa, jak i społeczeństwa” (Michaels 2013, 288). Skoro nauki społeczne próbują poza te ramy wykroczyć – a zasługi Becka zajmują w tym zakresie poczesne miejsce – nie dziwi, że podobne dążenia ujawniają się także w prawoznawstwie. Metodologiczne apele niemieckiego socjologa są więc bliskie zapatrywaniom czołowych teoretyków prawnej globalizacji.

Można jednak zauważyć, że badacze ci odnotowują złożoność globalizacji, która wydaje się umykać – chyba jednak zbyt upraszczającemu – spojrzeniu Becka. Wiele bowiem z tego, co zwykło się określać za pomocą „wyrazów na literę g” (określenie Twininga) – takich jak globalny, globalizujący się, globalizacja itp. – ma w rzeczywistości bardziej ograniczony, „subglobalny” (np. regionalny) zasięg (Twining 2009, 14). Przeciwwstawienie „lokalny–globalny” może być przy tym uznane w ogóle za fałszywe, globalizacja polega bowiem raczej na wzajemnym przenikaniu się i oddziaływaniu tych dwóch poziomów (Michaels 2013). Podobnie rzecz się ma z, widoczną także u Becka, opozycją pomiędzy perspektywą globalną (kosmopolityczną) a perspektywą państw narodowych – te ostatnie bowiem pozostają wciąż jednymi z głównych aktorów globalizacji (Michaels 2013).

³⁹ Taka optyka dominowała zresztą również w teorii i filozofii prawa, w które prawo międzynarodowe traktowane było zazwyczaj jako marginalny i w jakimś sensie ułomny typ prawa („pozytywna moralność”).

⁴⁰ W Polsce pisał na ten temat m.in. Raburski 2012, 21–23.

Globalizacja nie jest ani jednorodnym procesem, który w taki sam powszechny sposób obejmowałby cały świat, ani nie jest uporządkowana w jakikolwiek wyraźny, jednolity system. (Choć często, w uproszczeniu, skłonni jesteśmy tak o niej myśleć, wyobrażając sobie czy to przylegające ciasno do siebie regiony, oznaczane na mapie odmiennymi kolorami, czy to koncentryczne kręgi o coraz szerszym zasięgu, niczym obejmująca całą planetę tarcza strzelnicza). W rzeczywistości „globalizacja” to wiązka różnorodnych, dotyczących odmiennych kwestii i chaotycznie powiązanych ze sobą procesów, aktorów i struktur o bardzo zróżnicowanym zasięgu i stopniu rozproszenia. Podawana przez Twininga jako przykład lista to mieszanka zapierająca dech w piersiach: „subświaty”, takie jak krąg *common law*, świat arabski, świat islamu czy chrześcijaństwo; grupy władzy i interesu, jak G-7, G-8, NATO, Unia Europejska lub wspólnota *Commonwealth*; korporacje międzynarodowe, ponadnarodowe syndykaty zbrodni, organizacje oraz sieci pozarządowe; do tego jeszcze imperia, sojusze, koalicje, diaspory, „sieci”, szlaki handlowe i [społeczne?] ruchy (Twining 2009, 14–15). Lista ta nadal zresztą wydaje się niepełna, skoro zabrakło na niej m.in. tradycyjnych organizacji międzynarodowych czy federacji sportowych.

Twining przestrzega w związku z tym przed takim podejściem teoretycznym do zjawisk związanych z globalizacją, które polega na uniwersalizowaniu, przemilczaniu (lokalnych, kulturowych etc.) różnic i upraszczającym sprowadzaniu wszystkiego do wspólnego mianownika (Twining 2009, 17–18). Autor odnotowuje takie błędne nastawienie w niektórych inicjatywach na rzecz ujednolicania lub harmonizowania prawa; wydaje się, że podobny problem dotyka w jakimś stopniu teorię społeczeństwa światowego ryzyka.

4.4. Prawo wobec metamorfozy

Różnorodność problemów, jakie mieści w sobie teoria społeczeństwa ryzyka – i jakie zostały tu wskazane w odniesieniu do prawa – nakazuje powrócić do pytania, czy cokolwiek łączy je ze sobą. Niepozbawiony podstaw wydaje się zarzut, jakobyśmy mieli tu do czynienia z „teorią wszystkiego”, przeskakującą z tematu na temat bez wyraźnego związku między nimi. Ten sposób uprawiania socjologii przez Becka określiłem wyżej jako „migotliwy”. Zarazem jednak te odległe od siebie wątki, które pojawiają się w jego rozważaniach, spaja co najmniej jedno: wszystkie one stanowią jakiś przejaw zjawiska modernizacji refleksywnej, czy też (zasadniczo z nią tożsamej) metamorfozy.

Pojęcie metamorfozy oznacza radykalną zmianę warunków społecznych; zdaniem autora polega ona na „epokowej zmianie obrazów świata, refiguracji narodowego obrazu świata. Nie jest ona jednak zmianą obrazów świata wywołaną przez wojnę, przemoc czy imperialną agresję, lecz taką, która jest spowodowana przez skutki uboczne udanej modernizacji” (Beck 2016, 5). Beck uszczegóławia

dalej, że tak rozumiana metamorfoza świata społecznego dokonuje się w trzech wymiarach: kategorialnym (zmiana w potocznych sposobach postrzegania świata i znaczeniu podstawowych pojęć socjologicznych), instytucjonalnym (zmiany istniejących instytucji społecznych) oraz normatywno-politycznym (przyjmowanych agend i programów politycznych, będących wynikiem „ukrytych emancypacyjnych skutków ubocznych światowego ryzyka”) (Beck 2016, 75–76).

Z pojęciem metamorfozy ściśle wiąże się – istotne dla prawa – odróżnienie dwóch sposobów uprawiania polityki: kierowanej przez reguły oraz zmieniającej reguły (metapolityki, polityki polityki (Beck 2005, 20–25; 2009b, 56–59; 2016, 150 i n.)). Co istotne, drugi z wyróżnionych typów ma dwie cechy, które czynią współczesną grę polityczną niezwykle problematyczną dla jej uczestników, potęgując w nich uczucie zagubienia. Po pierwsze, zmiana zasad gry dokonuje się w ramach samej tej gry i za pomocą innych funkcjonujących w niej reguł. Po drugie, oba rodzaje gry politycznej współwystępują obok siebie i mieszają się ze sobą: jedni próbują grać według starych, znanych im reguł i ich oburzenie wywołuje fakt, że inni gracze reguły te kwestionują i zmieniają na bieżąco. Nie może być zatem mowy o jakimś świadomym, zero-jedynkowym przejściu od systemu starego do nowego, które to oddzielone byłyby od siebie wyraźnie umiejscowionym w czasie „momentem konstytucyjnym”. Stary i nowy system polityczny mieszają się wzajemnie, a przejście pomiędzy nimi dokonuje się w sposób nieciągły, rwany i konfliktowy.

Powyższe rozróżnienie jest o tyle ważne, że z podobnymi procesami mamy do czynienia w świecie prawa. Także tu można wyróżnić „grę w prawo” polegającą na przestrzeganiu reguł oraz taką, która polega na ich zmienianiu. Podstawowe kategorie prawne poddawane są kwestionowaniu lub reinterpretacji. Kryzys liberalnego porządku polityczno-prawnego, jaki ujawnia się obecnie zarówno w wielu „starych demokracjach” Zachodu, jak i „młodych” porządkach demokratycznych (Blokker 2015; Skąpska 2017), stanowi dość spektakularny, ale niejedyny przejaw takiej metamorfozy. Wiele wskazuje na to, że zachodzi ona również w mniej widowiskowych obszarach prawa, związanych z codzienną praktyką jego stosowania⁴¹.

Znamienne, że poszczególne składowe porządku prawnego – takie jak instytucje prawne, normy i zasady, reguły argumentacji prawniczej czy pojęcia języka prawnego i prawniczego – mogą występować w tych procesach w dwojakiej roli: mogą stanowić zarówno *przedmiot*, jak i *narzędzie* metamorfozy. Innymi słowy, pewne elementy prawniczego instrumentarium są tu rozgrywane „przeciwko” innym, służąc do podważania tych ostatnich. Scott Veitch rozróżnia w tym kontekście dwa warianty „kwestionowania”, z jakimi możemy mieć do czynienia

⁴¹ Ten ścisły związek procesów makrosocjologicznych oraz zmian w codziennym życiu jednostek jest jednym ze znaków szczególnych teoretyzowania Becka (por. np. Beck i Beck-Gernsheim 2013, *passim*).

w praktyce prawniczej oraz nauce prawa: kwestionowanie istniejących praktyk za pomocą zastanych kategorii języka prawnego i prawniczego, albo też kwestionowanie samych tych kategorii jako nieadekwatnych dla obecnych realiów (Veitch 2017, 57–59). Jednocześnie, zdaniem tego autora – zgodnie z „mieszaną” naturą metamorfozy – „potrzebna jest jakaś kombinacja obu tych podejść. Jeśli chce się czerpać inspirację z «metamorfozy świata prawa» oraz z emancypacyjnego potencjału społeczeństwa światowego ryzyka, konieczne jest takie kreatywne korzystanie z prawa [*lawyering*]” (Veitch 2017, 59).

Prawo, oczywiście, zmienia się nieustannie; aby jakaś zmiana mogła zostać uznana za przejaw metamorfozy w rozumieniu teorii społeczeństwa ryzyka, musi spełniać co najmniej dwa warunki: powinna powstawać wskutek wykształcania się nowych, opisywanych przez tę teorię form ryzyka, a także winna dotyczyć fundamentalnych dla prawa pojęć lub zasad. Pewne przykłady takiej metamorfozy – np. w odniesieniu do pojęcia państwa narodowego i zasady suwerenności – zostały już przywołane w poprzednich punktach. W tym miejscu wskażmy kolejny przypadek, dotyczący reinterpretacji – kluczowej dla prawa – kategorii odpowiedzialności.

Problemem odpowiedzialności, szczególnie w rozumieniu deliktowym, zajmował się Beck bezpośrednio. W rzeczy samej, kwestia ta stanowi jeden z głównych wątków *Spółczeństwa ryzyka*, a także wielu późniejszych prac tego autora. I to właśnie jego dorobek pomógł prawnikom zrozumieć ukryte przesłanki prawa deliktowego, którego zasady oparte są na określonej wizji relacji społecznych i działania (sprawczości). Zarówno technologiczne, jak i społeczne zmiany sprawiają, że prawnicze ramy pojmowania odpowiedzialności okazują się przestarzałe, przyczyniając się niejednokrotnie do wytwarzania i uprawomocniania sfer nieodpowiedzialności. Beck analizował ten problem na przykładzie zanieczyszczania powietrza przez nowoczesny przemysł, gdzie niemożność udowodnienia – w prawnie satysfakcjonujący sposób – związku przyczynowego (np. pomiędzy działalnością fabryki a pojawiającymi się u okolicznych mieszkańców problemami zdrowotnymi) sprawia, że „truciciel” umyka odpowiedzialności (Beck 2004, 79–90).

Uogólniając, teoria Becka wskazuje na specyficzne właściwości nowych postaci ryzyka, które podmywają adekwatność dotychczasowej prawniczej aparatury pojęciowej (Fanning 2017, 122–124)⁴². Najpełniej ujawnia się to w przypadku postaci ryzyka „wielkiej skali” (zmiana klimatyczna, zanieczyszczenie oceanów,

⁴² Autor na podstawie analizy kanonicznej dla angielskiego *tort law* sprawy *Donoghue v. Stevenson* wykazuje zbieżność podstawowych zasad prawa deliktów z realiami społeczeństwa przemysłowego. Jakkolwiek szczegóły argumentacji autora związane są ze specyficznymi, wypracowanymi w licznych precedensowych rozstrzygnięciach, zasadami odpowiedzialności deliktowej w angielskim porządku *common law*, generalna konkluzja wydaje się mieć szersze zastosowanie: nowe postaci ryzyka, o których pisze Beck, wymagają zmiany zasad przypisywania odpowiedzialności.

katastrofa nuklearna itp.), które mają trzy cechy: po pierwsze, przekraczają granice przestrzenne i czasowe, które często pozostają nieprzepuszczalne dla prawa; po drugie, ich katastroficzny potencjał sprawia, że urzeczywistnione ryzyko jest nieodwracalne i niemożliwe do naprawienia – co podważa sens samej instytucji odszkodowania; po trzecie, dochodzi tu do głosu problem atrybucji, czyli przypisania zindywidualizowanej odpowiedzialności poszczególnym podmiotom⁴³. Pozwala to Beckowi mówić o „zorganizowanej nieodpowiedzialności”, do której dochodzi – za pośrednictwem prawa – we współczesnych społeczeństwach (Beck 2004, 43–44; 2009a, 8; zob. też Jarvis 2007, 32).

Wszystko to wymaga zmiany myślenia o prawie deliktowym⁴⁴, którego podstawowe zasady wywodzą się z epoki społeczeństwa przemysłowego prostej nowoczesności. Wynegocjowane wówczas standardy ustalania związków przyczynowych, przypisywania sprawczości i odpowiedzialności zawodzą w istotnie zmienionych warunkach społeczeństwa ryzyka. Jak pisał Beck, przyjmowane pojęcie przyczynowości (i związanej z nią odpowiedzialności) zawsze stanowi rezultat społecznej umowy, która powinna znaleźć swoje odzwierciedlenie w obowiązujących standardach prawnych (Francot i de Vries 2009; Bleeker i Fransen 2017, 200). Dziś potrzebne jest nowe porozumienie tego rodzaju. Oddając ponownie głos Veitchowi:

Najlepsze, co możemy zrobić, to zacząć od samych przypadków szkody, a następnie śledzić uważnie, w jaki sposób przerywane są więzi odpowiedzialności prowadzące do sprawców. Jednak w tym celu prawnicy muszą stać się wyjątkowo uwrażliwieni na socjologiczne techniki i struktury, w których działają instytucje prawne – a to po to, aby być świadomymi zarówno możliwości, jak i, szczególnie, ograniczeń prawnych schematów regulacji odpowiedzialności (Veitch 2017, 59).

Można wskazać, że systemy prawne stopniowo uznają potrzebę takiej zmiany (Fanning 2017, 126–133), choć z pewnością nadal dzieje się to w niewystarczającym stopniu, przez co prawo może miejscami wzmacniać i uprawomocniać brak odpowiedzialności (Veitch 2010, zwł. rozdz. 3; Bleeker i Fransen 2017) – wszak fundamenty prawniczych konstrukcji pojęciowych niełatwo poddają się zmianie.

5. Krytyka

Teoria Becka należy, jak już powiedziano, do najbardziej wpływowych i popularnych koncepcji we współczesnej socjologii. Jest jednocześnie jedną z chętniej krytykowanych. Warto zapewne docenić, że temperament autora nie

⁴³ Ten ostatni problem ujawnia się nie tylko w przypadku form ryzyka wielkiej skali; jest to również jeden z kluczowych prawnych aspektów działania produktów opartych na sztucznej inteligencji (AI), takich jak autonomiczne pojazdy, drony wojskowe czy programy komputerowe.

⁴⁴ Zmiany dotyczą zresztą również pojmowania odpowiedzialności w prawie zobowiązaniowym (Boom 2017).

pozwalal mu na pisanie „bezpieczne”, które chroniloby sie przed ewentualnym atakiem za osloną wielopiętrowych zastrzeżeń i ogólnikowych stwierdzeń. Beck – wciąż przestrzegający nas przed ryzykiem – sam był typem niepohamowanego naukowego ryzykanta, działającym na granicy powagi i prowokującym kolejnymi śmiałymi tezami. O specyfice jego pisarstwa decyduje nie tylko ta brawurowość, ale również zamiłowanie do ironii i paradoksów. „*Ambiguity, oscillation and dramatic effect*” (Mythen 2004, 8) – oto najkrótsze podsumowanie ulubionych zabiegów pisarskich Becka. Jak zauważyłem na wstępie, nie ułatwia to odczytania jego rzeczywistych intencji; może to również prowadzić do osadzania go w roli satyryka i błazna, którego wypowiedzi brane są z przymrużeniem oka⁴⁵. W takim wypadku krytyka wydaje się bezcelowa. Kto wdaje się w krytykę słów błazna, ośmiesza sam siebie. Kto go słucha, godząc się na intelektualne prowokacje, może wynieść z tego naukę.

Takie potraktowanie autora *Spółczeństwa ryzyka* nie wydaje się jednak uczciwe. Za ironiczną formą kryje się bowiem poważne przesłanie. Jego autor wyraźnie chce, aby było ono potraktowane z powagą należną wadze podnoszonych przezeń kwestii. Spróbujmy zatem, zgodnie z intencjami samego Becka, potraktować jego teorię jako pełnoprawnego partnera do dyskusji. Znaczy to również – na sposób krytyczny. Poniżej odnotowuję najważniejsze zarzuty, na jakie narażona jest teoria społeczeństwa ryzyka, a także wewnętrzne sprzeczności, w które wydaje się ona popadać. Publicystyczny styl Becka jest bowiem atrakcyjny, ale – jak zobaczymy – jego możliwości dość szybko się wyczerpują, gdy dopytujemy o teoretyczne podstawy jego tez. Ta wątpliwa podbudowa teoretyczna nie przystaje do wagi podnoszonych przez autora problemów. O ile więc w przypadku Luhmanna odnotowywałem poczucie, że autor ten „strzela z armat do koma-rów”, o Becku można powiedzieć, że zasada się on na słonie z kapiszonowcem.

5.1. Podstawowe zarzuty

Na wstępie odnotujemy, że teoria społeczeństwa ryzyka osadzona była (szczególnie na jej wczesnym etapie) w ściśle niemieckim kontekście. Sprawa może wydawać się drugorzędna, jak jednak zobaczymy, jest to punkt wyjścia dla wskazania kilku istotnych mankamentów całej rozważanej koncepcji. Jak zatem wylicza Robert Dingwall (1999, 475): „większość cytatów odwołuje się do innych niemieckich autorów, podziękowania kierowane są do niemieckich kolegów, a fakt redagowania książki «na wzgórzu nad jeziorem Starnberg» został uroczodnie odnotowany”. Mówiąc odrobinę poważniej, teoria Becka jest ściśle „niemiecka” w co najmniej trzech aspektach: teoretycznym, jako kolejna odmiana krytyki modernizacji i racjonalności instrumentalnej (uprawianej

⁴⁵ Jak odnotowuje Gabe Mythen, Beck postrzegany jest w swojej ojczyźnie w równej mierze jako *story-teller*, czyli „gawędziarz”, co poważny naukowiec (Mythen 2004, 183).

wcześniej między innymi przez Webera, Heideggera⁴⁶, Horkheimera i Adorna czy Habermasa); politycznym, wpisując się w niemieckie spory o program „zielonej polityki”; empirycznym, przywoływane przykłady dotyczą bowiem w przeważającej mierze właśnie realiów zachodnioniemieckich. I choć w swoich późniejszych pracach Beck stara się rozszerzyć zakres swoich rozważań, to do ostatniej strony ostatniej książki czytelnikowi może towarzyszyć poczucie, że – jak to ujmuje Alan Scott (2000, 34) – „«Niemcy» oraz «rozwinięte społeczeństwo współczesne» są tu traktowane jako synonimy”. Może to prowadzić do uznania ograniczonej ważności propozycji autora. Jednak, co istotniejsze, w tym zarzucie „niemieckości” koncentrują się trzy słabości wytykane całej teorii społeczeństwa ryzyka, jakimi są: jej wątpliwa podbudowa empiryczna, nadmierne generalizowanie konkretnych, partykularnych doświadczeń oraz niedostrzeżenie znaczenia uwarunkowań kulturowych.

Słaba podbudowa empiryczna uznawana bywa za rodzaj grzechu pierworodnego teorii Becka. Wielu autorów poświęciło niemało wysiłku wykazaniu, że w świetle faktów sporo jej twierdzeń jest co najmniej wątpliwych. Nie miejsce tu na referowanie szczegółów, w znakomity sposób zebranych choćby w pracy Gabe’a Mythena, do której wypada odesłać zainteresowanego tą kwestią czytelnika (Mythen 2004). Dość powiedzieć, że Beckowi zarzuca się skłonność do dobierania przemawiających do wyobraźni, jednak skrajnych przykładów pod z góry przyjęte tezy, ignorowania natomiast faktów mogących uzasadniać stanowisko przeciwne. Co więcej, spora część przywoływanych przezeń ilustracji empirycznych ma charakter anegdotyczny, niepotwierdzony rzetelnymi studiami. Z tego też powodu autor przecenia znaczenie wielkich katastrof zarówno w wymiarze deskryptywnym, jako rzekomych dowodów naszej niezdolności radzenia sobie z ryzykiem, jak i politycznym, jako katalizatorów społecznej mobilizacji (Jarvis 2007)⁴⁷. Wizja takich apokaliptycznych zdarzeń jest, owszem, poruszająca. Na co dzień jednak praktyczne zaangażowanie aktorów świata społecznego koncentruje się na bardziej przyziemnych rodzajach ryzyka. Utrata pracy, brak zdolności kredytowej, choroba dziecka – to tego typu ryzyko zaprzęta naszą uwagę silniej niż wizja nuklearnej czy klimatycznej katastrofy. Co za tym idzie, rzeczywistość jest – twierdzą krytycy – znacznie bardziej zróżnicowana niż w obrazach malowanych przez Becka, a strategii radzenia sobie z ryzykiem jest znacznie więcej, niż wynikałoby to z upraszczającej „wielkiej narracji” społeczeństwa ryzyka.

⁴⁶ Na temat związków między Heideggera filozofią techniki a teorią społeczeństwa ryzyka zob. Adam i van Loon 2000, 7–8.

⁴⁷ Alan Scott twierdzi, że błędy Becka w tym zakresie polegają na kopiowaniu na gruncie nauk społecznych strategii wypracowanych przez ruchy obywatelskie (których wzorcowym przykładem może być Greenpeace). To, co sprawdza się w przypadku tego typu ruchów – czyli koncentracja na groźbie katastrofy oraz wizja „świata wolnego od ryzyka” – w teorii społecznej okazuje się metodologicznie i politycznie nietrafne (Scott 2000, 42–43).

Jak widać, ta empiryczna nonszalancja autora idzie w parze z dwiema kolejnymi wątpliwymi cechami jego analiz. Wytyka mu się, że zwykł przeceniać znaczenie partykularnego kontekstu, warunkowanego wieloma lokalnymi czynnikami, w którym przyszło mu rozwijać swoją koncepcję. Chodzi tu o doświadczenia społeczeństwa niemieckiego z końca ubiegłego wieku, które Beck dość naiwnie uniwersalizuje do rangi doświadczenia globalnego⁴⁸. W jakie ślepe zaułki prowadzi ta strategia, zobaczymy wyraźniej w następnym punkcie, w którym odsłonięte zostaną sprzeczności proponowanego tu uniwersalizmu. Co więcej, to generalizowanie własnych doświadczeń łączy się z ogólną ignorancją na kulturowe uwarunkowania, które często różnicują podejście do zbliżonych postaci ryzyka – czy to w odniesieniu do grup społecznych, czy państw narodowych. Beck krytykuje współczesną mu socjologię za, jak to określa, „metodologiczny nacjonalizm”, sam jednak może być krytykowany za niepodparty realiami metodologiczny kosmopolityzm. Istnieje sporo badań dowodzących istotnych różnic, jakie w obchodzeniu się z ryzykiem można zaobserwować pomiędzy poszczególnymi narodowościami czy regionami, a które nie zostały wzięte pod uwagę przez autora *Spółeczeństwa ryzyka* (zob. np. Dingwall 1999; Scott 2000; Mythen 2004, *passim*; Rothstein, Borraz i Huber 2013).

Myliłby się jednak ten, kto uznałby, że niewrażliwość Becka na kontekst kulturowy stanowi efekt zwykłego przeoczenia czy wygodnictwa. Mamy tu raczej do czynienia z konsekwencją przyjętych (bardziej lub mniej świadomie) podstawowych założeń teoretycznych, dotyczących ontologii świata społecznego. Jak stwierdza Mythen, te „kulturowe uproszczenia” teorii społeczeństwa ryzyka łączą się z „instytucjonalną reifikacją”, a obie tendencje stanowią wynik „ultra-strukturalnego podejścia” omawianej teorii (Mythen 2004, 63). Rzeczywiście, wyraźna jest u Becka orientacja strukturalistyczna, zgodnie z którą to uwarunkowania strukturalne stanowią kluczowy czynnik decydujący o kształcie rzeczywistości społecznej. I choć w wykuwaniu „nowej polityki” wedle wizji autora muszą wziąć udział ruchy i zrzeszenia społeczeństwa obywatelskiego, to wydaje się, że ich ewentualny sukces zależeć będzie od zmian zachodzących na poziomie społecznych struktur (Beck 2005; 2009b). W świecie widzianym oczami Becka trudno spotkać jednostki jako aktywne podmioty; zostaje on natomiast zaludniony przez takie metafizyczne byty, jak „klasy”, „nauka”, „przemysł” itp. Tym sposobem autor od innej strony zbliża się do opisywanej przeze mnie w poprzednim rozdziale pozycji Selznicka, z której instytucje społeczne postrzegane są jako rzeczywiste, odrębne i wewnętrznie jednorodne byty. Tym, co przy tym spojrzeniu zostaje zapoznane, jest zarówno twórcza rola jednostek, jak i wewnętrzne niespójności czy napięcia wynikające z interakcji pomiędzy różnymi grupami

⁴⁸ W ostatnim czasie np. Veitch wysunął hipotezę, że teoria społeczeństwa ryzyka z trudem może być stosowana do analizy „przypadku Chin” – ich rozwoju i globalnej roli (Veitch 2017, 52–53).

w ramach danej instytucji⁴⁹. Paradoksalnie podejście to może umacniać tak krytykowaną przez Becka „zorganizowaną nieodpowiedzialność”, skoro ryzyko nie jest wytwarzane przez konkretne jednostki, ale przez bezosobowe instytucjonalne struktury (Mythen 2004, 69–70).

Przedstawione powyżej zarzuty dotyczą warstwy empirycznej oraz teoretycznej rozważanej koncepcji, co można uzupełnić o krytykę jej aspektów normatywnych. Chodzi tu o analizę programu politycznego zawartego w teorii społeczeństwa ryzyka. Że jest to program radykalny, wspominałem już kilkakrotnie. Dlaczego w swoim radykalizmie wydaje się nie do końca spójny, zostanie ukazane w punkcie kolejnym. Teraz zatrzymajmy się jednak nad podstawowym uzasadnieniem, jakie proponuje Beck dla głoszonych przez siebie sądów normatywnych. Jak bowiem zobaczymy, ujawniające się tu wątpliwości łączą się w pewnym sensie z przedstawioną przed chwilą krytyką empiryczną i teoretyczną.

Podstawowe polityczne przesłanie Becka, które można zamknąć w hasło „normatywnego kosmopolityzmu”, było już przywoływane wyżej. Powtórzmy: globalny charakter ryzyka sprawia, że izolowane odpowiedzi na poziomie poszczególnych państw narodowych stają się niewystarczające jako nieefektywne. Ten powszechny zasięg potencjalnych katastrof rodzi potrzebę współpracy na poziomie światowym – kosmopolityzmu w podejściu do kwestii radzenia sobie z ryzykiem. Jednocześnie już zaistniałe katastrofy pełnią funkcję oświeceniową, uświadamiając opinię publiczną na całym świecie tak w przedmiocie realności zagrożeń, jak i istniejących nierówności, co daje impuls do kosmopolitycznego działania.

„Normatywny kosmopolityzm” Becka okazuje się jednak nader wąty i rozmyty w swej normatywności, oparty w głównej mierze na reakcji emocjonalnej, a przez to pozbawiony trwałości i ukierunkowania (por. Beck 2012, 271–275). Trudno odpowiedzieć na pytanie, co miałyby tu być rzeczywistym źródłem normatywności, *w imię czego* miałyby się dokonywać normatywne zaangażowanie. Widać to wyraźnie, gdy normatywny kosmopolityzm zestawić z tradycyjnymi perspektywami normatywnymi: liberalizmem, socjalizmem, republikanizmem itd. – wszystkie one wskazują jakiś zespół podstawowych wartości, na których są zbudowane. Każda poważna filozofia moralna zawiera artikulację takiej podstawy. Tego właśnie elementu pozbawiony jest normatywny kosmopolityzm, który angażuje (przelotnie) w imię poruszenia wywołanego obrazkiem na ekranie telewizora czy smartfona. Jak jednak zauważa cytowany przez samego Becka Kevin Robins: „Ekran wystawia [wprawdzie] przeciętnego widza na okrutne realia, jednocześnie jednak ekranuje on okrucieństwo tych realiów. Gwarantuje to doznanie

⁴⁹ Beck, jak zwykle, nie jest jednak w tej kwestii w pełni konsekwentny. Pracą, w której wydaje się najbardziej oddalać od opisywanego tutaj podejścia strukturalistycznego na rzecz bardziej interakcjonistycznej perspektywy, pozostaje książka *Władza i przeciwwładza w epoce globalnej*.

bez żądania odpowiedzialności, wciąga nas w spektakl bez angażowania w złożoność stojącą za nim rzeczywistości”⁵⁰.

Strategię Becka można zrozumieć szczególnie w kontekście typowego dla niemieckiej socjologii dążenia do *Wertfreiheit* i podejrzliwości wobec jakichkolwiek zewnętrznych (a przez to abstrakcyjnych i arbitralnych) ideałów normatywnych (Beck 2012, 299). Badacz wydaje się akceptować ten głęboki sceptycyzm wobec idealizmu, zarazem jednak nie godzi się na zawarte w nim ograniczenia – dlatego też podejmuje próbę budowy projektu normatywnego „od wewnątrz”, z wnętrza socjologicznego opisu społeczeństwa. Jak wprost deklaruje: „Normatywności tej nie należy wprowadzać za pośrednictwem filozofii czy etyki, lecz trzeba wydobyć ją z rzeczywistej dynamiki powstawania społeczeństwa światowego ryzyka i z rozmaitych ambiwalencji tego społeczeństwa” (Beck 2012, 75). Jak widać, jest to odmienne rozwiązanie zadania postawionego już przez Teubnera – wyprowadzenia normatywności z samego ruchu refleksyjności. W konsekwencji jednak, jak już powiedziano, normatywność w jego ujęciu jest widmowa. Zdaje się on mieszać *motywy* i *racje* działania, czyli impulsy motywacyjne z dyskursywnie uprawomocnionymi zasadami (występującymi w teorii moralności zarówno w roli wytycznych, jak i uzasadnień dla działań); ostatecznie zaś zmierza w kierunku psychologicznej redukcji problemu normatywności.

5.2. Wewnętrzne sprzeczności

W świetle tego, co powiedziano o stylu argumentowania przyjętym przez Becka, nie dziwi, że jego teoria nie jest wolna od wewnętrznych niespójności i sprzeczności. Nad niektórymi z nich można ewentualnie przejść do porządku dziennego, niektóre jednak skutkują poważnymi trudnościami interpretacyjnymi w odniesieniu do całego projektu. W tym miejscu koncentruję się na trzech takich, jak się zdaje – kluczowych, niezgodnościach. Chodzi tu o jednoczesne (i jednocześnie się wykluczające): realizm i konstruktywizm, relatywizm i kosmopolityzm, a także normatywny optymizm i sceptycyzm przyjęte w teorii społeczeństwa ryzyka.

Niezdolność Becka do opowiedzenia się po którejś ze stron sporu pomiędzy realizmem a konstruktywizmem w rozumieniu ryzyka jest być może matką wszystkich pozostałych problemów tu wskazywanych. Oczywiście, nie chodzi o konieczność zajęcia skrajnego stanowiska w tym starym teoretycznym sporze. Problem polega na tym, że Beck nieustannie wypowiada się w sposób skrajny, tyle że czyni to raz z jednej, raz z drugiej strony barykady. Widać to dobrze w jego stosunku do teorii systemów Luhmanna. Z jednej strony krytykuje charakterystyczne

⁵⁰ Robins, Kevin. *Into the Image: Culture and Politics in the Field of Vision*. New York: Routledge, s. 80 (cyt. za: Beck 2009a, 5).

dla tej teorii założenie, zgodnie z którym ryzyko jest wewnętrzną konstrukcją poszczególnych podsystemów (nie istnieje ryzyko, dopóki nie zostanie zdefiniowane przez któryś z podsystemów społecznych). Zarzuca Luhmannowi stawianie sprawy na głowie. To nie ryzyko nie istnieje, dopóki któryś z systemów nie raczy go dostrzec, ale raczej – zdaniem autora – współczesne społeczeństwo, wraz z jego podsystemami, nie jest w stanie poradzić sobie z najbardziej palącymi rodzajami ryzyka (Beck 2009a, 8). W takim podejściu ryzyko jest traktowane jako „rzecz sama w sobie”, realny fakt, który przywraca socjologii niezbędny kontakt z rzeczywistością. Nie przeszkadza to jednak Beckowi stronę dalej stwierdzać, w wybitnie luhmannowskim duchu, że „nie ma czegoś takiego jak ontologia ryzyka. Ryzyka nie istnieją niezależnie, jak rzeczy” (Beck 2009a, 9), pomiędzy zaś ryzykiem a jego „inscenizacją” (społeczną ekspozycją i percepcją) zachodzi znak równości (Beck 2012, 22–28).

Można powiedzieć, że w podejściu do tej kwestii (na ile ryzyko istnieje realnie, na ile zaś jest społecznie kreowane) ujawnia się programowo ateoretyczny charakter jego rozważań. Nawet tam, gdzie wprost odnosi się do tej teoretycznej kwestii (Beck 2012, 129–140), pozostaje rozczarowująco oszczędny i niejasny w słowach. Zainteresowany jest przede wszystkim konsekwencjami dokonanego w tej materii wyboru, a nie jego wyjaśnieniem czy uzasadnieniem. Jak wprost zresztą stwierdza:

Wyboru pomiędzy realizmem a konstruktywizmem nie postrzegam w kategoriach alternatywy albo–albo, ani też jako wyłącznie kwestii przekonań. Nie powinniśmy składać przysięgi lojalności wobec żadnego konkretnego punktu widzenia czy perspektywy teoretycznej. Decyzja co do tego, czy przyjąć podejście realistyczne czy konstruktywistyczne, ma dla mnie raczej charakter pragmatyczny – jest kwestią doboru odpowiednich środków dla pożądanego celu (Beck 2000, 211; por. też Adam i van Loon 2000, 8).

Można i tak; taka niechęć do zamykania się w wąskich ramach apriorycznie wybranej perspektywy teoretycznej wydaje się wręcz zgodna z powołaniem socjologii. Problem polega na tym, że w przypadku autora *Społeczeństwa ryzyka* powstaje wrażenie, że jest to równocześnie strategia obliczona na unikanie odpowiedzialności za wypowiedzane słowa. Trudno też zrozumieć, jak mają się do siebie wygłaszane przezeń przeciwstawne tezy, nadbudowane na rozważanej opozycji. Przykładowo, Beck odrzuca (pseudo)obiektywizm naukowych definicji ryzyka, aby ileś stron dalej twierdzić, że formułowane przez niego postulaty polityczne wynikają z obiektywnego rozpoznania wyzwań współczesnego świata⁵¹.

Niemal tożsamy problem znajduje odzwierciedlenie w niekonsekwencji, w jaką wikła się kosmopolityzm teorii społeczeństwa ryzyka. Widać wyraźnie, że kosmopolityczny projekt światowego społeczeństwa ryzyka ma sens tylko o tyle, o ile przyjąć płynące z realizmu założenie o istnieniu takich postaci

⁵¹ Na temat niespójności teorii Becka pod tym względem zob. również Cichocki 2005, 44–53.

ryzyka, które mają obiektywnie globalny zasięg. Z jednej strony trudno odrzucić tezę o występowaniu dzisiaj takich form ryzyka. Z drugiej – stoi to w sprzeczności z inspirowanymi konstruktywistycznie fragmentami twórczości Becka, w których stawia on wspomniany już znak równości pomiędzy ryzykiem a jego społecznym odbiorem (inscenizacją). Jeśli – jak chce Beck – między ryzykiem a sposobem jego inscenizacji zachodzi równość, jeśli zatem pozornie to samo ryzyko w rzeczywistości różni się w zależności od społeczeństwa, kultury czy grupy społecznej, trudno powiedzieć, na czym miałyby polegać jego globalny charakter, a także jak różne państwa czy społeczności miałyby zjednoczyć się w walce przeciw odmiennie postrzeganemu i konstruowanemu ryzyku. Autor zdaje się tu popadać w „nowy obiektywizm”, który wcześniej sam odrzucił (por. Scott 2000, 38; Lash 2000).

Ostatnia kwestia wymaga być może rozwinięcia. Gdy Beck pisze o różnicach w postrzeganiu ryzyka pomiędzy ekspertami a laikami, z całą stanowczością odrzuca hierarchie prowadzące do uznania perspektywy eksperckiej za „racjonalną” i „obiektywną”, społecznej percepcji zaś za „subiektywną” i „irracjonalną”. Są to rozróżnienia typowe dla technicznego podejścia do ryzyka – dla Becka nie do przyjęcia. Gdy jednak przechodzi na poziom kosmopolityczny, sam wydaje się powtarzać tego typu hierarchizację, przeciwstawiając sobie ograniczony i irracjonalny punkt widzenia państw narodowych oraz jedynie uprawnioną, obiektywną perspektywę globalną. Widać tutaj, jak jedna niekonsekwencja na poziomie założeń teoretycznych pociąga za sobą kolejne, także w sferze politycznych implikacji omawianej koncepcji.

Wreszcie ostatnia z badanych tu sprzeczności dotyczy właściwej postawy, jaką zdaniem autora należałoby przyjąć wobec współczesnych form ryzyka. Beck wprost zresztą deklaruje paradoksalność obecnej sytuacji – paradoksalność polegającą na tym, że *„im większe zagrożenie, tym większa niewiedza, tym bardziej niezbędna, a zarazem mniej możliwa decyzja (paradoks decyzji)”* (Beck 2012, 174). Tym samym jednak po raz kolejny wprawia swego czytelnika w zakłopotanie. Gdy pisze o ryzyku – wszechobecnym, niemożliwym do przewidzenia, prowadzącym do nieodwracalnych szkód – może wpędzić co wrażliwsze dusze w stan apatii. Skoro nauka zawodzi w przewidywaniu i kontrolowaniu ryzyka, skoro innych narzędzi do jego opanowania brak, skoro stoimy otoczeni wszechobecną niepewnością, wszelkie działanie (jak i zaniechanie działania) wydaje się pozbawione podstaw. Beck nie byłby jednak sobą, gdyby nie żywił się paradoksami. Paradoks życia w niepewności polega na tym, że skoro nie potrafimy przewidzieć, co przyniesie dzień jutrzejszy, zdaniem Becka pesymizm okazuje się nieuprawniony. Fatalistyczna wiara w zmierzch nowocześnieści – mocniej, w kres naszego świata – opiera się bowiem na równie linearnym modelu co naiwna wiara w postęp, jaka charakteryzowała wczesne oświecenie. Model ten skompromitował się w swojej pozytywnej wersji, jego negatywna odmiana jest zatem tak samo niewiarygodna. Skoro nic nie wiemy, nie musimy tracić nadziei; oparty

na linearnym modelu pesymizm „nie bierze pod uwagę banalnej możliwości, że z nieprzewidzianego powstaje nieprzewidziane” (Beck 2012, 170).

Czy to wystarczy, aby przezwyciężyć apatię? Beck zdaje się wierzyć, że tak – że to dostateczna podstawa dla zachowania wiary i dla prób politycznej zmiany świata. Jednak stwierdzenie, że „nie wiadomo, jak będzie, więc równie dobrze może być dobrze” (jak można by sparafrazować sugestię Becka), samo w sobie wydaje się za słabą podstawą do działania. „Równie dobrze może być dobrze”, kiedy podejmujemy zupełnie inne działania; albo kiedy całkowicie z działania zrezygnujemy, pozwalając sprawom toczyć się ich własnym biegiem. Beck najpierw przekonuje nas, że jesteśmy ślepi i głusi, a następnie zachęca, abyśmy w tej sytuacji spróbowali przejść po linie nad przepaścią, bo skoro i tak nic nie widzimy, to w zasadzie może nam się ta sztuka udać. Trudno oczekiwać, że taka argumentacja przekona kogośkolwiek do postawienia choćby pierwszego kroku.

Raz jeszcze widać, że aby stanowisko Becka mogło być spójne i przekonujące, musi ono zakładać istnienie jakichś wyznaczników działania – normatywnych i poznawczych – o których autor wprost nie wspomina. Alternatywą jest „eksperymentalizm” w duchu Deweya, jednak Beck nie wydaje się podzielać niezbędnej dla takiej postawy dozy optymizmu. Potrzebuje zatem jakiegoś systemu nawigacyjnego – jakiegoś układu współrzędnych, punktu odniesienia i urządzenia pomiarowego – aby przepłynąć przez wody społeczeństwa światowego ryzyka do portu nowego porządku światowego. Wbrew sugestiom autora refleksyjne przepracowywanie ujawniających się zagrożeń samo z siebie nie jest w stanie dostarczyć takiego systemu.

6. Podsumowanie

Socjologiczne prace Becka walczyły przyczyniły się do ustanowienia zagadnień ryzyka oraz refleksyjności⁵² jednymi z kluczowych problemów współczesnych nauk społecznych. Autor ten pokazuje, w jaki sposób zmieniała się zarówno sama natura, jak i społeczny kontekst ryzyka, co stopniowo doprowadziło do przyznania kwestii ryzyka rangi podstawowego problemu politycznego. Wskutek dokonujących się zmian, nadających współczesnym postaciom ryzyka coraz bardziej nieobliczalny i nieodwracalny charakter (co można ująć pod hasłem *ryzyko-jako-niepewność*), zakwestionowaniu ulegają również podstawowe instytucjonalne ramy nowoczesnego społeczeństwa przemysłowego. Społeczeństwo to odkrywa, innymi słowy, że wraz ze swym instytucjonalnym porządkiem jest bezradne w konfrontacji z uwolnionymi skutkami ubocznymi jego własnych działań. Na tym polega istota modernizacji refleksywnej.

⁵² W odniesieniu do drugiego z tych pojęć jego wkład jest zwykle łączony z dokonaniem Anthony’ego Giddensa na tym polu.

Dla pojęcia refleksyjności ma to ten podstawowy skutek, że wydobywa jej konfrontacyjny i „nieczysty” charakter. Nie oznacza ona koniecznie przyrostu wiedzy, ale przede wszystkim zderzenie się ze skutkami ubocznymi. Refleksyjność staje się refleksywnością. Nie prowadzi to do odrzucenia jej wymiaru kognitywnego – społeczeństwo ryzyka jest tym, które świadomie rozpoznaje wyzwania związane z nową naturą i rolą ryzyka – zmienia się jednak charakter takiej refleksywnej wiedzy. Traci ona swoją – typową dla pierwszego modernizmu – pewność oraz optymistyczny, otwierający na przyszłość charakter. Nie może też korzystać z zaufania, jakim – zdaniem Becka – darzono wcześniej świat nauki i wiedzy eksperckiej. Zamiast tego refleksywna wiedza staje się jawnie prowizoryczna i problematyczna, obejmująca sporne racjonalności. Szczególnie mocno ta zmiana statusu wiedzy i refleksji dotyka, darzonej wcześniej solidnym zaufaniem, nauki.

Zmiany w pojmowaniu ryzyka i refleksyjności przeorywają gruntownie instytucjonalne porządki nowoczesnej polityki i prawa. Jeśli chodzi o pierwszy z nich, to nowe ryzyko przekracza ekonomiczne, kulturowe i geograficzne granice ustalone w dobie nowoczesności. Wskutek tego wykształca się obszar „subpolityki”, jako ta sfera, w której zapadają decyzje o charakterze politycznym i w której stopniowo pojawia się potrzeba typowo politycznej legitymizacji, która jednak funkcjonuje poza zastanymi formami instytucjonalnej polityki. W szczególności problemy związane z dystrybucją ryzyka ujawniają taki swój subpolityczny potencjał. Doprowadza to do kwestionowania zastanego porządku. Do tego momentu teoria Becka pozostaje dość konsekwentnie krytyczna, skupiając się przede wszystkim na diagnozowaniu problemów, w jakie wikała się system polityczny w epoce przejściowej między społeczeństwem przemysłowym a społeczeństwem ryzyka. Jej autor nie zatrzymuje się jednak w tym miejscu, idąc dalej w kierunku bardziej pozytywnych i normatywnie zorientowanych propozycji. Tak wyartykułowany zostaje program „utopii odpowiedzialnej nowoczesności”. Nie wiadomo dokładnie, jaka miałaby być treść tego programu poza tym, że stanowi on, niejako wymuszoną, odpowiedź na nowe formy ryzyka. Program politycznej utopii Becka jest zatem programem refleksywnym: nie stanowi rezultatu jakiegoś odgórnie konstruowanego projektu normatywnego, ale wypływa spontanicznie z samego rozpoznania ujawniających się zagrożeń. Stąd też autor określa go momentami jako „wymuszone oświecenie”. I jeszcze jedno: ponieważ współczesne ryzyko ma niejednokrotnie charakter globalny, polityka uprawiana w ramach państw narodowych jest anachronizmem. Polityczna utopia modernizacji refleksywnej jest programem kosmopolitycznym, a społeczeństwo ryzyka winno stać się społeczeństwem światowym.

Autor omawianej teorii niewiele mówi wprost na temat porządku prawnego, choć od początku nie ulega wątpliwości, że zmiany, do jakich dochodzi w społeczeństwie ryzyka, muszą znaleźć swoje odzwierciedlenie także w prawie, i to na najgłębszym jego poziomie. Stąd też można zasadnie wskazać, jakie konsekwencje dla prawa pociąga za sobą ta koncepcja. Te możliwe konsekwencje określiłem

jako refleksyjną teorię prawa refleksywnego, aby podkreślić jej mieszany, normatywno-krytyczny charakter. W swojej części krytycznej teoria ta polega przede wszystkim na „kwestionowaniu” (określenie Veitcha) zastanego porządku prawnego tam, gdzie nie przystaje on do nowych wyzwań. To kwestionowanie może dotyczyć i przyczyniać się do „metamorfozy” prawa na trzech płaszczyznach: pojęciowej, normatywnej oraz instytucjonalnej. Z kolei w swojej części normatywnej refleksyjna teoria prawa refleksywnego wskazuje, jakie prawo byłoby odpowiednie dla wspierania przywołanego wyżej politycznego programu kosmopolitycznej utopii. Jak przy tym wskazałem, socjologiczny projekt Becka nie pozwala na budowę jakiegś w pełni usystematyzowanej, całościowej teorii prawa; zamiast tego pozwala wydobyć pewne dość luźno powiązane ze sobą problemy, z którymi współczesne porządki prawne refleksywnie się konfrontują. Wydaje się przy tym, że najważniejsze z rysujących się tu kwestii można zebrać w trzech grupach, odpowiadających trzem składowym teorii modernizacji refleksywnej. Będą to wyzwania związane, odpowiednio, z nowymi postaciami ryzyka, z procesami wymuszonej indywidualizacji oraz z globalizacją.

Dorobek niemieckiego socjologa jest równie ciekawy, co kontrowersyjny. Jak odnotowałem, zarzucano mu wielokrotnie – i nie bez racji – istotne braki zarówno w podbudowie empirycznej, jak i teoretycznej. Prowadzi to nieraz wręcz do lokowania tekstów Becka w rejonach bliższych publicystyce niż poważnej teorii socjologicznej, choć może nazbyt surowa to ocena. Warto jednak przypomnieć również wątpliwości co do normatywnego poziomu tej propozycji: przy bliższym oglądzie okazuje się, że nie wiadomo, skąd właściwie jej autor wyprowadza swoje polityczne i etyczne postulaty. Normatywny ciężar teorii społeczeństwa ryzyka, tak ważny dla samego jej twórcy, okazuje się więc bardzo wątki. Widać to także w podstawowych sprzecznościach, w jakie uwikłana jest omawiana koncepcja. Chce ona wypowiadać bardzo mocne sądy zarówno krytyczne, jak i normatywne na temat instytucjonalnego porządku współczesnych społeczeństw – i nie tylko chce, ale tak właśnie czyni, zmierzając w kierunku jakiegś formy „nowego obiektywizmu” w naukach społecznych. Nie wiadomo jednak, na jakich podstawach opiera takie tezy, skoro sama uznaje pluralizm, niepewność i otwartość na kontestację wszelkiej wiedzy. Jej autor próbuje przekonywać, że takie normatywnie zabarwione sądy wynikają z samego rozpoznania wyzwań społeczeństwa ryzyka (zatem z wnętrza refleksyjnego samopoznania, do jakiego dochodzić miałyby społeczeństwo), jednak ta odpowiedź, niestety, nie rozwiewa nagromadzonych wątpliwości. Bez wyraźnego normatywnego punktu odniesienia teoria refleksywności społecznej Becka wika się w niekonsekwencje.

Rozdział V

Refleksyjność regulacji

Powody dla zajęcia się problematyką regulacji są co najmniej dwa. Pierwszy z nich wiąże się ze zmianami zachodzącymi w państwach Zachodu od co najmniej lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku, do których państwa naszego regionu dołączyły po przełomie 1989 roku. Od tego właśnie czasu obserwować można stały wzrost znaczenia regulacji w praktyce. Dotyczy to zarówno państw Zachodu, odchodzących od modelu *welfare state*, jak i krajów byłego bloku wschodniego, porzucających socjalistyczną gospodarkę centralnie planowaną. W obu wypadkach zmiany polegały m.in. na prywatyzacji i komercjalizacji istotnych sektorów gospodarki, takich jak energetyka, transport, telekomunikacja, górnictwo itp., wskutek czego zmianie ulegała rola państwa: zamiast bezpośrednim dostawcą usług, państwo stawało się w coraz większym stopniu regulatorem działalności niezależnych podmiotów gospodarczych. To występujące w nowej roli państwo zyskało zresztą wprost miano „państwa regulacyjnego” (*regulatory state* (Majone 1994)), co podkreśla znaczenie regulacji we współczesnych systemach gospodarczym, politycznym i prawnym. Jak odnotowują autorzy jednego z podstawowych podręczników z obszaru nauki regulacji: „Regulacja zajmuje obecnie miejsce centralnego problemu organizującego zarówno świat praktyki, jak i nauki” (Baldwin, Cave i Lodge 2012, 11).

Drugi powód dotyczy bezpośrednio związków między regulacją a refleksyjnością. Z jednej strony regulacja może być uznana za wzorcowy obszar działania prawa refleksyjnego. Nonet i Selznick zauważają (a odnosi się to do wszelkich form prawa refleksyjnego): „Jeśli istnieje jakaś paradygmatyczna funkcja prawa responsywnego, jest nią regulacja, a nie sądownictwo” (Nonet i Selznick 1978, 108). Z drugiej strony zarówno w teorii, jak i w praktyce regulacji dość szybko zdano sobie sprawę z ograniczeń modelu tzw. regulacji bezpośredniej (*Command & Control*), co skutkowało poszukiwaniem alternatywnych modeli o charakterze refleksyjnym (zob. np. Skąpska 1991, 109–119). Można więc powiedzieć, że w sferze działania instytucji prawnych refleksyjność i regulacja są ze sobą wyjątkowo mocno związane. Niniejszy rozdział ma za zadanie przeanalizować te związki na przykładzie najbardziej wpływowych programów regulacyjnych.

1. Pojęcie regulacji refleksyjnej

1.1. Pojmowanie regulacji w literaturze

Pojęcie regulacji nie jest ściśle zdefiniowane ani w nauce polskiej, ani zagranicznej. W literaturze zauważa się wielość sposobów, na które pojmowana jest regulacja, odnotowując przy tym nieraz, że konkretne rozstrzygnięcia w tej materii zależą od rozważanego problemu czy dyscypliny badawczej (Koop i Lodge 2017, 97). Różni autorzy, w zależności od potrzeb, kłaść będą zatem nacisk na zróżnicowane aspekty regulacji. Pewne różnice w tym zakresie są też pochodną odmiennych konwencji językowych i tradycji prawnych w poszczególnych krajach (Hoff 2005; Kmiecik 2009). Wszystko to prowadzi do sytuacji, w której „osoby piszące o regulacji traktują chaos definicyjny niemal jako ryzyko zawodowe” (Black 2001a, 129)¹.

Jednym z najprostszych kryteriów porządkowania dostępnych definicji jest stopień ich ogólności: od tych o najszerszym zakresie (i treściowo najuboższych) do zakresowo największych (i treściowo najbardziej rygorystycznych) (por. Baldwin, Cave i Lodge 2012, 3). Z jednej zatem strony spotykamy definicje regulacji jako „trwałej i skoncentrowanej kontroli, jaką agencje publiczne sprawują nad działaniami, które są cenione przez daną wspólnotę” (propozycja Selznicka (1985, 363)), bądź też jako „interwencji o charakterze prawnym, której celem jest skłonienie jednostek lub firm do podjęcia działania lub osiągnięcia rezultatów, których podmioty te nie podjęłyby lub nie osiągnęły dobrowolnie” (sformułowanie Anthony’ego Ogusa (zob. Perez 2011, 746)), albo wręcz jako „działania organu nadzoru [...], za pomocą których nadzorca może wpływać na zachowanie podmiotów nadzorowanych” (tak Magdalena Fedorowicz (2013, 38)). Nietrudno jednak zauważyć, że tego typu definicje mieszczą w sobie właściwie każdą formę zarówno władczego, jak i niewładczego działania prawa: od ustawodawstwa, przez orzecznictwo sądowe, po decyzje administracyjne i inne². Jako takie, są użyteczne jedynie w niewielkim stopniu.

Z drugiej strony napotkać można pogląd, zgodnie z którym, aby dana działalność mogła być uznana za przynależną do sfery regulacji, spełniać musi wiele szczegółowych warunków. Przykładowo, wskazuje się, że powinna należeć do sfery stosowania prawa gospodarczego, wykorzystywać instrumenty prawne o charakterze administracyjnoprawnym, realizować ściśle wyznaczone cele (ochrona konkurencji lub konsumentów, realizacja zadań publicznych) oraz być

¹ Na temat bogactwa dostępnych w tym chaosie opcji zob. Black 2001a, 129–140.

² Można stwierdzić, że definicje tego rodzaju odpowiadają rozumieniu terminu regulacja w ogólnej teorii prawa jako wszelkich form oddziaływania poprzez prawo. Wydaje się, że taki właśnie, charakterystyczny dla ogólnej teorii prawa punkt widzenia uwidacznia się w tytule książki Andrzeja Batora (2000).

sprawowana przez podmiot wyposażony w prawne i organizacyjne gwarancje niezależności wobec administracji rządowej³. Takie ujęcie sprawy wydaje się z kolei nadmiernie zawężające. Ściśle rzecz biorąc, jako propozycja definicji projektującej może ono być odpowiednie dla potrzeb danej dyscypliny nauk prawnych (publiczne prawo gospodarcze), jednak jako definicja sprawozdawcza zawodzi, nie oddaje bowiem różnorodności kontekstów, w jakich rozważane pojęcie jest angażowane.

Wydaje się, że wskazane wyżej rozbieżności przynajmniej po części wynikają z braku decyzji co do tego, jaką strategię definiowania należałoby przyjąć – czy też, wcześniej jeszcze, do jakiego rodzaju pojęć należy regulacja. Z punktu widzenia ogólnej metodologii nauk jest oczywiste, że definicja taka inaczej musi wyglądać, jeśli regulację uznać za kategorię klasyczną, inaczej, jeśli będzie ona traktowana np. jako kategoria radialna, a jeszcze inaczej, gdy uznamy ją za pojęcie rodzinowe, pojęcie z istoty sporne itp.⁴ Fakt ten podnoszą m.in. Christel Koop i Martin Lodge w swoich badaniach nad pojmowaniem regulacji w takich dyscyplinach, jak prawo, administracja publiczna, ekonomia, politologia, socjologia i nauki o biznesie. Tego rodzaju podejście – odróżniające definiowanie „poprzez esencję” od definiowania „poprzez wzorzec” – pozwala autorom stwierdzić zasadniczą, ponaddyscyplinową zgodność w rozumieniu regulacji, mimo pozornych rozbieżności czy sporadycznych głosów odrębnych (Koop i Lodge 2017).

Autorzy ci, opierając się na analizie reprezentatywnej próby piśmiennictwa w sześciu wskazanych wyżej dyscyplinach, wyodrębniają pięć zasadniczych kwestii, które bywają przedmiotem rozbieżnych opinii i które w związku z tym należy rozstrzygnąć, jeśli chce się dookreślić pojęcie regulacji, a mianowicie: (a) czy regulacja ma wyłącznie charakter intencjonalny (celowy); (b) czy stanowi odrębną, niezależną formę interwencji prawnej – odmienną np. od opodatkowania czy subsydiowania; (c) czy przynależy wyłącznie państwu, czy też może być realizowana także przez podmioty pozapaństwowe; (d) czy dotyczy tylko działalności ekonomicznej, czy może także regulować inne formy działalności; (e) czy regulator oraz adresat regulacji muszą być odrębnymi podmiotami.

Zdaniem autorów (niemal) pełna zgodność poglądów dotyczy tylko pierwszego z wyróżnionych punktów: regulację powszechnie uznaje się za działalność intencjonalną. Co do pozostałych pytań, takiej zgody brak. W związku z tym proponowana przez autorów klasyczna postać definicji regulacji, która określa jedynie minimalne wymogi uznania danej praktyki za desygnat tej nazwy, określa własne definiendum jako „intencjonalną interwencję w działalność docelowej populacji” (Koop i Lodge 2017, 104).

³ Takie rozumienie regulacji przyjmuje w polskiej nauce prawa Waldemar Hoff (2005, 37–41).

⁴ Na temat tych różnych rodzajów pojęć zob. np. Gizbert-Studnicki, Dyrda i Grabowski 2016, 125 i n.

Powyższa definicja, choć uzasadniona na gruncie analizowanej przez Koopa i Lodge’a literatury, jest jednak niezbyt użyteczna dla odróżnienia regulacji od innych form oddziaływania na zachowanie, a tym samym dla wyznaczenia zakresu badań nad regulacją. Stąd też autorzy uzupełniają ją drugą propozycją definicji, „opartej na wzorcu”, czyli traktującą regulację jako kategorię radialną, dla której możliwe jest wskazanie przede wszystkim przypadku wzorcowego. W rozumieniu autorów przypadek wzorcowy oznacza tutaj taki typ regulacji, „któremu badacze regulacji poświęcają najwięcej zainteresowania i który uznajemy za centralny dla rozważanego pojęcia” (Koop i Lodge 2017, 104). Wedle ich propozycji regulację zdefiniować można zatem jako „intencjonalną interwencję w działalność docelowej populacji, która w typowym przypadku ma charakter interwencji bezpośredniej – obejmując stanowienie wiążących standardów, kontrolę i sankcjonowanie – oraz jest wykonywana przez podmioty sektora publicznego w stosunku do aktywności ekonomicznej aktorów sektora prywatnego” (Koop i Lodge 2017, 105)⁵.

Zbliżoną strategię definiowania regulacji zdaje się w rodzimym prawoznawstwie przyjmować Marek Szydło. Autor odnotowuje na wstępie bogactwo konotacyjne tego pojęcia, i to zarówno w języku potocznym, jak i prawnym czy prawniczym. Proponuje on odróżnić od siebie pojęcie regulacji *sensu largo* (formalne) oraz bardziej precyzyjne pojęcia, przyjęte na potrzeby poszczególnych gałęzi prawa, *resp.* dyscyplin prawoznawstwa. Wedle propozycji tego autora regulacja *sensu largo* to „wiązące wyznaczanie określonych normatywnie wzorców zachowań [norm abstrakcyjno-generalnych – M.P.] oraz (tam gdzie to konieczne) autorytatywne konkretyzowanie tychże wzorców [w postaci norm konkretno-indywidualnych – M.P.]” (Szydło 2005, 38). Wychodząc od takiej ogólnej definicji, autor wykorzystuje następnie klasyczny podział na cywilnoprawną oraz administracyjnoprawną metodę regulacji; można powiedzieć, że to właśnie ta druga z metod charakteryzuje regulację *sensu stricto*, w najczęściej spotykanej interpretacji tego wyrażenia. Szydło odnotowuje między innymi, że jedną z podstawowych cech tej metody regulacji jest jej instrumentalność (Szydło 2005, 43).

Dopiero na tak zarysowanym tle autor podejmuje rozważania na temat interesującego go pojęcia regulacji sektorów infrastrukturalnych gospodarki, wiążąc z nim ściśle określone cechy (Szydło 2005, 50–52, 88). Zauważając treściową specyfikę pojęcia regulacji w tym zakresie, a zarazem uznając ten sposób użycia interesującego nas wyrażenia za podstawowy, nie neguje on jednocześnie zasadności posługiwania się nim w odmienny sposób w innych obszarach prawoznawstwa.

⁵ Wydaje się, że w powyższej definicji – podobnie jak w wyróżnianych przez autorów pięciu kluczowych kwestiach definicyjnych – zabrakło mimo wszystko jednej z częściej podnoszonych własności regulacji, jaką jest niezależność podmiotu regulacyjnego od administracji rządowej (por. Hoff 2005; Kmiecik 2009).

W ten sposób godzi niejako ogólne (regulacja *sensu largo*) i specyficzne dyscyplinowo sposoby pojmowania tego wyrażenia.

Z powyższych rozważań można wyprowadzić wniosek, że pojęcie regulacji pozostaje bliskoznaczne w stosunku do, dobrze znanego polskiemu prawnikostwu, pojęcia nadzoru – przynajmniej temu sprawowanemu w sferze tzw. stosunków zewnętrznych organu nadzorczego (tj. tam, gdzie między podmiotem nadzorującym a nadzorowanym nie istnieje relacja hierarchicznej ani organizacyjnej nadrzędności) (Szewczyk 1996, 27; Góral 1998, 15–16)⁶. Oczywiście, na gruncie nauk prawnych również nadzór pozostaje – podobnie jak regulacja – pojęciem wieloznacznym (Filipowicz 1984, 12–14; Góral 1998, 12–15; Chmielnicki 2006, 15–23), wydaje się jednak, że przynajmniej w obrębie szeroko pojmowanego prawa administracyjnego (w tym zwłaszcza publicznego prawa gospodarczego, prawa rynków finansowych czy prawa bankowego) ma z regulacją wiele elementów wspólnych. W tym miejscu warto zwrócić uwagę przede wszystkim na tożsamy zakres kompetencji, jakie w literaturze przypisuje się organom regulacyjnym i nadzorczym. Zgodnie z przeważającym poglądem są to kompetencje licencyjne, regulacyjne oraz kontrolne; od tych ostatnich odróżnia się nieraz kompetencje związane ze stosowaniem sankcji (Kmieciak 2009, 22; Fedorowicz 2013, 37; Zawadzka 2017, 37–38). Zakres działań wchodzących w skład zarówno regulacji, jak i nadzoru byłby więc dokładnie ten sam, co uzasadnia traktowanie tych pojęć jako bliskoznacznych.

1.2. Pojęcie regulacji

Na gruncie dotychczasowych ustaleń widać wyraźnie, że niezmiernie trudne, o ile w ogóle możliwe, jest sformułowanie precyzyjnej definicji pojęcia regulacji. Jednocześnie nie sposób prowadzić badań nad danym zjawiskiem bez określenia jego charakterystyki i zasięgu – czyli bez rozstrzygnięcia w kwestii treści i zakresu odpowiadającego mu pojęcia. W tej sytuacji jedynym możliwym rozwiązaniem wydaje się przyjęcie jakiejś definicji roboczej, wystarczającej na potrzeby prowadzonych badań, jednak niepretendującej do ostateczności czy uniwersalności. Taki też zabieg stosuję w niniejszej pracy. Na użytek dalszych rozważań nad modelami regulacji tę ostatnią rozumięć będę jako każdą formę celowego oddziaływania na zachowanie podmiotów, które w wykonywaniu swojej

⁶ Warto odnotować głosy licznych autorów (jak Jerzy Starościek, Ludwik Bar, Władysław Madurowicz, Wacław Dawidowicz, Andrzej Filipowicz), którzy jeszcze przed 1989 rokiem, a zatem w istotnie odmiennych realiach ustrojowych, podnosili, że pojęcie nadzoru zakłada nie tylko relację zwierzchności, ale i względną samodzielność podmiotu podległego (por. Filipowicz 1984, 124–138). Jako pierwszy natomiast pogląd utożsamiający nadzór wyłącznie ze sferą stosunków „zewnętrznych” sformułował w polskim piśmiennictwie Janusz Łętowski jeszcze w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku (Filipowicz 1984, 138–140).

aktywności pozostają niezależne od podmiotu regulującego, w ramach przyznanego prawem kompetencji i przy użyciu zróżnicowanych narzędzi, dla realizacji istotnych z punktu widzenia interesu publicznego celów.

Taka definicja – choć, jak zaznaczyłem, jedynie robocza i niezgłaszająca pretensji do ostateczności – trafnie, jak sądzę, ujmuje zarówno najistotniejsze cechy regulacji (celowość, działanie w granicach prawa, niezależność adresatów regulacji od regulatora, nakierowanie na cel publiczny), jak i znaczną różnorodność, z jaką mamy do czynienia w polu działań regulacyjnych. W tym ostatnim wypadku chodzi m.in. o: wielość celów szczegółowych, których realizacji służyć może regulacja; różnorodne narzędzia oddziaływania, obejmujące tak tworzenie, jak stosowanie prawa oraz formy pośrednie, a także działania należące do sfery tzw. *soft law* lub pozbawione *stricte* prawnego charakteru (np. subsydiowanie, stosowanie technik *nudge*); narzędzia te mogą mieć charakter władczy (licencjonowanie, sankcjonowanie) albo pozbawiony władztwa (informowanie, edukacja, zachęty)⁷. Wzorcowym przypadkiem tak rozumianej regulacji jest kształtowanie warunków działalności gospodarczej uczestników rynku przez niezależny organ regulacyjny. Do typowych kompetencji regulacyjnych zalicza się licencjonowanie, normowanie (określanie standardów, regulację *sensu stricto*), monitorowanie (kontrolowanie) oraz sankcjonowanie (egzekwowanie).

Zaproponowana definicja powtarza wspólne założenie, które widoczne jest we wszystkich przytaczanych w punkcie poprzednim próbach dookreślenia rozważanego pojęcia. Zgodnie z tym założeniem regulacja przynależy do dziedziny prawa. W prawnej rodzinie jest to jednak potomek dość niesforny, sprawiający liczne kłopoty wychowawcze. Po pierwsze, trudności sprawia połączenie regulacji z którąś z powszechnie przyjętych form oddziaływania prawnego. Z tego punktu widzenia regulacja obejmuje zarówno akty tworzenia, jak i stosowania prawa, a także różnorakie formy pośrednie (Hoff 2005, 48–49). Po drugie, w kontekście polskiego ustroju prawnego podnosi się, że ta część działalności regulatora, która polega na stanowieniu norm ogólnych, nie daje się w przekonujący sposób uzgodnić z konstytucyjnym modelem systemu źródeł prawa (Hoff 2005; Kmiecik 2009)⁸. Po trzecie wreszcie, co z punktu widzenia niniejszej pracy wydaje się najistotniejsze, regulacji – szczególnie w jej refleksyjnym wydaniu – przypisuje się nieraz odmienną od prawa logikę działania. Regulacja, zgodnie z tym ostatnim poglądem, ma być zorientowana teleologicznie; określenie celów, których realizacji ma służyć, stanowi faktycznie nieodłączny element jej opisu⁹.

⁷ Wciąż jednak można mieć wątpliwości, czy definicja ta jest dostatecznie inkluzywna, wydaje się bowiem wykluczać praktyki regulacyjne o *quasi*-prawnym charakterze, wykonywane przez podmioty prywatne (np. krajowe i międzynarodowe organizacje przedsiębiorców). Na ten temat zob. np. Grabosky 2013.

⁸ Na temat pojęcia konstytucyjnego modelu systemu źródeł prawa zob. Pichlak 2013a.

⁹ Ujawniają to już przywołane wyżej definicje regulacji, jakie spotkać można zwłaszcza na gruncie publicznego prawa administracyjnego. Zob. szerzej Szydło 2005, 89 i n.

Ujmując rzecz w języku teorii systemów, powiedzieć można, że regulacja realizuje program celowościowy. System prawa ma się natomiast kierować logiką odmienną, zgodnie z którą determinującą rolę odgrywa nie *pro futuro* określony cel, ale uprzednio zdefiniowane wzorce normatywne – wedle terminologii Luhmanna system ten realizuje program warunkowy (Luhmann 1988b, 24)¹⁰. Stąd też, jak się zauważa, nauki prawne mają pewną trudność z wpasowaniem zjawiska regulacji w swoje tradycyjne ramy kategorialne (Parker, Scott, Lacey i Braithwaite 2004; Black 2008, 447–448). Można podnieść zresztą, że regulacja (podobnie jak nadzór, o czym za chwilę) jest praktyką z pogranicza prawa, ekonomii, administracji i polityki. W języku teorii systemów można wyrazić to w ten sposób, że jest ona systemem zbudowanym ze sprzężeń strukturalnych wymienionych systemów. Nie dziwi zatem, że determinanty prawne (wymogi legalności) są tylko jednym z czynników wpływających na tę praktykę.

Obok samego pojęcia regulacji wprowadzenia wymaga także kilka innych podstawowych wyrażen, którymi posługuję się w dalszych rozważaniach. W pierwszej kolejności wskazać należy na pojęcia *regulatora* (podmiotu regulacyjnego) oraz podmiotu, którego działalność podlega regulacji (w skrócie, podmiotu podległego regulacji lub *adresata regulacji*). Pierwszy z nich oznacza podmiot (organ administracji publicznej lub niezależną agencję, której powierzone zostały zadania regulacyjne), któremu przysługuje prawem określona kompetencja do wykonywania czynności z zakresu regulacji. Chodzić tu może o, wyróżnione wyżej, kompetencje licencjonowania (koncesjonowania) danej działalności, jej normowania, kontrolowania lub sankcjonowania, czy też o jakąś wiązkę wybranych lub wszystkich tych kompetencji. Wynika z tego, że dana działalność adresata regulacji może być przedmiotem aktywności kilku regulatorów, spośród których np. jeden będzie posiadał kompetencje normodawcze, a inny kontrolne. Przykładowo, działalność instytucji bankowej w zakresie udzielania kredytów będzie podlegać regulacji m.in. przez parlament (tworzenie ustaw), ministra finansów (wydawanie rozporządzeń), Komisję Nadzoru Finansowego (nakładanie kar), Radę Polityki Pieniężnej (ustalanie wysokości stóp procentowych), wreszcie: sądownictwo powszechne (wydawanie wyroków w sprawach między kredytobiorcą a bankiem). Ten sam bank w innym zakresie swojej działalności – np. jako pracodawca – podlegać będzie regulacji ze strony parlamentu, ministra pracy, Państwowej Inspekcji Pracy, sądów pracy itd.

Adresat regulacji z kolei to – zgodnie z tym, co powiedziałem już wyżej – niezależny od regulatora podmiot, będący adresatem szczególnej normy kompetencyjnej nakazującej podporządkować się działaniom regulatora w zakresie objętym kompetencją regulacyjną. Najczęściej, choć nie zawsze, adresatem tym

¹⁰ Wydaje się jednak, że stanowisko Luhmanna – jak to często bywa – jest zbyt pryncypialne, a prawo realizuje w różnym stopniu obie te orientacje (Parker et al. 2004, 4).

będzie przedsiębiorca – podmiot prowadzący w sposób profesjonalny działalność gospodarczą.

Regulator oraz adresat regulacji to centralni *uczestnicy systemu regulacyjnego*, w którym, oprócz nich, uczestniczyć jednak mogą również inne podmioty. W szczególności będą to zwierzchnicy regulatora w systemie hierarchicznym, otoczenie polityczne (główne siły polityczne, które mogą wywierać wpływ na działalność regulatora lub adresata regulacji) i interesariusze zewnętrzni (np. publiczne grupy interesu i inni przedstawiciele społeczeństwa obywatelskiego). *System regulacyjny* tworzony jest przez całość relacji między wskazanymi podmiotami (uczestnikami systemu). Spośród wszystkich tych relacji kluczowy charakter ma, rzecz jasna, ta pomiędzy regulatorem a adresatem regulacji, którą – dla odróżnienia od pozostałych – określać będę mianem *relacji regulacyjnej*.

W ramach relacji regulacyjnej regulator może podejmować wobec adresata regulacji różnorodne *interwencje regulacyjne*. Przez termin ten należy rozumieć każde celowe i bezpośrednie działanie regulatora wobec adresata regulacji, które realizuje którąś z przysługujących regulatorowi kompetencji regulacyjnych.

Każda relacja regulacyjna funkcjonuje w określonym *otoczeniu normatywnym*. Otoczenie to można podzielić na cztery podstawowe podobszary. Dwa pierwsze tworzone są przez zewnętrznego względem regulatora prawodawcę, zazwyczaj w formie prawa powszechnie obowiązującego. Są to normy prawne regulujące aktywność samego regulatora (normy ustrojowe i proceduralne) oraz normy prawa materialnego określające prawa i obowiązki adresatów regulacji, których przestrzegania strzeże regulator. Trzecia grupa norm to normy stanowione bezpośrednio przez regulatora, nierzadko w postaci *soft law*, które kształtują sytuację adresatów regulacji. Wreszcie grupę czwartą stanowią te normy, które – tam, gdzie jest to dopuszczalne – tworzone są przez samych adresatów w drodze samoregulacji. Jak stąd wynika, tylko część regulacji istotnych w danym systemie regulacyjnym jest tworzona przez regulatora; znacząca ich część pochodzić będzie od innych uczestników tego systemu.

Wreszcie w poniższych rozważaniach szczególne znaczenie ma pojęcie *programu regulacyjnego* lub *strategii regulacyjnej*. Pod pojęciem tym należy rozumieć koncepcję normatywną (przyjmowaną w praktyce lub w doktrynie), określającą pożądaną metodologię regulacji. Mówiąc prościej, strategia regulacyjna określa, jak regulacja powinna wyglądać w praktyce, najczęściej poprzez wskazanie pożądanego celu regulacji, prowadzących do niego środków (metody) i procedur oraz sposobu kształtowania relacji w systemie regulacyjnym. Przyjęty program (strategia) regulacji stanowi jedną z kluczowych własności pozwalających scharakteryzować dany system regulacyjny.

Pojęcie programu regulacji różni się zatem zakresowo od spotykanych w literaturze pojęć *modelu* lub *reżimu* regulacyjnego. Teoretycznie nic nie stoi na przeszkodzie, aby określone programy traktować jako modele (mielibyśmy wówczas do czynienia z rozróżnieniem na programy-modele oraz konkretne programy,

rzeczywiście wdrażane w praktyce). Takie zresztą podejście, polegające na modelowaniu programów regulacyjnych, przyjęte zostaje w dalszych rozważaniach, w których koncentrują się na ogólnych typach programów, a konkretne przykłady empiryczne przywołuję głównie jako przykłady. W praktyce jednak pod pojęciem modelu zwykło się w polskiej literaturze rozumieć raczej formalno-instytucjonalne ramy działalności regulatora (por. Zawadzka 2017). Z kolei pojęcie reżimu regulacyjnego, spopularyzowane przede wszystkim przez Christophera Hooda, Henry'ego Rothsteina i Roberta Baldwin (2001), jest zakresowo szersze od stosowanego tu pojęcia programu i uwzględnia wiele innych własności systemu regulacyjnego (które to własności autorzy dzielą na kontekst oraz zawartość reżimu). Przyjęte w pracy pojęcie programu celowo koncentruje się tylko na wybranych aspektach tak rozumianego reżimu, obejmując przede wszystkim te jego własności, które autorzy cytowanej pracy określają mianem stylu regulacji (Hood, Rothstein i Baldwin 2001, 32).

1.3. Refleksyjna regulacja

Rozumienie refleksyjności jako własności regulacji (regulacji refleksyjnej) będzie pochodną tego, co dotychczas powiedziano na temat refleksyjności w ogóle. Tak jak poznanie refleksyjne jest przeciwieństwem bezpośredniego wglądu i naoczności poznawania, tak refleksyjna regulacja przeciwstawia się koncepcji regulacji bezpośredniej, która wprost ingerowałaby w daną praktykę. Jednokierunkowość oddziaływania regulatora na adresata regulacji, z jaką spotykamy się w bardziej klasycznych ujęciach (model *Command & Control*), zostaje tu zastąpiona modelami przyjmującymi cyrkularny i rekursywny charakter relacji regulacyjnej. Można powiedzieć, że z perspektywy teorii refleksyjności jednym z podstawowych problemów systemu regulacyjnego staje się kwestia poznania i kontrolowania siebie samego: swoich możliwości i ograniczeń.

Za Orenem Perezem można przyjąć, że istota postrzegania regulacji jako procesu refleksyjnego sprowadza się do akceptacji trzech podstawowych założeń: *primo*, uznania ograniczonych możliwości regulacyjnych państwa, ze względu zarówno na złożoność systemów społecznych poddawanych regulacji, jak i ograniczenia poznawcze podmiotów regulujących; *secundo*, rozwijania pośrednich form regulacji, mniej epistemicznie wymagających w porównaniu z bardziej tradycyjnymi, bezpośrednimi sposobami regulowania; *tertio*, podkreślenia wagi, jaką dla systemów regulacyjnych ma refleksyjne uczenie się (samoobserwacja) (Perez 2011, 745). Wszystkie te założenia wydają się zgodne z ogólną perspektywą wyznaczaną przez paradygmat refleksyjności. Zarazem, uznając te trzy przesłanki, można na ich podstawie rozwijać różne, nieraz znacząco odmienne szczegółowe koncepcje refleksyjnej regulacji. Jak widać, z podobnym zjawiskiem mamy do czynienia na wszystkich możliwych poziomach mówienia o refleksyjności: czy

to w filozofii ogólnej, czy w socjologicznych teoriach refleksyjności, czy w teoretycznych projektach prawa refleksyjnego, czy wreszcie w przypadku koncepcji refleksyjnej regulacji – wszędzie paradygmat refleksyjności może prowadzić do zróżnicowanych propozycji szczegółowych.

Przypadek refleksyjnej regulacji jest przy tym o tyle interesujący, że wiodące propozycje w tym obszarze odtwarzają co do zasady główne stanowiska, jakie udało się wyodrębnić w ramach socjologicznej teorii refleksyjności prawa. Będą to programy: regulacji refleksyjnej jako metaregulacji; regulacji responsywnej wraz z pokrewnym mu programem regulacji opartej na zasadach; regulacji opartej na ryzyku¹¹. Mowa tu o programach, które stanowiły bądź stanowią składowe oficjalnych polityk regulacyjnych na poziomie krajowym lub międzynarodowym. Jednocześnie każdy z nich jest także rozwijany w literaturze akademickiej od strony teoretycznej, co pozwala traktować je jako modele z obszaru nauk prawnych. Oczywiście, między oficjalną polityką w różnych dziedzinach a jej teoretycznym opracowaniem nigdy nie zachodzi tożsamość; w niniejszym rozdziale koncentruję się na propozycjach nauki. Niemniej jednak między obydwoma obszarami (teorią i praktyką regulacji) zachodzą zazwyczaj intensywne związki, które uwydatniają praktyczne znaczenie rozważanych tu koncepcji.

W dalszych rozważaniach omawiam przywołane przed momentem programy we wskazanej kolejności (regulacja refleksyjna jako metaregulacja; regulacja responsywna oraz oparta na zasadach; regulacja oparta na ryzyku), koncentrując się przy tym na ich ewentualnych związkach z odpowiednimi teoriami refleksyjności prawa. Takie osadzenie w szerszej ramie teoretycznej pozwala, jak sądzę, lepiej zrozumieć założenia leżące u podstaw omawianych programów regulacyjnych. W szczególności pozwala to ukazać, w jaki sposób w ramach każdego z nich pojmowana jest kwestia refleksyjnego charakteru regulacji – i jakie praktyczne konsekwencje dla polityki regulacyjnej mogą z tego wynikać.

Należy przy tym odnotować, że programy te nie powinny być postrzegane jako wzajemnie się wykluczające. W rzeczywistości bowiem często dochodzić będzie do ich łączenia zarówno na płaszczyźnie teoretycznej (Parker 2002; J. Braithwaite 2003; Black i Baldwin 2010), jak i praktycznej¹². Ich łączenie jest

¹¹ Obok tych wskazanych w literaturze wymienia się również co najmniej kilka innych określeń dla różnorodnych strategii regulacyjnych, np. *judgment-based*, *performance-based* czy *management-based*, nie mówiąc już o takich sformułowaniach jak *better regulation* lub *smart regulation*. Wydaje się jednak, że za wprowadzaniem nowych terminów często stoją raczej względy retoryczno-propagandowe niż przesłanki merytoryczne, a takie rzekomo nowe programy powielają wiele założeń innych, dostępnych już modeli. Przy pewnym rozchwianiu terminologicznym, z jakim mamy tu do czynienia, można zasadnie uznać, że wymienione przeze mnie programy utrzymują dominującą pozycję tak w praktyce, jak i w teorii regulacji refleksyjnej.

¹² Tak np. FSA, angielski regulator rynku finansowego, łączył w praktyce strategię regulacji opartej na zasadach (wpisującej się w nurt regulacji responsywnej) oraz regulacji opartej na ryzyku (por. Black 2005; Hutter 2005; Ford 2008).

– przynajmniej do pewnego stopnia – możliwe, ponieważ każdy z nich kładzie nacisk na odmienny aspekt strategii regulacyjnej. W przypadku regulacji responsywnej (i różnych jej wariacji) będzie to charakter relacji między regulatorem a adresatem regulacji; dla regulacji refleksyjnej (rozumianej jako metaregulacja) kluczowe znaczenie będzie mieć struktura systemu regulacyjnego; regulacja oparta na ryzyku kładzie zaś nacisk na cele i relewantne standardy strategii regulacyjnych.

2. Regulacja refleksyjna jako metaregulacja

2.1. Wprowadzenie

Niniejszy podrozdział ma na celu prezentację powiązanych ze sobą strategii samoregulacji oraz metaregulacji z perspektywy teorii systemów, a teorii prawa refleksyjnego w szczególności. Nie jest to, rzecz jasna, zamierzenie nowatorskie; tego typu interpretacje są obecne w literaturze przedmiotu (zob. zwł. Black 1996). Warto jednak pamiętać, że nie jest to bynajmniej jedyny możliwy sposób rozumienia przywołanych strategii. Mechanizmy samo- i metaregulacji są nie tylko szeroko rozpowszechnione w praktyce, ale pełnią także ważną rolę w ramach odmiennych podejść badawczych, jak choćby w, omawianych tu, regulacji responsywnej (Ayres z Braithwaite'em piszą wszak wprost o „wymuszonej samoregulacji” (Ayres i Braithwaite 1992; zob. też Parker 2002)) czy regulacji zorientowanej na ryzyko. Co do ich praktycznych zastosowań, można powtórzyć za autorami pracy *Understanding Regulation*: „Niemal wszystkie mechanizmy regulacyjne zawierają w sobie jakieś elementy samoregulacji – czy będzie to wkład w projektowanie reguł, czy też monitorowanie przez samą firmę zgodności własnego działania z obowiązującymi standardami” (Baldwin, Cave i Lodge 2012, 164). Jeśli zaś chodzi o przywołane podejścia badawcze, to zajmują się one nie tylko teoretycznym wyjaśnianiem tychże strategii, ale również ich modelowaniem na potrzeby praktyki. Jak wygląda to z perspektywy prawa responsywnego, zostanie ukazane w kolejnym podrozdziale. Tutaj natomiast koncentruję się na pytaniu, co w rozumieniu mechanizmów samo- i metaregulacji może wnieść teoria prawa refleksyjnego. Zanim jednak możliwe będzie udzielenie odpowiedzi na tak postawione pytanie, konieczne jest przybliżenie pojęć samoregulacji oraz metaregulacji.

2.2. Pojęcia samoregulacji i metaregulacji

Pojęcie samoregulacji tylko pozornie jest oczywiste, a w literaturze przedmiotu panuje w tym zakresie dość znaczny bałagan. Spotkać można na przykład takie próby jego zdefiniowania, które nadają mu w sposób mylący charakter

ideologiczny, uznając np. za jego istotowy składnik „dobrą wolę i chęć kooperacji” po stronie regulujących własną działalność podmiotów¹³. Wydaje się to raczej przejawem myślenia życzeniowego, które musi prowadzić do pojęciowej konfuzji. Jeśli rozważane pojęcie ma mieć jakąś wartość eksplanacyjną, a nie tylko ideologiczną, powinno odwoływać się do strukturalnych własności procesu samoregulacji, a nie towarzyszących mu motywacji czy rezultatów – te bowiem mogą być najróżniejsze.

Nawet jednak uznanie powyższego nie sprawia, że problem rozumienia samoregulacji znika zupełnie¹⁴. Coglianese i Mendelson proponują np. określać ją poprzez „jedność regulatora i adresata regulacji” (Coglianese i Mendelson 2010, 7), co wydaje się intuicyjnie słuszne. Okazuje się to jednak kłopotliwe, jeśli weźmiemy pod uwagę fakt, że omawiane pojęcie kojarzone jest zazwyczaj z „samoregulacją zbiorową”, a nie indywidualną – czyli z sytuacją, w której regulatorem jest jakiś podmiot zbiorowy (np. korporacja zawodowa), który oddziałuje na sytuację jednostek wchodzących w jego skład (Black 1996, 26–27). Nie można wszak utożsamiać jakiegokolwiek organizacji (regulatora) ani z sumą jej członków, ani – tym bardziej – z poszczególnymi jej członkami (adresatami regulacji). Stąd też właściwsze wydaje się określenie samoregulacji jako takiej sytuacji, w której dany system lub organizacja „sprawuje kontrolę nad kryteriami przynależności do niej oraz zachowaniem jej członków” (Baldwin, Cave i Lodge 2012, 138) bądź w której „grupa osób lub innych podmiotów, działając wspólnie, wykonuje funkcję regulacyjną wobec siebie samych oraz innych, którzy uznają ich autorytet” (Black 1996, 27).

Szczególną definicję samoregulacji, w ramach własnej koncepcji autopojezy prawa, oferuje Teubner, według którego „Samoregulacja to dynamiczny wariant samoorganizacji. System może być określony jako samoregulujący się, jeśli jest zdolny nie tylko do wytwarzania i stabilizowania własnych struktur, ale także do ich zmieniania zgodnie z własnymi kryteriami”, np. „prawo może być uznane za samoregulujące się, kiedy wytworzy nie tylko wtórne normy identyfikacji, ale także normy i procedury zmiany prawa” (Teubner 1993, 20). Ta definicja, choć osadzona w specyficznej perspektywie teoretycznej, wydaje się możliwa do uzgodnienia z punktem widzenia teorii regulacji – o ile tylko przyjąć, że owe mechanizmy zmiany własnych struktur obejmują nie tylko procesy stanowienia standardów, ale także inne typowe działania regulacyjne: licencjonowanie, kontrolowanie i egzekwowanie (sankcjonowanie).

¹³ Tak proponuje rozumieć samoregulację np. David Sinclair (zob. Coglianese i Mendelson 2010, 2). Równie niejasne i teoretycznie niesatysfakcjonujące wydają się te tradycyjne jej określenia, które wychodzą od braku aktywności państwa, czy też dobrowolnego lub konsensualnego charakteru samoregulacji (por. Parker 2007, 1).

¹⁴ Na temat różnych sposobów rozumienia tego wyrażenia w literaturze zob. zwł. Black 2001a, 116–121.

Przytoczone wyżej definicje – przy różnicach co do ich precyzji – wydają się teoretycznie zasadne. W praktyce jednak pojawia się trudność z określeniem ich zakresu: niemal wszystkie reżimy regulacyjne okazują się odznaczać samoregulacją. Nie widać też przesłanek, jak mielibyśmy te różnorodne systemy wzajemnie różnicować. Mówiąc inaczej, w ramach takiej perspektywy nie istnieje żadna zasadnicza różnica między trzyosobowym gangiem podwórkowym, jaki autor tych słów założył był w dzieciństwie, a systemem państwowym (przynajmniej tym demokratycznym) – każda z tych organizacji „sprawuje kontrolę nad kryteriami przynależności do niej oraz zachowaniem jej członków”; obie też są zdolne „nie tylko do wytwarzania i stabilizowania własnych struktur, ale także do ich zmieniania zgodnie z własnymi kryteriami”.

Ponieważ tak szeroki zakres pojęcia samoregulacji – obejmujący również system państwowy czy organizacje międzynarodowe – czyniłby to pojęcie niezbyt użytecznym, w praktyce zwykło się je zawężać i odróżniać np. od regulacji państwowej. Samoregulację kojarzy się więc najczęściej z działalnością pojedynczego przedsiębiorstwa, korporacji czy sektora gospodarki (Gunningham i Rees 1997, 364–365; Black 2001a, 113)¹⁵. Motywacje stojące za takim zabiegiem są zrozumiałe, merytorycznie jest on jednak trudny do obrony jako arbitralny. Potraktowane w ten sposób pojęcie samoregulacji nabiera charakteru czysto opisowego i zostaje pozbawione wartości teoretycznej. Powtórzmy, że większość teoretycznych ujęć samoregulacji nie daje podstaw do takiego zawężenia. Ostatecznie rzeczywiście jest tak, że „wszystkie podmioty w społeczeństwie [...] mogą i poddają się samoregulacji, w sposób formalny lub nieformalny” (Parker 2007, 1). Jest to prosta konsekwencja stwierdzenia, że każdy w jakimś stopniu ma zdolność dokonywania refleksji rozumianej jako monitorowanie własnych działań (Giddens 2003, 43–52).

Choć więc samoregulacja jest z istoty swej procesem refleksyjnym – jest to szczególna forma samozwrotności – nieszczególnie nadaje się do ukazania specyfiki tego typu regulacji, który byłby kompatybilny z teorią prawa refleksyjnego Teubnera¹⁶. W tej roli znacznie lepiej może się sprawdzić pojęcie metaregulacji.

Oczywiście, metaregulacja wiąże się dość bezpośrednio z rozważaną wyżej samoregulacją. Samoregulacja bowiem, o ile nie ma mieć charakteru ściśle prywatnego, będzie się łączyć z metaregulacyjną interwencją państwa

¹⁵ Por. także Parker 2007, 1, gdzie czytamy: „Tradycyjnie «samoregulacja» była definiowana jako formalne narzędzie regulacji stosowane w przypadku decyzji, że w stosunku do danej działalności nie powinno się dokonywać interwencji państwowej lub że interwencja taka powinna mieć niewielkie rozmiary. Dlatego też samoregulacja była określana jako dobrowolna i konsensualna regulacja stosowana przez pojedynczą firmę czy inny podmiot, albo też przez określony sektor czy gałąź przemysłu”.

¹⁶ Pojęcie samoregulacji – ze względu na swoją uniwersalność – może natomiast stanowić dogodnie narzędzie do analizy procesów regulacji z perspektywy teorii systemów w wersji proponowanej przez Luhmanna.

(regulatorów reprezentujących władzę publiczną). Można zatem postrzegać zjawisko metaregulacji jako „regulację samoregulacji” (Brown i Scott, 2010, 15; Simon, *Meta-Regulation in practice...*), czyli próbę oddziaływania na reżimy samoregulacyjne – jako „kombinację nadzoru i dialogu” (Brown i Scott, 2010, 15). Tym samym u podstaw koncepcji metaregulacji, jak się wydaje, leży to samo rozpoznanie, które stanowi warunek wykształcenia się prawa refleksyjnego jako ewolucyjnego typu porządku prawnego. Jest to, przypomnijmy, sytuacja, w której dany system (prawny lub regulacyjny) rozpoznaje sam siebie jako system autopojetyczny wśród innych systemów autopojetycznych. Przekładając to na język teorii regulacji, którym się tu posługuję: refleksyjny system regulacyjny to taki, który postrzega zarówno sam siebie, jak i poddawane regulacji systemy jako samoregulujące się – i który próbuje oddziaływać na te systemy poprzez interwencję na metapoziomie. Stąd też strategię regulacyjną zgodną z założeniami teorii prawa refleksyjnego należy określać właśnie mianem metaregulacji¹⁷.

2.3. Metaregulacja a teoria prawa refleksyjnego

Można uznać, że strategia metaregulacji opiera się na trzech podstawowych założeniach, dotyczących odpowiednio: jej celu, właściwych środków oraz powodów, dla których jest ona wybierana; jak zobaczymy, wszystkie te założenia dają się bezpośrednio uzasadnić na gruncie teorii prawa refleksyjnego. Zgodnie z pierwszym założeniem metaregulacja ma polegać na tworzeniu odpowiednich warunków i dostarczaniu motywacji podsystemom, aby zachodzące w nich procesy samoregulacji spełniały określone wymogi – w tym przede wszystkim, aby zapewnić ich koordynację z działaniem innych podsystemów społecznych. Jak pisze Julia Black: „Celem regulacji proceduralnej jest takie ustrukturyzowanie procesów systemu [poddawanego regulacji], które zapewni, że system ten będzie brał pod uwagę wpływ, jaki jego operacje mogą wywierać na inne systemy, jednak bez prób kontrolowania materialnych skutków decyzji [podejmowanych w ramach systemu]” (Black 1996, 46). Odpowiada to stwierdzeniu Teubnera, że „prawo refleksyjne [...] ani nie przesądza autorytatywnie o społecznych funkcjach innych podsystemów, ani nie reguluje ich operacji wejścia i wyjścia [*input and output performances*], lecz wspiera te mechanizmy, które w sposób systematyczny prowadzą do dalszego rozwoju struktur refleksji w innych podsystemach społecznych” (Teubner 1983, 275). Jak już wspominałem, stwierdzenie to było dla Teubnera podstawą m.in. odróżnienia prawa refleksyjnego od prawa materialnego. Na poziomie koncepcji regulacji znajdujemy analogiczną dystynkcję, w ramach której metaregulacja przeciwstawiana jest

¹⁷ Nie przeczy to temu, że – jak już powiedziałem – wyrażenie metaregulacja bywa wykorzystywane również w ramach podejścia responsywnego (por. zwł. Parker 2002; 2013).

regulacji bezpośredniej, określanej mianem *Command & Control* (Baldwin, Cave i Lodge 2012, 147–148).

Po drugie, zarówno teoria prawa refleksyjnego, jak i strategia metaregulacji kładą nacisk na rozwiązania o charakterze proceduralnym jako najwłaściwsze dla realizacji wskazanych wyżej celów. Metaregulacja, poprzez narzucanie pewnych standardów proceduralnych, ma tym samym w założeniu „prowokować” regulowane podsystemy do uruchomienia przez nie ich własnych mechanizmów refleksyjności, jednak bez narzucania im szczegółowych rozstrzygnięć czy konkretnych celów, które miałyby one realizować (Black 1996, 46; Coglianese i Mendelson 2010; Perez 2011, 751)¹⁸. Strategia metaregulacji okazuje się zatem zgodna z teorią prawa refleksyjnego nie tylko w zakresie zakładanych celów (koordynacja), ale również środków obieranych dla ich realizacji (proceduralizacja).

Po trzecie, zbliżona w obu wypadkach jest sama diagnoza leżąca w punkcie wyjścia. Black określa tę diagnozę jako „regulacyjny trylemat”, który znamy już z pism Teubnera: prawo (*vel* regulacje) albo jest nieskuteczne w oddziaływaniu na inny podsystem społeczny, albo kolonizuje tenże system, niszcząc zastane w nim wzorce postępowania, albo wreszcie samo ulega dezintegracji wskutek presji wywieranej na nie przez inne podsystemy (Black 1996, 47; 2000, 602–603). Teoria prawa refleksyjnego (i szerzej, teoria systemów) pozwala zatem zradykalizować, często omawianą w literaturze, kwestię „niedopasowania” regulacji: nie jest to, jak zwykło się go przedstawiać, problem natury empirycznej czy technicznej (który dałoby się rozwiązać poprzez wprowadzenie jakichś „ulepszonych” rozwiązań regulacyjnych), ale analityczna przypadłość regulacji, wynikająca z samej natury systemów (Black 1996, 46). System prawny *ex definitione* nie jest w stanie za pomocą regulacji bezpośrednio oddziaływać na działanie (*performance*?) innego systemu. Tym, co pozostaje, jest strategia regulacji pośredniej, która przyjmować będzie cele i środki (powtórzmy: koordynacja, proceduralizacja) typowe dla metaregulacji.

¹⁸ Ciekawą ilustracją takiego podejścia, omawianą przez Coglianese i Mendelsona, jest tzw. *Toxic Use Reduction Act* (TURA), przyjęty w 1989 roku przez władze stanu Massachusetts. Specyfika tej ustawy polegała na tym, że nakładała ona na wybrane przedsiębiorstwa – największych „trucicieli” – obowiązek opracowania i przedstawienia planów redukcji emisji szkodliwych substancji, pozostawiając im jednak całkowitą swobodę co do treści takiego planu (zakładanego poziomu redukcji, sposobów jej osiągnięcia itd.), a nawet tego, czy plan ten faktycznie zostanie zrealizowany. Można zatem powiedzieć, że wymóg nakładany przez TURA miał charakter wyłącznie proceduralny, przez co wymuszał alokację jakiejś części zasobów danego przedsiębiorstwa w refleksyjnych procesach ukierunkowanych na realizację celów publicznych. Jak podają autorzy, emisja szkodliwych substancji w okresie od wprowadzenia TURA do 2007 roku spadła o 90%; według przeważających opinii realizacja wymogów nałożonych przez tę ustawę w istotnej mierze przyczyniła się do tego stanu rzeczy. Dla porównania, spadek emisji w tym samym czasie dla całych Stanów Zjednoczonych wynosił 61%.

2.4. Wyzwania i krytyka

Zwolennicy rozwiązań samo- i metaregulacyjnych wskazują na całą paletę dobroczynnych skutków, jakie może nieść przyjęcie tego typu strategii. Do najczęściej wymienianych należą: większa – w porównaniu z regulacją bezpośrednią – efektywność działań regulacyjnych w stosunku do nakładów, ich lepsze uzasadnienie merytoryczne (skoro regulacji dokonują sami zainteresowani, zazwyczaj dobrze zorientowani w danej problematyce), większa elastyczność i dopasowanie do zmiennych uwarunkowań. Tego typu regulacja, jak się podnosi, daje również szansę na silniejszą i zdrowszą (bo bardziej internalizowaną) motywację do przestrzegania przyjętych standardów regulacyjnych (Gunningham i Rees 1997, 366; Parker 2007, 4–5; Coglianese i Mendelson 2010, 9–11; Baldwin, Cave i Lodge 2012, 139–140, 147–148; Kasiewicz 2016, 91–92)¹⁹. Jak zresztą zauważono, zalety samoregulacji odnotował już pod koniec XIX stulecia sam Max Weber (Gunningham i Rees 1997, 370–371).

Jednocześnie panuje dość powszechne przekonanie, że metaregulacja nie jest rozwiązaniem całkowicie wolnym od problemów czy zawsze możliwym do zastosowania. Jak się wydaje, ewentualny sukces tej strategii pozostaje zależny od licznych warunków zarówno o charakterze strukturalnym (specyfika obszaru regulacji), jak i tych dotyczących regulatora oraz adresatów regulacji²⁰. Jest to niewątpliwie, jak wszystkie odmiany regulacji refleksyjnej, podejście wymagające odpowiednich kompetencji i zasobów po stronie adresatów, którzy muszą być zdolni do uruchomienia odpowiednich mechanizmów refleksji. Tym np. tłumaczy się trudności w stosowaniu metaregulacji wobec grupy małych i średnich przedsiębiorstw – problem, który relatywnie maleje w przypadku przyjęcia przez regulatora nastawienia bardziej edukacyjnego (Fairman i Yapp 2005). To wyzwanie związane z wysokimi wymaganiami, jakie stawia strategia metaregulacji, łączy ją – powtórzmy – z wszystkimi programami regulacyjnymi budowanymi na zasadzie refleksyjności.

Pozostawiając na boku powyższy problem, wobec metaregulacji podnosi się także inne wątpliwości, spośród których trzy wydają się mieć znaczenie zasadnicze. Pierwsza wiąże się z zagrożeniem braku przejrzystości i dostępności systemów meta- i samoregulacyjnych; druga – z pytaniem o publiczną odpowiedzialność podmiotów dokonujących samoregulacji; trzecia wątpliwość dotyczy tego, czy metaregulacja może rzeczywiście zachowywać charakter czysto formalny i rezygnować z narzucania adresatom bardziej materialnych celów i wartości.

Jeśli chodzi o pierwszą z wątpliwości, w literaturze zauważono, że metaregulacja może budzić zastrzeżenia z punktu widzenia wymogów sprawiedliwości

¹⁹ Jak widać, wiele z tych zalet upodabnia meta- i samoregulację do regulacji responsywnej.

²⁰ Niektóre z tych warunków próbują weryfikować empirycznie Coglianese i Mendelson (2010).

proceduralnej: w szczególności co do równego traktowania oraz równego dostępu do procesu regulacyjnego dla interesariuszy zewnętrznych (Baldwin, Cave i Lodge 2012, 145). Omawiana strategia może – zwłaszcza jeśli zmierzać będzie w kierunku modelu regulacji „opcjonalnej” – sprowadzać system regulacyjny do roli supermarketu, z którego poszczególni (najsilniejsi) adresaci wybierają sobie te towary i usługi, które im odpowiadają. Cały proces łatwo może prowadzić do uprzywilejowania wąskich grup, którym oferuje się korzystanie z rozwiązań meta- i samoregulacyjnych. Wątpliwości budzi także brak jasnego demokratycznego mandatu do dokonywania samoregulacji.

Powyższe wiąże się z drugą wątpliwością, dotyczącą odpowiedzialności samoregulujących się podmiotów za efekty ich działań (Baldwin, Cave i Lodge 2012, 142–144). W komentarzach często powraca pytanie, jak zapewnić, aby podmioty te działały faktycznie w interesie społecznym, a nie wyłącznie dla osobistych korzyści. Nie ma się co łudzić: gracze biznesowi rzadko sami z siebie będą skłonni przedkładać dobro publiczne ponad własny interes. Niezbędne są więc specjalne działania, żeby metaregulacja nie służyła wyłącznie temu ostatniemu. Działania te obejmować powinny także formalne poszerzenie zakresu odpowiedzialności publicznej (w tym prawnej) samoregulujących się podmiotów.

Co znamienne, odpowiedzi na oba powyższe wyzwania najczęściej upatruje się w... zagwarantowaniu większej responsywności takiego metaregulacyjnego reżimu. Reżim ten, aby uniknąć wskazanych wyżej pułapek, winien zatem dążyć do możliwie wysokiego stopnia transparentności, dialogiczności, otwarcia na wpływ interesariuszy zewnętrznych i społecznej kontroli. Tego typu prawidłowość ujawniła się np. w przypadku tzw. regulacji opartej na zasadach (PBR), o której piszę w kolejnym podrozdziale. Jak zobaczymy, niedostatki i zagrożenia wynikłe ze zbytniego zamknięcia się PBR w kręgu samoregulacji doprowadziły do pojawienia się postulatu zwiększenia responsywności całego systemu. Okazuje się więc, że responsywność (szerzej: zapośredniczenie refleksyjnego procesu samoregulacji w interakcji z podmiotami zewnętrznymi) stanowi w praktyce najlepszą dostępną odpowiedź na zagrożenia płynące ze „zbytnej autopoezy” systemu regulacyjnego.

Stosunkowo najrzadziej podnoszona jest w literaturze trzecia ze wspomnianych wyżej wątpliwości, choć wydaje się ona co najmniej równie istotna jak dwie poprzednie. Sprowadza się do pytania, czy metaregulacja może – zgodnie z założeniami teorii Teubnera – zachowywać charakter czysto formalny (Black 1996, 48–50; 2000, 604–606). Innymi słowy, można pytać, czy metaregulacja powinna być postrzegana jako czysto neutralna technika regulacji, w ramach której (słabsza wersja neutralności) regulator może realizować dowolne cele materialne, lub też (wersja mocniejsza) konkretne cele wybierane są przez samoregulujących się adresatów. Szczególnie to ostatnie ujęcie wydaje się bliskie Teubnerowi; zgodnie z nim metaregulator wyznaczać miałby jedynie pewne zewnętrzne ramy proceduralne, w które samoregulujący się podsystem samodzielnie wpisują

konkretne cele i wartości, które uzna za istotne. Na tym w gruncie rzeczy polegała Teubnera koncepcja „regulacji bez regulacji”.

Jest jednak wątpliwe, aby stworzenie takiego czysto neutralnego (a jednocześnie skutecznego) systemu było możliwe. Jak się zauważa, już sama teoria Teubnera zakłada bardziej czy mniej wprost uznanie określonych wartości, takich jak demokratyzacja, konsensualność czy pluralizm (Black 1996, 49–50). Szerzej, regulacja okazuje się każdorazowo wiązać z dokonywaniem takich materialnych wyborów – z podejmowaniem politycznych decyzji co do preferowanych celów i wartości. Wybory te mogą mieć charakter bardziej lub mniej otwarty, całkowicie z nich zrezygnować jednak nie sposób. Jak zauważyłem już w rozdziale II, teoria prawa refleksyjnego nie potrafiła ostatecznie zaproponować takiej wizji prawa, która byłaby wolna od tego typu rozstrzygnięć.

Problem z teorią prawa refleksyjnego – i co za tym idzie, z całym programem metaregulacji – jest jednak taki, że tego typu polityczne rozstrzygnięcia pojawiają się w nich niczym *deus ex machina*, na sposób arbitralny i nieprzejrzysty z punktu widzenia wymogów demokracji. Również pod tym względem koncepcje responsywnego prawa i regulacji responsywnej wydają się bardziej przekonujące. Kwestia wyborów politycznych znajduje się w samym centrum tych koncepcji, skoro zgodnie z nimi u podstaw wszelkich instytucji prawnych leżą konkretne wartości (nadrzędne ideały); instytucje te ponoszą także odpowiedzialność przed polityczną wspólnotą (*polity*). Koncepcje responsywne proponują zatem taką wizję refleksyjności, która – w przeciwieństwie do teorii Teubnera – nie stara się rozstrzygnięć politycznych zasłaniać lub wypierać. Zamiast tego próbuje się je tutaj uczynić lepiej legitymizowanymi.

Siłą teorii prawa refleksyjnego jest z kolei to, że – jeśli już zgodzić się na postulat responsywności i „dialogiczności” – kwestionuje ona uproszczone modele takiego dialogu, oparte na wizji jednolitej i konsensualnej wspólnoty politycznej. Ku takiej właśnie wizji zdają się nieraz ciążyć teorie stawiające w centrum responsywność. Koncepcja prawa refleksyjnego, a w ślad za nią program metaregulacji, podkreślać będą natomiast, że ewentualny dialog odbywać się musi w niejednorodnym, funkcjonalnie zróżnicowanym środowisku złożonym z różnych systemów. Takie warunki wymagają znacznie bardziej zaawansowanych mechanizmów dialogu, w których możliwy byłby skuteczny „przekład” między językami poszczególnych podsystemów (Black 2001b)²¹. Dopiero w takim wielojęzycznym dialogu, który rezygnuje z pokusy sięgania po retorykę fałszywej jedności, możliwe są rzeczywiście legitymowane rozstrzygnięcia polityczne.

²¹ Black sugeruje, że aby proponowana przez teorię prawa refleksyjnego wizja regulacji miała szanse na realizację, zachodzi potrzeba wzbogacenia systemu regulacyjnego o nowe rodzaje podmiotów – tłumaczy i mediatorów.

3. Regulacja responsywna

3.1. Wprowadzenie

Niniejszy podrozdział poświęcony jest prezentacji programu responsywnej regulacji, a także jego młodszego odpowiednika, tj. programu regulacji opartej na zasadach. Obie te strategie zdają się bowiem przyjmować podobną wizję procesu regulacyjnego. W związku z tym najpierw przedstawię program regulacji responsywnej, a także ukazę jego związki z teorią prawa autorstwa Selznicka, następnie przybliżę główne założenia regulacji opartej na zasadach (PBR), na koniec zaś zbiorę pewne uwagi odnoszące się do obu tych propozycji.

Na wstępie warto odnotować, że zasada responsywności stanowi istotny składnik oficjalnych programów i polityk regulacyjnych zarówno na poziomie krajowym, jak i międzynarodowym. Również w przypadku Polski responsywność została uznana oficjalnie za jedną z zasad tworzenia prawa, choć w ograniczonym zakresie, jedynie bowiem w odniesieniu do konsultacji społecznych (Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji 2013). Jak się zresztą odnotowuje, nawet w tym wymiarze jej realizacja w praktyce jest dość kulawa – szczególnie, lecz nie wyłącznie, po wyborach parlamentarnych z 2015 roku (Obywatelskie Forum Legislacji 2017, 12–18; 2018, 7–28). Dokument, który w bodaj najbardziej jak dotąd całościowy sposób ujmuje proces regulacyjny – czyli Program *Lepsze regulacje 2015* (Rada Ministrów 2013) – nie odwołuje się wprost do tej zasady, nawet jeśli niektóre rozwiązania w nim rekomendowane można uznać za inspirowane ideą responsywności.

3.2. Program responsywnej regulacji

Program responsywnej regulacji jako propozycja teoretyczna kojarzony jest przede wszystkim z osobą Johna Braithwaite’a, australijskiego teoretyka regulacji. Główne założenia omawianego programu autor ten przedstawił w napisanej wspólnie z Ianem Ayresem i opublikowanej w 1992 roku książce *Responsive Regulation* (Ayres i Braithwaite 1992), a następnie rozwijał je w swoich kolejnych pracach. Pomyślany początkowo jako odnoszący się do regulacji gospodarczych, nurt ten zyskiwał na popularności i wykorzystywany był w tak różnych obszarach regulacyjnych, jak zapobieganie przestępczości, rynki finansowe, prawo podatkowe, ochrona środowiska, służba zdrowia czy procesy pokojowe (V. Braithwaite 2007; Ford i Affolder 2011; J. Braithwaite 2011, 479, przypis). Użyte w poprzednim zdaniu sformułowanie „wykorzystywany” może być przy tym rozumiane dwojako: omawiana koncepcja może stanowić narzędzie analizy istniejących praktyk regulacyjnych, może jednak również – zgodnie ze swą praktyczną orientacją – służyć postulowaniu lub uzasadnianiu konkretnych zmian

w polityce regulacyjnej. Responsywna regulacja stanowi bowiem program polityczny stanowienia i stosowania prawa; program, którego postulatory nierzadko wdrażane były w praktyce.

Trudno doszukać się jednoznacznej definicji pojęcia responsywnej regulacji. Jeśli już Braithwaite jakąś proponuje, to ociera się ona o błąd *idem per idem*²². W tej sytuacji, charakteryzując ten program, należy odwołać się do jego podstawowych cech i założeń. Do tych zaliczyć można m.in. ukierunkowanie na cel, antyformalizm, kontekstowość, stopniowalność interwencji regulacyjnej, partycypacyjną wizję regulacji i delegację kompetencji regulacyjnych, wreszcie – gotowość do uczenia się²³.

Responsywna regulacja cechuje się antyformalizmem w tym sensie, że w centrum zainteresowania stawia nie reguły, których przestrzeganie należałoby egzekwować, ale cele i wartości, na których zależy regulatorowi. Zależnie od kontekstu ich realizacji służyć mogą zróżnicowane instrumenty; kwestia tego, po jakie szczegółowe narzędzia regulacyjne winien sięgnąć regulator, nie może zostać przesądzona *in abstracto*. Program responsywnej regulacji na ogólnym poziomie nie może być zatem zbiorem konkretnych metod regulacji czy tym bardziej gotowym do zastosowania podręcznikiem dla regulatora (J. Braithwaite 2002, 29; 2011, 490–493).

Tym, co niezależne od szczegółowych uwarunkowań, jest ogólne zalecenie stopniowania interwencji regulacyjnych, od mniej do bardziej ingerencyjnych. Zasada stopniowalności (model piramidy regulacyjnej) jest jedną z kluczowych składowych responsywnej regulacji; jest również tym elementem omawianej koncepcji, który wywołał najszerzy oddźwięk w literaturze i w praktyce (Parker 2013, 4). Autorzy proponują w tym kontekście postrzegać dostępne regulatorowi opcje działania w formie piramidy, na dole której znajdują się „miękkie” narzędzia oddziaływania (te powinny być stosowane najczęściej, jako zazwyczaj wystarczające), na szczycie zaś – „twarde” instrumenty w postaci jednoznacznych reguł i bezwzględnych sankcji. Przykładowo, chcąc uregulować wybrany obszar życia społecznego, regulator może rozpocząć od działań edukacyjnych i od formułowania niewiążących rekomendacji, licząc na samoregulację po stronie adresatów; następnie – jeśli to by nie wystarczało – może przymusić zainteresowane podmioty do samodzielnego wypracowania wiążących standardów (wymuszona samoregulacja), a dalej może ustanowić standardowe reguły z możliwością, aż wreszcie – z koniecznością zastosowania sankcji w razie ich naruszenia (por. Ayres i Braithwaite 1992, 39).

²² „Podstawowa idea responsywnej regulacji polega na tym, że rząd powinien być responsywny wobec zachowań podmiotów podlegających regulacji podczas podejmowania decyzji, czy potrzeba bardziej czy mniej interwencyjonistycznej odpowiedzi” (J. Braithwaite 2002, 29).

²³ John Braithwaite (2011) wymienia i omawia dziewięć takich podstawowych „heurystyk” (zasad) responsywnej regulacji.

Zdaniem autorów taka stopniowalność przynosi korzyści zarówno po stronie regulatora, jak i adresatów regulacji. Ten pierwszy będzie interweniować częściej i skuteczniej, jeśli będzie mógł sięgnąć po mało ingerencyjne narzędzia z dolnej części piramidy; gdyby w jego arsenale znajdowały się jedynie twarde sankcje, w wielu sytuacjach mógłby on nie podejmować działań z niechęci do sięgania po „opcję atomową”. Przyznanie regulatorowi wyłącznie „silnych” instrumentów (w duchu prawnego formalizmu) czyniłoby go zatem, paradoksalnie, mniej skutecznym (Ayres i Braithwaite 1992, 36). Jeśli chodzi o adresatów, będą oni bardziej skłonni dostosować się do oczekiwań regulatora na wczesnym etapie, chcąc uniknąć sytuacji, w której ten ostatni sięgnąłby po twardsze metody wymuszania posłuchu. Jak stwierdzają autorzy, ten, kto trzyma w ręku gruby kij, może przemawiać łagodnie (Ayres i Braithwaite 1992, 19). Największa jednak korzyść z metody stopniowania interwencji zachodzi, według autorów, we wzajemnej relacji między regulatorem a adresatami regulacji: jeśli na wczesnym etapie interwencji („w dole” piramidy) podejmą oni dialog i współpracę, będzie to wzmacniać ich wzajemne zaufanie i odpowiedzialność. W ten sposób responsywna regulacja ma przyczyniać się do rozwoju „wspólnoty regulacyjnej” oraz do wzrostu kompetencji moralnych po obu stronach relacji regulacyjnej.

Jak widać, w zamyśle autorów koncepcja piramidy nie tylko ma służyć celom pragmatycznym (efektywność regulacji), ale także przyczyniać się do urzeczywistniania innych kluczowych zasad responsywnej regulacji: partycypacji i podmiotowego traktowania adresatów regulacji. Jak stwierdza Braithwaite, to właśnie responsywne, oparte na zaufaniu relacje między regulatorem a adresatem regulacji są sercem jego projektu; ten warunek nie może zostać pominięty i zastąpiony żadnym rozwiązaniem na poziomie techniki regulacji (choć może znaleźć wsparcie w takich rozwiązaniach) (J. Braithwaite 2013, 137–138).

Partycypacyjny charakter tej koncepcji ma wiele wymiarów: od „aktywnego słuchania” po stronie regulatora w celu lepszego rozumienia problemów i wyzwań regulacyjnych oraz oczekiwań interesariuszy (J. Braithwaite 2011, 493–501), przez włączanie adresatów w proces decyzyjny (samoregulacja lub współregulacja) (Ayres i Braithwaite 1992, 101 i n.), po udział przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego – grup interesu publicznego – w procesach tworzenia i egzekwowania prawa²⁴. Co warto odnotować, wszystkie te działania partycypacyjne z jednej strony wzmacniają refleksyjność i responsywność uczestników procesu regulacyjnego, z drugiej jednak – zakładają u nich pewien stopień refleksyjności i responsywności już w punkcie wyjścia, jako warunek swojej możliwości. Można zatem uznać, że responsywna regulacja nie byłaby możliwa bez responsywności tych, do których jest kierowana. Mówiąc inaczej, refleksyjność procesu regulacji

²⁴ Ideę, zgodnie z którą w procesach regulacyjnych współuczestniczyć mieliby: regulator, adresaci regulacji oraz grupy interesu publicznego, autorzy określają mianem „trójstronności” (*tripartism* (Ayres i Braithwaite 1992, 54 i n.)).

jest warunkowana przez refleksyjność uczestników tego procesu. Nie dziwi więc, że istotną składową omawianego programu jest zarówno poważne, podmiotowe traktowanie przez regulatora pozostałych interesariuszy, jak i pytanie o rozwój odpowiednich kompetencji po stronie tych ostatnich.

W tym kontekście autorzy podkreślają, że dla responsywnej regulacji zachęty i pochwały są równie istotne co (potencjalne) sankcje: o ile groźba użycia tych ostatnich, dostarczając motywacji zewnętrznej, skłania do podporządkowania podmioty działające zgodnie z modelem racjonalnego wyboru, o tyle bodźce pozytywne wzmacniają chęć współpracy podmiotów kierujących się poczuciem odpowiedzialności, zgodnie z modelem „cnotliwego” obywatela, dla którego kluczową rolę odgrywa motywacja wewnętrzna. Autorzy odnotowują (i ugruntowują empirycznie), że wśród adresatów regulacji występują co najmniej dwójakiego rodzaju motywacje do postępowania zgodnie z prawem: dla części jest to odpowiedzialność pasywna, czyli groźba sankcji, dla części (o ile nie większość) – odpowiedzialność aktywna, czyli wewnętrzna skłonność do postępowania w sposób uznany za właściwy (Ayres i Braithwaite 1992, 19–30)²⁵. Co więcej, ten sam podmiot – zarówno człowiek, jak i organizacja – może łączyć sprzeczne motywacje (Ayres i Braithwaite 1992, 30–35). Zarówno z pragmatycznego, jak i z moralnego punktu widzenia ważne jest zatem, aby regulacja, tam gdzie to możliwe, jak najszerzej odwoływała się do poczucia aktywnej odpowiedzialności. Raz jeszcze widać, jak założenia programu responsywnej regulacji uzasadniają zastosowanie strategii „piramidy” (stopniowania): w wielu przypadkach odwołanie się przez regulatora do miękkich narzędzi oddziaływania będzie wystarczające; z drugiej strony zbyt pospieszne sięganie po środki bezpośredniego przymusu (sankcje lub ich groźbę) może wypaczać motywacje i korumpować moralnie tych, którzy początkowo skłonni byli do współpracy z wewnętrznego poczucia odpowiedzialności (Ayres i Braithwaite 1992, 24–25).

Nawet z dotychczasowych, ogólnych uwag powinno wynikać dostatecznie jasno, że responsywna regulacja jest z perspektywy regulatora strategią wymagającą. O niezbędnych kompetencjach moralnych była już mowa; nie mniej ważne pozostają kompetencje poznawcze. Dlatego też ostatnią omawianą tu zasadą programu responsywnej regulacji jest gotowość do uczenia się (J. Braithwaite 2011, 512–518). W myśl tej zasady regulator powinien stale refleksyjnie kontrolować efekty własnych działań (lub ich braku) zarówno w wymiarze stanowienia, jak i egzekwowania reguł. Wymóg ten wydaje się oczywisty, nie tylko zresztą z punktu widzenia regulacji responsywnej. Problem polega jednak na tym, jak zrealizować go w praktyce: w jaki sposób zapewnić efektywny przepływ, interpretację i wykorzystanie wiedzy w ramach organizacji. Rzeczywistość zna niejednen przykład niepowodzenia w tym zakresie (jednym z bardziej spektakularnych

²⁵ Ta sama zasada odnosi się zresztą także do zaangażowania grup interesu publicznego i, szerszej, budowania wszelkich form regulacyjnej współpracy (Ayres i Braithwaite 1992, 88–97).

jest kryzys finansowy zapoczątkowany w 2007 roku – zob. np. Black i Baldwin 2010, 182–183; J. Braithwaite 2011, 493–494; Perez 2011, 743–746; Halliday, Levi i Reuter 2014), a autorzy omawianego programu zdają sobie sprawę z istniejących tu trudności. Sprawa komplikuje się dodatkowo, jeśli zauważyć, że postulat uczenia się jest przeciwny logice oczekiwań normatywnych, którą np. Luhmann uznaje za istotową dla systemu prawnego (zob. Black 2008, 447–448). Jeśli więc prawo ma być otwarte na zmiany pod wpływem informacji o tym, że jego wymagania nie są spełniane, musi niejako wykroczyć poza swój tradycyjny paradygmat normowania.

3.3. Responsywna regulacja a prawo responsywne

Jeśli wierzyć deklaracjom autora, koncepcja responsywnej regulacji powstała w znacznej mierze niezależnie od teorii prawa sformułowanej przez Selznicka. Braithwaite tak przedstawiał tę kwestię: „Ian [Ayres] i ja mieliśmy już napisane trzy czwarte *Responsywnej regulacji*, kiedy Ian zaproponował to właśnie określenie” (J. Braithwaite 2011, 478). Jeśli chodzi o samego Selznicka, jego reakcję na ten projekt trudno ponoć było uznać za entuzjastyczną (J. Braithwaite 2013, 126). Nie zmienia to faktu, że obie koncepcje wyraźnie współbrzmiały ze sobą. Twórcy programu responsywnej regulacji jako najważniejsze wspólne założenia wymieniają te dotyczące elastyczności, ukierunkowania na cele i kompetencje, partycypacji obywatelskiej i podejścia negocjacyjnego (Ayres i Braithwaite 1992, 5); podobieństw jest jednak znacznie więcej. Spora ich część wydaje się oczywista już na podstawie dotychczasowych uwag. Tutaj dodajmy tylko kilka być może mniej rzucających się w oczy, a niezmiernie istotnych punktów, w których Braithwaite i Ayres wydają się – celowo czy nie – podążać drogami wytyczonymi przez autora *The Moral Commonwealth*.

Po pierwsze, projekt responsywnej regulacji w typowy dla Selznicka sposób łączy opis z normatywnością. Trudno oddzielić od siebie fragmenty, w których autorzy stwierdzają, *czym jest*, od tych, w których deklarują, *czym powinna być* regulacja. Jak się zdaje, wynika to z iście Selznickowego przeświadczenia, że regulacja jest (jak powiedziałby Lon Fuller) „przedsięwzięciem celowym”: że jako instytucja publiczna realizuje określony nadrzędny ideał, który definiuje jej społeczne zadania i odpowiedzialność. Wszystko, co rekomenduje projekt responsywnej regulacji, może być odczytywane jako służące urzeczywistnieniu tego ideału. Mówienie o tym ideale ma zresztą sens – to kolejny wspólny trop – tylko przy uwzględnieniu jego konkretnych urzeczywistnień w praktyce (Ayres i Braithwaite 1992, 99).

Po drugie, oba projekty okazują się bliskie, jeśli chodzi o ich moralno-polityczny horyzont. Przyjęta przez Selznicka wersja komunitaryzmu znajduje swój odpowiednik w wyznawanych przez Braithwaite’a ideach republikanizmu. Jak

przyznaje ten ostatni, cały pomysł responsywnej regulacji najwłaściwiej byłoby interpretować przez pryzmat republikańskiej idei wolności jako braku dominacji (J. Braithwaite 2013). Republikanizm oznacza jednak również, bliski komunitaryzmowi, nacisk na wspólnotę: zarówno jako warunek skutecznej regulacji, która czerpie ze „wspólnotowych źródeł porządku” (Ayres i Braithwaite 1992, 17), jako „środowisko” regulacji, która budowana jest wewnątrz relacji pomiędzy uczestniczącymi w niej podmiotami, jak również jako jej cel – regulacja ma bowiem wzmacniać wspólnotę i budować „kulturę regulacyjną” (Ayres i Braithwaite 1992, 91–94). Republikańsko-komunitarystyczna jest wreszcie wizja uczestnika tejże regulacyjnej kultury: podmiotu kierującego się w swym postępowaniu cnotami publicznymi i poczuciem odpowiedzialności, zaangażowanego i oddanego sprawom wspólnoty (zgodnie z przywoływaną przez Selznicka kategorią *piety*, oddania, której u Braithwaite’a odpowiada pojęcie odpowiedzialności aktywnej).

Wreszcie, po trzecie, zarówno koncepcja prawa responsywnego, jak i jej odpowiednik w teorii regulacji okazują się wysoce dwuznaczne jako teorie „wysokiego ryzyka” (por. Nonet i Selznick 1978, 5–7). Jako takie, roztaczają wprawdzie pociągające (w pewnym sensie utopijne) wizje, są jednak podatne na wypaczenia. W obydwu wypadkach autorzy zdają sobie sprawę z tych zagrożeń, na które ponownie udzielają zbliżonych odpowiedzi. Jak pamiętamy z rozdziału poświęconego koncepcji Selznicka, będzie to z jednej strony konieczność funkcjonowania dostatecznie silnej wspólnoty politycznej, której członkowie będą angażować się w sprawy publiczne, z drugiej zaś – zagwarantowanie posiadania odpowiednich kompetencji kognitywnych przez instytucje prawne czy regulacyjne.

3.4. Regulacja oparta na zasadach (PBR)

Termin „regulacja oparta na zasadach” (*principles-based regulation*, dalej również jako PBR) zawdzięcza swoją popularność w głównej mierze działalności jednego podmiotu: Financial Services Authority (FSA), brytyjskiego regulatora rynku finansowego. Ta instytucja, operująca w latach 2001–2013, od początku swojego istnienia przyjęła PBR jako swoją nadrzędną strategię regulacyjną (Ford 2008; Black 2010b; por. też The Financial Services Authority 2007). Czerpiąc inspirację z tego przykładu, także inni regulatorzy – zarówno krajowi, jak i międzynarodowi – zaczęli posługiwać się sformułowaniem *principles-based regulation* (Black 2010b, 3). Strategia PBR kojarzona jest przede wszystkim z regulacjami rynków finansowych, na których działają duże korporacje o złożonej strukturze wewnętrznej; pojawiają się jednak próby przeniesienia tego modelu także na inne sfery regulacji, takie jak wspólna polityka rolna Unii Europejskiej (Purnhagen i Feindt 2017).

W swoim najogólniejszym znaczeniu PBR określana jest przez odróżnienie od regulacji opartej na regułach, co stanowi czytelne nawiązanie do dobrze

zakorzenionej w teorii prawa opozycji: reguły–zasady. Strategia PBR odwołuje się tym samym do różnych cech przypisywanych w odmiennych koncepcjach zasadom prawnym: jako strategia regulacyjna miałyby posługiwać się standardami ogólnymi, semantycznie otwartymi, elastycznymi i zaangażowanymi aksjologicznie²⁶. Wydaje się jednak, że rozważane pojęcie wykracza poza tradycyjne rozróżnienie reguł i zasad na co najmniej dwa sposoby: raz, że posiada ono dość wyraźny ciężar normatywny, przedstawiając PBR jako „lepszą siostrę” regulacji opartej na regułach (o czym dalej), dwa, że strategii tej, jak podnosi się w literaturze, nie można sprowadzać wyłącznie do kształtu stanowionych norm. Obejmuje ono także pewną „filozofię instytucjonalną”, czyli określony sposób kształtowania wzajemnych relacji między regulatorem, adresatami regulacji, interesariuszami i otoczeniem politycznym (Ford 2008, 60; Awrey 2009, 84–89; 2011, 282–285).

Julia Black wyróżnia w tym kontekście dwa podstawowe „typy idealne” PBR, w zależności od dominującego nastawienia po stronie regulatora: typ formalny oraz materialny (Black 2010b, 4 i n.). Z pierwszym z nich mamy do czynienia wtedy, gdy regulator ogranicza się do stanowienia norm o charakterze zasad²⁷; drugi typ wiąże się z praktycznym nastawieniem przyjmowanym przez regulatora, niezależnie od formy stanowionych norm. Na nastawienie to składają się przede wszystkim: ukierunkowanie na rezultaty (a nie na normy czy procedury), dialogiczność w relacjach z podmiotami podległymi regulacji, przeniesienie części odpowiedzialności (i związanego z tym ryzyka) za właściwą interpretację i stosowanie standardów na samych adresatów, co łączy się często z metaregulacją (zamiast kontrolować działalność adresatów bezpośrednio, nadzorowi poddaje się ich wewnętrzne mechanizmy kontrolne). Oczywiście, formalny i materialny wymiar regulacji opartej na zasadach mogą być łączone w praktyce, dając w rezultacie, wedle określenia autorki, model „pełnej PBR” (Black 2008, 434–435). W istocie jednak to istnienie (lub brak) materialnego wymiaru odgrywa decydującą rolę w uznaniu danego reżimu regulacyjnego za oparty na zasadach. „Instytucjonalna filozofia” przeważa nad sposobem wyrażenia regulacji w oficjalnych aktach.

Drugim kryterium, według którego Black różnicuje formy regulacji opartej na zasadach, jest architektura relacji regulacyjnych: czy jest to relacja dwustronna między regulatorem a adresatem („diadyczna PBR”), czy też ma ona charakter wielostronnej sieci, włączając także inne podmioty („policentryczna PBR”) (Black 2010b, 9 i n.). Drugie z rozwiązań wydaje się bliskie idei trójstronnej partycypacji, jaką spotkać można w koncepcji regulacji responsywnej, jakkolwiek

²⁶ W polskiej literaturze por. zwł. Kordela 2014, *passim*.

²⁷ Oczywiście, nie oznacza to, że wszystkie normy stanowione przez regulatora mają taki charakter; byłyby to w praktyce niewykonalne. PBR oznacza zatem, że stanowione regulacje zawierają w sobie zarówno reguły, jak i zasady (por. Black 2010b, 5; Awrey 2011, 282).

nie są to koncepcje tożsame²⁸; w omówieniu policentrycznej PBR autorka koncentruje się nie na udziale organizacji społecznych, ale na wielopoziomowych reżimach regulacyjnych, z którymi mamy do czynienia m.in. w przypadku regulacji rynków finansowych. W reżimach tego typu wyróżnić można regulacje na poziomie międzynarodowym, regionalnym, narodowym, lokalnym, a wreszcie – na poziomie pojedynczego przedsiębiorstwa. Wbrew potocznym intuicjom nie sposób uznać w takim wypadku któregoś z poziomów za „nadrzędny” czy „centralny”, bowiem wszystkie one oddziałują zwrotnie na siebie nawzajem.

3.5. Responsywność w PBR

Choć regulacja oparta na zasadach jest zazwyczaj przedstawiana jako podejście nowatorskie, więcej w tym politycznej retoryki niż prawdy. W rzeczywistości wydaje się ona w wielu kluczowych punktach zbieżna z programem responsywnej regulacji. Te liczne podobieństwa decydują jednocześnie o zasadniczej zgodności obu programów z ogólną perspektywą teorii prawa responsywnego. Uprzedzając nieco dalsze konkluzje, można stwierdzić, że PBR różni się od regulacji responsywnej głównie w dwóch punktach: swojego rodowodu (jest on praktyczny, a nie akademicki – PBR została najpierw przyjęta przez agencje regulacyjne, a dopiero wtórnie sproblematyzowana w literaturze naukowej) oraz programowego odcięcia się od politycznych przesłanek, na których budowany jest cały projekt (PBR przedstawiana jest przede wszystkim jako pewna *technika* regulacji w przeciwieństwie do responsywnej regulacji, którą przynajmniej Braithwaite próbuje mocno osadzić w republikańskiej filozofii politycznej). Upraszczając nieco, można powiedzieć, że regulacja oparta na zasadach to program prawa responsywnego zredukowany do techniki regulacyjnej i celowo przedstawiany jako apolityczny.

Już sam wstępny opis najistotniejszych cech PBR, wraz z jej odróżnieniem od regulacji opartej na regułach, który zaprezentowany został w poprzednim podrozdziale, przywodzi na myśl analogiczne rozróżnienie między prawem autonomicznym a responsywnym, jakie znamy z pracy Noneta i Selznicka. I tam, i tutaj mowa jest o prawie/regulacji w kategoriach elastyczności, nakierowania na rezultaty, odejścia od formalizmu itp. Podobne okazują się również warunki możliwości obu projektów. Jak „odkrywają” autorzy analizujący projekt PBR, dla swojego powodzenia wymaga on m.in. odpowiednich kompetencji – i poznawczych, i moralnych – tak po stronie regulatora, jak i adresatów regulacji, a także budowy relacji opartych na dwustronnym zaufaniu i dialogu (Black 2008, 452–456; Ford 2008, 29–31; Awrey 2011, 285–286). Zarówno regulator, jak i adresat regulacji przedstawiani są przy tym jako refleksyjne, podległe samokontroli

²⁸ W nieco odmienny sposób, bezpośrednio inspirowany Braithwaite’a poglądami na partycypacyjny charakter regulacji, interpretuje policentryczność PBR Cristie Ford (2008, 54 i n.).

podmioty. Jak pisze jedna z komentatorek: „Regulator winien działać w tak samo zorientowany na rezultat i na rozwiązywanie problemów, autorefleksyjny sposób, jakiego wymaga od przedstawicieli przemysłu” (Ford 2008, 33).

Wedle cytowanej przed chwilą Cristie Ford program PBR zakłada wielostopniową refleksyjność procesu regulacyjnego. Oprócz refleksyjności działania zarówno regulatora, jak i adresatów regulacji, o czym wspomniałem przed chwilą, refleksyjny charakter powinna mieć również komunikacja między nimi. W uproszczeniu możemy zatem mówić o co najmniej potrójnej refleksyjności – pamiętając jednak, że poszczególne cykle refleksyjne zapętlają się wzajemnie, tworząc w rezultacie nową, samoistną jakość, różną od prostej sumy pojedynczych „pętli”. Zgodnie z tą wizją prawo winno być stanowione, interpretowane i stosowane w sposób dialogiczny, policentryczny i wciąż ewoluujący, co wyklucza m.in. arbitralność w jego stosowaniu. Właśnie w tym autorka upatruje największą korzyść płynącą ze strategii PBR (Ford 2008, 36).

Regulacja oparta na zasadach jest, jak zostało już powiedziane, programem o wyraźnych ambicjach normatywnych, który nie waha się przedstawiać pozytywnej wizji „dobrych regulacji”. Ta normatywna „utopia PBR”, która ma wpływ na atrakcyjność omawianego programu, jest kolejnym punktem, w którym upodabnia się on do koncepcji prawa responsywnego. Czytamy więc:

Retoryka PBR przywołuje nie deregulację, ale przekształcenie relacji regulacyjnej z takiej, która oparta jest na kierowaniu i kontrolowaniu, na taką, która opiera się na odpowiedzialności, wzajemności i zaufaniu. Regulatorzy i podmioty podległe regulacji odchodzą od nakazowej relacji poleceń i ich wykonywania, w kierunku relacji, w której regulator jasno komunikuje swoje cele i oczekiwania za pomocą zasad i stosuje te zasady w sposób przewidywalny, a adresaci regulacji przyjmują autorefleksyjne podejście do rozwoju własnych procesów i praktyk, aby zapewnić, że cele te zostaną rzeczywiście spełnione oraz – co kluczowe – obaj ufają sobie nawzajem w kwestii wypełniania swojej części tych nowych regulacyjnych obowiązków. [...] Przywołując tę regulacyjną Utopię, PBR przedstawia świat jeśli nie harmonii, to zaufania, odpowiedzialności i wzajemności... (Black 2008, 430–432; por. Black 2010b, 12).

Jest oczywiste, że (nawet jeśli oficjalne dokumenty sugerują inaczej) utopia na zawsze pozostanie utopią, a w prawdziwym świecie niezwykle ciężko jest dążyć w wyznaczonym przez nią kierunku. Regulacja oparta na zasadach jest bowiem – ponownie na wzór prawa responsywnego i regulacji responsywnej – programem paradoksalnym i podatnym na wypaczenia. Podstawowy paradoks wszystkich tych koncepcji wydaje się polegać na tym, że ich główny cel stanowi zarazem warunek ich możliwości: omawiane programy mogą zapewne przyczyniać się do rozwoju kompetencji i odpowiedzialności poszczególnych uczestników relacji regulacyjnej, a także wzajemnego zaufania między nimi, ale jednocześnie pewien poziom kompetencji, odpowiedzialności i zaufania jest niezbędny już w punkcie wyjścia (Black 2008, 452–456; Schwarcz 2009; Parker 2013, 9). Gdy tych brakuje, programy te tracą swoją wiarygodność, a skutki ich implementacji mogą

być odwrotne do zamierzonych (Ford 2008, 46–48; Black 2010b). Jak wyraził to Hector Sants, były dyrektor generalny brytyjskiej FSA: „Podejście oparte na zasadach nie działa w stosunku do tych, którzy nie mają zasad”²⁹.

3.6. Wyzwania i krytyka

W świetle podobieństw między programami regulacji responsywnej oraz regulacji opartej na zasadach nie dziwi, że z ich praktyczną implementacją wiążą się niemal identyczne wyzwania; również zarzuty formułowane pod adresem obu programów są zasadniczo tożsame. Wydaje się, że wszystkie one wiążą się z dostrzeżonym już wyżej faktem, iż programy te są ponadprzeciętnie wymagające, jeśli chodzi o warunki ich realizacji i powodzenia. Poniżej podstawowe zastrzeżenia zostały uporządkowane w trzy grupy; za każdym razem omawiam też, w jaki sposób zwolennicy responsywności w regulacji – z Braithwaite’em na czele – odnoszą się do tych głosów krytycznych.

(A) Pierwsza, podstawowa wątpliwość dotyczy tego, czy omawiane tu programy mają jakiegokolwiek szanse na realizację w praktyce. Autorzy nastawieni wobec nich sceptycznie twierdzą, że stawiają one przed regulatorem zbyt wygórowane, niemożliwe do spełnienia wymagania. Refleksyjny, nastawiony responsywnie regulator musiałby być zdolny nie tylko do gromadzenia, ale i właściwej interpretacji ogromnej ilości informacji, zarówno tych dotyczących samego przedmiotu regulacji, jak i zachowania adresatów. Byłby to, zaiste, regulacyjny Herkules – na wzór słynnej metafory doskonałego sędziego autorstwa Ronalda Dworkina (por. Dworkin 2006). Okazuje się zatem, że w kontekście regulacji większa responsywność oznacza zazwyczaj wzrost obciążeń po stronie regulatora³⁰.

Nie trzeba wielkiej wyobraźni ani doświadczenia, aby domyślić się, że w rzeczywistości regulatorzy mierzyć się muszą z licznymi ograniczeniami poznawczymi. Przykładowo, w literaturze wskazuje się, że choć metody responsywnej (czy też opartej na zasadach) regulacji wymagają jasności w kwestii tego, jak interpretować postępowanie adresatów regulacji – w celu określenia, którzy z nich wykazują dobrą wolę współpracy, którzy natomiast postępują w sposób oporny czy konfrontacyjny – to w praktyce taka jasność zwykle nie będzie dostępna, a działania regulatorów i adresatów często są dla nich wzajemnie nieprzejryste lub dwuznaczne (Perez 2011, 753; Heimer 2011; Etienne 2013; Mascini 2013, 51–52). W tym kontekście można stwierdzić, że cała idea responsywnej regulacji zbudowana jest na (kolejnym) paradoksie: z jednej strony u jej źródeł leży rozczarowanie tymi modelami regulacji, które zakładają bezpośrednie sterowanie

²⁹ Sants, Hector. 2009. „Delivering Intensive Supervision and Credible Deterrence” (cyt. za: Black 2010b, 15).

³⁰ Co na przykładzie FSA empirycznie dokumentuje Awrey (2011, 294).

i kontrolę³¹; rzeczywistość jest zbyt złożona, a możliwości poznawcze regulatora zbyt ograniczone, aby tego typu interwencja regulacyjna była możliwa. Z drugiej strony wyrosła na tym gruncie koncepcja regulacji responsywnej, jak się okazuje, wymaga od regulatora jeszcze większych możliwości poznawczych i interpretacyjnych (Perez 2011).

Braithwaite odpowiada na tego typu zarzuty, odwołując się pośrednio do znanego rozróżnienia między wiedzą dyskursywną a praktyczną (J. Braithwaite 2011, 518–520). Stwierdza on bowiem, że gdyby próbować ująć wymóg responsywności za pomocą wyartykułowanych, precyzyjnych reguł, którymi winien kierować się w swoim postępowaniu regulator, ich zastosowanie i przestrzeganie nie byłoby faktycznie osiągalne dla nikogo. Znaczna część tego, czego domaga się responsywność, bazuje jednak nie na wiedzy technicznej czy teoretycznej, ale na mądrości praktycznej i naturalnych intuicjach. Wystarczy zatem pozwolić regulatorom postępować zgodnie z własnym wyczuciem, zostawiając im odpowiedni zakres swobody i nie wiążąc zbyt drobiazgowymi wytycznymi³², aby stali się oni bardziej responsywni.

Twórca omawianej koncepcji posiłkuje się tutaj analogią do wychowywania dzieci oraz ogrodnictwa: obie te praktyki, gdy ujmować je za pomocą szczegółowych reguł działania, okazują się niezwykle skomplikowane i wymagające znacznej ilości wiedzy z różnych dziedzin. Co dzień jednak, twierdzi Braithwaite, możemy obserwować, jak przeciętnie inteligentni i przeciętnie moralni ludzie z powodzeniem wychowują własne dzieci lub uprawiają ogrody. Dlaczego więc nie przyjąć, że podobne sukcesy odnosić mogą – mimo wszystkich swoich ograniczeń – przeciętnie kompetentni regulatorzy?

Zastosowany tu przez autora argument z wiedzy praktycznej przywodzi na myśl Arystotelesowe pojęcie *fronesis*, czyli rozsądku, czy też mądrości praktycznej właśnie – niemożliwej do skodyfikowania, a koniecznej do dokonywania słuszych wyborów praktycznych. Wydaje się to dobrze współgrać z tymi założeniami teorii prawa responsywnego, które, jak wskazywałem, czerpią inspirację z teleologicznej filozofii greckiego myśliciela. *Fronesis* u Arystotelesa, jako cnota rozumu, pozostaje bowiem ściśle związana z pojęciem *telosu* (lub, jeśli trzymać się terminologii przyjętej przez Selznicka, nadrzędnego ideału): pozwala ona ocenić dane działanie jako słuszne, jeżeli właściwie przyczynia się ono do realizacji takiego ideału. Twórca responsywnej regulacji, który deklaruje się jako republikanin, okazuje się zatem również – jak wielu adwokatów tej tradycji – ukrytym arystotelikiem³³.

³¹ Taki charakter zdaje się mieć np. wspomniany wyżej model regulacji opartej na regułach.

³² Co w praktyce oznaczać musi zapewne regulację za pomocą zasad w miejsce reguł – raz jeszcze ujawnia się zatem zbieżność między programami regulacji responsywnej i regulacji opartej na zasadach.

³³ Oczywiście, można to potraktować jako punkt wyjścia dla dalszych wątpliwości. Zwróćmy uwagę np. na pewną problematyczność przywołanej wyżej analogii: w przypadku praktyki,

(B) Druga grupa zastrzeżeń wiąże się z tym specyficznym warunkiem responsywnej regulacji, który podnoszą sami jej zwolennicy, tj. z koniecznością wspólnoty celów, znaczeń i komunikacji, obejmującej co najmniej regulatorów i adresatów regulacji. Aby taka wspólnota mogła zaistnieć, niezbędne są trwałe relacje, oparte na regularnych i bezpośrednich interakcjach między wskazanymi podmiotami. Zasadny wydaje się zatem wniosek, że strategia responsywnej regulacji zakłada możliwość utrzymania tego typu relacji. Na tym tle pojawiają się m.in. pytania o możliwość rozszerzania zastosowań omawianej strategii tak, aby działała w wielkiej skali (Affolder 2011; Ford 2013), w tym też w relacjach ponadnarodowych (Abbott i Snidal 2013). Nie trzeba jednak uciekać się do tak szerokiej perspektywy, aby dostrzec trudności w urzeczywistnieniu „regulacyjnej wspólnoty”. Nawet w małej skali komunikacja między regulatorem a adresatami regulacji często pozostaje – jak wspominałem wyżej – dwuznaczna i problematyczna dla obu stron (Etienne 2013). Jeśli zaś chodzi o wspólnotę celów, to w literaturze odnotowuje się problem tożsamy z tym, który towarzyszy koncepcji prawa responsywnego³⁴: czy możliwe jest „przetłumaczenie” ogólnych celów politycznych, jakie w założeniu kierują działaniem regulatora, na techniczne cele organizacji podległej regulacji. Innymi słowy, chodzi tu o zagrożenie „korupcji” takich moralnie zaangażowanych celów publicznych w ramach struktur organizacyjnych podmiotów będących adresatami regulacji (Black 2008, 444, 454–455; Awrey 2011, 292).

Możliwą odpowiedź na tego typu głosy krytyczne należy rozpiąć na trzy punkty. Po pierwsze, nawet jeśli prawdą byłoby, że programy responsywnej regulacji czy regulacji opartej na zasadach sprawdzają się tylko w pewnej skali i pod określonymi warunkami, nie oznacza to jeszcze, że są one zupełnie bezużyteczne. Jest za to całkiem możliwe, że są to strategie, które działają w pewnych określonych warunkach – w odmiennych zaś uwarunkowaniach trzeba szukać innych rozwiązań. Po drugie, nawet jeśli to prawda, że próby „przeskalowania” tych strategii w taki sposób, aby znalazły szersze zastosowanie, rodzą określone wyzwania, nie oznacza to jeszcze, że jest to z gruntu niemożliwe (Ford 2013, 24–25). Sam Braithwaite stwierdza wprost, że jedną z zalet jego propozycji jest właśnie otwartość na uczenie się i zdolność adaptacji do różnych okoliczności (J. Braithwaite 2011; 2013). Po trzecie wreszcie, Braithwaite stosuje swego

jaką jest ogrodnictwo, *telos* wydaje się dość jednoznaczny, co pozwala na względnie łatwą ocenę danych działań z punktu widzenia mądrości praktycznej (fronezy); w przypadku wychowania dziecka kwestia *telosu* staje się bardziej problematyczna (jaki właściwie cel przyświeca wychowaniu), w ogólnym zarysie możliwa jednak do rozstrzygnięcia. Można się wszakże zastanawiać, czy w taki sam, wolny od kontrowersji sposób da się określić *telos* tej praktyki, jaką jest regulacja. Tylko przy założeniu, że jest to wykonalne, ma sens odwoływanie się do praktycznej mądrości regulatorów.

³⁴ Por. uwagi na temat celowościowego charakteru prawa responsywnego w pkt 4.2 rozdziału III.

rodzaju ucieczkę do przodu, wzmacniając tezę, że bezpośrednie i trwałe relacje są koniecznym warunkiem powodzenia responsywnej regulacji. Zdaniem autora winno to jednak prowadzić nie do pytania, czym zastąpić ten program, ale do poszukiwania takich rozwiązań organizacyjnych, które umożliwią spełnienie tego warunku. Formułuje on też różne propozycje, jak osiągnąć ten cel (J. Braithwaite 2013, 136–137; Braithwaite i Hong 2015).

(C) Trzecią, ostatnią już grupę zastrzeżeń, jakie formułowane są pod adresem programów responsywnej regulacji oraz regulacji opartej na zasadach, zamknąć by można w haśle „między *regulatory creep* a *regulatory capture*”. Użyte tu anglojęzyczne terminy oznaczają dwa przeciwstawne sposoby „rozchwiania” regulacji, która staje się albo nadmiernie ekspansywna (*regulatory creep*, czyli „rozpleniwanie się regulacji”), albo zbyt uległa wobec partykularnych interesów (*regulatory capture*, tj. „przechwycenie regulacji”). Oba te zagrożenia odnotowywałem już w odniesieniu do prawa responsywnego; oba też, mimo wyraźnie przeciwstawnych skutków, wydają się mieć podobną przyczynę, jaką jest kryzys wspólnotowego wymiaru regulacji („wspólnotowych źródeł porządku” według określenia Braithwaite’a). W tym sensie łączą się też one w pewien sposób z wyzwaniem opisanymi w poprzednim punkcie.

Jeśli chodzi o ryzyko *regulatory creep*, wiąże się ono z przekonaniem, że otwarte tekstowo i wieloznaczne standardy mogą sprzyjać rozszerzaniu zakresu kontroli na obszary pierwotnie niepodlegające regulacji. Jak ujął to Dan Awrey (2011, 295–296): „Elastyczność regulacji w większym stopniu opartej na zasadach stwarza możliwość, że będzie ona używana (i nadużywana) przez regulatorów do rozszerzania zasięgu regulacyjnej ręki na działania biznesowe adresatów regulacji w taki sposób, który będzie dyskrecjonalny lub arbitralny”. Dyskrecjonalne, trudne do przewidzenia egzekwowanie regulacji może przy tym wywoływać po stronie adresatów tzw. efekt mrozący (*chilling effect*), polegający na wyborze najbezpieczniejszej i najbardziej „konserwatywnej” interpretacji narzuconych standardów (Schwarcz 2009). W ten sposób omawianym programom grozi, podobnie jak prawu responsywnemu, deformacja w ekspansjonistyczną i arbitralnie wykorzystywaną technikę zarządzania i kontroli.

Niejako po drugiej stronie skali plasuje się, również związane z analizowanymi programami, ryzyko *regulatory capture*, któremu zresztą w literaturze przedmiotu poświęca się wyraźnie więcej uwagi. Programy te bowiem, wraz z ich naciskiem na dialogiczność, nieingerencyjne metody oddziaływania oraz zaufanie w samoregulację, mogą prowadzić do pozostawiania adresatom regulacji zbyt wielkiej swobody i – w konsekwencji – do nadużyć³⁵. Stąd też omawianym strategiom regulacyjnym zarzuca się, że sprzyjają one neoliberalnemu leseferyzmowi

³⁵ Zauważa się w tym kontekście, że responsywność omawianego programu często oznacza w praktyce wsłuchiwanie się w głosy tylko najsilniejszych graczy – najczęściej wielkiego biznesu (Sarra 2011; Ford 2011).

oraz że swoją retoryką maskują faktyczny brak regulacji (Mascini 2013, 55–56; Parker 2013, 5; Tombs i Whyte 2013). Zgodnie z tą linią krytyki strategie te – wbrew intencjom ich twórców – są wykorzystywane jako sposób na przebranie neoliberalnych reform w szaty pozornie neutralnego, technicznego rozwiązania. W praktyce program PBR utożsamia się również nieraz ze strategią „lekkiej regulacji” (*light touch regulation*), przyznającej nieuzasadnione przywileje dużym graczom, a tym samym oskarża się go o przyczynienie się do kryzysu finansowego z 2007 roku (Ford 2008, 41–42; Black 2010b, 14). Choć ten ostatni zarzut jest być może rezultatem nadmiernej generalizacji, nie jest on całkiem bezzasadny, jeśli pamiętać o zaufaniu, jakie omawiane programy pokładają w moralne kompetencje adresatów regulacji.

Czy zatem omawiane programy prowadzą do nadmiernej (*regulatory creep*), czy też zbyt słabej (*regulatory capture*) regulacji? Ten pozorny dylemat można rozwiązać m.in. dzięki uwzględnieniu dodatkowego czynnika, jakim jest występowanie (lub brak) konkurencji regulacyjnej (Cunningham 2007, 481 i n.; Ford 2008, 1–2; Frantz i Instefjord 2014). Niestety, kwestia ta nie zawsze jest brana pod uwagę podczas rozważań nad wadami i zaletami tych programów. Tymczasem, jak wskazują m.in. Pascal Frantz i Norvald Instefjord, zmienia ona zasadniczo praktyczne skutki przyjęcia PBR. Autorzy ci wyróżniają dwa modele funkcjonowania regulacji: autarkiczny (gdzie decyzje jednego regulatora nie mają znaczenia dla innych regulatorów) oraz konkurencyjny³⁶ (gdzie decyzje poszczególnych regulatorów wpływają na sytuację pozostałych). Ponadto przyjmują oni założenie, że porównywane przez nich strategie regulacyjne – oparta na zasadach oraz oparta na regułach – są alternatywne względem siebie; że każdy sposób regulacji niesie za sobą pewną dozę niepewności, która generuje określone koszty; że koszty te mogą być ponoszone albo przez biznes (firmy poddawane regulacji), albo przez społeczeństwo.

Jak twierdzą autorzy, w modelu autarkicznym to PBR jest bardziej wymagającym podejściem dla biznesu (jako przerzucające na przedsiębiorców koszty niepewności), co zgadzałoby się z tezą o zagrożeniu *regulatory creep*. Ten efekt zanika w modelu konkurencyjnym, w ramach którego poszczególne państwa (*resp.* regiony etc.) rywalizują o pozyskanie inwestorów, ponieważ regulacja przy użyciu najsilniejszych możliwych zasad (a zatem najbardziej wymagających i kosztownych z perspektywy biznesu) zostaje tu zastąpiona przez regulację przy użyciu zasad możliwie najsłabszych. W tym momencie koszty zostają przerzucone na społeczeństwo (Frantz i Instefjord 2014, 9–10)³⁷.

³⁶ Według określenia samych autorów – „bijurysdykcyjny”.

³⁷ Tej tezy o atrakcyjności PBR dla biznesu – szczególnie w takich mobilnych branżach jak sektor usług finansowych – autorzy dowodzą za pomocą modeli matematycznych. Znajduje ona jednak swoje pośrednie potwierdzenie empiryczne m.in. w naciskach lobbystycznych na rzecz PBR, jakie przedstawiciele wielkiego biznesu wywierali swego czasu na rządy Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, a także w fakcie, że po „wdrożeniu” tej strategii przez FSA na gruncie brytyjskim atrakcyjność Londynu dla podmiotów rynku finansowego wyraźnie wzrosła (zob. Ford 2008, 1–2; Frantz i Instefjord 2014, 2–3).

W odpowiedzi na te zarzuty zwolennicy omawianych programów twierdzą, że sygnalizowane problemy są raczej skutkiem błędów i wypaczeń, nie wynikają zaś z samej istoty tych programów. Parafrazując rozróżnienie poczynione swego czasu przez Teubnera w tytule jego tekstu (Teubner 1983), można zarówno w strategii responsywnej, jak i opartej na zasadach regulacji wyróżnić komponent „responsywny” (dialogiczność, partycypacja) oraz „refleksyjny” (samo- i metaregulacja). To właśnie nadmierne zaufanie w składową refleksyjną, czyli w zdolność rynków do samoregulacji, prowadzi do *regulatory capture* – a w konsekwencji do kryzysów takich jak ten z 2007 roku (Black 2010b, 14). Innymi słowy, rzeczywiste praktyki zbyt mocno zbliżyły się do modelu auto-pojezy, zapoznając potrzebę responsywności. Jak w kontekście brytyjskim ujęła to Black: „Problem nie polegał na tym, że FSA [w czasach przed kryzysem – M.P.] za mocno opierała się na zasadach, ale że opierała się na nich w niewystarczającym stopniu” (Black 2010b, 19).

W związku z powyższym, rozwiązaniem na te trudności miałyby być wzmacnianie komponentu responsywnego w omawianych programach. Dokonuje się to przede wszystkim na trzy podstawowe sposoby, o których wyraźnie mówił już Selznick. Po pierwsze, niezbędna jest reforma i wzmocnienie instytucji (zarówno regulujących, jak i regulowanych) w celu podniesienia ich kompetencji (Anand 2008; Black 2010b, 22–24). Po drugie, systemy regulacyjne powinny w większym stopniu być ukierunkowane na założone cele, co prowadzić ma do bardziej intensywnego nadzoru nad działalnością podmiotów podległych regulacji (Black 2010b, 17; Awrey 2011, 286–287). Po trzecie, potrzeba dalszego wzmacniania wspólnoty regulacyjnej jako związku politycznego (Selznickowa *polity*), co np. dla Braithwaite’a oznacza powrót do republikańskich źródeł responsywnej regulacji – tak aby uniemożliwić ponowne jej wykorzystywanie jako narzędzia dla neoliberalnej agendy (J. Braithwaite 2013). Responsywna regulacja, jeśli nie ma zatracić swojej istoty, nie może być sprowadzana wyłącznie do techniki zarządzania, ale musi opierać się na jasno wyartykułowanych założeniach politycznych.

4. Regulacja oparta na ryzyku

4.1. Wprowadzenie

Regulacja oparta na ryzyku (ang. *risk-based regulation* – RBR) jest kolejnym programem regulacyjnym, który zrobił (i nadal robi) sporą karierę w praktyce. Szczególnie w takich krajach, jak Wielka Brytania, Kanada czy Australia – uznawanych skądinąd za należące do ścisłej światowej czołówki „regulacyjnych innowatorów” – strategia ta jest wykorzystywana przez wiele publicznych instytucji regulacyjnych (Black 2005, 514–516). Największy rozkwit podejścia opartego na ryzyku przypada na początek XXI wieku; np. w Wielkiej Brytanii

w roku 2005 ukazuje się tzw. *Raport Hamptona* (Hampton 2005), za sprawą którego RBR zostaje oficjalnie rekomendowane jako pożądana strategia dla państwowych regulatorów (zob. Black 2004; Bartle 2008; Black i Baldwin 2010, 182). Wcześniej jeszcze, bo w 2001 roku, podejście odwołujące się do kategorii ryzyka przyjmuje w regulacji rynków finansowych przywoływana tu już instytucja – Financial Services Authority (zob. Black 2005), a także inni brytyjscy regulatorzy. Jak w połowie pierwszej dekady obecnego stulecia konstatawali badacze związani z London School of Economics: „Ryzyko [...] stopniowo staje się kluczowym pojęciem w organizacji reżimów regulacyjnych oraz rozbudowanych systemów *governance* w szerokiej gamie obszarów publicznych polityk” (Rothstein, Huber i Gaskell 2006, 1–2).

W wymiarze ponadnarodowym zarówno OECD, jak i Komisja Europejska formułują liczne i wyraźne zachęty do opierania decyzji regulacyjnych na kategorii ryzyka. Jeśli chodzi o tę pierwszą organizację, być może najbardziej obrazowy przykład stanowi tu dokument z 2012 roku zatytułowany *Recommendation Of The Council On Regulatory Policy And Governance*. Czytamy w nim m.in., że państwa członkowskie winny „stosować strategie oceny ryzyka, zarządzania ryzykiem i komunikowania ryzyka w trakcie projektowania i wdrażania regulacji, w celu zapewnienia, że regulacja jest właściwie ukierunkowana [*targeted*] i efektywna” (OECD 2012, 5). Termin „ryzyko” w tym 32-stronicowym dokumencie pada aż pięćdziesiąt cztery razy. Z kolei wydane przez Komisję Europejską *Wytyczne oceny wpływu* wymagają od regulatorów działających w państwach członkowskich „identyfikacji istotnych form ryzyka”, „określenia prawdopodobieństwa możliwości wystąpienia negatywnych konsekwencji i rozmiaru potencjalnych szkód” oraz „przedstawienia alternatywnych sposobów redukcji zidentyfikowanych form ryzyka” (Komisja Europejska 2009, 26).

Jakkolwiek polskie agendy regulacyjne w niewielkim wciąż stopniu świadomie odwołują się do podejścia RBR, można przewidywać, że również u nas będzie ono zyskiwać na znaczeniu – czy to wskutek stałej tendencji do korzystania z „zachodnich” wzorców, czy też pod wpływem wspomnianych rekomendacji OECD i Unii Europejskiej. Już *Wytyczne do oceny skutków regulacji* z 2006 roku przewidywały ocenę ryzyka jako istotną składową procesu prawotwórczego na etapie sporządzania OSR (Ministerstwo Gospodarki 2006).

4.2. Istota i elementy RBR

Sygnalizowane wyżej rosnące znaczenie kategorii ryzyka w regulacji stanowi istotny kontekst dla wykształcenia się programu RBR. Nie należy jednak utożsamiać tej strategii z każdym działaniem, którego celem jest regulacja ryzyka. Niemal każda przecież interwencja regulacyjna może być w pewnym sensie uznana za reakcję na jakieś stwierdzone ryzyko (Baldwin, Cave i Lodge 2012, 83).

Zgodnie zatem z powszechnie akceptowanym poglądem pojęcie regulacji opartej na ryzyku jest zakresowo węższe od pojęcia regulacji ryzyka, stanowiąc szczególną odmianę tego ostatniego. Można stwierdzić, że z omawianą strategią mamy do czynienia tam, gdzie nie tylko reguluje się pewne ryzyko, ale gdzie świadomie ryzyko stawiane jest w centrum strategicznych wyborów regulacyjnych. Poniżej staram się wytłumaczyć dokładniej, na czym owo „stawianie ryzyka w centrum” ma polegać.

Jedną z kluczowych cech regulacji opartej na ryzyku jest to, że ryzyko stanowi tu główny standard dla oceny działania adresatów regulacji; w tym zakresie strategia ta przeciwstawiana jest innym, posługującym się bardziej „typowymi” standardami, jak reguły czy zasady. Stanisław Kasiewicz oddaje tę specyfikę RBR, stwierdzając, iż „istotą tej koncepcji jest to, że znacznie większą wagę przypisuje zarządzaniu ryzykiem niż opracowywaniu i przestrzeganiu precyzyjnych zasad legistacyjnych” (Kasiewicz 2015, 195). Innymi słowy, głównym przedmiotem zainteresowania regulatora w ramach omawianej strategii powinno być nie to, czy w swojej działalności adresat przestrzega ustanowionych reguł lub zasad – jak to ma miejsce w alternatywnych strategiach regulacji, takich jak regulacja bezpośrednia (*Command & Control*), ale również regulacja oparta na zasadach (PBR) – lecz to, jakie ryzyko stwarza adresat swoją działalnością. Pojęcie RBR jest także związane ze sposobem organizacji i alokacji „zasobów regulacyjnych”, jakimi dysponuje regulator. Określa się je zatem jako „zbiór strategii, które [...] uwzględniają ukierunkowywanie zasobów na podstawie oceny ryzyka, jakie osoba lub firma podległa regulacji stwarza dla celów działania regulatora” (Black i Baldwin 2010, 181; zob. też Black 2010a, 187).

Z powyższych uwag można wyciągnąć dwa istotne wnioski co do znaczenia, jakie kategoria ryzyka ma dla programu RBR. Po pierwsze, ryzyko – rozumiane dość standardowo, jako prawdopodobieństwo wystąpienia niepożądanego zdarzenia – staje się głównym kryterium działania i standardem oceny dla regulatora. Po drugie, nie chodzi tu o każdą postać ryzyka, ale o ryzyko dla realizacji przez regulatora jego celów. Jest to szczególny typ ryzyka, określany mianem „instytucjonalnego” (Rothstein, Huber i Gaskell 2006)³⁸. Ryzyko tego rodzaju odróżnia się od ryzyka „społecznego”, które (jak sama nazwa wskazuje) dotyczy społeczeństwa lub jakiejś wybranej jego części. Ryzyko społeczne odnosić się będzie np. do możliwości załamania kursu lokalnej waluty, zanieczyszczenia powietrza, zatrucia żywności czy wysokiego odsetka wypadków przy pracy. W odróżnieniu od tego typu ryzyka ryzyko instytucjonalne dotyczy samego regulatora – nieosiągnięcia przezeń zakładanych celów. Oczywiście, w wielu przypadkach te dwa rodzaje ryzyka będą w pewnym stopniu zbieżne; jeśli np. oficjalnie zadeklarowanym celem działalności regulatora rynku finansowego będzie zapewnienie stabilności oraz zaufania do rynku – jak rzecz się ma z brytyjską FSA

³⁸ Zbliżone znaczenie ma termin „ryzyko regulacyjne” (zob. np. Kasiewicz 2016, 37–41).

(Financial Services and Markets Act 2000, 2(2)) lub polską Komisją Nadzoru Finansowego (Ustawa o nadzorze 2006, art. 2) – to ryzyko niezrealizowania tych celów stanowi zarazem czytelne ryzyko społeczne. Oba rodzaje ryzyka są też ze sobą powiązane na inne sposoby, na których omówienie nie ma tu miejsca (por. Rothstein, Huber i Gaskell 2006). Niemniej jednak perspektywy ryzyka instytucjonalnego oraz ryzyka społecznego nigdy nie będą w pełni zbieżne; w tej pierwszej istotne miejsce zajmują m.in. kwestie publicznej reputacji i politycznej legitymizacji działalności danego regulatora, co nieraz może przesłaniać „bardziej realne” zagrożenia w regulowanym obszarze rzeczywistości społecznej. Nieco upraszczając: dbałość o własny wizerunek może być dla regulatora ważniejsza niż faktyczne bezpieczeństwo konsumentów czy obywateli (Rothstein, Huber i Gaskell 2006, 13). Do kwestii tej wrócę w punkcie poświęconym wątpliwościom i krytyce pod adresem RBR.

W literaturze przedmiotu – przy różnorodności szczegółowych rozwiązań stosowanych przez poszczególnych regulatorów – wskazuje się pięć podstawowych elementów składających się na program regulacji opartej na ryzyku (Black 2010a, 190; Black i Baldwin 2010, 184–185; Baldwin, Cave i Lodge 2012, 281–283; Kasiewicz 2015, 197–199). Bez wdawania się w niepotrzebne tu szczegóły natury technicznej, są to:

(1) Nacisk na ryzyko zamiast na reguły. O punkcie tym była już mowa wyżej; jak się zauważa, regulator zwykle jest „przeciążony” ilością powierzanych mu zadań i reguł, które musi egzekwować. W tej sytuacji konieczne okazuje się dokonywanie wyborów, którym zadaniom/standardom/adresatom poświęcić najwięcej zasobów i uwagi. „Tego typu selekcje zawsze miały miejsce” (Black 2010a, 190), jednak RBR pozwala dokonywać ich w sposób metodyczny i świadomy.

(2) Określenie własnego „apetytu na ryzyko” przez regulatora. Chodzi tu, innymi słowy, o ustalenie, jakiego rodzaju i jakiego rozmiaru ryzyko regulator będzie akceptował. Jest to, jak twierdzą niektórzy, ten element systemu RBR, który sam generuje największe ryzyko dla regulatora – jego „apetyt” może bowiem rozminąć się z oczekiwaniami opinii publicznej czy politycznych patronów. Regulator musi przy tym dokonać wyboru swego rodzaju „opcji fundamentalnej”: czy bardziej skłonny jest dopuszczać się tzw. błędów typu pierwszego (nadwrażliwość na ryzyko: uznanie, że ryzyko istnieje tam, gdzie go nie ma), czy też błędów typu drugiego (zbyt mała wrażliwość: uznanie, że nie ma ryzyka tam, gdzie ono faktycznie występuje)³⁹.

(3) Ocena ryzyka przez regulatora. Jest to niewątpliwie niezbędny element regulacji opartej na ryzyku. W typowej postaci polegać będzie na ocenie, jakie ryzyko dla celów przyjętych przez regulatora stwarza działalność danego podmiotu

³⁹ Przykładowo, wskazuje się, że w przywoływanym tu wielokrotnie przypadku brytyjskiej FSA dokonano strategicznego wyboru na rzecz błędu typu drugiego, co skutkowało przyjęciem strategii *light touch regulation* (Black 2005, 517–518).

lub grupy podmiotów, przy czym ryzyko definiuje się najczęściej w standardowy sposób, jako iloczyn prawdopodobieństwa wystąpienia danego zdarzenia oraz rozmiaru jego negatywnych skutków. Dla oceny ryzyka wykorzystuje się różnego rodzaju rozwiązania metodologiczne, o charakterze bardziej ilościowym lub bardziej jakościowym.

(4) Kolejny krok polega na ocenie działalności poszczególnych podmiotów – adresatów regulacji (przyznaniu „rang”) z punktu widzenia dokonanej oceny ryzyka. Adresaci są rozlokowywani na przyjętej skali (której dokładność może się różnić) w zależności od tego, czy ich działalność zostanie uznana za stwarzającą mniejsze czy większe ryzyko z punktu widzenia celów regulatora.

(5) Ostatnim niezbędnym elementem strategii RBR jest wykorzystanie tak dokonanej oceny (przyznanych rang) działalności adresatów podczas decydowania o podjęciu działań kontrolnych, sankcjonowania lub wykorzystania innych instrumentów regulacyjnych pozostających w dyspozycji regulatora. Innymi słowy, chodzi tu o taką organizację pracy regulatora, aby największe zasoby skierować na regulowanie działań i podmiotów generujących największe ryzyko. Alternatywnie, zasoby mogą być kierowane w pierwszej kolejności tam, gdzie przewiduje się szanse na największą redukcję istniejącego ryzyka.

4.3. Wyzwania i krytyka

Zwolennicy regulacji opartej na ryzyku przypisują temu podejściu wiele zalet. Niektóre z nich są, można rzec, standardowe dla wszelkich refleksyjnych programów regulacyjnych, inne wydają się specyficzne dla tej strategii. Twierdzi się więc, że tego typu regulacja, jeśli właściwie wdrożona, będzie odznaczać się skutecznością, efektywną alokacją zasobów regulacyjnych, rzetelnością poprzez oparcie na wiarygodnych dowodach, a co za tym idzie – będzie obiektywna i przejrzysta (Komisja Europejska 2017b, 73–74; zob. też Black i Baldwin 2010, 181; Kasiewicz 2016, 76–80). Jak się zresztą zauważa, początki RBR wiążą się z ideologią *New Public Management*, wraz z charakterystycznym dla niej przekonaniem, że działalność administracji publicznej należy wzorować na tych rozwiązaniach, które sprawdziły się w biznesie (Hutter 2005, 1–3).

Jednocześnie omawiany program w swoim dotychczas dominującym kształcie jest obiektem licznych uwag krytycznych. Podkreśla się, że zarówno dla większej skuteczności, jak i akceptowalności wymaga on wciąż daleko idącego rozwinięcia i pogłębienia. Poniżej wskazuję najważniejsze zastrzeżenia formułowane w literaturze; część z nich, jako omawiana szerzej w punkcie kolejnym (poświęconym spojrzeniu na RBR przez pryzmat teorii społeczeństwa ryzyka), zostanie tu jedynie wzmiankowana.

Najliczniejsze wątpliwości budzi rzeczywista zdolność omawianego programu do rzetelnej i adekwatnej oceny ryzyka, co wydaje się podstawą wszelkiej

racjonalnej polityki regulacyjnej. Pomijając – nieistotne dla pracy – szczegółowe zastrzeżenia metodologiczne wobec wykorzystywanych w ramach RBR narzędzi, odnotować należy kilka najważniejszych punktów (zob. zwł. Hutter 2005, 8–11; Baldwin, Cave i Lodge 2012, 283–285):

- programom RBR zarzuca się, że nadmiernie koncentrują się na izolowanym ryzyku związanym z pojedynczymi zdarzeniami czy podmiotami, w niedostatecznym stopniu dostrzegają natomiast ryzyko horyzontalne i systemowe;
- koncentracja na ryzyku instytucjonalnym prowadzi czasem do paradoksalnej sytuacji, kiedy to poziom rzeczywistego bezpieczeństwa obywateli (konsumentów, pasażerów, mieszkańców etc.) ulega obniżeniu;
- bardziej fundamentalna wątpliwość dotyczy tego, na ile w ogóle dobra społecznie cenne – takie jak życie, zdrowie, bezpieczeństwo itp. – mogą podlegać ocenie ilościowej i kalkulacji, np. za pomocą analizy kosztów i korzyści, co jest typowym sposobem postępowania w ramach omawianego programu;
- kolejny paradoks towarzyszy ocenie nie samego ryzyka, ale szans na jego redukcję. Zgodnie z założeniami RBR regulator powinien kierować się własnymi prognozami co do szans na zmniejszenie ryzyka; oznacza to jednak, że będzie on wystawiony na pokusę koncentrowania uwagi na działalności tych podmiotów, które są skłonne i zdolne do współpracy – co paradoksalnie prowadzi do nagradzania za opór i karania za współpracę.

Druga grupa problemów łączy RBR z wszystkimi programami regulacji refleksyjnej. Chodzi tu o niebezpieczeństwo wpadnięcia w „spiralę refleksyjności” i narastające przeciążenie systemu (Rothstein, Huber i Gaskell 2006). Kolejne cykle refleksyjnego zarządzania ryzykiem można mnożyć teoretycznie bez końca: podjęcie jakiegokolwiek decyzji regulacyjnej generuje ryzyko instytucjonalne, które wymaga zarządzania poprzez decyzje, które generują kolejne ryzyko, które również wymaga zarządzania poprzez decyzje... Każdy z kolejnych cykli nie tylko angażuje jakąś część zasobów instytucji regulacyjnej, ale jednocześnie kieruje jej uwagę coraz bardziej „do wewnątrz”, koncentrując się na tych formach ryzyka, które dotyczą już tylko i wyłącznie jej własnego funkcjonowania. Jak piszą Rothstein, Huber i Gaskell (2006, 10): „Regulatorzy mogą znaleźć się w przewrotnym położeniu, w którym będą alokować ograniczone środki w zarządzanie ryzykiem instytucjonalnym, kosztem różnych rodzajów ryzyka społecznego”. W ten sposób powraca, związana z refleksyjnością, groźba narcystycznej tautologiczności.

Trzecia wątpliwość również wiąże się z ową skłonnością regulatorów do nadmiernej koncentracji na minimalizowaniu ryzyka związanego z ich własnym działaniem (ryzyka instytucjonalnego) zamiast na rzeczywistych problemach społecznych. Eksponując zalety RBR, zachwala się także jego potencjalne cechy – skądinąd związane z refleksyjnością – jak elastyczność i łatwość adaptowania

się do zmiennych warunków. Taki jednak jest sens efektywnej alokacji zasobów regulacyjnych, czyli jednej z głównych składowych omawianego programu. W rzeczywistości jednak owa elastyczność wcale nie jest oczywista; na przeszkodzie stają jej co najmniej dwa, typowe dla struktur biurokratycznych, zjawiska. *Primo*, instytucje regulacyjne zazwyczaj bazują na już sprawdzonych, czyli sformułowanych w przeszłości definicjach i ocenach ryzyka. Ogranicza to znacznie perspektywny horyzont działania i grozi ignorancją wobec nowych i zmieniających się postaci ryzyka (Black 2005, 519; Bartle 2008, 15; Baldwin, Cave i Lodge 2012, 288–289). Często zatem, wbrew założeniom, impuls do interwencji regulacyjnej będzie się pojawiać dopiero „po szkodzie”. *Secundo*, narzędzia i procedury oceny ryzyka okazują się w praktyce świetnym sposobem na „zabezpieczenie się” przed instytucjonalnym ryzykiem ewentualnej krytyki i odpowiedzialności – pod warunkiem wszakże, że będą ściśle i skrupulatnie stosowane. W konsekwencji, zamiast obiecywanej elastyczności i otwartości, mamy do czynienia z „protokolizacją” RBR⁴⁰, która stosowana jest w sposób sztywny i bezrefleksyjny. W ten sposób regulacja oparta na ryzyku może okazać się w praktyce niczym więcej niż nową odsłoną prawnego i administracyjnego formalizmu.

Czwarta, ostatnia już uwaga krytyczna, o której należy tu wspomnieć, dotyczy ukrywania politycznego charakteru regulacji, do jakiego dochodzi w ramach retoryki RBR. Z podobnym problemem mieliśmy już do czynienia w przypadku programu metaregulacji; różnica w przypadku regulacji opartej na ryzyku polega na tym, że polityczność nie jest tu maskowana za pomocą języka proceduralizacji, ale unaukowienia. Decyzje regulacyjne – dotyczące definiowania ryzyka, jego oceny, akceptacji lub przeciwdziałania, a także wyboru sposobów jego regulacji – są przedstawiane jako „oparte na dowodach” i podległe racjonalności technicznej, a przez to neutralne, rozwiązywania (Black 2010a, 193).

4.4. RBR w społeczeństwie ryzyka

Perspektywa społeczeństwa ryzyka – zgodnie z zasadniczą orientacją tej teorii – może służyć przede wszystkim do postawienia kilku *pytań krytycznych* wobec programu regulacji opartej na ryzyku. Pozwala ona bowiem na ukazanie omawianego programu w szerszej perspektywie, jako wpisującego się w ogólną logikę społeczeństwa ryzyka i modernizacji refleksywnej. Dzięki temu przyczynia się ona do pogłębienia krytyki zreferowanej w punkcie poprzednim. Poniżej przedstawiam najważniejsze własności programu RBR, na które teoria społeczeństwa ryzyka może rzucić nowe światło.

Przede wszystkim, zgodnie z założeniami Becka, ryzyko przejęmuje w ramach RBR rolę kluczowej kategorii organizującej polityki publiczne i leżącej u podstaw

⁴⁰ Sformułowanie zaczerpnięte z pracy Rothstein, Huber i Gaskell 2006, 7.

podejmowanych w ich ramach decyzji. W ten sposób kwestia ubocznych skutków modernizacji – tak istotna dla Becka – zajmuje centralną pozycję w procesach podejmowania decyzji publicznych. Przyznać trzeba, że nie zawsze kwestia ta jest wprost artykułowana – niekoniecznie staje się tematem publicznej debaty; o ile jednak Beck ma rację, jej obecność i oddziaływanie powinno przyczyniać się z czasem do pojawienia się presji legitymizacyjnej, a w konsekwencji do upolitycznienia procesów regulacyjnych (o czym będzie mowa dalej).

Program RBR dostarcza również potwierdzenia tezy o zasadniczo konstruowanym charakterze ryzyka. Ta własność ryzyka jest tu zakładana wprost, skoro główną rolę przyznaje się ryzyku instytucjonalnemu – czyli konstruowanemu na etapie określania celów działalności regulatora. Poprzez uczynienie ryzyka instytucjonalnego głównym kryterium działania, stwarza się pole do pytania o proces konstrukcji tegoż ryzyka w procesach poznawczych i decyzyjnych regulatora, jak i innych podmiotów uwikłanych w system regulacyjny. Co więcej, rozróżnienie na ryzyko instytucjonalne i społeczne wydaje się w znacznym stopniu odtwarzać dystynkcję między naukową (ekspercką) a społeczną racjonalnością, jaką wprowadza Beck. Program RBR świadomie buduje na tym pierwszym rodzaju ryzyka i pierwszym typie racjonalności; jednak w świetle teorii społeczeństwa ryzyka nadmierne zaufanie do takiej wewnętrznej, instytucjonalnej perspektywy jest dość problematyczne. Oznaczać to może przyznanie nieuzasadnionej preferencji wybranym, bardziej wpływowym sposobom konceptualizacji ryzyka kosztem innych społecznie dostępnych.

Można jednak spojrzeć na ten problem także z drugiej strony: regulator w ostatecznym rozrachunku nie ma innej możliwości, jak oprzeć się na własnym postrzeganiu ryzyka. W tym sensie jego decyzje (podobnie jak decyzje jakichkolwiek innych podmiotów instytucjonalnych), o ile w ogóle uwzględniają ryzyko, zawsze opierać się będą na ryzyku instytucjonalnym. Otwarta pozostaje natomiast kwestia, w jaki sposób – i przy uwzględnieniu czyich racji – ryzyko to jest definiowane. Innymi słowy, problem nie polega na tym, czy regulator opiera swe decyzje na ryzyku instytucjonalnym (bo inaczej nie może), ale na tym, *jak* ryzyko to jest konstruowane. Program regulacji opartej na ryzyku ma tę przewagę, że jawnie uznaje konieczność konstruowania ryzyka. Czyniąc zaś cały proces jawnym, stwarza szanse na uczynienie go bardziej transparentnym i politycznie lepiej legitymowanym.

Przyznać przy tym trzeba, że z zarysowanych przed chwilą możliwości w rzeczywistych praktykach odwołujących się do RBR korzysta się raczej w niewielkim stopniu. Przeważająca tendencja zdaje się być przeciwna: mechanizmy oceny i zarządzania ryzykiem prezentowane są jako czysto techniczne rozwiązania, a ich implementację do procesów regulacyjnych postrzega się jako sposób na zapewnienie większej „obiektywności” (Hutter 2005, 2–3; Black 2005, 544). Nie przypadkiem też RBR chętnie odwołuje się do retoryki „polityki opartej na dowodach” (*evidence-based policy*). W ten sposób – z natury politycznie

zaangażowane – decyzje regulacyjne przedstawiane są jako podległe racjonalności naukowej i technicznej. Z punktu widzenia teorii społeczeństwa ryzyka mamy tu zatem do czynienia z typowym polem subpolityki, na którym zapadają decyzje polityczne, którego polityczne znaczenie pozostaje jednak nie do końca ujawnione. W konsekwencji teoria ta będzie prowadzić do sformułowania pytania, jaki jest faktyczny mandat do podejmowania tego typu subpolitycznych decyzji dotyczących regulacji ryzyka i jaki jest zakres społecznej partycypacji w tym procesie.

Ujawnienie subpolitycznej natury omawianego programu regulacji jest tylko jedną z potencjalnych korzyści, jaką może przynieść spojrzenie nań z perspektywy teorii Becka. Inne wiążą się z pytaniami, na ile program ten wpisuje się w kolejne wymiary refleksywnej modernizacji, jakimi są globalizacja oraz wymuszona indywidualizacja. Dwa pytania wydają się tu zasadnicze: czy program RBR adekwatnie podchodzi do ryzyka o charakterze globalnym i systemowym, a także czy w sposób właściwy dokonuje się w nim dystrybucji i alokacji odpowiedzialności za ryzyko. Dostępna literatura przedmiotu sugeruje, że odpowiedź na oba pytania jest umiarkowanie negatywa. Jak się wskazuje, w większości wypadków regulatorzy przejawiają tendencję do przyjmowania perspektywy „indywidualistycznej”, skupiając uwagę na działalności pojedynczych podmiotów i przypisując im ściśle zindywidualizowaną odpowiedzialność. Takie podejście rodzi co najmniej dwa wątpliwe skutki: *primo*, utrudnia dostrzeżenie i przeciwdziałanie ryzyku systemowemu, które powstaje w sposób rozproszony w drodze kumulacji skutków ubocznych działań wielu różnych podmiotów. Działania takie, wzięte osobno, mogą wydawać się akceptowalne, łącznie jednak prowadzą do wysoce ryzykownych stanów rzeczy; tego typu błędna perspektywa była, zdaniem wielu komentatorów, jedną z przyczyn kryzysu finansowego w 2007 roku⁴¹. *Secundo*, podejście dążące do przypisania jednostkowej odpowiedzialności bywa nie tylko niesprawiedliwe (gdy jakiś podmiot stawiany jest w roli „kozła ofiarnego” i obarczany odpowiedzialnością za ryzyko systemowe), ale i przeciwnie skuteczne, poszczególne podmioty są bowiem wówczas mniej skłonne do współpracy z regulatorem na rzecz ograniczania ryzyka, a bardziej zainteresowane zapewnieniem sobie bezpieczeństwa. Indywidualizacja odpowiedzialności może zatem prowadzić do czegoś w rodzaju efektu mrozącego w zarządzaniu ryzykiem⁴².

⁴¹ Doprowadziło to również do zastąpienia jednolitego reżimu regulacji rynków finansowych tzw. reżimem typu *twin peaks*, w którym nadzór mikro- i makroostrożnościowy zostają od siebie rozdzielone; w konsekwencji FSA została przekształcona w dwie instytucje regulacyjne (Financial Conduct Authority oraz Prudential Regulation Authority), odpowiedzialne za oba rodzaje nadzoru (zob. m.in. Zawadzka 2017, 115–120).

⁴² W ten sposób perspektywa „wymuszonej indywidualizacji” odpowiedzialności za ryzyko rzuca również nowe światło na problem korupcji moralnej, opisywany w teorii regulacji odpowiedzialnej: adresaci doświadczają systemowej presji do odchodzenia od postawy opartej na chęci

Oczywiście, teoria społeczeństwa ryzyka nie odpowie na szczegółowe pytania o to, jaka prawna alokacja odpowiedzialności za ryzyko będzie tą „właściwą”. Trudno nawet jednoznacznie określić, czy przez właściwą dystrybucję należy rozumieć taką, która będzie (z jakiegoś punktu widzenia) najbardziej sprawiedliwa, czy może najskuteczniejsza w ograniczaniu ryzyka. (Beck zdaje się zakładać, że obie te własności idą w parze). Nie jest jednak rolą tej teorii rozwiązywanie za prawników ich problemów. Może ona raczej służyć jako teoretyczna i praktyczna heurystyka, która nie ma na celu dostarczania gotowych rozwiązań, ale uwrażliwianie na pewne problemy (Rothstein, Huber i Gaskell 2006, 17)⁴³.

Na koniec można postawić pytanie, czy program regulacji opartej na ryzyku stanowi przykład Beckowskiej metamorfozy rzeczywistości prawnej. Na rzecz odpowiedzi twierdzącej przemawia m.in. to, że mamy w jego przypadku do czynienia ze zmianami reżimów regulacyjnych we wszystkich trzech wyróżnionych przez niemieckiego socjologa wymiarach: wprowadza się tu nowe pojęcia, instytucje oraz podstawy normatywne dla praktyk regulacyjnych (por. Beck 2016, 75–76). Wydaje się jednak, że na razie jest to metamorfoza co najwyżej częściowa oraz podporządkowana racjonalności technicznej. Wbrew stwarzanym pozorom program RBR okazuje się dość konserwatywny, bazując na zastanych kategoriach prawnych (np. na tradycyjnym pojmowaniu odpowiedzialności prawnej), drzemiący zaś w nim potencjał polityczny nie jest wyraźnie uświadamiany. Teoria modernizacji refleksywnej może służyć m.in. do czytelniejszego ukazania tego potencjału oraz alternatywnych dróg rozwoju dla opartych na ryzyku reżimów regulacyjnych. Stąd też może stanowić dogodny punkt wyjścia do tego, aby uczynić program RBR narzędziem owego „kwestionowania” obowiązującego porządku, o którym pisał Veitch (2017, 57–59). By odwołać się do innych jeszcze zaczerpniętych od Becka kategorii: można uznać, że dotychczasowe programy RBR mają charakter *refleksywny* – stanowią reakcję na zmieniającą się rzeczywistość, reakcja ta jest jednak w pewnym sensie bezwiedna i nieświadoma założeń, na których bazuje. Chodzi o to, aby wykorzystać krytyczny potencjał pojęcia ryzyka i dzięki temu uczynić te programy bardziej *refleksyjnymi*.

5. Podsumowanie

Przeprowadzona w rozdziale analiza wybranych programów regulacji pozwala na sformułowanie kilku istotnych dla rozważań wniosków. Przede wszystkim nie ulega wątpliwości daleko posunięta konwergencja między omawianymi

współpracy (model podmiotu cnotliwego) na rzecz postawy nakierowanej na interes własny (model podmiotu racjonalnego). Por. pkt 2.2 bieżącego rozdziału.

⁴³ W odniesieniu do kwestii dystrybucji ryzyka zob. pkt 4.4 rozdziału IV i cytowaną tam literaturę.

w pracy socjologicznymi teoriami refleksyjności a wdrażanymi w praktyce programami regulacyjnymi. Teorie te mogą albo pełnić rolę dość bezpośredniej inspiracji dla formułowania tego typu programów (regulacja responsywna), albo służyć ich uzasadnieniu (regulacja oparta na zasadach, metaregulacja), albo też zapewniać głębsze zrozumienie istniejących programów dzięki odsłonięciu ich ukrytych założeń (regulacja oparta na ryzyku). Zawsze jednak pełnią one wobec odpowiadających im praktyk rolę szczególnego rodzaju teorii transcendentnej, która definiuje konstytutywne dla danej praktyki założenia, tym samym określając jej warunki możliwości. Badanie zjawiska regulacji, wraz ze stosowanymi w tym obszarze programami, potwierdza zatem użyteczność prezentowanych w pracy teorii jako ram interpretacyjnych współczesnych porządków prawnych i polityk publicznych. To ważne o tyle, że strategie spod znaku refleksyjnej regulacji cieszą się obecnie bodaj największą popularnością wśród krajowych i międzynarodowych instytucji regulacyjnych; zrozumienie ich teoretycznych uwarunkowań odgrywa zatem także doniosłą rolę praktyczną.

Jednocześnie przeprowadzona analiza programów regulacyjnych pozwala potwierdzić i lepiej zrozumieć pewne szczegółowe własności refleksyjnych instytucji prawnych, o których mówią rozważane w pracy teorie. Pozwala też niejako przetestować wady i zalety poszczególnych modeli refleksyjności w konfrontacji z praktyką.

Pierwsza i najbardziej podstawowa lekcja brzmi: refleksyjność, przynajmniej w odniesieniu do prawa i polityk publicznych, jest programem paradoksalnym. Program ten wiele obiecuje – i nie są to obietnice bez pokrycia – ale jest też wrażliwy na wypaczenia. Jest to zatem, jak powiedziałby Selznick, program „wysokiego ryzyka”, którego powodzenie w praktyce zależy od spełnienia wielu warunków. Regulator, który chciałby rozwijać refleksyjny wymiar własnej działalności, czy też decydent polityczny, który miałby zamiar promować ten program w podległych mu instytucjach regulacyjnych, powinien pamiętać zarówno o tych warunkach, jak i o tym, że tylko część z nich zależy od niego samego. Warunki te można bowiem podzielić na te, które dotyczą samego regulatora (posiadanie odpowiednich kompetencji refleksyjnych, w tym przede wszystkim zdolności do uczenia się), oraz te, które dotyczą jego otoczenia: adresatów regulacji bądź całego regulowanego sektora.

W związku z powyższym druga nauka brzmi: refleksyjność jest programem niesamodzielnym, i to co najmniej w dwójnasób. Po pierwsze, jak wspomniałem przed chwilą, jest ona zależna od czynników, które leżą poza nią samą. Innymi słowy, warunki możliwości refleksyjności danego systemu (instytucji, organizacji) leżą częściowo poza tym systemem (instytucją, organizacją). W wypadku refleksyjnych regulacji jest to przede wszystkim wymóg posiadania odpowiednich kompetencji przez adresatów regulacji, którzy sami muszą być zdolni do refleksyjnego reagowania na działania regulatora. Bez refleksyjności adresatów nie będzie zatem refleksyjnej regulacji. Co więcej, ujawnia się tu jeden z aspektów

paradoksalnej natury refleksyjności: może ona przyczyniać się do wzrostu tego typu kompetencji u odbiorców, ale jednocześnie musi zakładać dokładnie te kompetencje w punkcie wyjścia. Warunkiem możliwości refleksyjnej regulacji są zatem te same własności adresatów, których rozwój ma ona dopiero wspierać.

Po drugie, refleksyjność jako zasada działania okazuje się niesamodzielną w tym sensie, że nie potrafi sama wytyczyć granicy swojego zastosowania. Każda refleksyjna procedura musi być w pewnym momencie przerwana przez podjęcie rozstrzygającej decyzji – refleksyjność nie potrafi jednak wskazać momentu, w którym decyzja ta powinna zapaść. Przeciwnie: procesy refleksyjne mają tendencję do niekończącego się zapętlenia, dokładając coraz to nowe cykle refleksji. Prowadzi to nie tylko do refleksyjnego przeciążenia systemu, ale także do coraz słabszego kontaktu z regulowaną rzeczywistością. System refleksyjny nieustannie wystawiony jest na niebezpieczeństwo zapadania się w jałowe, narcystyczne tautologie refleksji na własny temat. W praktyce oznacza to zwykle rozrost kontroli, dokumentacji, sprawozdawczości – kosztem efektywnego wypełniania powierzonych funkcji. Można powiedzieć, że decyzja przywraca refleksyjnemu systemowi kontakt z rzeczywistością; jednak ani treść, ani moment podjęcia decyzji nie dają się uzasadnić wyłącznie za pomocą standardów refleksyjności. W obu tych wymiarach – treści i momentu podjęcia – decyzja ma niejako charakter zewnętrzny wobec refleksyjnego systemu⁴⁴.

Refleksyjność może zatem wspierać proces podejmowania decyzji, ale nie jest w stanie go zastąpić. Pozostawiona sama sobie, prawdopodobnie ugrzęzłaby w zapętłających się bez końca samoodniesieniach. Wiąże się to z kwestią relacji między refleksyjnością a politycznością. Jak odnotowałem, niektóre przynajmniej modele refleksyjności – i programy refleksyjnej regulacji – charakteryzuje „lęk przed politycznością” (Přibán 2012), którą próbuje się zastąpić refleksją ubraną w szaty „proceduralizacji” albo „unaukowienia”. Polityczność jest tymczasem tym właśnie czynnikiem, który przychodzi z zewnątrz, pozwalając podjąć decyzję. Wynika z tego, że refleksyjność nie może wyprzeć czy zastąpić czynnika politycznego w podejmowaniu decyzji; stoi za to przed wyborem: może próbować go maskować albo, przeciwnie, uczynić bardziej przejrzystym. W powyższych rozważaniach mieliśmy szansę obserwować, jak różne programy i reżimy regulacyjne dokonują w tym zakresie odmiennych wyborów.

Niesamodzielną charakter refleksyjności sprawia, że zasadnicze staje się pytanie o kształt relacji między refleksyjną instytucją a jej otoczeniem. W wypadku regulacji kwestia ta przybiera postać pytania o stosunek między regulatorem a adresatami regulacji, ewentualnie również interesariuszami zewnętrznymi. Analizowane programy regulacyjne wydają się wpisywać w trzy odmienne wizje

⁴⁴ Oren Perez stwierdza, że z punktu widzenia refleksyjnego systemu decyzja polega na „irracjonalnym i intuicyjnym przyjęciu czegoś na wiarę” (Perez 2011, 770; por. także Winczorek 2009, 252–259).

tej relacji. Ujmując rzecz hasłowo, będą to relacje budowane albo na zasadzie rozdziału i autonomii (model metaregulacji), albo wspólnoty (model responsywny), albo dialektycznego napięcia (model ryzyka). Każda z tych konkurencyjnych wizji jest uzasadniana poprzez odwołanie do kategorii refleksyjności, jest jednak jasne, że będzie to refleksyjność różnie rozumiana. I być może w tym właśnie punkcie – w odpowiedzi na pytanie, na czym polega refleksyjna relacja między różnymi uczestnikami świata społecznego – tkwi najbardziej zasadnicza różnica między omawianymi projektami refleksyjności.

Rozdział VI

Kolekta

Rozważania poprzednich rozdziałów wydobyły najważniejsze składowe pojmowania refleksyjności w trzech, istotnych dla współczesnej myśli socjologiczno-prawnej, projektach teoretycznych. Choć różnią się one między sobą znacznie w tej kwestii, każdy z nich wnosi ważny wkład we współczesny sposób pojmowania refleksyjności prawa. Ponadto analiza programów regulacyjnych budowanych na założeniach regulacji refleksyjnej pozwoliła zarówno przetestować, jak i wzbogacić te propozycje teoretyczne poprzez odniesienie ich do doświadczeń funkcjonowania instytucji prawnych. Sens tego odniesienia jest dwojaki: z jednej strony ukazuje ono, jak określone założenia teoretyczne mogą przekładać się na praktykę prawną, określając granice i warunki tego, co możliwe w praktyce; innymi słowy, uwzględnienie analiz teoretycznych pozwala zrozumieć, czego można się spodziewać po tak czy inaczej ukształtowanej praktyce prawnej, czego zaś oczekiwać od niej nie należy. Z drugiej strony analiza praktyki pozwala ocenić użyteczność konkretnych konstrukcji teoretycznych, odsłaniając zarówno potencjał, jak i ewentualne ograniczenia ich aplikacji w rzeczywistości prawnej. To wzajemne odniesienie można zatem postrzegać jako pewną refleksyjną strategię poznawczą, która pozwala lepiej zrozumieć zarówno teorię, jak i praktykę poprzez ich wzajemne oświecenie.

Niniejszy, końcowy rozdział jest próbą kolekty najważniejszych wniosków, jakie wynikają z przeprowadzonych w pracy analiz. Oczywiście, wnioski te dotyczą wprost jedynie refleksyjności prawa; nie sposób przesądzić tu, na ile mogą być one ważne także w odniesieniu do innych instytucji społecznych. W tych ramach wskazuję zarówno na podobieństwa, jak i na różnice między rozważanymi w pracy koncepcjami teoretycznymi, które mają zasadnicze znaczenie dla właściwego pojmowania społecznej refleksyjności współczesnego porządku prawnego. Na początek zrekapituluję wybrane kwestie podejmowane w rozdziałach poświęconych, kolejno, teorii systemowej, teorii prawa responsywnego oraz teorii społeczeństwa ryzyka. Będzie to również okazja, aby ująć pewne zależności między tymi teoriami w bardziej linearną opowieść, niż miało to dotąd miejsce. W dalszej kolejności odniosę się bezpośrednio do kwestii, które już w rozdziale I wskazywałem jako centralne dla zrozumienia pojęcia refleksyjności prawa: normatywnej zawartości refleksyjności oraz struktury refleksyjnego poznania i działania. Pozwoli to w następnym kroku podjąć kwestię niesamoistnej natury refleksyjności, a także relacji między refleksyjnością instytucjonalną a osobową.

Pojęcie kolekty, zapożyczone z języka chrześcijańskiej liturgii, oznacza zebranie w jedność tego, co rozproszone; jej konstytutywną część stanowi anamneza, czyli wspominanie. To zaś zakłada pewne nieuchronne powtórzenia zarówno w stosunku do wcześniejszych partii pracy, jak i w obrębie samego rozdziału. Są one konieczne, jeśli chce się uwypuklić i powiązać ze sobą najważniejsze kwestie. Nie jest jednak tak, że wszystko, co istotne, zostało już powiedziane we wcześniejszych rozdziałach, a teraz nadchodzi jedynie czas powtórzeń. Kolekta wnosi sobą nową jakość w stosunku do części, które wchodzi w jej skład. Zbierając więc rozproszone dotąd po poszczególnych rozdziałach wątki, pozwoli ona wybrzmieć nowym myślom na temat społecznej refleksyjności prawa, które dotychczas mogły pozostawać niewidoczne. W szczególności z prowadzonych tu rozważań powinno stopniowo wyłonić się takie pojęcie prawnej refleksyjności, które wydaje się najbardziej przekonujące tak od strony teoretycznej, jak i co do jego praktycznych konsekwencji. Pojęcie to buduje po trochu na każdej z omawianych w pracy koncepcji. Hasłowo rzecz ujmując, czerpie ono przekonanie o niesamoistnym charakterze refleksyjności z teorii systemowych, ideę dialogicznego ugruntowania normatywności prawa od Selznicka i dialektyczny obraz relacji między prawem a jego otoczeniem od Becka. Taki sposób pojmowania refleksyjności określam jako „dialektyczną responsywność”. Znaczenie tego sformułowania winno się stać jasne w trakcie poniższych wywodów.

Rozważania tu zawarte nie wychodzą zatem poza zasadniczy, rekonstrukcyjny status całej tej pracy. Celem jest wciąż rekonstrukcja pojęcia refleksyjności prawa (jako instytucji społecznej), materiałem zaś, na którym pracuję – rozważane we wcześniejszych rozdziałach projekty teoretyczne. Jak jednak zaznaczyłem we *Wprowadzeniu*, tym, co odróżnia obecny rozdział, jest fakt, że przedstawiona tu rekonstrukcja ma charakter *krytyczny*. Oznacza to, że jest ona od początku przeprowadzana z bardziej zewnętrznej perspektywy, wyznaczanej przez interesujące mnie zagadnienia, które mają kluczowe znaczenie dla ustalenia pojęcia refleksyjności prawa. Można więc powiedzieć, że w rozdziale tym stawiam poszczególnym koncepcjom teoretycznym konkretne pytania (wskazane w rozdziale I) i oceniam, na ile udzielane przez nie odpowiedzi są użyteczne dla właściwego zrozumienia tytułowego pojęcia pracy.

1. Trzy odsłony refleksyjności

1.1. Refleksyjność a samoodniesienie

Czymkolwiek by refleksyjność nie była ponadto, jest jakąś postacią samozwrotności. Ten właśnie jej atrybut stawia w centrum i eksploruje teoria systemów. Przypomnę: zdaniem Luhmanna samoodniesienie jest konstytutywną cechą wszelkich systemów, która pozwala im zaistnieć przez ustanowienie

takiej formy rozróżnienia, która wyodrębnia je ze środowiska. Samoodnoszenie służy też systemom dla wytworzenia takiego obrazu ich otoczenia, który redukowalby nadmierną złożoność tego ostatniego. Te prawidłowości, ważne dla wszelkich typów systemów, odnoszą się szczególnie do systemów społecznych, które muszą rozwiązywać problem podwójnej kontyngencji poprzez komunikowanie sensu.

Samoodnoszenie w ramach systemu może przybierać różne formy złożoności: od samoodniesienia bazowego, przez refleksyjność, po refleksję. To właśnie refleksja oznacza, że system odnosi się zwrotnie do samego siebie jako systemu. Luhmann wyróżnia dwie odmiany takiej refleksji: operacyjną (autopojęza) i kognitywną (samoobserwacja). Taki samoodnoszący się system wchodzi wprawdzie w kontakt ze środowiskiem (poprzez warunkowanie, sprzężenia strukturalne lub penetrację), kontakt taki nie oznacza jednak ustanowienia relacji refleksyjnej¹. Autor mówi wprawdzie o „obserwacyjnej otwartości” systemu, chodzi tu jednak wyłącznie o obserwację własnej granicy. Refleksyjność (refleksja) jest figurą zamkniętą we wnętrzu systemu; międzysystemowe formy refleksyjności nie istnieją.

Prawdopodobnie najważniejsze trzy nauki, jakie płyną z teorii systemowej, brzmią: refleksyjność jest konieczna, jest niezupełna, jest paradoksalna². Jest konieczna, ponieważ – jak już powiedziałem – system nie może zaistnieć bez odnoszenia się do siebie samego. Samoodnoszenie jest też składową wszystkich operacji, z których zbudowany jest system. Jest niezupełna w co najmniej podwójnym znaczeniu: zarówno operacyjnym, jak i obserwacyjnym. Operacyjna niezupełność refleksji polega na jej zależności od otoczenia: aby system mógł dokonywać jakichkolwiek operacji, musi być pobudzany poprzez „irytacje” płynące z zewnątrz. System, który zaprzestaje doświadczać irytacji, przestaje dokonywać własnych operacji, to znaczy reprodukować się, to znaczy istnieć. Zewnętrzne bodźce są więc warunkiem możliwości tak istnienia, jak samoodnoszenia się systemu. Niezupełność samoobserwacji zasadza się z kolei na tym, że system nie jest dla samego siebie w pełni przejrzysty. Jego własna złożoność przerasta jego możliwości poznawcze, wskutek czego samoobserwacja daje zawsze jakoś uproszczony obraz systemu. System we własnych oczach jawi się jako prostszy, niż jest w rzeczywistości. W szczególności system ma „ślepą plamkę”, która nie pozwala mu dostrzec tego, co najbardziej dlań fundamentalne: konstytuującej go formy rozróżnienia, *eigenvalue*. Jak ujmuje to Luhmann: „System nie widzi, że nie widzi tego, czego nie widzi”³.

¹ Poniżej, zgodnie z konwencją przyjętą w całej pracy, mówię ogólnie o refleksyjności na oznaczenie wszelkich form samoodnoszenia. Nie trzymam się więc wprowadzonego w teorii systemów podziału między samoodnoszeniem bazowym, refleksyjnością i refleksją.

² Jak widać, są one zbieżne z wnioskami, do jakich prowadzi analiza programów refleksyjnej regulacji, przeprowadzona w rozdziale V.

³ Cyt. za: Winczorek 2009, 36.

Wreszcie refleksyjność jest paradoksalna, i to z kilku powodów. Na początek zauważmy, że ze względu na wskazaną przed chwilą nieprzejrzystość, system nie jest w stanie w pełni kontrolować własnych procesów refleksji. Obserwuje on sam siebie, zarówno jednak podstawy tej obserwacji (punkt, z którego obserwacja się dokonuje), jak i jej prawomocność pozostają dla systemu zagadką – problemem. Samoobserwacja jest więc próbą, jak powiedziałby Hegel, zajrzenia przez świadomość „za własne plecy” (Hegel 2003, 68–69), co jest od początku niemożliwe. Dlatego też refleksyjność zawsze musi pozostawać niepewna własnego statusu – to, co próbuje uchwycić, wciąż będzie się jej wymykać (Siemek 2012a, 254). Paradoksalność wiąże się też z możliwymi rezultatami refleksyjnego samoodniesienia. Te mogą być dwojakie: będzie to albo potwierdzenie różnicy ($a \neq a$), albo tożsamości ($a = a$). Pierwsze z tych rozwiązań jest paradoksem, drugie tautologią (będącą, zdaniem Luhmanna, jedynie szczególną formą paradoksu). Prawo zna oba te przypadki – tautologiczne albo paradoksalne są np. próby rozwiązania problemu obowiązywania prawa i określenia statusu kryteriów takiego obowiązywania. W uproszczeniu, albo przyjmuje się, że kryteria takie same obowiązują, co rodzi tautologię, albo odmawia się im charakteru obowiązującego, co prowadzi do paradoksu. Z punktu widzenia każdego systemu zarówno tautologia, jak i paradoks stanowią jednak problem, który trzeba przełamać, aby system mógł działać dalej. Potrzebne są zatem mechanizmy detautologizacji oraz deparadoksalizacji, które będą pozwalały „przerwać” zamknięty krąg samoodniesienia. Mechanizmy takie nie mogą jednak przynależeć do tego samego refleksyjnego kręgu, który mają za zadanie deparadoksalizować; muszą one mieć status czynnika zewnętrznego. Luhmann szuka rozwiązania tej kwestii w multiplikacji systemowych cykli refleksji, które wzajemnie mają służyć sobie w tej roli. Taki zabieg pozwala mu zachować czysto refleksyjną strukturę systemu. Czy to rozwiązanie jest przekonujące, jest sprawą odrębną; na obecną chwilę istotna jest konkluzja, że refleksyjność domaga się takiego zewnętrznego punktu odniesienia, który pozwalałby wyjść poza jałowość powtarzających się samoodniesień.

Tę paradoksalność oraz niesamodzielną refleksyjności potwierdza w odniesieniu do prawa koncepcja Teubnera. Potwierdzenie to jest przede wszystkim negatywne: ujawnia się ono w kłopotach, w jakie teoria ta wikła się, próbując uniknąć wspomnianej niesamistości refleksji⁴. Prawo refleksyjne bowiem, szczególnie w dojrzałej wersji wspomnianej teorii, to prawo, które rozpoznaje samo siebie jako system autopojetyczny wśród innych systemów autopojetycznych. Co za tym idzie, prawo takie rezygnuje z prób władczego, bezpośredniego oddziaływania na inne podsystemy społeczeństwa; zamiast tego wypełnia ono swoją funkcję regulacyjną poprzez regulowanie samego siebie – co w założeniu

⁴ Gwoli sprawiedliwości odnotujmy, że Teubner nie neguje za to paradoksalnego charakteru refleksyjności prawa – przeciwnie, uznaje paradoks za jedną z istotniejszych i ciekawszych własności współczesnych systemów prawnych (Teubner 2005).

ma wspierać refleksyjność innych systemów w jego otoczeniu. Można zatem powiedzieć, że prawo refleksyjne posługuje się przede wszystkim metaregulacją w celu wzmacniania mechanizmów samoregulacyjnych w innych systemach społecznych. W ten sposób refleksyjność sama z siebie miałaby się stać dla prawa źródłem normatywności: podstawą rozwiązań problemów praktycznych i sposobem na spełnienie społecznych oczekiwań względem prawa.

Jak pokazały między innymi rozważania rozdziału V nad programem metaregulacji, taka strategia rzeczywiście bywa niekiedy skuteczna – jej powodzenie zależy jednak od spełnienia licznych warunków, które leżą poza kontrolą systemu prawa. Aby więc system ten mógł wcielić w życie program prawa refleksyjnego, musi liczyć na zaistnienie okoliczności, na które sam nie ma wpływu. Co więcej, jednym z tych warunków jest refleksyjność adresatów, do których kierowane są normy prawne (lub interwencje regulacyjne). Wynika z tego, że prawo może korzystać z własnej refleksyjności o tyle, o ile wchodzi w kontakt z innymi refleksyjnymi strukturami. Ponadto nawet taka, zgodna z koncepcją prawa refleksyjnego strategia metaregulacji nie wyłącza potrzeby oparcia rozstrzygnięć na bardziej materialnych standardach. Sama refleksyjność – przynajmniej póki jest pojmowana czysto formalnie, jako strukturalna własność systemu – nie wystarcza, aby prawo mogło skutecznie wypełniać swoją funkcję i reprodukować się jako system.

1.2. Refleksyjność a wspólnota

Philip Selznick jest autorem koncepcji refleksyjności prawa, która w wielu punktach jest znacząco odmienna od ujęcia proponowanego przez teorię systemową. Również on jednak zgadza się ze stwierdzeniem orzekającym zarówno niesamodzielną, jak i paradoksalną naturę refleksyjności. Wnioski, jakie z tego wyciąga, są jednak przeciwne do tych wysuwanych przez rzeczników autopopejzy. Luhmann powiada: taki charakter refleksyjności powoduje, że jest ona dla systemu przede wszystkim problemem i nie może pełnić roli przewodniej zasady, która nadawałaby systemowi spójność. Selznick replikuje: refleksyjność nie tylko może, ale faktycznie jest zasadą wyrażającą nadrzędny sens prawa i nadającą mu tożsamość. Aby jednak mogła tak zafunkcjonować, musi spełniać zadanie osadzenia prawa w szerszej wspólnotcie politycznej. Dlatego też refleksyjność jest responsywnością: jest formą dialogu prawa ze wspólnotą.

W tym dialogu prawo staje się instytucją – to znaczy, że zostaje mu powierzona przez wspólnotę szczególna misja, wyrażona w języku etycznym. Misja ta ma podwójny sens: wewnątrz – wyznacza ona nadrzędny ideał (*master ideal*) prawa jako instytucji, nadając mu integralność oraz charakter (określenia, które Selznick czerpie odpowiednio od Dworkina i Fullera); na zewnątrz – definiuje zakres odpowiedzialności prawa wobec politycznej wspólnoty. Tym ideałem

w przypadku prawa jest legalność, pojmowana jednak szeroko i nielegalistycznie, jako dążenie do „stopniowego ograniczania zakresu arbitralności zarówno w prawie pozytywnym, jak i w jego stosowaniu” (Selznick [1969] 1980, 12). Ograniczanie arbitralności dokonuje się poprzez poszerzanie przestrzeni rozumności w prawie. Stąd też Selznick stwierdza: „W swoich najbogatszych konotacjach, legalność przywołuje grecką wizję porządku społecznego ufundowanego na rozumie, którego konstytutywną zasadą pozostaje sprawiedliwość” (Selznick [1969] 1980, 18).

Prawo wypełnia to powołanie do zapewniania legalności przez cały czas, od kiedy tylko może być uznane za instytucję we wskazanym rozumieniu. Stąd też możemy przyjąć, że jakaś podstawowa, zarodkowa responsywność prawa stanowi jego immanentną, konieczną cechę. Historycznie jednak rzecz biorąc, wypełnienie tego powołania dokonuje się w różnych formach. W szczególności nie od razu samo prawo wydaje się świadome, jaka dokładnie jest treść tego ideału. Stąd ewolucyjny rozwój prawa, w którym nadrzędny ideał legalności podlega coraz pełniejszemu zrozumieniu i urzeczywistnieniu. W prawie represywnym ideał ten jest urzeczywistniany jeszcze w formie bardzo szczątkowej; prawo autonomiczne stanowi już rezultat jego rozpoznania, choć wciąż ograniczonego. Natomiast prawo świadome swego nadrzędnego ideału i swojej roli wobec wspólnoty to, wedle autora, prawo responsywne. Prawo takie łączy tym samym dwa przeciwstawne zwroty (w znaczeniu, w jakim termin „zwrot” funkcjonuje w matematyce): ku samemu sobie, w postaci samoświadomości, oraz na zewnątrz, w postaci dialogu ze wspólnotą. Selznick wyraża tę myśl, charakteryzując ten typ prawa zarówno poprzez „zwiększenie autorytetu celu”, jak i wzrastającą „obywatelskość” (Nonet i Selznick 1978, 78).

W obu tych ukierunkowaniach – nawet zanim jeszcze ulegną złączeniu – widać też wyraźnie, że tak ujęta refleksyjność nie wyklucza już normatywności czy polityczności. Przeciwnie, refleksyjność jako responsywność polega właśnie na odsłonięciu i rozpoznaniu politycznego sensu prawa – płynącego zarówno z jego wnętrza (jako treść ideału legalności), jak i z zewnętrznego otoczenia (jako oczekiwania, jakie pod adresem prawa formułuje wspólnota polityczna). Zараzem takie ukierunkowanie na ideał nie oznacza idealizmu, który prowadziłby do (jak to określa Habermas) przeestetyzowanej koncepcji prawa. Tak się nie dzieje, ponieważ nadrzędny ideał jakiegokolwiek instytucji nigdy nie jest wyznaczany w drodze abstrakcyjnej spekulacji, lecz poprzez rekonstrukcję z rzeczywistych praktyk społecznych.

Jak wynika z rozważań Selznicka – i co potwierdzają badania z obszaru regulacji – można wskazać trzy podstawowe warunki, pod którymi prawo responsywne ma szanse powodzenia. Są to: wyraźne ukierunkowanie na założony cel, odpowiednie kompetencje kognitywne oraz silna wspólnota obywatelska. Jeśli chodzi o pierwszy z nich, to pojęcie celu – i jego relacja do spokrewnionego pojęcia nadrzędnego ideału – nie jest do końca sprecyzowane, co w odniesieniu

do tak ważnej kategorii nieco rozczarowuje. Nie ulega wszakże wątpliwości, że zarówno prawo jako całość, jak i poszczególne instytucje je tworzące potrzebują jasno określonych celów działania, które będą mogły zapewnić im zarówno integralność, jak i skuteczność. Wydaje się przy tym, że cele te nie mogą być zdefiniowane na sposób czysto techniczny, ale że muszą być wyrażone przynajmniej częściowo w języku etycznym, pozostają bowiem jakąś pochodną nadrzędnego ideału prawa.

Co do drugiego warunku, jakim jest wykształcenie w prawie odpowiednich kompetencji kognitywnych, jego znaczenie wynika choćby z podstawowego sposobu legitymizacji prawa responsywnego – tym, według autora, jest właśnie „kompetencja”, czyli zdolność do efektywnego rozwiązywania problemów społecznych. Aby to osiągnąć, instytucje prawa responsywnego muszą być nastawione na uczenie się, a także gotowe do takich zmian, jakie okażą się w wyniku tych procesów niezbędne. Ostatni z warunków, czyli istnienie dojrzałej wspólnoty obywatelskiej, chroni z kolei prawo responsywne przed regresem w populizm lub w bycie narzędziem władzy uprzywilejowanych grup (*capture*) – ale w równym stopniu zdaje się chronić wspólnotę przed nadmierną ekspansywnością tegoż prawa. Wiele wskazuje przy tym, że w rozumieniu wspólnoty politycznej (*polity*) Selznick pozostaje wiernym uczniem tradycji nawiązującej do antycznych wzorów republikańskich, w szczególności zaś do myśli Arystotelesa. To o tej wspólnocie pisał, że jest ona „jednością moralną, a jednocześnie formą partycypacji i organizacji społecznej” (Selznick [1969] 1980, 31). Jest to wspólnota budowana na cnotach, na wspólnym rozumieniu dobra i na kultywowaniu „życia obywatelskiego”; nie wyklucza ona jednak autonomii poszczególnych, wchodzących w jej skład jednostek. Przeciwnie: zgodnie z Arystotelesową koncepcją człowieka jako *zoon politikon* to dopiero uczestnictwo w takiej wspólnocie umożliwia autonomię i właściwie pojmowaną podmiotowość.

Koncepcja prawa responsywnego potwierdza tym samym rozpoznanie, do jakiego doszła teoria systemów: refleksyjność zależna jest od warunków, które po części leżą po stronie samej refleksyjnej struktury (instytucji, systemu), po części zaś pozostają od niej niezależne. Poszła jednak dalej w tym kierunku: skoro tak, to oznacza to, że sama refleksyjność musi być ruchem między tym, co wewnątrz, a tym, co na zewnątrz samoodnoszącej się struktury. Stąd też refleksyjność prawa według omawianej koncepcji jest tym głębsza, im silniejsze związki prawa jako instytucji z jego społecznym otoczeniem i intensywniejszy dialog z polityczną, obywatelską wspólnotą.

W ten sposób w koncepcji prawa responsywnego obecny staje się jakiś związek dialektyki inności, prawo bowiem, dążąc do samoświadomości, współdefiniuje się przez to, co wobec niego odmienne i zewnętrzne. Również sam proces wyłaniania się prawa responsywnego ma charakter dialektyczny: ten typ prawa może być postrzegany jako synteza pewnych cech antynomicznych względem siebie typów prawa represyjnego oraz autonomicznego, a cały proces dochodzenia

przez prawo do samorozumienia własnego ideału ma charakter niejednoznaczny i nieraz konfliktowy. Rozwój tego samorozumienia – a wraz z nim całego prawa – jest w jakiejś mierze wypadkową *refleksywności*, czyli zwrotnych reakcji prawa na zewnętrzne wyzwania (od pojęcia refleksu, odbicia). Jak powie Selznick: „narodzinom [ideału legalności] towarzyszy zamęt, a podtrzymaniu – walka”⁵.

Nasuwa się jednak wątpliwość, czy ta konfliktowa, dialektyczna wizja prawa i jego rozwoju jest do pogodzenia z innymi założeniami przyjmowanymi przez autora. Po pierwsze, można się zastanawiać, czy przyjęta przez niego koncepcja ewolucyjnego rozwoju prawa nie jest – w obliczu wskazanej dialektyki – nazbyt teleologiczna i, koniec końców, linearna. Sprzeczności zostają pogodzone, boczne drogi zamknięte jako ślepe, a prawo zmierza niepowstrzymanie – mimo całej *confusion and struggle* – w kierunku responsywności. Po drugie, zarówno otoczenie, w którym podróż ta się odbywa, jak i jej miejsce docelowe wydają się nieco zbyt wygładzone i sielankowe. Otoczeniem tym jest, rzecz jasna, wspólnota polityczna, celem marszruty zaś – prawo responsywne wobec tejże. Z rozważań autora wyłania się obraz tej wspólnoty, która funkcjonuje jako względnie jednolite, uporządkowane i obiektywne podłoże, na którym poszczególne instytucje mają wyznaczone niepodlegające kwestionowaniu miejsca. Można ją przyrównać do solidnej sieci o regularnych oczkach, w której prawo responsywne wraz z innymi instytucjami życia publicznego łądzą miękko i bezpiecznie. Jak sądzę, z obecnej w projekcie Selznicka perspektywy dialektycznej wyłania się tymczasem inny obraz, w którym refleksyjność jako samopoznanie (od *refleksji*) oraz jako konfrontacja (od *refleksu*) są ze sobą ściśle połączone.

1.3. Refleksyjność a ryzyko

Refleksyjność późnonowoczesnego prawa polega na konfrontacji z uwolnionymi skutkami ubocznymi jego własnych działań – tak, w największym skrócie, można by streścić koncepcję prawa wyłaniającą się z teorii społeczeństwa ryzyka Ulricha Becka. Koncepcję tę postrzegać zatem można z pewnego punktu widzenia jako wprost podejmującą ten problem, który w teorii Selznicka funkcjonował na prawach sugestii. Chodzi tu o pytanie, w jakim stopniu refleksyjność prawa jest rezultatem świadomego wysiłku dążącego do samorozumienia, na ile zaś stanowi wynik konfrontacji ze skutkami ubocznymi (prawnej) modernizacji. Beck szczególnie zainteresowany jest tą drugą możliwością, jej właśnie poświęcając najwięcej uwagi.

Refleksyjna jest już sama struktura ryzyka jako *skutku ubocznego* działań ludzkich (procesów modernizacji). Ujawnia się w nim bowiem szczególna samozwrotność działania: działanie zwraca się ku sobie samemu, przekształcając

⁵ W oryg. „it is born in confusion and sustained in struggle” (Selznick [1969] 1980, 3).

warunki, które wyznaczały kontekst jego dokonania. Ryzyko jest zatem swego rodzaju „zwrotem”, który otrzymuje jednostka, organizacja czy społeczeństwo z własnego działania. Refleksyjna jest także struktura poznania ryzyka: ryzyko nie funkcjonuje wszak jako zdarzenie (fakt), ale jedynie jako *prawdopodobieństwo zdarzenia*. Prawdopodobieństwo nie jest jednak czymś, co istnieje faktycznie – w takim sensie, w jakim istnieją choćby powodzie, wybuchy jądrowe, ataki terrorystyczne czy załamania na giełdzie. To pewna konstrukcja myślowa, która jest w równej mierze rozpoznawana, co wytwarzana. Wreszcie refleksyjna jest struktura reagowania na ryzyko lub zarządzania nim, w ramach której ryzyko próbuje się poddać kontroli – co jednak prowadzi zazwyczaj do wytworzenia nowych jego form.

Powyższe uwagi odnoszą się do ryzyka w ogóle – odsłaniając zarówno jego społeczną genezę, jak i polityczne znaczenie. Nie mówią one jeszcze nic o specyfice tej formy organizacji życia społecznego, w którym ryzyko staje się centralnym problemem politycznym, a którą Beck określa jako społeczeństwo ryzyka. Do powstania tej formy społeczeństwa dochodzi w drodze tzw. modernizacji refleksywnej, gdy coraz bardziej jasne staje się, że nowych, wytworzonych form ryzyka nie sposób już dłużej skutecznie kontrolować w ramach dotychczas funkcjonujących instytucji. Jak pisze autor: „«Modernizacja refleksywna» oznacza konfrontację ze skutkami społeczeństwa ryzyka, z którymi system społeczeństwa przemysłowego, oceniając rzecz na podstawie jego instytucjonalnych standardów, nie potrafi sobie poradzić ani których nie potrafi zasymilować” (Beck 2009b, 17–18).

Jak widać, refleksyjność w tym ujęciu jest przede wszystkim refleksywnością – zwrotną konfrontacją nowoczesnego społeczeństwa i jego instytucji z ich własnymi wytworami. Stąd też modernizacja refleksywna jest procesem mimowolnym, przebiegającym niezależnie od samoświadomości społeczeństwa, który nie może zostać zaprojektowany czy z wyprzedzeniem przewidziany. Nie oznacza to jednak wykluczenia refleksyjności we właściwym znaczeniu, jako samopoznania. W istocie, z wykształceniem się społeczeństwa ryzyka mamy do czynienia dopiero wtedy, gdy owe systemowe sprzeczności staną się przedmiotem społecznej świadomości – to znaczy gdy problematyczność ryzyka stanie się, jak powie Beck, „figurą refleksji” (Beck 2012, 37). Odpowiednio, porządek prawny społeczeństwa ryzyka to takie prawo, które staje się samoświadome sprzeczności, do których doprowadził jego rozwój w nowoczesnym społeczeństwie. Specyficzny jest natomiast status tej refleksji – podobnie jak sam proces modernizacji, ma ona charakter nieciągły, konfliktowy, włączający sprzeczne interpretacje. Stąd też refleksyjność prawa nie prowadzi do wytworzenia jakiegoś całościowego, spójnego obrazu tego prawa. Ma ona raczej charakter krytyczny i polega na „kwestionowaniu” instytucjonalnych, kategoryalnych i normatywnych podstaw fundujących zastany porządek (Beck 2016, 75–76; Veitch 2017, 57–59). Jak wykazałem na przykładzie programu regulacji

opartej na ryzyku, takie kwestionowanie ma szansę m.in. odsłonić (często zamaskowany) konserwatyzm funkcjonujących rozwiązań prawnych.

W społeczeństwie ryzyka w pełni dochodzi do głosu polityczny potencjał ryzyka, polegający na tym, że ryzyko przekracza dotychczasowe klasowe, kulturowe czy instytucjonalne granice. W ten sposób staje się ono pretekstem do zmiany zastanych konturów polityki. Instytucje polityczne – w tym prawo – odziedziczone przez nas po społeczeństwie przemysłowym prostej nowoczesności nie radzą sobie z nowymi postaciami ryzyka. Dlatego, zdaniem autora, potrzebne jest radykalne przekształcenie, metamorfoza świata społecznego, zgodnie z politycznym programem „utopii odpowiedzialnej nowoczesności” (Beck 1998, 21). W odniesieniu do prawa oznacza to m.in., że musi ono odnaleźć nowe formy kategoriałne i instytucjonalne, które pozwolą mu wnieść swój wkład w budowę takiej kosmopolitycznej wspólnoty odpowiedzialnej nowoczesności – czy też, jak określa to Beck, w przekształcenie się społeczeństwa *światowego ryzyka*, dzięki osiągniętej samoświadomości, w *światowe społeczeństwo* ryzyka.

W tym miejscu ujawnia się wszakże jeden z głównych problemów z omawianą teorią, związany z pytaniem, skąd współczesne społeczeństwa miałyby czerpać przesłanki dla sformułowania treści takiego politycznego programu. Odpowiedź Becka okazuje się zaskakująco zbieżna ze stanowiskiem, które na gruncie teorii systemów zaproponował Teubner: treść takiej politycznej utopii miałaby wynikać z samego refleksyjnego rozpoznania sprzeczności i konfliktów społeczeństwa ryzyka. Normatywność miałaby się więc wyłaniać w dostatecznej określoności z samego ruchu refleksji. Jak wyraża to autor: „normatywność tę [...] trzeba wydobyć [...] z rzeczywistej dynamiki powstawania społeczeństwa światowego ryzyka i z rozmaitych ambiwalencji tego społeczeństwa” (Beck 2012, 75).

Rozwiązanie takie – w obliczu radykalnych konsekwencji, do których miałyby prowadzić (a polegających na sformułowaniu programu kosmopolitycznej, „odpowiedzialnej” utopii politycznej) – razi swoją sztucznością. Czy rzeczywiście program polityczny, w zamierzeniu formułowany dla całego społeczeństwa światowego, może być zbudowany na tak wątpliwych podstawach? Nic w obserwacji obecnej rzeczywistości tego nie potwierdza. W rozdziale IV w pewnym sensie uniknąłem pytania, skąd bierze się u Becka taki – sztuczny i mało przekonujący – manewr, zrzucając go na karb niedostatecznie przemyślanych podstaw całej teorii. Jednak w świetle tego, co powiedziano w tym miejscu na temat dialektycznych źródeł przyjętej w tej teorii koncepcji refleksyjności, dopuszczalna okazuje się także hipoteza dokładnie przeciwna. Możliwe, że sposób, w jaki Beck wyprowadza polityczne konsekwencje z własnej teorii, wynika z potraktowania tych podstaw zbyt serio, w nazbyt konsekwentny sposób. Być może jest więc tak, że autor ten, przejmując dialektyczną filozofię dziejów wywodzącą się od Hegla (dziejów będących wszak przede wszystkim dziejami ducha, to jest świadomości, to jest refleksji), przejmuje ją w całości, łącznie z – traktowanym dziś

zazwyczaj z uzasadnioną rezerwą – komponentem eschatologicznym, głoszącym wiarę w ostateczne pojednanie ducha obiektywnego z duchem subiektywnym. Światowe społeczeństwo ryzyka, wraz z charakteryzującą je utopią odpowiedzialnej nowoczesności, byłoby wówczas jeszcze jedną adaptacją Hegłowskiej wizji spełnienia dziejów, jakie znamy w filozofii społecznej. Przyznajmy: nigdzie u Becka nie znajdziemy raczej bezpośrednich sugestii co do takich inspiracji jego teorii. Jest to jednak możliwość zbyt atrakcyjna, aby z niej całkowicie zrezygnować, tłumaczy bowiem pewne dość zagadkowe właściwości jego koncepcji. Nie czyni to całego projektu bardziej przekonującym, pozwala jednak zobaczyć go w nowym świetle.

2. Normatywny wymiar refleksyjności

Możemy teraz przyjrzeć się, w jaki sposób omawiane w pracy stanowiska teoretyczne ujmują problem normatywności refleksyjności. Przypomnę, że zgodnie z ustaleniami rozdziału I kwestię tę należy uznać za jedną z kluczowych dla właściwego zrozumienia rozważanego pojęcia. Z ustaleń tych wynika, że refleksyjność jest złożonym pojęciem, zawierającym m.in. wymiar hermeneutyczny, co oznacza, że stanowi ono element treści samorozumienia współczesnych społeczeństw. Nie jest to jedyny wymiar omawianego pojęcia: podobnie jak w przypadku większości najważniejszych pojęć charakteryzujących instytucje społeczne, można w nim wskazać również wymiar strukturalny, odnoszący się do instytucjonalnych mechanizmów refleksyjności. Nie zmienia to jednak faktu, że współczesny porządek prawny rozpoznaje sam siebie – *nomen omen* refleksyjnie – jako porządek refleksyjny, wiążąc z taką charakterystyką pozytywne konotacje. Ujmując to nieco innymi słowami, refleksyjność prawa może być uznana za element samoświadomości prawniczej wspólnoty interpretacyjnej, która – uznając samą siebie za refleksyjną – pozytywnie ocenia ten fakt. Jednocześnie na poziomie samoświadomości ujawnia się normatywna natura prawa (dostarczanie przez prawo wiążących racji działania), w którym to procesie refleksyjność również odgrywa istotną rolę, wnosząc weń bądź wkład epistemiczny (rozpoznanie normatywności), bądź walidacyjny (konstituowanie normatywności). W obecnej chwili interesuje mnie, jak poszczególne, omawiane w pracy teorie opisują ten właśnie komponent złożonego pojęcia refleksyjności, a także jak rozumieją jego relacje z komponentem strukturalnym.

Odpowiedź na tak postawione pytanie będzie, rzecz jasna, najprostsza w przypadku teorii systemów Luhmanna. U autora tego mamy bowiem do czynienia z celowym i programowym zignorowaniem normatywnego wymiaru rozważanego pojęcia. Refleksyjność jest, bo jest – rzec można, że jej konieczność wynika z samej struktury bytu (jako systemu). Między bytem a powinnością nie ma jednak

przejścia; stojąc na straży anormatywnego charakteru refleksyjności, Luhmann dzierży więc w dłoni widły Hume’a. Dla systemu refleksyjność nie jest zasadą normatywną, ale źródłem paradoksów. Jeśli nawet uczestnikom prawniczej praktyki refleksyjność jawi się z wewnętrznego punktu widzenia jako źródło jakichś normatywnych zobowiązań i roszczeń – jeśli samo prawo jawi im się jako normatywne – to są to tylko systemowe złudzenia. Tego typu hermeneutyczne interpretacje praktyki roztapiają się pod palącym słońcem oglądu teoretycznego. Widziane z tej perspektywy, „prawo – powie Luhmann – nie ma żadnej mocy wiążącej” (Luhmann 1993a, 33).

Jak już stwierdziłem w rozdziale II, to skasowanie normatywności, jakiego dokonuje teoria systemów, stanowi wynik przyjęcia przez nią radykalnie zewnętrznego punktu widzenia na prawo. Można, oczywiście, uznać, że autor ma prawo do takiego wyboru metodologicznego; oskarżanie go, że nie uwzględnia wewnętrznej perspektywy danej praktyki, przypomina tedy zarzucanie słońcowi, że nie lata. Sądzę jednak, że w kontekście powadzonych tu rozważań można wobec takiej czysto zewnętrznej teorii sformułować co najmniej trojaki rodzaj zarzutu.

Po pierwsze, jak się rzekło, teoria taka może pełnić wobec prawoznawstwa jedynie rolę wartości granicznej, do której redukcjonizmu nauki prawne mogą próbować się zbliżać, nie mogą jednak go osiągnąć. Teoria prawa rozumiana jako część nauk prawnych – budowana zatem również na wewnętrzne potrzeby świata prawnego – musi w ten czy inny sposób uwzględniać jego hermeneutyczny sens. W kontekście naszych rozważań znaczy to m.in., że musi – odmiennie, niż postuluje Luhmann – uznawać normatywność prawa za rzeczywistą sprawę.

Po drugie, powyższa zasada dotyczy nie tylko przyjmujących wewnętrzny punkt widzenia nauk prawnych. Odnosi się ona do każdej teorii – także „czysto” socjologicznej – która ma ambicje dostarczyć wiernej rekonstrukcji praktyki społecznej. Taka rekonstrukcja, aby mogła być uznana za pełną, nie może kasować hermeneutycznego samorozumienia tej praktyki, które w wypadku prawa obejmuje również jego normatywność. Jak widzieliśmy, takie kasowanie w przypadku teorii systemów skutkuje tym, że dostarcza ona zafałszowanego, niepełnego obrazu praktyki prawnej, a wiele istotnych cech tej ostatniej pozostaje niewyjaśnionych. Zagadką pozostaje na przykład, dlaczego zarówno uczestnicy tej praktyki, jak i innych instytucji społecznych są jednak skłonni uznawać normatywność prawa, tzn. jego zdolność do dostarczania *realnie* wiążących racji działania czy obowiązków; nie wiadomo też, z jakiego właściwie powodu inwestuje się znaczne zasoby w rozwijanie refleksyjności prawa, skoro z tej ostatniej nic wartościowego nie wynika. Wreszcie takie wypranie refleksyjności z jej wymiaru normatywnego i uznanie za kategorię czysto formalną nie pozwala rozróżniać między różnymi, istotnie odmiennymi sposobami „urefleksyjnienia” porządku prawnego. Sądzę, że problem ten dobrze ilustruje stosunek omawianej teorii do teorii prawa responsywnego. Jeśli rzeczywiście jest tak, że „prawo

nazywane przez Selznicka i Noneta represyjnym jest w świetle teorii Luhmanna równie refleksyjne, co prawo nazywane przez nich autonomicznym” (Winczorek 2009, 196), to niekoniecznie świadczy to o tym, że Selznick z Nonetem tkwią w błędzie, ale raczej o nikłej użyteczności kategorii prawa refleksyjnego w ujęciu proponowanym przez Luhmanna. Skoro wedle tej teorii równie refleksyjne są tak różne formy organizacji prawa – w istocie, refleksyjne są tu prawdopodobnie *wszystkie* jego formy – to takie pojmowanie refleksyjności wnosi bardzo niewiele do naszego rozumienia prawa.

Po trzeciej wreszcie, teoria Luhmanna idzie nawet dalej, narzucając tę zewnętrzną perspektywę nie tylko teorii, ale również uczestnikom praktyki prawnej – sędziom, adwokatom, akademikom, regulatorom etc. – traktowanym jako osoby. Każdy z takich uczestników jest wszak odrębnym systemem psychicznym, który obserwuje system prawny z zewnątrz. W konsekwencji ten ostatni pozostaje normatywny wyłącznie dla samego siebie, ale już nie dla wchodzących z nim w interakcje osób⁶. W ten sposób jednak praktyczne nastawienie wobec prawa, które, jak wciąż obserwujemy, przyjmują takie osoby, staje się kompletnie niezrozumiałe. Czyżby wszyscy oni, komunikując jednak normatywne treści prawne, brali udział w zbiorowym oszustwie?

Przechodząc do kolejnej omawianej w pracy koncepcji, jaką jest teoria prawa refleksyjnego Teubnera, widać, że przyjmuje on całkowicie odmienny stosunek do kwestii normatywności refleksyjności. Taki wybór nie powinien dziwić, bowiem Teubner świadomie rozwija swoje stanowisko jako teorię „prawniczą”, budowaną na wewnętrzne potrzeby świata jurydycznego. Z góry zakłada on tym samym obecność normatywnego wymiaru zarówno prawa w ogóle, jak i refleksyjności jako szczególnej własności tego prawa. Kategoria refleksyjności ma tu służyć formułowaniu propozycji polityki prawa, jak i rozstrzygnięć konkretnych problemów prawnych. Dokładnie mówiąc, refleksyjności prawa przypisana zostaje funkcja „koordynacji działań w ramach i pomiędzy semiautonomicznymi systemami społecznymi” (Teubner 1983, 242). W ten sposób, zdaniem autora, rozwikłany zostaje typowy dla prawa dylemat, zgodnie z którym prawo albo oddziałuje władczo na inne podsystemy społeczne, kolonizując ich autonomiczne wzorce racjonalności, albo rezygnuje z takich władczych ingerencji, a przez to jest nieskuteczne⁷. Prawo refleksyjne nie czyni ani jednego, ani drugiego. Nośnikiem jego normatywnej mocy nie jest już władczość, ale właśnie refleksyjność. Prawo użycza innym podsystemom swoich refleksyjnych struktur, prowokując je w ten sposób do rozwinięcia ich własnych zasobów normatywnych, dzięki

⁶ Takie założenie prowadzi Luhmanna np. do stwierdzenia, że sędzia jest jedynie „kognitywnie, a nie normatywnie” zależny od systemu prawa (Luhmann 1988b, 22).

⁷ W nieco innym ujęciu, jak pisałem, mowa jest o trylemacie: prawo samo może zostać skolonizowane przez obcą mu racjonalność i w ten sposób utracić własną autonomię oraz integralność.

którym będą mogły one decydować o właściwym działaniu i wypełniać z kolei im przypisane funkcje społeczne.

Jak kilkakrotnie już wskazywałem, taka interpretacja refleksyjności prawa stanowi próbę jej osadzenia w roli głównego źródła normatywności: refleksyjność ma, wedle wizji Teubnera, prowadzić do ukonstytuowania się porządków normatywnych w poszczególnych refleksyjnych podsystemach. Teoria Teubnera może być zatem odczytywana jako socjologiczno-prawna realizacja dążenia do samougruntowania refleksyjnego rozumu. Rozum – tu reprezentowany przez system prawa – sam z siebie wyprowadza wszelkie zasady, w tym również normy poświadczające jego prawomocność. Jest to dążenie zgodne z klasyczną samoświadomością nowoczesności, która jest przekonana, że „*musi czerpać swoją normatywność z samej siebie*”⁸. Teoria prawa refleksyjnego jawi się z tej perspektywy jako najbardziej konsekwentnie modernistyczna z wszystkich tu omawianych. Jednak takie postawienie sprawy rodzi co najmniej dwojakiego rodzaju wątpliwości, związane zarówno ze strategią metodologiczną przyjętą w ramach teorii, jak i z jej praktycznymi konsekwencjami.

Wyjaśnienie specyficznego „wkładu”, który w system społeczeństwa wnosi refleksyjność prawa, ma charakter funkcjonalistyczny – i jak to z wyjaśnieniami funkcjonalnymi bywa, pozostaje dość mętne. Podejście funkcjonalne spotkało się w naukach społecznych z wieloraką krytyką, której streszczać tu nie ma potrzeby⁹. Wystarczy zwrócić uwagę na jeden kłopot, w który – śladem wielu funkcjonalistów – wnikła się Teubner, a który związany jest bezpośrednio z normatywnym statusem pojęcia refleksyjności. Jak się zdaje, autor ten dokonuje charakterystycznego przeskoku argumentacyjnego. Na początku traktuje kategorię funkcji jako analityczną, będącą elementem teoretycznego opisu społeczeństwa. Pojęcie funkcji służy więc zewnętrznemu wyjaśnianiu pozycji, jaką refleksyjne prawo zajmuje w systemie społeczeństwa. Mniejsza o to, czy samo to wyjaśnienie jest przekonujące (pojęcie funkcji zdaje się pełnić w funkcjonalizmie rolę swojego magicznego proszku, który stosuje się, aby rozwiązać zagadkę społecznej integracji) – dość, że omawiane pojęcie ma charakter analityczny i eksplanacyjny. W pewnym jednak momencie (który nie jest jasno wskazywany) to samo pojęcie funkcji staje się podstawą do formułowania programów normatywnych i praktycznych rad pod adresem praktyki. Mówi się więc nam teraz, że prawo *powinno* rozwijać swą refleksyjność, aby wypełniać *pożądane* funkcje społeczne (koordynacja działań). Stała się rzecz tajemnicza: z kategorii służącej do zewnętrznego wyjaśniania praktyki funkcja przekształciła się w pojęcie normatywne, służące formułowaniu praktycznych postulatów wewnątrz danej praktyki. Brak jednak wyjaśnienia, jak to możliwe, aby to samo pojęcie łączyło tak różne,

⁸ W oryg. „Sie muß ihre Normativität aus sich selber schöpfen” (Habermas 1985, 16). Polskie tłumaczenie nieco odbiega w tym miejscu od sensu oryginału (por. Habermas 2005b, 16).

⁹ Dość reprezentatywnego przeglądu w tym zakresie dostarcza np. Szacki (2002, 824–828).

analityczno-normatywne zadania: w jaki sposób przekonano uczestników danej praktyki, aby przyjęli *zewnętrzny opis* jako dyrektywę dla *praktycznej orientacji* własnych działań w ramach praktyki. Tak też dzieje się w przypadku teorii Teubnera. Zdaje się on zakładać, że refleksyjność prawa przestanie pełnić rolę jedynie kategorii teoretycznej, a zostanie zaakceptowana jako *sui generis* program polityczny; nie tłumaczy jednak, dlaczego uczestnicy życia społecznego mieliby na ten program przystać.

Drugi kłopot z teorią Teubnera polega na paradoksalnym charakterze proponowanego w niej pod szyldem refleksyjności prawa programu politycznego. Program ten ma bowiem polegać na... eliminacji polityczności. Kwestię tę wyjaśniałem szerzej w rozdziale II, w tym więc miejscu pozwolę sobie podsumować jedynie najważniejsze ustalenia: prawo refleksyjne ma, w zamyśle autora, rezygnować z podejmowania jakichkolwiek rozstrzygnięć, które ingerowałyby w autonomiczną logikę innych podsystemów; przekształcając refleksyjnie samo siebie, ma wzbudzać normatywne zasoby wewnątrz tych podsystemów. Z punktu widzenia teoretycznego jest to jednak rozstrzygnięcie mało przekonujące, trudno bowiem połączyć sensownie tezę o autopojezie z normatywnymi oczekiwaniami wobec prawa. Z kolei z praktycznego punktu widzenia, jak wykazały rozważania rozdziału V, próba oparcia rozstrzygnięć normatywnych na „czystej” refleksyjności, bez (władczego w istocie) wprowadzenia jakichkolwiek standardów materialnych, prowadzi do refleksyjnego przeciążenia systemu oraz do problemów z polityczną legitymizacją i odpowiedzialnością za decyzje podejmowane w ramach poszczególnych podsystemów.

Te problemy z legitymizacją i odpowiedzialnością, do których doprowadza m.in. teoria prawa refleksyjnego, stanowią jeden z głównych punktów zainteresowania w teorii społeczeństwa ryzyka Becka. Zdaniem Becka nadmierne rekursywne zamknięcie poszczególnych dyskursów i systemów społecznych prowadzi do powstawania struktur „zorganizowanej nieodpowiedzialności”. W tym miejscu ujawnia się normatywny potencjał ryzyka: jako refleksywny skutek uboczny funkcjonowania nowoczesnego społeczeństwa, przekracza ono granice poszczególnych podsystemów i podmywa zastane struktury społeczne. Ryzyko jest głosem „realnego”¹⁰, takim jednak, który od razu stanowi *wyzwanie*: wykazując nieadekwatność struktur politycznych i prawnych, ujawnia tym samym swoją normatywną zawartość. Refleksyjność, rozumiana jako konfrontowanie się społeczeństwa ze skutkami ubocznymi w postaci różnych rodzajów ryzyka, ma więc w rozważanej teorii wyraźny, choć specyficzny sens normatywny. Jej specyfika polega m.in. na tym, że ta emergencja normatywności na ryzyku, czyli jego upolitycznienie, do jakiego dochodzi w ramach refleksyjności, ma charakter mimowolny i nieplanowy (lub, jak powie autor, „nieczysty”). Ma ona

¹⁰ O problemach Becka z określeniem się na linii realizm–konstruktywizm pisałem już w rozdziale IV.

też przede wszystkim postać krytyczną, sprowadzającą się do kwestionowania tego, co zastane; nie oznacza to jednak całkowitej nieobecności elementów pozytywnych. Refleksyjna konfrontacja z ryzykiem prowadzi do dwojakiego rodzaju konsekwencji normatywnych: do zmiany konturów polityki (polityczne stają się bowiem nowe, dawniej nieuznawane za takie, problemy i decyzje) oraz do wykształcenia się politycznego programu, który wedle wizji autora ma przybrać postać kosmopolitycznej utopii.

Wynika z tego, że teoria społeczeństwa ryzyka wyraźnie rozpoznaje normatywny wymiar pojęcia refleksyjności – nawet jeśli to refleksyjne ugruntowanie normatywności, jako wymuszone, ma nieco inny charakter niż w klasycznych modernistycznych koncepcjach. W tym miejscu ujawnia się jednak pewien problem, który omawiałem już wcześniej. Teoria Becka zakłada bardzo silny związek refleksyjności z normatywnością, który polega na tym, co określiłem wcześniej jako „wkład walidacyjny”: normatywność wyłania się na sposób emergentny z samego refleksyjnego ruchu świadomości. Powtarzając słowa jej autora: „normatywność tę [...] trzeba wydobyć [...] z rzeczywistej dynamiki powstawania społeczeństwa światowego ryzyka i z rozmaitych ambiwalencji tego społeczeństwa” (Beck 2012, 75). Widzimy tu zatem zamierzenie, podobne do próby podjętej przez Teubnera, wyprowadzenia normatywności z samego procesu refleksyjności. Zmienia się jedynie skala: refleksyjność ma obejmować już nie separowane podsystemy, ale całe społeczeństwo, i to w wymiarze globalnym. Jednak charakter związku między refleksyjnością a normatywnością pozostaje niemal tożsamy. Nie dziwi więc, że rozwiązanie proponowane przez rozważaną teorię okazuje się podobnie problematyczne. W szczególności, jak pisałem w rozdziale IV, tak ugruntowana normatywność okazuje się dość wątpliwa i widmowa: jest zazwyczaj skutkiem emocjonalnej reakcji na dochodzące do głosu zagrożenie, która jednak – jak to emocje – ma tendencję do szybkiego wyczerpywania się. Samo refleksyjne rozpoznanie zagrożeń, do jakiego dochodzi w społeczeństwie ryzyka, nie daje jeszcze wskazówek do działania, a prowadzić może jedynie do fatalizmu i zniechęcenia. W ostateczności Beck stoi, jak się wydaje, przed wyborem: albo normatywne przesłanie jego teorii podlegać będzie redukcji psychologicznej, tracąc jakiegokolwiek solidne podstawy, albo konieczne będzie wprowadzenie jakichś wyraźnych założeń normatywnych, które pozwolą rozstrzygnąć, czego właściwie oczekujemy od polityki i prawa doby społeczeństwa ryzyka. Autor nie jest jednak skłonny przystać ani na jedno, ani na drugie rozwiązanie, co prowadzi do niespójności całej koncepcji.

Tego typu pułapek unika dopiero teoria prawa responsywnego. Jest to możliwe dzięki temu, że według przyjętej w niej optyki refleksyjność od początku zostaje powiązana ze specyficznym dla prawa ideałem normatywnym. Każda instytucja społeczna, zdaniem autora, może być postrzegana jako nośnik takiego nadrzędnego dla niej ideału, który wyznacza jej tożsamość, a zarazem definiuje jej rolę wobec wspólnoty. Ideał taki, na wzór greckiego pojęcia *telosu*, wyznacza

zatem etyczny i polityczny sens danej instytucji. W wypadku prawa mowa o ideale legalności, rozumianym jako poszerzanie przestrzeni rozumnej deliberacji oraz „stopniowe ograniczanie zakresu arbitralności” (Selznick [1969] 1980, 12). Dla Selznicka ta kwestia jest więc od początku jasna: refleksyjność ma czytelny sens normatywny, służąc zarówno rozpoznawaniu, jak i urzeczywistnianiu nadrzędnego ideału prawa.

Związki refleksyjności z ideałem legalności są wielorakie i w pewnym sensie kołowe. Z jednej strony refleksyjność wnosi „wkład epistemiczny”, służąc rozpoznaniu etycznego sensu prawa. To właśnie dzięki procesom refleksyjności (responsywności) treść ideału legalności może zostać dookreślona. Z drugiej strony w ten sposób refleksyjność *qua* responsywność współwytwarza tenże ideał. Jego istnienie¹¹ nie jest wprawdzie całkowicie podległe procesowi refleksyjności – jak miało to miejsce u Teubnera czy Becka – nie jest też jednak w pełni od niego niezależne. Mamy tu raczej do czynienia z typową dla nowoczesnego rozumu jednością poznania i wytwarzania: responsywność, dążąc do *poznania* etycznego sensu prawa, *tworzy* jakiś jego obraz. W takim obrazowaniu – lub przedstawianiu, jakie jest udziałem responsywności – obecny jest jednocześnie moment receptywny, pasywny (rozpoznawania istniejącego wprzód ideału), jak i moment aktywny, twórczy (*przed-stawiania*, czyli tworzenia własnego obrazu takowego ideału)¹².

Wreszcie, po trzecie, ideał legalności sam zawiera w swojej treści postulat responsywności. Jego stopniowe rozpoznawanie i urzeczywistnianie prowadzi w konsekwencji do postępującego urefleksyjnienia prawa. Sytuacja prawa jest pod tym względem szczególnie na tle innych instytucji społecznych – nie każda z nich będzie przecież w treści własnego nadrzędnego ideału zawierać wezwania do rozwoju responsywności. Można zatem powiedzieć, że prawo jest w pewnym sensie uprzywilejowane: do jego tożsamości przynależy ten atrybut, który niezbędny jest każdej instytucji, aby mogła ona ustalić sens własnego istnienia. Każda instytucja – czy będzie to gospodarka czy armia, administracja skarbową, transport publiczny, nauka itd. – dla właściwego funkcjonowania i dla uniknięcia dysfunkcyjnych wynaturzeń wymaga jakiegoś stopnia responsywnego dialogu ze wspólnotą polityczną. Nie każda jednak z nich ma zasadę responsywności wpisaną w sam rdzeń swojej tożsamości. Do takich natomiast instytucji należy prawo. Wynika z tego, że – wbrew rutynowo powtarzanym twierdzeniom o alienacji¹³

¹¹ Selznick jest, jak pokazałem w rozdziale mu poświęconym, normatywnym realistą, można więc w ramach jego teorii mówić o „istnieniu” ideałów normatywnych. Ideały te istnieją na sposób obowiązywania. W ten sposób osłabieniu ulega rozróżnienie bytu i powinności.

¹² Na temat tej jedności momentu receptywnego i twórczego w nowoczesnej teorii obrazu i przedstawiania oraz związków tej teorii z koncepcją refleksyjnego rozumu zob. Siemek 2012a, 363–371.

¹³ Teza o alienacji prawa powtarzana jest niezmiennie od lat, również dzisiaj. Z najnowszych publikacji w tym temacie zob. choćby Hertogh 2018, *passim*, gdzie autor wyróżnia cztery wymiary

– prawu zazwyczaj będzie łatwiej niż innym instytucjom wchodzić w dialog ze wspólnotą polityczną, wsłuchując się przy tym w społeczne oczekiwania normatywne pod jego adresem.

Można, oczywiście, nie zgadzać się z propozycją Selznicka, czy szerzej – z przyjmowaną przezeń Arystotelesową wizją świata społecznego. Trudno jednak odmówić jej konsekwencji i spójności. Jest ona ufundowana na solidnych – nawet jeśli kontrowersyjnych – podstawach teoretycznych, przekonująco rozwijanych na bardziej szczegółowe obszary analizy, co w konsekwencji prowadzi m.in. do całościowej socjologicznej koncepcji prawa, w ramach której to ostatnie jest ujmowane jako instytucja normatywna.

Jeśli mieć jakieś zastrzeżenia do tej obrony normatywności prawa, dotyczyć one będą szczegółowego sposobu jej realizacji. W analizach Selznicka brakuje bowiem tego elementu, który on sam na gruncie rozwijanej teorii musi uznać za jeden z kluczowych. Chodzi tu o wskazanie konkretnych mechanizmów instytucjonalnych, w których postulowany ideał znajdowałby ucieleśnienie. Przypomnę, że to właśnie tego typu badania empiryczne doprowadziły autora do sformułowania koncepcji prawa responsywnego; poczynając jednak od jego wspólnej książki z Nonetem, w której koncepcja ta została po raz pierwszy przedstawiona wprost, po jego późniejsze prace, obcujemy już prawie wyłącznie z robotą teoretyczną. Brak tu więc tego osadzenia empirycznego dla twierdzeń normatywnych, które zarówno w oczach Selznicka, jak i z punktu widzenia założeń przyjętych przeze mnie w rozdziale I jest bezwzględnie wymagane. Ten brak zapełnia w jakimś sensie późniejsza literatura z kręgu badań nad responsywną regulacją. Badania te pokazują konkretne możliwości – ale i ograniczenia – tego sposobu realizacji normatywnego ideału prawa, który podsuwa nam projekt prawa responsywnego.

3. Forma refleksyjnego poznania i działania

Pora przejść do drugiego zagadnienia, uznanego w pierwszym rozdziale za podstawowe dla pojmowania społecznej refleksyjności prawa. Jest to kwestia formy refleksyjnego poznania i działania, w tym także związków między refleksyjnym prawem a jego otoczeniem społecznym¹⁴. W każdym wypadku refleksyjność oznacza kołowy, samozwrotny cykl; co jednak znajduje się na tym okręgu

alienacji prawa: może być ono „pozbawione znaczenia”, „bezsilne”, „oderwane od wartości” lub traktowane „cynicznie”. Z teorii prawa responsywnego wynika jednak, że tego typu głosy mają ograniczoną ważność: mówienie o alienacji prawa ma sens tylko o tyle, o ile – paradoksalnie – założyć jako pożądany responsywny obraz porządku prawnego; co więcej, w samo funkcjonowanie prawa wpisane są mechanizmy „dialogowe”, przeciwdziałające jego alienacji.

¹⁴ Termin „forma” funkcjonuje tu w znaczeniu zbliżonym do używanego w logice określenia „forma logiczna” lub „schemat logiczny” (Marciszewski 1988).

refleksji, jest już przedmiotem kontrowersji. Każda z omawianych tu koncepcji teoretycznych odpowiada na to pytanie odmiennie.

W teorii systemów – w obu omawianych w pracy jej wariantach – refleksja kategoryzowana jest jako cykl zamknięty w ramach danego systemu. Wynika to z samej natury systemu jako złożonego z jednorodzących operacji. Jak pisałem, referując stanowisko Luhmanna: procesy chemiczne mogą wchodzić w związki tylko z innymi procesami chemicznymi, akty świadomości – z takimi samymi aktami, komunikaty z innymi komunikatami etc. *Toto pro pars*, jeśli spojrzeć na podstawowy „budulec” systemów społecznych, można uznać, że akty komunikacji prawnej mogą wchodzić w związki tylko z innymi aktami tego samego rodzaju, ale już nie np. z komunikacją systemów gospodarki czy miłości. Refleksyjność systemu prawa polega więc na tym, że jest on operacyjnie zamknięty. Również deklarowana otwartość obserwacyjna jest dość szczególnej natury, polega bowiem jedynie na obserwacji własnych reakcji systemu na zewnętrzne bodźce. Można stwierdzić, że refleksyjność przyczynia się do ukonstytuowania i umocnienia autonomii systemu.

Relacja refleksyjnego samoodnoszenia jest więc całkowicie zamknięta w obrębie systemu. Nie oznacza to jednak braku jakiejkolwiek otwartości na otoczenie. Paradoksalnie, im bardziej system jest operacyjnie zamknięty, tym bardziej może „pozwolić sobie” na taką otwartość. Zamkniętość nie jest przeciwstawiona otwartości, ale warunkuje tę ostatnią; im szczelniej bowiem zamknięty jest system – im zatem precyzyjniej określone są warunki przynależności do niego – tym więcej „zewnętrznych” zdarzeń może on uwzględniać bez ryzyka utraty integralności. Ta zależność jest dobrze widoczna w prawie: system prawny, w którym np. kryteria walidacyjne są precyzyjnie sformułowane, może dopuścić znacznie większą liczbę argumentów (których status jest od początku jasny i nie budzi wątpliwości) w porównaniu z takim systemem, w którym kryteria walidacji są na tyle niejasne, że każdy nowy argument wymaga namysłu nad jego formalnym statusem. Ta ostatnia sytuacja – kiedy nie wiadomo, jaką wagę przypisać poszczególnym argumentom – zawsze tworzy ryzyko kontrowersji i blokady decyzyjnej.

System autopojetyczny nie traci więc zdolności do wchodzenia w pewne związki ze swoim otoczeniem, choć będą to związki szczególnego rodzaju. Najważniejsze z nich Luhmann ujmuje w trójcy: warunkowanie, strukturalne sprzężenie, (inter)penetracja. Teubner, próbując wzmocnić funkcjonalną orientację teorii systemów, dorzuca do tej listy interferencję, choć tym samym zmienia istotnie konstrukcję całej teorii. Najważniejsze z naszej perspektywy jest jednak co innego: żadna z tych zależności nie oznacza ustanowienia relacji, która sama mogłaby zostać uznana za refleksyjną. Operacje systemu prawnego mogą zarówno być warunkowane przez, jak i same warunkować operacje innego systemu; system ten może, poprzez sprzężenie strukturalne, korzystać z tych samych komunikatów co inny system; może wreszcie, rozpoznając inny system

jako system, używać mu własną złożoność, lub też sam korzystać ze złożoności tamtego (penetracja). W każdym z tych wypadków pozostaje jednak całkowicie odrębny od tego drugiego systemu, a refleksja każdego z nich nie „sięga” struktur drugiego. Ustanowienie między systemem prawa a np. systemem gospodarki czy społeczeństwa obywatelskiego refleksyjnej relacji oznaczałoby w rzeczywistości powstanie („wyróżnicowanie się”) nowego, odrębnego od nich systemu, posiadającego własną refleksyjną formę rozróżnienia. Nie jest to, oczywiście, wykluczone, jednak taki nowy system nie byłby już systemem prawnym w nowoczesnym znaczeniu tego pojęcia.

Jakie są konsekwencje praktyczne takiego autoreferencyjnego modelu refleksyjności prawa? W przypadku teorii Luhmanna odpowiedź brzmi: żadne. Jest ona zbyt formalna, aby wynikały z niej jakiegokolwiek praktyczne wnioski dla prawa. Programowo jest to jedynie analityczne narzędzie badawcze, które przykładać można do dowolnie ukształtowanej praktyki. Konsekwencje takie ujawniają się natomiast w przypadku, bardziej praktycznie zorientowanej, teorii systemów w wydaniu Teubnera. Jak pokazałem, jej przyjęcie prowadzi m.in. do rozwoju strategii metaregulacji, polegającej na tworzeniu warunków i ram dla procesów samoregulacji¹⁵. Przy tej okazji jednak ujawniły się też istotne słabości, które wiążą się z praktyczną aplikacją omawianej teorii. Najpoważniejsze z nich dotyczą problemów z przejrzystością i legitymacją systemów samoregulacyjnych oraz z ich odpowiedzialnością wobec szerszej publikii. Dla przezwyciężenia tych trudności postuluje się wobec reżimów metaregulacyjnych przełamanie wzajemnego zamknięcia poszczególnych podsystemów i uczynienia relacji między regulatorem a adresatami regulacji bardziej responsywną.

Problemy praktyczne nie są jedynymi, z jakimi musi się borykać teoria zakładająca samozwrotny model refleksyjności. Drugą grupę kłopotów stanowią te o charakterze poznawczym. Sprowadzić je można w zasadzie do omawianego szeroko w rozdziale II zarzutu braku relewancji: skoro wszelki teoretyczny opis systemu prawa jest tylko rezultatem rekursywnej refleksji w ramach tejże teorii, która nie dosięga przedmiotu swojego opisu, to teoria taka okazuje się ostatecznie pozbawiona znaczenia dla systemu prawa. Widać zatem, że zarówno w wymiarze praktycznym, jak i poznawczym ujawnia się potrzeba bardziej bezpośrednich związków między prawem a jego otoczeniem, niż dopuszcza to forma refleksyjności przyjęta w ramach teorii systemów.

Związki takie od początku wpisane są w responsywny model refleksyjności, jaki odnaleźć można w teorii Selznicka. Widać to wyraźnie już na podstawie tego, co na temat tej teorii powiedziane zostało w poprzednim podrozdziale. Responsywność polega przecież przede wszystkim na dialogu prawa z innymi

¹⁵ Nie jest to, rzecz jasna, jedyna wskazówka praktyczna, jaka płynie z tej teorii dla prawa. Szczególnie istotne dla samego jej autora są np. implikacje dla konstytucjonalizmu (Teubner 2012).

instytucjami w jego otoczeniu. Co jednak równie istotne, dialog ten umiejscowiony jest w uprzednio danym kontekście dostarczanym przez wspólnotę polityczną (*polity*), w której do niego dochodzi. Tę zależność responsywności prawa wobec wspólnoty widać najwyraźniej poprzez odwołanie do filozofii Arystotelesa, która – jak wykazałem – stanowi bezpośrednią inspirację dla omawianej teorii. Już w tej filozofii obecna jest pewna koncepcja refleksyjności, poprzez zawartą w niej koncepcję rozumności. Nie jest to, oczywiście, koncepcja nowoczesna, nie jest ona jednak w sposób konieczny sprzeczna z nowoczesnością – także w tej epoce widoczne są zbliżone konceptualizacje rozumu i refleksyjności. Otóż dla Stagiryty rozumność to pewna dyspozycja (cnota) człowieka – dyspozycja kluczowa, której znaczenie wyraża słynna definicja człowieka jako *zoon logon echon*, zwierzęcia rozumnego. Człowiek jest jednak, jak wiemy, określony jednocześnie jako *zoon politikon*, istota polityczna. Współwystępowanie obu definicji nie jest dziełem przypadku; fakt ten należy raczej czytać w ten sposób, że rozumność nie jest możliwa bez polityczności. Inaczej mówiąc, człowiek jako podmiot rozumny (refleksyjny) wyłania się dopiero tam, gdzie istnieje wspólnota polityczna, w ramach której rozumność może się ukonstytuować. Nie inaczej rzecz się ma z prawem w wizji Selznicka: jako instytucja refleksyjna, może ona pojawić się dopiero na uprzednio danym podłożu politycznej wspólnoty. Refleksyjność jest więc genetycznie i logicznie zagnieżdżona w takiej wspólnotowości.

Prowadzi to do całkowicie odmiennej formy refleksyjności od tej proponowanej przez teorię systemów. Tam refleksyjność oznaczała odróżnienie się od otoczenia, tutaj: ustanowienie z nim więzi. Stąd też model ten określić można jako wspólnotowy. Cykl refleksyjności zostaje wyprowadzony poza ścisłe granice instytucji prawa, aby powrócić doń z treściami – oczekiwaniami, roszczeniami, wartościami – zewnętrznymi wobec niego. Prawo nie tylko powinno na treści te odpowiadać, ale też musi je *przyswoić*, czyli uczynić swoimi. Jak widzieliśmy, w praktyce prowadzi to do sytuacji, w której częściowo zaciera się granica między argumentami o charakterze prawnym i pozaprawnym, a treść obowiązków prawnych staje się przedmiotem negocjacji. Stwarza to jednak czytelne zagrożenie dla integralności samego prawa; można tego uniknąć tylko pod warunkiem, że tożsamość prawa zbudowana na rozpoznaniu i zinstytucjonalizowaniu jego nadrzędnego ideału będzie dostatecznie silna.

Wspólnotowy model refleksyjności, jaki proponuje teoria prawa responsywnego, jest niewątpliwie atrakcyjny tak dla praktyki, jak nauki prawa. Trudno jednak nie dostrzec jego ograniczeń, o których była już mowa zarówno w rozdziale III, jak i V. Podstawowa trudność sprowadza się do tego, że cierpimy obecnie raczej na deficyt, a nie nadmiar tego typu silnych wspólnot, jakich wymaga omawiany model. Jak widzieliśmy, wspólnoty takie powinny być zbudowane na głębokim zaangażowaniu i bliskich związkach uczestników, intensywnym dialogu i wzajemnym zaufaniu. Można, oczywiście, wspierać dążenia do rozwijania tego typu form obywatelskiej wspólnotowości – a responsywne instytucje prawne,

będąc od tych form zależne, same mogą też przyczyniać się do ich rozwoju – jednak nie zawsze te wysiłki będą kończyć się sukcesem. Stąd też, jak pokazuje przykład responsywnej regulacji, omawiany model refleksyjności może znaleźć zastosowanie tylko w wybranych przypadkach. Tam, gdzie uczestnicy stosunków prawnych są mniej skłonni do wzajemnego zaufania i współpracy, a ich pozycje bardziej wzajemnie zantagonizowane, tam szukać trzeba alternatywnych wzorców refleksyjności dla prawa.

Takiej alternatywnej wizji, którą określić można mianem modelu dialektycznego, dostarcza trzecia z omawianych tu teorii, czyli koncepcja społeczeństwa ryzyka. Od autoreferencyjnego ujęcia teorii systemów różni ją to, że zakłada ona refleksyjny charakter relacji między różnymi stronami życia społecznego (jednostkami, instytucjami). Od ujęcia wspólnotowego odróżnia ją to, że refleksyjność taka nie opiera się na wspólnotowym konsensie, ale dopuszcza sprzeczne i konfliktowe stanowiska. Refleksyjność jest tu więc pewną grą przeciwieństw, które – nie tracąc nic ze swej różnicy – są zmuszone wejść ze sobą w dialog. Dialektyka od samych swych początków łączona jest z pracą na przeciwstawnych sobie elementach, przy braku jednoczącej zasady, która pozwoliłaby przezwyciężyć różnice¹⁶. Taki też sposób postrzegania refleksyjności przyjmuje teoria społeczeństwa ryzyka. Refleksyjność (refleksywność) oznacza tu, przypomnę, przede wszystkim *konfrontację* z „uwolnionymi” skutkami ubocznymi. Taka konfrontacja wymaga otwarcia refleksyjnych cykli poznania i działania na to, co zewnętrzne wobec danej instytucji, które to otwarcie zwykle jednak nie prowadzi – przynajmniej w krótkim w i średnim okresie – do pojednania i pogodzenia przeciwieństw. Tak rozumiana refleksyjność ma charakter „brudny” nie tylko w tym sensie, że jest wymuszona (jak pisałem wyżej), ale także dlatego, że dokonuje się wśród politycznych napięć, które nie tworzą perspektyw konsensusu.

W ten dialektyczny – a zatem z jednej strony dialogowy, a z drugiej sporny – model refleksyjności dobrze wpisuje się również wprowadzone przez Becka rozróżnienie między linearnymi a nielinearnymi koncepcjami wiedzy. Jak pisał on o tej różnicy: „Kryterium zatem ma postać: tam zamknięte, tu otwarte, tam konsensualne, tu antagonistyczne sieci aktorów, problematyzacje, metody, przewodnie hipotezy, scenariusze, szacunki i oceny form ryzyka i zagrożeń” (Beck 2012, 186). W koncepcji nielinearnej wiedza produkowana jest właśnie poprzez spór, antagonizm, różnicę zdań. Wbrew pozorom takie ujęcie nie deprecjonuje zasadności takich wzajemnie konfliktowych roszczeń normatywnych; nie wyklucza nawet możliwości określenia w niektórych wypadkach dobra wspólnego.

¹⁶ Widać to choćby w słynnych paradoksach Zenona z Elei, uchodzącego już w starożytności za twórcę dialektyki. Widać też u Arystotelesa, autora najstarszego znanego nam systematycznego wykładu dialektyki, o której pisze on, że oprócz niej „żadna inna sztuka nie potrafi przecież logicznie udowodniać przeciwieństw” (Arystoteles 2004, 1355a; por. także Kleszcz 2004, 107–124; Pichlak 2013b, 80–89).

Możliwość taka nie jest tu jedynie gwarantowana jakąś uprzednio uznaną wspólnotową podbudową dla porozumienia.

Dla prawa oznacza to m.in., że swoje rozstrzygnięcia musi częściej opierać nie na konsensie, ale na konflikcie. Według omawianego modelu prawo społecznie refleksyjne to takie, które tworzy możliwość dla artykulacji przeciwstawnych poglądów¹⁷, interpretacji, stanowisk w rozstrzyganej kwestii i które nie odmawia *a priori* prawomocności żadnemu z takich głosów. Jednocześnie prawo takie nie zakłada, że wszystkie te sprzeczne poglądy dają się ze sobą uzgodnić i zharmonizować; nie wszystkim też może zostać ostatecznie przypisana ta sama waga. Na tym jednak polega rozstrzygająca funkcja prawa, że w końcowej decyzji może (lub musi) ono przyznać pierwszeństwo jednemu stanowisku przed innymi. Nie może jednak – wciąż według rozważanego modelu – zignorować i pominąć tych głosów, którym taka preferencja nie została przyznana.

W odniesieniu do problematyki regulacji oznacza to, że decyzje regulacyjne powinny być poprzedzone możliwie szeroką debatą, w której będą podlegać artykulacji zróżnicowane interpretacje ryzyka regulacyjnego; decyzje podjęte w wyniku takiej debaty nie będą jednak konieczne dążyć do „wyważenia” i „pogodzenia” takich przeciwstawnych opinii, ale będą musiały władczo rozstrzygać, którym interpretacjom nadać oficjalną sankcję obowiązywania. Dokonuje się to w ramach definiowania tego, co zostaje uznane za ryzyko instytucjonalne. Rozstrzygnięcie w tym przedmiocie ma charakter polityczny. Nie znaczy to, że za jego podjęciem nie mogą stać twarde dane (jak np. w kwestii obowiązkowych szczepień ochronnych czy ograniczeń w sprzedaży i użytkowaniu papierosów), nie zmienia to jednak jego natury jako decyzji politycznej. Stwierdzenie o politycznym charakterze rozstrzygnięcia w kwestii oficjalnie uznanego ryzyka instytucjonalnego nie służy też deprecjonowaniu jego prawomocności. Przeciwnie, tylko takie decyzje, których polityczność jest jawna, mogą być uznane za w pełni legitymowane.

Rozważania niniejszego podrozdziału pozwoliły wyodrębnić trzy modele, za pomocą których można opisywać formę refleksyjnego cyklu poznania i działania. Modele te określiłem jako: autoreferencyjny, wspólnotowy oraz dialektyczny. Każdy z nich uznaje, że refleksyjna struktura, za jaką należy uznać prawo, napotyka w swoim otoczeniu inne podobnie refleksyjne struktury. Różnią się one jednak tym, jak postrzegają zachodzące między nimi relacje oraz sam cykl refleksyjny. Pierwszy z modeli zakłada zamkniętą formę cyklu refleksji prawnej, w której prawo obserwuje jedynie samo siebie i do samego siebie się odnosi. Oba pozostałe modele łączy to, że postrzegają cykl refleksji jako z konieczności wychodzący poza obręb samoodnoszącej się struktury (prawa) i otwarty na to,

¹⁷ Dialektyka, zgodnie z klasycznym ujęciem, dotyczy właśnie tego, co jest przedmiotem „poglądów” (*doxa*), mających status „prawdopodobieństwa” (*endoxon*), w odróżnieniu od tego, co jest przedmiotem wiedzy pewnej (*episteme*) (por. Leśniak 2003, 341–342; Pichlak 2013b, 82–83).

co wobec niej zewnętrzne; innymi słowy, oba te modele uznają refleksyjność nie tylko samego prawa czy innych struktur społecznych, ale także relacji między takimi strukturami. Różni je natomiast sposób dokładnego rozumienia takiej refleksyjnej relacji: w modelu wspólnotowym refleksyjny charakter relacji zostaje zagwarantowany przez osadzenie jej na bardziej pierwotnym podłożu wspólnoty, w modelu dialektycznym natomiast nie zakłada się żadnego takiego jednoczącego kontekstu czy zasady, a refleksyjność relacji nie wyklucza konfliktu.

Wyróżnione modele mają, rzecz jasna, charakter analityczny, funkcjonując jako typy idealne. Rzeczywista praktyka prawna zazwyczaj będzie łączyć w sobie pewne elementy form charakterystycznych dla każdego z nich. Można jednak, jak się zdaje, wskazać takie sytuacje, w których praktyka ta zbliża się do danego modelu na tyle, że może być zasadnie uznana za jego egemplifikację. Tak sprawa się ma z rozważanymi w pracy strategiami prawnej regulacji, które wyraźnie wpisują się w wyróżnione tu modele. Nie znaczy to oczywiście, że modele te należy traktować jako jednokierunkowo oddziałujące na istniejącą praktykę. Jeśliby szukać takich zależności przyczynowo-skutkowych między teorią a praktyką (co zasadniczo nie jest przedmiotem rozważań w niniejszej książce), byłyby one zapewne znacznie bardziej skomplikowane i dwukierunkowe. Z perspektywy pracy najważniejsza rola tych modeli teoretycznych jest inna: prezentując podstawowe założenia, na których opiera się praktyka, odsłaniają one kluczowe uwarunkowania (możliwości i ograniczenia) odpowiadającej im praktyki.

Stwierdzone zależności między trzema wyróżnionymi tu modelami teoretycznymi a istniejącą w sferze regulacji praktyką wskazują na praktyczną doniosłość każdego z tych modeli. Zarazem jednak jest dostatecznie jasne, że w świetle dotychczasowych rozważań nie każdy z nich wydaje się równie przekonujący teoretycznie i akceptowalny od strony praktycznej. Przeprowadzone badania prowadzą zatem do wniosku o przewadze takiego pojmowania refleksyjności, które m.in. uwzględniać będzie dialektyczny charakter relacji między refleksyjnym prawem a jego otoczeniem. Nie znaczy to, że należy np. przyjąć na gruncie prawoznawstwa wprost i bez zastrzeżeń teorię modernizacji refleksywnej Becka; we wcześniejszych partiach książki ukazałem wyraźnie jej słabości. Jednak proponowana przez nią wizja dialektycznie kształtującej się refleksyjności zasługuje na uwagę – nawet jeśli wymaga pewnych modyfikacji i uzupełnień, które pozwolą m.in. uwzględnić cenne poglądy Selznicka na temat normatywnego znaczenia refleksyjności.

To, że refleksyjność prawa ma charakter dialektyczny, oznacza zarazem, że nie jest ona „samowystarczalna”, wymaga bowiem spotkania z tym, co wobec niej zewnętrzne. Dlatego też ostatni podrozdział podejmuje tę kluczową dla właściwego zrozumienia refleksyjności prawa problematykę jej dialektycznej i niesamodzielnej natury.

4. Niesamoistość refleksyjności

4.1. Spojrzenie dziecka, spojrzenie króla

Na słynnym obrazie Diega Velazqueza *Las Meninas* (*Panny dworskie*), który tak pięknie opisał Michel Foucault (2006, 17–28), możemy oglądać scenę rozgrywającą się w jednej z sal pałacu królewskiego w Madrycie. Oto na środku pomieszczenia zebrało się barwne towarzystwo: dwórki, karły, służba i pies. Wszyscy oni otaczają stojącą w centrum infantkę, jedyną córkę króla Filipa IV i jego żony Marianny, Małgorzatę Teresę. Infantka przechyla lekko głowę, kierując wzrok przed siebie, wprost w stronę widza. Nieco w głębi i na uboczu, po lewej stronie obrazu, stoi malarz – sam Velazquez. Stoi przodem do widza, częściowo przesłonięty ogromnym płótnem, którego możemy oglądać jedynie tylną stronę. Pędzel i paleta w rękach mistrza, pozycja na wprost sztalug, skupione spojrzenie skierowane ku widzowi – wszystko to wskazuje, że zastaliśmy go przy pracy nad obrazem. Co jednak przedstawia ten obraz?

W dokumentach z epoki obraz figuruje jako wizerunek infantki Małgorzaty Teresy (zob. Lesser 2018). Rzeczywiście, to ona właśnie znajduje się nie tylko na środku sali, ale także w centrum kompozycji. Czy jednak obraz, który oglądamy, i obraz, nad którym pracuje przedstawiony na nim malarz, to to samo dzieło? To niemożliwe: dziewczynka nie znajduje się w miejscu, w którym jako modelu mógłby dosięgnąć jej wzrok artysty. Velazquez zastosował fortel: malując córkę królewską, przedstawił przede wszystkim samego siebie w momencie tworzenia dzieła. Kogo jednak portretuje Velazquez z obrazu? Ku komu kieruje spojrzenie on sam, dziecko i towarzyszące im postaci?

Rozwiązanie tej zagadki zawarte zostało na ostatnim, trzecim planie obrazu. Dostrzec możemy na nim niewielkie lustro, w którym odbijają się dwie niewyraźne sylwetki. To Filip VI z małżonką, para królewska. W porządku przedstawiania mgliście obecni na ostatnim z planów, w porządku rzeczywistości stoją w centrum pierwszego planu. To oni są prawdziwym tematem obrazu. Między porządkiem rzeczywistości a porządkiem przedstawiania następuje więc odwrócenie ról: córka królewska staje się tematem obrazu o tyle, o ile usunęła się w (przedstawianej) rzeczywistości z tego obszaru, w którym znajduje się model przedstawienia; właśnie poprzez ten ruch usunięcia znalazła się w przestrzeni uchwyconej na obrazie, niczym w kadrze z pracowni mistrza. Król z królową, nieobecni na obrazie, stanowią w (obrazowanej) rzeczywistości główny temat przedstawienia, na którym skupia się uwaga wszystkich obecnych. To, co stanowi rzeczywiste centrum (para królewska), pozostaje niewidoczne (por. też Siemek 2012b, 335–336).

Jeśli więc przeniknąć poza warstwę obrazu i dotrzeć do tego, co jest obrazowane, okazuje się, że właściwym tematem przedstawienia jest para królewska.

A jednak para ta, stojąc naprzeciw malunkowi (a więc w miejscu, w którym znajdujemy się my, jako widzowie), nie ujrzy samej siebie. Trudno za ich obraz uznać mglisty wizerunek w lustrze. (Możemy mieć wątpliwości, czy ten dziwny artefakt w ogóle jest lustrem: gdyby tak było, zgodnie z prawami perspektywy powinniśmy ujrzeć w nim „od tyłu” całą scenę rozgrywającą się w pracowni; jest to więc raczej jedynie trick twórcy, mający naprowadzić nas na właściwy temat dzieła). Chcąc zobaczyć własny obraz, król z małżonką ujrzą tylko martwe, puste plecy płótna, przy którym stoi malarz. To, co mogą osiągnąć wzrokiem, to nie własny obraz, ale tylko sam proces obrazowania: sposób, w jaki przedstawiają się w oczach wszystkich wpatrzonych w nich postaci. Oto Luhmannowska „podwójna kontyngencja” w czystej formie. Jest tu jednak zawarta także dalsza myśl, na temat koniecznego niespełnienia refleksji: jak uczy przykład królewskiej pary, podmiot nie może dotrzeć do czystego obrazu samego siebie. Wszystko, co jest mu dostępne, to refleksy, odbicia, przedstawienia.

4.2. Dialektyka refleksyjności prawa

Panny dworskie powstały w 1656 roku. Dokładnie piętnaście lat wcześniej Kartezjusz publikuje swoje *Medytacje o pierwszej filozofii*. Para królewska u Velazqueza nie ma w sobie jednak nic z samopewności *Ego cogito*. Jeśli już, jej doświadczeniu bliżej raczej do, zapisanej pół wieku później przez Berkeleygo, formuły *esse est percipi* (być to być postrzeganym)¹⁸, a jeszcze bardziej do Heglowskiej zasady uznania. Artysta polemizuje więc – w sobie właściwym języku – z koncepcją refleksji jako samougruntowania. Król patrzy – i jego wzrok napotyka skierowane ku niemu spojrzenie innych. Właśnie w tym spojrzeniu, i jedynie w nim, rozpoznaje siebie jako króla.

Płótno Velazqueza naprowadza nas w ten sposób na jeszcze jedną, być może kluczową, własność refleksyjności. Jest ona zarazem zgodna z wnioskami na temat natury społecznej refleksyjności prawa, do jakich mogą prowadzić rozważania obu poprzednich podrozdziałów. Otóż w obu wyróżnionych w nich kontekstach – jej normatywnego sensu, a także formy refleksyjnego cyklu – refleksyjność okazuje się niesamoistna, podobnie jak spojrzenie królewskiej pary z obrazu. Jak można było zauważyć, prawo refleksyjne to takie, które pozostaje z konieczności otwarte na dopełnienie przez coś, co zewnętrzne wobec jego własnej refleksyjności. Podczas omawiania normatywnego wymiaru refleksyjności ta jej niezupełność ujawniała się na kilka sposobów. Przede wszystkim refleksyjność wzięta, by tak rzec, sama w sobie nie jest w stanie ani dostarczyć normatywnych racji dla podjęcia rozstrzygnięcia, ani też wskazać momentu, w którym takie

¹⁸ Jak chcą niektórzy, pierwotnym polem, na którym wyłoniło się zagadnienie refleksyjności, jest właśnie optyka, odkrywająca refleksyjną naturę światła i spojrzenia (Gadamer 2013, 646–647).

rozstrzygnięcie byłoby już w pełni refleksyjnie uzasadnione. Rozstrzygnięcie, czy też decyzja prawna (decyzja tworzenia lub stosowania prawa) jest więc takim czynnikiem, który z perspektywy samej refleksji jawi się jako przychodzący z zewnątrz i w jakimś sensie arbitralny. Procesy refleksyjności mogą wspierać podjęcie takiej decyzji poprzez lepsze jej ugruntowanie, nie mogą jednak same z siebie decyzji wytworzyć. Pozostawione same sobie będą raczej dążyć do kolejnych zapętlających się rekursywnie odniesień, co skutkować będzie wpadaniem prawa w „spirale refleksyjności” i przeciążeniem całego systemu. Refleksyjność jest więc niesamodzielna o tyle, że nie potrafi sama w sobie stać się źródłem normatywności, ale wymaga dopełnienia przez zewnętrzne wobec niej, bardziej materialne standardy rozstrzygania.

Ta niesamoistność refleksyjności ujawniła się jeszcze wyraźniej w kontekście drugiej z rozważanych w tym rozdziale kwestii, czyli formy refleksyjnego cyklu poznania i działania. Znamienne, że wszystkie trzy wyróżnione tu modele – autoreferencyjny, wspólnotowy i dialektyczny – mimo dzielących je różnic łączy to wspólne przekonanie, że refleksyjność prawa nigdy nie jest refleksyjnością samego prawa, że zawsze musi ona znaleźć swoje odzwierciedlenie w refleksyjności innych struktur w społecznym otoczeniu prawa. Te konkluzje teoretyczne znalazły zresztą potwierdzenie w obserwacji warunków powodzenia różnego rodzaju strategii regulacyjnych. Zarówno zatem z rozważań pojęciowych, jak i z obserwacji praktyki regulacyjnej płynie wspólny wniosek, że refleksyjność prawa jest w sposób konieczny sprzężona z refleksyjnością jego otoczenia. Prawo może być refleksyjne tam, gdzie wchodzi w interakcje z innymi refleksyjnymi strukturami – systemami, instytucjami, jednostkami.

Wygłąda więc na to, że modernistyczne dążenie do samougruntowania się refleksyjnego rozumu (*vel* rozumnej refleksyjności) musi, przynajmniej w normatywnej sferze prawa, pozostać niespełnione. Refleksyjność prawna nie jest w stanie ugruntować samej siebie, czyli upewnić się sama co do swojej prawomocności, ze względu na to, że zawsze pozostaje niepełna. Ta niepełność stanowi konsekwencję faktu, że na wszelką refleksję składają się dwie „strony”, jakimi są jej przedmiot oraz jej akt. Za Markiem J. Siemkiem można określić je jako stronę prawdziwości (zwrócenie ku przedmiotowi) oraz stronę pewności (zwrócenie ku sobie samej) (Siemek 2011, 387–388)¹⁹. „Dramat” refleksyjności polega na tym, że nie może ona być *jednocześnie* refleksją *siebie* i *swojego przedmiotu*: w danym momencie może być zwrócona tylko w jedną z tych stron. Pięknie i niezwykle trafnie wyraża to metafora „pleców” i „odwracania się” świadomości, pochodząca od nie raz już na tych stronach przywoływanego Hegla. Świadomość (refleksja), zwracając się w jedną z tych stron, ku swojemu przedmiotowi lub ku swojemu aktowi, jednocześnie odwraca się plecami do drugiej z nich. Nigdy nie

¹⁹ Siemek komentuje tutaj stanowisko Hegla, który to filozof mówi o różnicy, do jakiej dochodzi w świadomości między *wiedzą* a *prawdą* (Hegel 2003, 66–67).

potrafi jednak zajrzeć za swoje plecy: nie może jednocześnie upewnić się co do swojego przedmiotu i co do samej siebie (Hegel 2003, 68–69)²⁰.

Jak widzieliśmy, to Hegłowskie rozpoznanie wiernie przeniósł na grunt socjologii prawa już Luhmann. W przypadku prawa niezupełność refleksji oznacza przede wszystkim to, że nie może ono jednocześnie rozstrzygać o jakiejś kwestii i o prawomocności własnego rozstrzygnięcia. Dotyczy to zarówno stanowienia, jak i stosowania prawa. W obu tych obszarach konkretna decyzja rozstrzyga o tym, co jest prawomocne, nie potrafi jednak rozstrzygnąć własnej prawomocności. Można, oczywiście, zmultiplikować akt refleksji w ten sposób, aby rozstrzygnąć o prawomocności takiej decyzji (na tym w istocie polega kontrola instancyjna, a także refleksyjne monitorowanie procesu prawotwórczego, przez tworzenie dokumentów w rodzaju Oceny skutków regulacji), oznacza to wszakże tylko przeniesienie problemu na kolejny, wyższy poziom. Ilu by ich nie tworzyć, nie doprowadzi nas to do takiego rozstrzygnięcia, które potrafiłoby zajrzeć za własne plecy i zdecydować o własnej prawomocności, w ten sposób domykając system²¹. Nie znaczy to, że tego rodzaju próby nie są w praktyce podejmowane; w świetle jednak tego, co powiedziałem wcześniej, takie wysiłki trzeba ocenić jako jawnie paradoksalne i niemożliwe do spełnienia²².

Refleksyjność prawa okazuje się jednak niesamoistna nie tylko w tym sensie, że jest niezupełna. Jak pokazały rozważania poprzedniego podrozdziału, jest ona również zapośredniczona. Prawo może czerpać korzyść z własnej refleksyjności o tyle, o ile oznacza ona uwzględnianie i włączanie tego, co wobec prawa zewnętrzne. Nie istnieje czysta refleksyjność, zawsze bowiem pozostaje ona zapośredniczona w przedmiocie refleksji, który współtworzy jej treść. Krzysztof Kaleta i Paweł Skuczyński słusznie określają refleksyjność jako „zapośredniczoną zwrotność” (Kaleta i Skuczyński 2015, 11). Kluczowe jest tu właśnie pojęcie zapośredniczenia (*Vermittlung* – znowu Hegel!), zgodnie z którym refleksyjność to „ruch powracania-do-siebie z tego, co inne” (Siemek 1998, 35). W przypadku

²⁰ Hegel mówi właśnie o „stronach” lub „momentach” świadomości, Siemek posługuje się określeniem „moment” (zob. także Siemek 2011, 387–389; 2012b, 301–304; Gadamer 2013, 483).

²¹ Jest to nic innego jak wypowiedzenie w nieco odmiennym języku problemu z określeniem *Grundnorm* systemu prawa, którego – jako powszechnie znanego – nie ma potrzeby tu referować.

²² Jednego z najświeższych przykładów dostarcza wprowadzona do polskiego porządku prawnego w 2018 roku instytucja skargi nadzwyczajnej, pozwalająca kwestionować prawomocne wyroki sądowe. Instytucja ta została wprowadzona przepisami art. 89 – art. 95 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 roku o Sądzie Najwyższym, która weszła w życie w dniu 3 kwietnia 2018 roku (Ustawa o SN 2017). Widać w tym rozwiązaniu poszukiwanie takiego właśnie zwornika systemu wymiaru sprawiedliwości. W intencji twórców, jak się wydaje, wyroki wydane w drodze skargi nadzwyczajnej mają rozwiązywać problem prawomocnych, a niesprawiedliwych wyroków – aby jednak mogły to skutecznie czynić, same muszą wpięrować się do własnej sprawiedliwości. Są to więc w zamierzeniu wyroki, które rozstrzygają o prawomocności innych rozstrzygnięć, jednocześnie przesądzając swoją własną prawomocność.

prawa najbardziej podstawowym przejawem tego „innego” jest po prostu przedmiot regulacji; mogą to być jednak także oczekiwania czy interpretacje wysuwane przez adresatów prawa lub różne grupy społeczne; mogą mechanizmy refleksyjności funkcjonujące w regulowanych prawem podsystemach czy organizacjach; mogą również zasady moralne i wymogi polityki, które prawo zmuszane jest uwzględniać.

Powracają tu na myśl słowa Paula Ricoeura, przywoływane w nieco innym kontekście w rozdziale I, zgodnie z którymi refleksja stanowi przeciwieństwo bezpośredniości, jest bowiem samopoznaniem pośrednim, dokonującym się na okrężnej drodze analizy tego, co wobec poznającej refleksji zewnętrzne. Zresztą „dialektyka siebie samego i innego”, jaką rozwija ten autor (Ricoeur 2004; 2005), wydaje się pożyteczną perspektywą filozoficzną dla opisanie tej zapośredniczonej natury prawnej refleksyjności. Obraz refleksyjności prawa, jaki wyłania się z badań socjologicznych – zapośredniczonej, niezupełnej, domagającej się dialektycznego dopełnienia z zewnątrz – zaskakująco dobrze współgra z Ricoeurowskim projektem hermeneutyki filozoficznej. Można zatem wysnuć hipotezę, że ta perspektywa filozoficzna mogłaby wnieść cenny wkład w zrozumienie pojęcia społecznej refleksyjności prawa²³. Ponieważ jednak prezentowana praca programowo ogranicza się do poziomu teorii socjologicznej, pozwalając sobie jedynie na pewne szczegółowe wglądy filozoficzne, hipoteza ta nie może być tu w pełni zweryfikowana.

Wsparcia dla tego dialektycznego ujęcia refleksyjności prawa należałoby zatem szukać konsekwentnie na płaszczyźnie teorii społecznej. Takiego formalnego uzasadnienia dla zaprezentowanej koncepcji refleksyjności – jako z istoty niesamodzielnej, wymagającej dialektycznych zapośredniczeń i dopełnień – zdaje się dostarczać zwłaszcza teoria strukturalizacji Anthony’ego Giddensa. Co istotne, teoria ta pozostaje zgodna z przywołaną w rozdziale I koncepcją instytucjonalnej refleksyjności, zaproponowaną przez tego autora. Czy też raczej: ta ostatnia koncepcja, jako bardziej szczegółowa, daje się wpisać w ogólny schemat teoretyczny strukturalizacji (Giddens 2009, 11).

Zgodnie z podstawowym założeniem teorii strukturalizacji organizacja życia społecznego i relacje między jego podstawowymi elementami mają charakter refleksyjny i dialektyczny. Co ważne, teoria ta dostarcza schematów analitycznych pozwalających uchwycić tę dialektykę na obu interesujących nas poziomach analizy: strukturalnym i hermeneutycznym. Na pierwszym z nich schemat taki zbudowany jest wokół pojęcia dualności struktury, które wyrażać ma relację między działaniem podmiotowym a systemem społecznym (Giddens 2003, *passim*,

²³ Choć sam Ricoeur twierdził, że problematyka prawna stanowi „zdumiewający brak” w jego kulturze filozoficznej (Ricoeur 2003d, 167), zaproponowana przezeń wersja hermeneutyki filozoficznej okazała się sprzyjać jej prawnym aplikacjom. W rodzimej literaturze zob. np. Jabłoński 2012; Pieniążek 2015; Pichlak 2015b.

zwł. 55–68 i 348–351; 2009, 97–102). Tradycyjne opracowania tego problemu w socjologii zwykły przypisywać właśnie systemowi rolę dostarczania uwarunkowań strukturalnych, nakładających ograniczenia na działanie podmiotu społecznego. Giddens twierdzi jednak, że jest to niewłaściwe ujęcie problemu: struktura („właściwości strukturalne”) nie jest przypisana do systemu, ale pośredniczy między obydwoma członami rozważanej relacji: od strony systemu warunkuje ona działanie podmiotowe; jednocześnie jest jednak wytwarzana, reprodukowana i zmieniana właśnie w tym działaniu, które w ten sposób warunkuje system. Można zatem powiedzieć, że relacja między działaniem a systemem, gdzie struktura pełni rolę „terminu średniego”, polega na tej właśnie „zapośredniczonej zwrotności”, która stanowi istotę refleksyjności. Działanie podmiotu wraca doń od strony systemu (w tym systemu prawa), zapośredniczone w uwarunkowaniach strukturalnych; uwarunkowania strukturalne powracają do systemu, zostając potwierdzone lub zakwestionowane w działaniu podmiotowym (Giddens 2009, 100). Jednocześnie obie strony tej dialektycznej, zwrotnej relacji nie podlegają stopieniu: zarówno z perspektywy podmiotu, jak i systemu strona przeciwna postrzegana jest jako coś wobec niej zewnętrznego, czego nie można zawłaszczyć ani poddać pełnej kontroli²⁴.

Pojęciu dualności struktury odpowiada na innym poziomie pojęcie podwójnej hermeneutyki. Tym razem w relacji między podmiotem a systemem nie chodzi o strukturowanie działania, ale o tworzenie i wymianę wiedzy oraz znaczeń. Formalna konstrukcja pozostaje jednak tożsama. Giddens stosuje pojęcie podwójnej hermeneutyki przede wszystkim do opisu stosunku między wiedzą socjologiczną a wiedzą potoczną uczestników świata społecznego. Nauki społeczne mają charakter hermeneutyczny, ponieważ dostarczają interpretacji znaczeń, które jednostki przypisują własnym działaniom. Jednak ta hermeneutyczna relacja ulega podwojeniu i zapętleniu, ponieważ naukowe interpretacje same mogą zostać zwrotnie przejęte przez podmioty działające w świecie; „pojęcia konstruowane w socjologii – pisze autor – ustawicznie «ześlizgują się», są przyswajane przez ludzi, których zachowania miały początkowo opisywać, a tym samym stają się integralną cechą tych działań” (Giddens 2009, 130). Tym samym wiedza naukowa powraca do samej siebie, zapośredniczona we własnym przedmiocie opisu: w kontekstach społecznych, w których została przyswojona. Jak w innym miejscu pisze Giddens (2008, 11): „Wiedza socjologiczna ma charakter spirali zanurzającej się w świat życia społecznego i zeń wychodzącej, przy czym zawsze w trakcie tego procesu konstruuje ona na nowo zarówno siebie, jak i ten świat”.

²⁴ Dlatego niezasadne wydają się zarzuty, jakie pod adresem teorii strukturalizacji wysunęła Margaret Archer (1982). Sądzę, że jej stanowisko wynika z przeoczenia wskazanego tu rozróżnienia między systemem a strukturą, jakie czyni Giddens. To, jak się zdaje – błędne, odczytanie doprowadziło autorkę do sformułowania własnej, interesującej koncepcji działania społecznego, która jednak pozostaje zasadniczo zbieżna z (a nie alternatywna wobec) propozycją Giddensa.

Ten schemat, sformułowany w celu charakterystyki metodologicznych uwiłków socjologii, może zostać rozszerzony na inne instytucje, które wytwarzają własną wiedzę na temat społeczeństwa²⁵. Również w przypadku instytucji prawnych i regulacyjnych można zaobserwować, że pojęcia, którymi posługują się te instytucje dla kategoryzacji stosunków i działań społecznych, zazwyczaj są przyswajane przez uczestników stosunków podległych regulacji, zmieniając ich zachowania, a w konsekwencji refleksyjnie powracają do prawa od strony przedmiotu jego regulacji. Można wręcz powiedzieć, że prawo, im skuteczniej realizuje swoje podstawowe zadania regulowania stosunków społecznych, tym bardziej zmienia te stosunki, przez co samo również musi ulec zmianie. Doprawdy, wiedza prawna z pewnością ma charakter owej „spirali zanurzającej się w świat życia społecznego i zeń wychodzącej”, wskutek czego w procesie tym „konstruuje ona na nowo zarówno siebie, jak i ten świat”. Na poziomie wiedzy prawnej mamy więc do czynienia z tą samą dialektyczną relacją, która została wcześniej uchwycona na poziomie działania²⁶.

Teoretyczny schemat zaproponowany przez Giddensa pozwala uchwycić dialektyczną refleksyjność zarówno działania, jak i poznania w instytucjach. Z tego względu może on stanowić wartościowe uzupełnienie dla tej koncepcji refleksyjności prawa, która wyłania się z analizowanych w pracy stanowisk teoretycznych. U przywoływanego autora nie znajdziemy własnej tego typu koncepcji, choćby obecnej w pośredni i cząstkowy sposób, jak miało to miejsce w przypadku Becka²⁷. Ma on jednak do zaoferowania co innego: bardziej ogólny schemat, który – jak starałem się tu pokazać – może wnieść istotny wkład w rozumienie problemu refleksyjności prawa.

4.3. Refleksyjność jako postulat etyczny²⁸

Perspektywa proponowana przez brytyjskiego socjologa pozwala na jeszcze jedną, końcową obserwację, zgodną ze zdiagnozowaną na tych stronach niesamistością refleksyjności prawa jako instytucji. Skoro refleksyjność ta wymaga

²⁵ Możliwość takiej rozszerzającej interpretacji zauważył w późniejszym czasie sam Giddens, przygotowując drugie wydanie *Nowych zasad metody socjologicznej* (Giddens 2009, 11).

²⁶ Zbliżony schemat zdaje się proponować w swojej koncepcji sfer publicznych (tzw. model II, późniejszy) Jürgen Habermas, tyle że – jak to on – koniec końców podporządkowuje całą strukturę wymogom uniwersalistycznej racjonalności i deontologicznej moralności, przez co jej dialektyczność zostaje co najmniej osłabiona, o ile nie utracona bezpowrotnie (por. Cern 2015).

²⁷ Jedyne znane mi przypadki, w których Giddens wprost odnosi się do prawa, ograniczają się do dwóch miejsc: krótkiej wzmianki w *Stanowieniu społeczeństwa* (Giddens 2003, 381–384) oraz raczej przyczynkarskiego artykułu na ten temat (Giddens 1999). Wprawdzie w swoich późniejszych pracach poświęca wiele miejsca poszczególnym politykom publicznym, charakter tych opracowań jest już jednak inny, bardziej praktyczny niż teoretyczny.

²⁸ Tytuł niniejszego punktu stanowi celowe nawiązanie do końcowych fragmentów pracy Artura Kozaka (2002, 162–172).

dopełnienia z zewnątrz, to wydaje się, że istotnym elementem tego dopełnienia będzie refleksyjność osób wchodzących w styczność z prawem. Prawdę tę odnotowałem już przy okazji rozważań nad teorią Luhmanna, zgodnie z którą osoba to nic innego jak odrębny system (a dokładniej mówiąc, połączenie dwóch systemów: organicznego i psychicznego), który odznacza się swoją własną refleksyjnością. System taki wchodzi z systemem prawnym w relacje interpenetracji, w ramach której tak prawo, jak i osoba udostępniają sobie wzajemnie swoją refleksyjną złożoność. Tym wyraźniej ta zależność refleksyjności prawa od refleksyjnych kompetencji poszczególnych osób widoczna jest chociażby w teorii Selznicka, gdzie zyskuje wręcz status warunku koniecznego (udanej) responsywności. Teoria Giddensa nie tylko potwierdza, ale wręcz stawia tę tezę w samym centrum; refleksyjność instytucji jest tu dialektycznie powiązana z refleksyjnością podmiotów działających w świecie społecznym. Jednak w tym miejscu ujawnia się pewien brak (a może po prostu: otwartość) tej propozycji teoretycznej. Autor *Stanowienia społeczeństwa* przekonująco uzasadnia konieczność refleksyjności jednostek współtworzących społeczeństwo, ale – jak słusznie wytknął to Scott Lash (2009) – nie tłumaczy, jak refleksyjność ta jest możliwa i z czego wynika. Giddens zakłada po prostu jej istnienie, niczym „fakt rozumu”. Założenie to oczywiście trafne: jednostki faktycznie na wiele różnych sposobów wykazują się refleksyjnością. Otwarte jednak pozostaje pytanie o zasoby, na których refleksyjność ta jest budowana, a także zasady, które nią kierują.

Można zatem powiedzieć, że analiza pojęcia społecznej refleksyjności prawa prowadzi do ukonstytuowania się problemu refleksyjności osobowej prawników i obywateli. Jest to problem przynależny do dziedziny badań etycznych. Okazuje się więc, że wniosek socjologicznego badania refleksyjności jest tożsamy z założeniem, na którym zbudowana jest refleksja z zakresu etyki prawniczej. Można sprowadzić go do stwierdzenia, że refleksyjność instytucji prawnych nie jest możliwa bez refleksyjnych prawników i obywateli. W ten sposób analizy społecznej refleksyjności prawa otwierają się na problematykę *sensu stricto* etyczną.

Jest jednak pewna istotna różnica między podejściem proponowanym w tej pracy a tym przyjmowanym przez znaczną część rozważań z kręgu etyki prawniczej²⁹. Na różnicę tę wskazywałem już w rozdziale I. Podczas gdy tutaj kwestia refleksyjności podmiotów oraz ich rola w kształtowaniu refleksyjnego porządku prawnego stanowi końcowy rezultat „okrężnej drogi”³⁰ analizy teorii i praktyk społecznych, w etyce prawniczej przyjmowana jest często jako rodzaj aksjomatu. Pociąga to za sobą co najmniej dwojakiego rodzaju trudności. Po pierwsze, tak

²⁹ Por. zwł. Korzeniewska-Lasota 2015, a także teksty zebrane w tomie pod redakcją Elżbiety Łojko (2006). Lepiej filozoficznie ugruntowane stanowisko tego rodzaju znaleźć można w: Pieniążek 2008.

³⁰ Pojęcie to zaczerpnięte jest, jak Czytelnik zapewne pamięta, od Ricoeura – zob. pkt 3.3 rozdziału I.

konstruowanej etyce można zarzucać, że refleksyjność podmiotu jest tu przyjęta w sposób zbyt pochopny i nieugruntowany; przez to etyka taka staje się łatwym łupem zewnętrznej, dekonstruującej krytyki. Po drugie, istotne jest rozłożenie akcentów: etyka prawnicza (znów, w swojej istotnej części, nie w całości³¹) zdaje się przyjmować, że refleksyjność podmiotu stanowi rodzaj podstawy, na której ugruntowana zostaje refleksyjność instytucji prawnych. Tym samym nakłada jednak na prawników i obywateli „ciężary nie do uniesienia”; jest to przykład błędu estetyzmu, o którym pisałem również w rozdziale I. Wnioski, jakie płyną z rozważań pomieszczonych w tej książce, przedstawiają tę relację w sposób odmienny: refleksyjność podmiotów uwikłanych w relacje z instytucjami prawnymi stanowią dopełnienie faktu, że instytucje te same mają charakter refleksyjny. Mówiąc w pewnym skrócie, prawdziwie refleksyjne prawo rozwija się przede wszystkim w kontakcie z refleksyjnymi prawnikami, nie ma jednak takich prawników tam, gdzie brakuje refleksyjnych instytucji.

* * *

Książki tej nie należy odczytywać jako swego rodzaju plebiscytu, który kończyłby się rozstrzygnięciem w kwestii tego, która z omawianych tu koncepcji społecznej refleksyjności prawa jest najpiękniejsza i najmądrzejsza. Jak starałem się cały czas pokazywać, każda z nich wnosi coś cennego w adekwatne pojmowanie tytułowego zagadnienia; każda też doświadcza ograniczeń. Z prowadzonych na tych stronach badań wyłania się jednak pewien sposób pojmowania refleksyjności prawa, który – w świetle tego, co tu powiedziano – należałoby uznać za najbardziej przekonujący. Jak nietrudno zauważyć, czerpie on elementy z każdej z rozważanych teorii. Ujęciom systemowym zawdzięcza więc przekonanie, że refleksyjność jest procesem z natury niesamoistnym i niezupełnym, który nie może „uchwycić” i poddać refleksyjnej kontroli samego siebie. Z teorii prawa responsywnego wyciąga naukę, że refleksyjność może przyczyniać się walenie do dialogicznego wydobywania normatywności prawa, a także wspierać podejmowanie opartych na tej normatywności rozstrzygnięć. Z teorii społeczeństwa ryzyka wyprowadza z kolei wnioski, że proces, w którym refleksyjność wywiązuje się ze wskazanych przed momentem zadań, ma charakter dialektyczny; prawo konfrontuje się tu z przeciwstawnymi oczekiwaniami i roszczeniami, co prowadzi również do metamorfozy samego prawa. Jeśli więc szukać jakiejś nazwy dla koncepcji, w której ugruntowane jest takie pojęcie refleksyjności prawa, można by ją określić mianem *dialektycznej responsywności*. To, oczywiście, tylko pewna etykieta; jest ona jednak o tyle poręczna, że podkreśla zarówno antagonistyczny,

³¹ Znaczenie instytucjonalnego ugruntowania oczekiwań etycznych wobec prawników zauważają ostatnio np. Przemysław Kaczmarek i Paweł Skuczyński (2018). Zob. także Barankiewicz 2013.

konfrontacyjny charakter tak pojmowanej refleksyjności, jak i obecne w niej dążenie do dialogicznego ugruntowania normatywności.

Poszczególne komponenty tej koncepcji zostały już obszernie omówione w bieżącym rozdziale, nie ma zatem potrzeby po raz kolejny ich powtarzać. Warto natomiast podsumować praktyczne konsekwencje, jakie koncepcja ta może mieć dla prawa. Funkcjonujące w zgodzie z nią instytucje prawne prowadziłyby intensywny dialog z otoczeniem społecznym (adresatami regulacji, interesariuszami zewnętrznymi, reprezentantami społeczeństwa obywatelskiego czy bardziej tradycyjnych wspólnot obywatelskich), wsłuchując się w ich normatywne oczekiwania wobec prawa i ucząc się z nich. Instytucje takie nie byłyby jednak zmuszone dążyć do – często nieosiągalnego – konsensusu między takimi zantagonizowanymi roszczeniami różnych aktorów społecznych. Częstokroć musiałyby za to podejmować ostateczne, władcze rozstrzygnięcia, opierając się na standardach normatywnych „zaszczepionych” w nich mocą politycznej decyzji. Fakt, że decyzja w kwestii przyjęcia takich standardów stanowiłaby rezultat rzeczywistego dialogu, zabezpieczałby ją przed zarzutem arbitralności – choć, powtórzmy, nie unieważniałby istniejącej różnicy zdań. Dialektycznie responsywne instytucje prawne nie zakładałyby również, że zapadające w ich ramach rozstrzygnięcia mogą być w pełni racjonalnie i refleksyjnie uzasadnione. Dzięki temu byłyby bardziej świadome, że decyzje takie mają każdorazowo problematyczny i otwarty na kwestionowanie status. Dawałoby to szansę na praktyczną realizację postulatów umiaru i powściągliwości, jakie wcale często wysuwa się obecnie pod adresem prawa.

Wskazywałem już wielokrotnie, że stawka przyjęcia takiego czy innego sposobu teoretycznego pojmowania refleksyjności prawa jest znacząca, również dla praktyki prawnej. Teoretyczne koncepcje mogą być bowiem postrzegane jako definiujące „warunki możliwości” danej praktyki: granice tego, co w praktyce możliwe, i tego, co w niej nieosiągalne. Jednocześnie teoretyczne propozycje nie mają większego sensu, dopóki nie da się wykazać jakiegoś ich zakorzenienia w praktyce. Wydaje się, że koncepcja dialektycznej responsywności broni się na obu tych polach. Z jednej strony weryfikuje zwyczajowe oczekiwania wobec refleksyjności w prawie, wskazując, które z nich są uzasadnione, a które nie. W tym zakresie przekonuje ona, że refleksyjność odniesiona do instytucji prawnych może przyczyniać się do lepszego ugruntowania normatywności prawa, a także do spotkania antagonistycznych punktów widzenia, do „ograniczania arbitralności” i „poszerzenia rozumnej deliberacji” (określenia Selznicka); nie należy jednak oczekiwać od niej, że całkowicie wyeliminuje konflikt, że zastąpi potrzebę podejmowania motywowanych politycznie wyborów lub że podda proces decyzyjny w pełni racjonalnej kontroli – a i takie oczekiwania pod adresem refleksyjnego prawa wyrażano. Z drugiej strony propozycja ta nie wydaje się całkowicie oderwana od istniejącej praktyki. Zawarte w książce badania nad programami regulacji wskazują, że w rzeczywistości prawnej znaleźć można pewne załączki

tego typu myślenia o refleksyjności instytucji prawa, nawet jeśli, jak dotąd, interpretowane one były w ramach istniejących modeli.

Jak sądzę, końcowe fragmenty pracy pokazują też dobitnie to, co i bez nich byłoby jasne: że analiza pojęcia społecznej refleksyjności prawa, jaką przedstawiłem w niniejszej książce, nie jest zadaniem skończonym. Dokonane tu ustalenia stanowią jednocześnie otwarcie na nowe aspekty refleksyjności, które zasługują na odrębne potraktowanie. W istocie rzeczy, nie może być inaczej, jeśli uświadomić sobie, że ustalenia te same są rezultatem procesu refleksji: stanowią próbę refleksyjnego samopoznania prawa, w które zawsze uwikłane są nauki prawne. Z natury refleksyjności wynika, że proces tego samopoznania nigdy nie może osiągnąć spełnienia.

Bibliografia

- Abbott, Kenneth W. i Duncan Snidal. 2013. „Taking responsive regulation transnational: Strategies for international organizations”. *Regulation & Governance* 7 (1): 95–113.
- Adam, Barbara, Ulrich Beck i Jost van Loon (red.). 2000. *The Risk Society and Beyond: Critical Issues for Social Theory*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications.
- Adam, Barbara i Jost van Loon. 2000. „Introduction: Repositioning Risk; the Challenge for Social Theory”. W: Adam, Beck i van Loon 2000 (1–31).
- Affolder, Natasha. 2011. „Why Study Large Projects – Environmental Regulation’s Neglected Frontier”. *UBC Law Review* 44 (3): 521–555.
- Alexy, Robert. 1989. *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*. Oxford, New York: Clarendon Press.
- Allen, John i Nick Henry. 1997. „Ulrich Beck’s Risk Society at Work: Labour and Employment in the Contract Service Industries”. *Transactions of the Institute of British Geographers* 22 (2): 180–196.
- Anand, Anita I. 2008. „Rules v. Principles as Approaches to Financial Market Regulation”. *Harvard International Law Journal* 49: 111–15. http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/02/HILJ-Online_49_Anand.pdf. Dostęp 31.01.2018.
- Archer, Margaret Scotford. 1982. „Morphogenesis versus Structuration: On Combining Structure and Action”. *The British Journal of Sociology* 33 (4): 455–483.
- Archer, Margaret Scotford. 2000. *Being Human: The Problem of Agency*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Arnoldi, Jakob. 2011. *Rzytyko*. Tłum. B. Reszuta. Warszawa: Wydawnictwo Sic!
- Arystoteles. 2004. „Retoryka”. Tłum. H. Podbielski. W: Arystoteles. *Retoryka. Retoryka dla Aleksandra. Poetyka* (44–220). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Arystoteles. 2007. *Etyka nikomachejska*. Tłum. D. Gromska. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Arystoteles. 2008. *Polityka*. Tłum. L. Piotrowicz. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Awrey, Dan. 2009. „Principles, Prescriptions, and Polemics: Regulating Conflicts of Interest in the Canadian Investment Fund Industry”. *The Dalhousie Law Journal* 32: 69–107.
- Awrey, Dan. 2011. „Regulating Financial Innovation: A More Principles-Based Proposal?”. *Brooklyn Journal of Corporate, Financial & Commercial Law* 5 (2): 273–315.
- Ayres, Ian i John Braithwaite. 1992. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York, Oxford: Oxford University Press.
- Baldwin, Robert, Martin Cave i Martin Lodge. 2012. *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.
- Barankiewicz, Tomasz. 2013. *W poszukiwaniu modelu standardów etycznych administracji publicznej w Polsce*. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Bartle, Ian. 2008. „Risk-based regulation and better regulation in the UK: towards what model of risk regulation?” Paper prepared for presentation at the 2nd Biennial Conference of the ECPR Standing Group on Regulatory Governance, Utrecht University, June 5th–7th, 2008. <http://www.regulation.upf.edu/utrecht-08-papers/ibartle.pdf>. Dostęp 11.07.2018.

- Bast, Jürgen. 2005. „The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution”. *German Law Journal* 6 (11): 1433–1452.
- Bator, Andrzej. 2000. *Użycie normy prawnej w regulacji stosunków gospodarczych*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Bator, Andrzej. 2010. *Wprowadzenie do nauk prawnych. Leksykon tematyczny*. Wyd. 3. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Bator, Andrzej, Jerzy Zajadło i Marek Zirk-Sadowski (red.). 2016. *Wielka Encyklopedia Prawa*. Tom VII: *Teoria i filozofia prawa*. Wyd. 2. Warszawa: Fundacja „Ubi societas, ibi ius”.
- Beck, Ulrich. 1992. *Risk Society: Towards a New Modernity*. London, Newbury Park: Sage Publications.
- Beck, Ulrich. 1998. „The Politics of Risk Society”. W: *The Politics of Risk Society*. Red. Jane Franklin (9–22). Cambridge, Malden Mass.: Polity Press.
- Beck, Ulrich. 2000. „Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes”. W: Adam, Beck i van Loon 2000 (211–229).
- Beck, Ulrich. 2004. *Spółczesność ryzyka. W drodze do innej nowoczesności*. Tłum. S. Cieśla. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Beck, Ulrich. 2005. *Władza i przeciwwładza w epoce globalnej. Nowa ekonomia polityki światowej*. Tłum. J. Łoziński. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Beck, Ulrich. 2006. „The Cosmopolitan State: Redefining Power in the Global Age”. *International Journal of Politics, Culture, and Society* 18 (3–4): 143–159.
- Beck, Ulrich. 2009a. „Critical Theory of World Risk Society: A Cosmopolitan Vision”. *Constellations* 16 (1): 3–22.
- Beck, Ulrich. 2009b. „Ponowne odkrycie polityki: przyczynek do teorii modernizacji refleksywnej”. W: Beck, Giddens i Lash 2009 (11–78).
- Beck, Ulrich. 2012. *Spółczesność światowego ryzyka. W poszukiwaniu utraconego bezpieczeństwa*. Tłum. B. Baran. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Beck, Ulrich. 2016. *The Metamorphosis of the World*. Cambridge, Malden Mass.: Polity Press.
- Beck, Ulrich i Elisabeth Beck-Gernsheim. 2013. *Miłość na odległość. Modele życia w epoce globalnej*. Tłum. M. Sutowski. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Beck, Ulrich, Anthony Giddens i Scott Lash, 2009. *Modernizacja refleksyjna. Polityka, tradycja i estetyka w porządku społecznym nowoczesności*. Tłum. J. Konieczny. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Bianchi, Andrea. 2012. „Reflexive Butterfly Catching: Insights from a Situated Charter”. W: *Informal International Lawmaking*. Red. Joost Pauwelyn, Ramses Wessel i Jan Wouters (200–215). Oxford: Oxford University Press.
- Biernat, Stanisław (red.). 2013. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*. Warszawa: Trybunał Konstytucyjny – Wydawnictwa.
- Bix, Brian. 2009. „Theorizing About Law”. <https://ssrn.com/abstract=1496403>. Dostęp 2.10.2018.
- Black, Julia. 1996. „Constitutionalising Self-Regulation”. *The Modern Law Review* 59 (1): 24–55.
- Black, Julia. 2000. „Proceduralizing Regulation: Part I”. *Oxford Journal of Legal Studies* 20 (4): 597–614.
- Black, Julia. 2001a. „Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a ‘Post-Regulatory’ World”. *Current Legal Problems* 54 (1): 103–146.
- Black, Julia. 2001b. „Proceduralizing Regulation: Part II”. *Oxford Journal of Legal Studies* 21 (1): 33–58.
- Black, Julia. 2004. „The Development of Risk Based Regulation in Financial Services: Canada, the UK and Australia”. <http://www.lse.ac.uk/law/people/academic-staff/julia-black/Documents/black19.pdf>. Dostęp 12.07.2018.

- Black, Julia. 2005. „The Emergence of Risk-Based Regulation and the New Public Risk Management in the United Kingdom”. *Public Law* 3: 510–546.
- Black, Julia. 2008. „Forms and paradoxes of principles-based regulation”. *Capital Markets Law Journal* 3 (4): 425–457.
- Black, Julia. 2010a. „Risk-based Regulation: Choices, Practices, and Lessons being Learnt”. W: *Risk and Regulatory Policy: Improving the Governance of Risk* (185–224). Paris: OECD Publishing.
- Black, Julia. 2010b. „The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation”. *LSE Legal Studies Working Paper Series* 17/2010. <https://ssrn.com/abstract=1712862>. Dostęp 18.01.2010.
- Black, Julia i Robert Baldwin. 2010. „Really Responsive Risk-Based Regulation”. *Law & Policy* 32 (2): 181–213.
- Bleeker, Tim i Rutger Fransen. 2017. „Looking at Law Differently: A Legal, Sociological and Moral Perspective to the Dutch Shell Nigeria Cases”. W: de Vries i Fanning 2017 (187–211).
- Blokker, Paul. 2015. *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia*. London, New York: Routledge.
- Boom, Hugo. 2017. „Contractual Externalities in the Risk Society: How to Argue for a More Reflexive Contract Law”. W: de Vries i Fanning 2017 (213–232).
- Borucka-Arctowa, Maria. 1957. „Znaczenie badań socjologiczno-prawnych dla teorii państwa i prawa”. *Państwo i Prawo* XII (4–5): 706–718.
- Bourdieu, Pierre i Loïc Wacquant. 2001. *Zaproszenie do socjologii refleksyjnej*. Tłum. A. Sawisz. Terminus. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Braithwaite, John. 2002. *Restorative Justice & Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press.
- Braithwaite, John. 2003. „Meta Risk Management and Responsive Regulation for Tax System Integrity”. *Law and Policy* 25 (1): 1–16.
- Braithwaite, John. 2011. „The Essence of Responsive Regulation”. *UBC Law Review* 44 (3): 475–520.
- Braithwaite, John. 2013. „Relational republican regulation”. *Regulation & Governance* 7 (1): 124–144.
- Braithwaite, John i Seung-Hun Hong. 2015. „The iteration deficit in responsive regulation: Are regulatory ambassadors an answer?” *Regulation & Governance* 9 (1): 16–29.
- Braithwaite, Valerie. 2007. „Responsive Regulation and Taxation: Introduction”. *Law & Policy* 29 (1): 3–10.
- Brewer, John D. 2000. *Ethnography*. Understanding social research. Buckingham, Philadelphia, PA: Open University Press.
- Brown, Ciara i Colin Scott. 2010. „Better or Meta in Regulatory Reform?”. [https://sites.unclouvain.be/cpdr-refgov/publications/Working%20Papers/Services%20of%20General%20Interest%20-%20SGI_\(15.07.2010_16h07\)_WP-SGI-10.pdf](https://sites.unclouvain.be/cpdr-refgov/publications/Working%20Papers/Services%20of%20General%20Interest%20-%20SGI_(15.07.2010_16h07)_WP-SGI-10.pdf). Dostęp 3.10.2018.
- Brożek, Bartosz. 2012. *Normatywność prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Buker, Bill. 2018. „Spiritual Development and the Epistemology of Systems Theory”. *Journal of Psychology and Theology* 31 (2): 143–153.
- Cassirer, Ernst. 2010. *Filozofia oświecenia*. Tłum. T. Zatorski. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Cern, Karolina M. 2014. *The Counterfactual Yardstick: Normativity, Self-Constitutionalisation and the Public Sphere*. Frankfurt a.M.: Peter Lang Edition.
- Cern, Karolina M. 2015. „Refleksyjność w koncepcji sfer publicznych Jürgena Habermasa”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (53–85).
- Chmielnicki, Paweł. 2006. *Akty nadzoru nad działalnością samorządu terytorialnego w Polsce*. Warszawa: LexisNexis.

- Christodoulidis, Emiliós A. 1998. *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht: Springer.
- Chudy, Wojciech. 2012. „Filozofia dialektycznej refleksji”. W: Wojciech Chudy. *Refleksje Heglow-skie* (117–196). Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Cichocki, Piotr. 2005. *Konteksty społeczeństwa ryzyka*. Poznań: Wydawnictwo Fundacji Humaniora.
- Clam, Jean. 2000. „System’s Sole Constituent, the Operation: Clarifying a Central Concept of Luhmannian Theory”. *Acta Sociologica* 43 (1): 63–79.
- Coglianesi, Cary i Evan Mendelson. 2010. „Meta-Regulation and Self-Regulation”. <https://ssrn.com/abstract=2002755>. Dostęp 10.05.2018.
- Cotterrell, Roger i Philip Selznick. 2004. „Selznick Interviewed: Philip Selznick in Conversation with Roger Cotterrell”. *Journal of Law and Society* 31 (3): 291–317.
- Culpitt, Ian. 1999. *Social Policy and Risk*. London, Thousand Oaks: Sage Publications.
- Cunningham, Lawrence A. 2007. „A Prescription to Retire the Rhetoric of Principles-Based Systems in Corporate Law, Securities Regulation, and Accounting”. *Vanderbilt Law Review* 60 (5): 1409–1493.
- Czyżewski, Marek. 2008. „Wprowadzenie do wydania polskiego”. W: Habermas 2008 (VII–XIX).
- Dallmayr, Fred R. 1982. „Agency and Structure”. *Philosophy of the Social Sciences* 12 (4): 427–438.
- Dean, Mitchell. 1999. *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*. London, Thousand Oaks: Sage Publications.
- Deflem, Mathieu. 2008. *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Traditions*. Cambridge, New York: Cambridge University Press.
- Delacroix, Sylvie. 2006. *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*. Oxford, Portland Or.: Hart Publishing.
- Descartes, René. 2010. *Medytacje o pierwszej filozofii. Zarzuty uczonych mężów wraz z odpowiedziami autora*. Tłum. M. Ajdukiewicz, K. Ajdukiewicz i S. Swieżawski. Tom 1. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Dębska, Hanna. 2013. „Refleksyjna socjologia prawa Pierre’a Bourdieu”. W: Kociołek-Pęksa i Stępień 2013 (311–318).
- Dingwall, Robert. 1999. „Risk Society”: The Cult of Theory and the Millennium?”. *Social Policy & Administration* 33 (4): 474–491.
- Dobrzeńiecki, Karol. 2018. „Przyszłość prawa globalnego: antrooparchia czy nowy imperializm”. W: *Prawo i polityka w sferze publicznej. Perspektywa zewnętrzna*. Red. Paweł Jabłoński, Jacek Kaczor i Maciej Pichlak (33–42). Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.
- Domingo, Rafael. 2010. *The New Global Law*. New York: Cambridge University Press.
- Douglas, Mary. 1992. *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*. London, New York: Routledge.
- Dupuy, Jean-Pierre. 1988. „On the Supposed Closure of Normative Systems”. W: Teubner 1988a (51–69).
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law’s Empire*. Cambridge Mass., London: The Belknap Press.
- Dworkin, Ronald. 2006. *Imperium prawa*. Tłum. J. Winczorek. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Dybowski, Krzysztof. 1998. „Autopoiesis prawa”. W: *Teoria prawa. Filozofia prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo* (49–55). Toruń: Wydawnictwo UMK.
- Dybowski, Krzysztof. 2003. „Czy prawo jest systemem autopojetycznym?”. *Studia Prawno-Ekonomiczne* LXVIII: 9–17.
- Dybowski, Maciej i Marcin Romanowski. 2014. „Próba interpretacji koncepcji prawa globalnego”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 76 (4): 41–54.
- Dyrda, Adam. 2015. „Teoria refleksyjności pojęć instytucjonalnych Eerika Lagerspetza”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (159–174).

- Esposito, Elena. 2017. „Critique without crisis: Systems theory as a critical sociology”. *Thesis Eleven* 143 (1): 18–27.
- Etienne, Julien. 2013. „Ambiguity and relational signals in regulator-regulatee relationships”. *Regulation & Governance* 7 (1): 30–47.
- Ewald, François. 1991. „Insurance and risks”. W: *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. Red. Graham Burchell, Colin Gordon i Peter Miller. Chicago: University of Chicago Press.
- Fairman, Robyn i Charlotte Yapp. 2005. „Enforced Self-Regulation, Prescription, and Conceptions of Compliance within Small Businesses: The Impact of Enforcement”. *Law and Policy* 27 (4): 491–519.
- Fanning, John. 2017. „‘Risk Society’ and the Duty of Care in English Law”. W: de Vries i Fanning 2017 (115–141).
- Febbrajo, Alberto i Gorm Harste (red.). 2013. *Law and Intersystemic Communication: Understanding ‘Structural Coupling’*. Farnham, Burlington VT: Ashgate.
- Fedorowicz, Magdalena. 2013. *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*. Warszawa: Difin.
- Filipowicz, Andrzej. 1984. *Pojęcie i funkcje nadzoru w administracji*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- The Financial Services Authority. 2007. „Principle-based regulation: Focusing on the outcomes that matter”. <http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/principles.pdf>. Dostęp 18.01.2018.
- Ford, Cristie. 2008. „New Governance, Compliance, and Principles-Based Securities Regulation”. *American Business Law Journal* 45 (1): 1–60.
- Ford, Cristie. 2011. „Macro- and Micro-Level Effects on Responsive Financial Regulation”. *UBC Law Review* 44 (3): 589–626.
- Ford, Cristie. 2013. „Prospects for scalability: Relationships and uncertainty in responsive regulation”. *Regulation & Governance* 7 (1): 14–29.
- Ford, Cristie i Natasha Affolder. 2011. „Responsive Regulation in Context, Circa 2011”. *UBC Law Review* 44 (3): 463–473.
- Foucault, Michel. 2006. *Słowa i rzeczy. Archeologia nauk humanistycznych*. Tłum. T. Komendant. Gdańsk: Słowo/obraz terytoria.
- Foucault, Michel. 2018. *Rządzenie sobą i innymi*. Red. Frédéric Gros, François Ewald i Alessandro Fontana. Tłum. M. Herer. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Francot, Lyana i Ubaldus de Vries. 2009. „No Way Out? Contracting About Modern Risks”. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 95 (2): 199–215.
- Frantz, Pascal i Norvald Instefjord. 2014. „Rules vs Principles Based Financial Regulation”. <http://ssrn.com/abstract=2561370>. Dostęp 31.01.2018.
- Friedman, Lawrence M. 2002. „Legality and Its Discontents”. W: Kagan, Krygier i Winston 2002 (135–148).
- Fuller, Lon Luvois. 1978. *Moralność prawa*. Tłum. S. Amsterdamski. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.
- Gadamer, Hans-Georg. 2002. *Idea dobra w dyskusji między Platonem i Arystotelesem*. Tłum. Z. Nerczuk. Kęty: Antyk.
- Gadamer, Hans-Georg. 2013. *Prawda i metoda. Zarys hermeneutyki filozoficznej*. Tłum. B. Baran. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Gaweł, Tomasz i Mikołaj Klimczak. 2005. „Pojęcie instytucji w prawie i ekonomii”. *Ekonomia i Prawo* 1 (1): 73–86.
- Gibbs, Graham. 2011. *Analizowanie danych jakościowych*. Tłum. M. Brzozowska-Brywczyńska. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Giddens, Anthony. 1994. *Beyond Left and Right: The Future of Radical Politics*. Cambridge: Polity Press.

- Giddens, Anthony. 1999. „Risk and Responsibility”. *The Modern Law Review* 62 (1): 1–10.
- Giddens, Anthony. 2003. *Stanowienie społeczeństwa: Zarys teorii strukturacji*. Tłum. S. Amsterdamski. Poznań: Zys i S-ka Wydawnictwo.
- Giddens, Anthony. 2006. *Nowoczesność i tożsamość. „Ja” i społeczeństwo w epoce późnej nowoczesności*. Tłum. A. Szulżycka. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Giddens, Anthony. 2008. *Konsekwencje nowoczesności*. Tłum. E. Klekot. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Giddens, Anthony. 2009. *Nowe zasady metody socjologicznej. Pozytywna krytyka socjologii interpretacyjnych*. Tłum. G. Woroniecka. Kraków: Zakład Wydawniczy „NOMOS”.
- Giddens, Anthony. 2012. *Socjologia*. Tłum. A. Szulżycka. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Giddens, Anthony i Fred R. Dallmayr. 1982. *Profiles and Critiques in Social Theory*. Berkeley, Los Angeles: University of California Press.
- Gizbert-Studnicki, Tomasz, Adam Dyrda i Andrzej Grabowski. 2016. *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Gold, Judith i Ahmed El-Ashram. 2015. „A Passport of Convenience”. *Finance and Development* 52 (4): 48–51. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2015/12/gold.htm>. Dostęp 4.10.2017.
- Góral, Lesław. 1998. *Nadzór bankowy*. Warszawa: Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne.
- Grabosky, Peter. 2013. „Beyond Responsive Regulation: The expanding role of non-state actors in the regulatory process”. *Regulation & Governance* 7 (1): 114–123.
- Grabowski, Andrzej. 2009. *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznej koncepcji prawa*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Gunningham, Neil i Joseph Rees. 1997. „Industry Self-Regulation: An Institutional Perspective”. *Law and Policy* 19 (4): 363–414.
- Habermas, Jürgen. 1985. *Der philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen. 2005a. *Faktyczność i obowiązywanie: Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*. Tłum. A. Romaniuk i R. Marszałek. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Habermas, Jürgen. 2005b. *Filozoficzny dyskurs nowoczesności*. Tłum. M. Łukasiewicz. Kraków: Universitas.
- Habermas, Jürgen. 2008. *Strukturalne przeobrażenia sfery publicznej*. Tłum. W. Lipnik i M. Łukasiewicz. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Hacking, Ian. 1990. *The Taming of Chance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hadot, Pierre. 2000. *Czym jest filozofia starożytna?* Tłum. P. Domański. Warszawa: Aletheia.
- Halliday, Terence C., Michael Levi i Peter Reuter. 2014. *Global Surveillance of Dirty Money: Assessing Assessments of Regimes to Control Money-Laundering and Combat the Financing of Terrorism*. Chicago: Center on Law & Globalization. <http://orca.cf.ac.uk/88168/>. Dostęp 10.01.2019.
- Halliday, Terence C. i Pavel Osinsky. 2006. „Globalization of Law”. *Annual Review of Sociology* 32: 447–470.
- Hałas, Elżbieta. 2011. „Refleksyjność jako zasada i problem teorii społecznej”. *Zagadnienia Naukoznawstwa* 2: 191–202.
- Hampton, Philip. 2005. „Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement”. http://news.bbc.co.uk/1/hi/shared/bsp/hi/pdfs/bud05hampton_150305_640.pdf. Dostęp 11.07.2018.
- Harremoës, Poul (red.). 2002. *Late lessons from early warnings: The precautionary principle 1896–2000*. Copenhagen: European Environmental Agency. http://www.eea.europa.eu/publications/environmental_issue_report_2001_22. Dostęp 6.10.2017.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus. 1994. *The Concept of Law*. Wyd. 2. Oxford: Clarendon Press.

- Hart, Herbert Lionel Adolphus. 1998. *Pojęcie prawa*. Red. i tłum. Jan Woleński, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. 2003. *Fenomenologia ducha*. Tłum. Ś. F. Nowicki. Warszawa: Aletheia.
- Heimer, Carol A. 2011. „Disarticulated Responsiveness: The Theory and Practice of Responsive Regulation in Multi-Layered Systems”. *UBC Law Review* 44 (3): 663–693.
- Herbert, Zbigniew. 2003. *Martwa natura z wędzidłem*. Warszawa: Zeszyty Literackie.
- Hertogh, Marc L. 2018. *Nobody's Law: Legal Consciousness and Legal Alienation in Everyday Life*. London: Palgrave Macmillan.
- Hoff, Waldemar. 2005. „Recepcja pojęcia regulacji i organu regulacyjnego na przykładzie prawa polskiego”. *Państwo i Prawo* (5): 37–54.
- Hood, Christopher, Henry Rothstein i Robert Baldwin. 2001. *The Government of Risk: Understanding Risk Regulation Regimes*. Oxford: Oxford University Press.
- Hornung, Bernd D. 2006. „The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Sociology”. W: King i Thornhill 2006b (187–216).
- Hudson, Barbara. 2003. *Justice in the Risk Society: Challenging and Re-affirming Justice in Late Modernity*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications.
- Hughes, Gordon i Ross Fergusson. 2000. *Ordering Lives: Family, Work and Welfare*. London, New York: Routledge.
- Hutter, Bridget M. 2005. „The attractions of risk-based regulation: Accounting for the emergence of risk ideas in regulation”. *CARR discussion papers* 33. London: CARR. <http://www.lse.ac.uk/accounting/Assets/CARR/documents/D-P/Disspaper33.pdf>. Dostęp 22.06.2018.
- Irwin, Alan, Stuart Allan i Ian Welsh. 2000. „Nuclear Risks: Three Problematics”. W: Adam, Beck i van Loon 2000 (78–104).
- Jabłoński, Paweł. 2012. „Pytanie o prawo w kontekście konfliktu między hermeneutyką podejrzeń i hermeneutyką zaufania”. W: *Profesjonalna kultura prawnicza*. Red. Maciej Pichlak (93–107). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Jabłoński, Paweł i Maciej Pichlak. 2013. „Miejsce refleksji krytycznej w instytucjonalnej wiedzy o prawie”. *Principia* LVII–LVIII: 269–295.
- Jarvis, Darryl. 2007. „Risk, Globalisation and the State: A Critical Appraisal of Ulrich Beck and the World Risk Society Thesis”. *Global Society* 21 (1): 23–46.
- Kaczmarczyk, Michał. 2007. „Radykalny funkcjonalizm Niklasa Luhmanna na tle współczesnej teorii społecznej”. W: Luhmann 2007, XIX–LVII.
- Kaczmarek, Przemysław. 2014. *Tożsamość prawnika jako wykonawcy roli zawodowej*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Kaczmarek, Przemysław i Paweł Skuczyński. 2018. „Etyka prawnicza. Działanie prawników w świecie instytucji: wprowadzenie”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1 (16): 5–7.
- Kagan, Robert A. 2002. „On „Responsive Law””. W: Kagan, Krygier i Winston 2002 (85–98).
- Kagan, Robert A., Martin Krygier i Kenneth Winston (red.). 2002. *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- Kaleta, Krzysztof. 2013. „Sądownictwo konstytucyjne a refleksyjny konstytucjonalizm (przeszłość – teraźniejszość – przyszłość)”. W: Biernat 2013 (27–44).
- Kaleta, Krzysztof i Paweł Skuczyński (red.). 2015. *Refleksyjność w prawie. Konteksty i zastosowania*. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Kaleta, Krzysztof i Paweł Skuczyński. 2015. „Wprowadzenie: nowoczesność jako refleksyjność”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (7–30).
- Kant, Immanuel. 2005a. *Metafizyka moralności*. Tłum. E. Nowak. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

- Kant, Immanuel. 2005b. „Odpowiedź na pytanie: czym jest Oświecenie?”. Tłum. T. Kupś. W: Immanuel Kant. *Rozprawy z filozofii historii* (44–49). Kęty: Antyk.
- Kasiewicz, Stanisław. 2015. „Ryzyko regulacyjne w koncepcji Risk-based Regulation (RbR)”. *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio H (Oeconomia)* XLIX (4): 195–203.
- Kasiewicz, Stanisław. 2016. *Teoria i praktyka zarządzania ryzykiem regulacyjnym w sektorze finansowym*. Warszawa: Fundacja Warszawski Instytut Bankowości.
- Kemshall, Hazel. 2002. *Risk, Social Policy and Welfare*. Buckingham, Philadelphia: Open University Press.
- King, Michael. 2006. „What’s the Use of Luhmann’s Theory?”. W: King i Thornhill 2006b (37–52).
- King, Michael i Chris Thornhill. 2003. *Niklas Luhmann’s Theory of Politics and Law*. Basingstoke, New York: Palgrave Macmillan.
- King, Michael i Chris Thornhill. 2006a. „Introduction”. W: King i Thornhill 2006b (1–10).
- King, Michael i Chris Thornhill (red.). 2006b. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Oxford, Portland Or.: Hart Publishing.
- Klein, Naomi. 2016. *To zmienia wszystko. Kapitalizm kontra klimat*. Tłum. H. Jankowska, K. Makaruk. Warszawa: Muza.
- Kleszcz, Leszek. 2004. *Boczne drogi. Z genealogii filozofii hermeneutycznej*. Wrocław: Oficyna Wydawnicza Arboretum; Uniwersytet Wrocławski, Wydział Nauk Społecznych, Instytut Filozofii.
- Kmiecik, Zbigniew. 2009. „Niezależne organy regulacyjne (aspekt prawoporównawczy)”. W: *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*. Red. Jan Boć i Andrzej Chajbowski (15–24). Wrocław: Kolonia Limited.
- Knight, Frank Hyneman. 1921. *Risk, uncertainty and profit*. Boston, New York: Houghton Mifflin Company.
- Kociołek-Pęksa, Anna i Mateusz Stępień (red.). 2013. *Leksykon socjologii prawa*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kojder, Andrzej. 2013. „Naukowa polityka prawa”. W: *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*. Red. Andrzej Kojder i Zbigniew Cywiński (223–226). Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Komisja Europejska. *Better regulation: why and how*. 2017. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en. Dostęp 3.10.2018.
- Koop, Christel i Martin Lodge. 2017. „What is regulation? An interdisciplinary concept analysis”. *Regulation & Governance* 11 (1): 95–108.
- Koorsgard, Christine M. 1992. „The Sources of Normativity: The Tanner Lectures on Human Values”. https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/k/korsgaard94.pdf. Dostęp 7.01.2019.
- Kordela, Marzena. 2014. *Zasady prawa. Studium teoretycznoprawne*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.
- Korzeniewska-Lasota, Anna. 2015. „Sądowy wymiar sprawiedliwości a koncepcja refleksyjnego praktyka Alana Shöna”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (253–267).
- Kostro, Cezary. 2001. *Funkcjonalna teoria moralności Niklasa Luhmanna*. Kraków: Zakład Wydawniczy „NOMOS”.
- Kozak, Artur. 2002. *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*. Wrocław: Kolonia Limited.
- Kozak, Artur. 2010. *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*. Red. Maciej Pichlak. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Krokiewicz, Adam. 2000. *Zarys filozofii greckiej*. Warszawa: Aletheia.
- Kruczkowska, Maria. 2017. „Smog pogłębia klasowe podziały w Chinach”. <http://wyborcza.pl/7,75399,21252896,smog-poglabia-klasowe-podzialy-w-komunistycznych-chinach.html>. Dostęp 13.04.2017.
- Krygier, Martin. 2002. „Selznick’s Subjects”. W: Kagan, Krygier i Winston 2002 (3–16).

- Krygier, Martin. 2012. *Philip Selznick: Ideals in the World*. Stanford: Stanford University Press.
- Kurczewski, Jacek. 1978. *O badaniu prawa w naukach społecznych*. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- Lash, Scott. 2000. „Risk Culture”. W: Adam, Beck i van Loon 2000 (47–62).
- Lash, Scott. 2009. „Refleksyjność i jej sobowtóry: struktura, estetyka, wspólnota”. W: Beck, Giddens i Lash 2009 (145–221).
- Lem, Stanisław. 1968. *Głos Pana*. Kraków: Wydawnictwo Literackie.
- Lem, Stanisław. 2017. *Solaris*. Kraków: Wydawnictwo Literackie.
- Lesser, Casey. 2018. *Centuries Later, People Still Don't Know What to Make of „Las Meninas”*. <https://www.artsy.net/article/artsy-editorial-centuries-people-las-meninas>. Dostęp 30.09.2018.
- Leśniak, Kazimierz. 2003. „Wstęp do *Topik*”. W: Arystoteles. *Dzieła wszystkie*. T. 1 (330–342). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Luhmann, Niklas. 1972. *Rechtssoziologie*. Reinbek b. Hamburg: Rowohlt.
- Luhmann, Niklas. 1988a. „Closure and Openness: On Reality in the World of Law”. W: Teubner 1988a (335–348).
- Luhmann, Niklas. 1988b. „The Unity of the Legal System”. W: Teubner 1988a (12–35).
- Luhmann, Niklas. 1993a. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas. 1993b. *Risk: A Sociological Theory*. New York: de Gruyter.
- Luhmann, Niklas. 1995. „The Paradox of Observing Systems”. *Cultural Critique* 31: 37–55.
- Luhmann, Niklas. 1997. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. T. 1–2. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas. 1998a. „Modernity in Contemporary Society”. W: Luhmann 1998b (1–21).
- Luhmann, Niklas. 1998b. *Observations on Modernity*. Stanford: Stanford University Press.
- Luhmann, Niklas. 2007. *Systemy społeczne. Zarys ogólnej teorii*. Tłum. M. Kaczmarczyk. Kraków: Zakład Wydawniczy „NOMOS”.
- Luhmann, Niklas i Stephan Fuchs. 1988. „Tautology and Paradox in the Self-Descriptions of Modern Society”. *Sociological Theory* 6 (1): 21–37.
- Lupton, Deborah. 1999. *Risk*. London, New York: Routledge.
- Łojko, Elżbieta (red.). 2006. *Etyka prawnika, etyka nauczyciela zawodu prawniczego*. Wyd. 2. Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego.
- MacCormick, Neil. 1978. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- MacIntyre, Alasdair. 2007. *Czyja sprawiedliwość? Jaka racjonalność?* Red. Adam Chmielewski. Tłum. A. Chmielewski et al. Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.
- Majone, Giandomenico. 1994. „The rise of the regulatory state in Europe”. *West European Politics* 17 (3): 77–101.
- Mańko, Rafał. 2018. „Orzekanie w polu polityczności”. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 7 (1): 65–95.
- Marciszewski, Witold. 1988. „Logika formalna”. W: *Mała encyklopedia logiki*. Red. Witold Marciszewski. Wyd. 2 (103–106). Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Mascini, Peter. 2013. „Why was the enforcement pyramid so influential? And what price was paid?”. *Regulation & Governance* 7 (1): 48–60.
- Michaels, Ralf. 2013. „Globalization and Law: Law Beyond the State”. W: *Law and Social Theory*. Red. Reza Banakar i Max Travers. Wyd. 2 (287–304). Oxford: Hart Publishing.
- Michalowski, Raymond J. i Ronald C. Kramer. 1987. „The Space between Laws: The Problem of Corporate Crime in a Transnational Context”. *Social Problems* 34 (1): 34–53.
- Morawski, Lech. 1991. „«Autopoiesis» i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera”. W: *Prawo w zmieniającym się społeczeństwie*. Red. Grażyna Skąpska (171–184). Kraków.
- Morawski, Lech. 2003. *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.

- Myers, John. 2016. „Countries where you can buy citizenship”. <http://www.weforum.org/agenda/2016/07/countries-selling-citizenship/>. Dostęp 4.10.2017.
- Mythen, Gabe. 2004. *Ulrich Beck: A Critical Introduction to the Risk Society*. London, Sterling VA: Pluto Press.
- Nagel, Ernest. 1982. *The Structure of Science: Problem in the Logic of Scientific Explanation*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Nelken, David. 1998. „Blinding Insights? The Limits of a Reflexive Sociology of Law”. *Journal of Law and Society* 25 (3): 407–426.
- Nonet, Philippe. 2002. „Technique and Law”. W: Kagan, Krygier i Winston 2002 (49–66).
- Nonet, Philippe i Philip Selznick. 1978. *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*. New York: Harper & Row.
- Oberhuber, Florian i Michał Krzyżanowski. 2008. „Discourse Analysis and Etnography”. W: *Qualitative Discourse Analysis in the Social Sciences*. Red. Ruth Wodak i Michał Krzyżanowski (182–203). Basingstoke, New York: Palgrave Macmillan.
- Obywatelskie Forum Legislacji. 2017. „Jakość stanowienia prawa w pierwszym roku rządów Prawa i Sprawiedliwości”. <http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Odpowiedzialne%20Panstwo/Komunikat%20z%20IX%20obserwacji.pdf>. Dostęp 15.01.2018.
- Obywatelskie Forum Legislacji. 2018. „Jakość procesu stanowienia prawa w drugim roku rządów Prawa i Sprawiedliwości”. http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Odpowiedzialne%20Panstwo/X%20Komunikat_OFL.pdf. Dostęp 15.01.2018.
- OECD. *Regulatory policy*. 2018. www.oecd.org/gov/regulatory-policy. Dostęp 3.10.2018.
- Parker, Christine. 2002. *The Open Corporation: Effective Self-regulation and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Parker, Christine. 2007. „Self-Regulation and the Not-for-Profit Sector”. <http://ssrn.com/abstract=1337278>. Dostęp 10.05.2018.
- Parker, Christine. 2013. „Twenty years of responsive regulation: An appreciation and appraisal”. *Regulation & Governance* 7 (1): 2–13.
- Parker, Christine, Colin Scott, Nicola Lacey i John Braithwaite. 2004. „Introduction”. W: *Regulating Law*. Red. Christine Parker, Colin Scott, Nicola Lacey i John Braithwaite (1–12). Oxford: Oxford University Press.
- Paterson, John. 2006. „Reflecting on Reflexive Law”. W: King i Thornhill 2006b (13–35).
- Perelman, Chaim. 1984. *Logika prawnicza. Nowa retoryka*. Tłum. T. Pajor. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Perelman, Chaim. 2004. *Imperium retoryki. Retoryka i argumentacja*. Tłum. M. Chomicz. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Perez, Oren. 2005. „Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes”. W: Perez i Teubner 2005 (3–38).
- Perez, Oren. 2011. „Responsive Regulation and Second-Order Reflexivity: On the Limits of Regulatory Intervention”. *UBC Law Review* 44 (3): 743–78.
- Perez, Oren i Gunther Teubner (red.). 2005. *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*. Oxford, Portland Or. Hart Publishing.
- Pękała, Mateusz. 2016. *Pole decyzyjne ustawodawcy*. Kraków: Wydawnictwo WAM.
- Pichlak, Maciej. 2013a. „W sprawie reinterpretacji modelu konstytucyjnego systemu źródeł prawa”. W: Biernat 2013 (97–111).
- Pichlak, Maciej. 2013b. *Zamknięty system źródeł prawa. Studium instytucjonalizacji dyskursu prawniczego*. Wrocław: Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.
- Pichlak, Maciej. 2014. „Obiektywność w prawie – podejście instytucjonalne jako alternatywa dla dominujących stanowisk teoretycznych”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2: 109–25.

- Pichlak, Maciej. 2015a. „Institutional Analysis and Epistemology of Values in Law: An Outline”. W: *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings from the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie*. Red. Marcelo Galuppo et al. (898–907). Belo Horizonte: Initia Via.
- Pichlak, Maciej. 2015b. „Refleksyjność teorii prawa w aspekcie metodologicznym, instytucjonalnym i etycznym”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (309–330).
- Pichlak, Maciej. 2016. „Objectivity and Institutional Reflexivity in Law”. W: *Diverse Narratives of Legal Objectivity: An Interdisciplinary Perspective*. Red. Vito Breda i Lidia Rodak. Frankfurt a.M.: Peter Lang.
- Pichlak, Maciej. 2017. „Rozróżnienie *ius et lex* we współczesnej filozofii prawa”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2 (15): 49–59.
- Pichlak, Maciej. 2018. „Konstytucjonalizm jako refleksja”. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 7 (1), 5–24.
- Pieniążek, Marcin. 2008. *Etyka sytuacyjna prawnika*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Pieniążek, Marcin. 2015. „On Possible Applications of Paul Ricoeur’s Thought in Legal Theory”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1 (10): 79–88.
- Pitera, Jakub. 2007. „Charakterystyka instytucji zaufania publicznego w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych”. *Kwartalnik Prawa Publicznego* 7 (4): 145–162.
- Platon. 2010. *Państwo*. Tłum. W. Witwicki. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Podgórecki, Adam. 1957. *Założenia polityki prawa. Metodologia pracy legislacyjnej i kodyfikacyjnej*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
- Podgórecki, Adam. 1971. *Zarys socjologii prawa*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Podgórecki, Adam. 1998. *Socjologiczna teoria prawa*. Tłum. Ł. M. Kwaśniewska i R. Smógor. Warszawa: Interart.
- Popper, Karl Raimund. 2002. *Logika odkrycia naukowego*. Tłum. U. Niklas. Warszawa: Fundacja Aletheia.
- Příbáň, Jiří. 2012. „Constitutionalism as Fear of the Political? A Comparative Analysis of Teubner’s Constitutional Fragments and Thornhill’s A Sociology of Constitutions”. *Journal of Law and Society* 39 (3): 441–471.
- Purnhagen, Kai P. i Peter H. Feindt. 2017. „Principles-based Regulation: Blueprint for a ‘New Approach’ for the Internal Agricultural Market”. *European Law Review* 42 (5), 722–736.
- Raburski, Tomasz. 2012. *Autonomizacja prawa wobec państwa w sferze międzynarodowej*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe Instytutu Filozofii Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.
- Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge Mass.: Belknap Press.
- Raz, Joseph. 1994. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford, New York: Clarendon Press.
- Raz, Joseph. 2008. „Can There Be a Theory of Law?”. W: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Red. Martin P. Golding i William A. Edmundson (324–342). Malden Mass.: Blackwell.
- Reale, Giovanni. 2005. *Historia filozofii starożytnej*. T. 2. Tłum. E. I. Zieliński. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Reed, Michael. 2003. „The Agency/Structure Dilemma in Organization Theory: Open Doors and Brick Walls”. W: *The Oxford Handbook of Organization Theory*. Red. Haridimos Tsoukas i Christian Knudsen (289–309). Oxford, New York: Oxford University Press.

- Rękas, Agnieszka (red.). 2010. *Czy tylko sąd rozstrzygnie w sporze? Mediacja i sądownictwo polubowne. Informator o alternatywnych sposobach rozwiązywania sporów*. Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości.
- Ricoeur, Paul. 2003a. „Egzystencja i hermeneutyka”. Tłum. K. Tarnowski. W: Ricoeur 2003b (194–216).
- Ricoeur, Paul. 2003b. *Egzystencja i hermeneutyka. Rozprawy o metodzie*. Warszawa: Altaya – De Agostini.
- Ricoeur, Paul. 2003c. „Hermeneutyka symboli a refleksja filozoficzna – II”. Tłum. J. Skoczylas. W: Ricoeur 2003b (112–131).
- Ricoeur, Paul. 2003d. *Krytyka i przekonanie. Rozmowy z François Azouvim i Markiem de Launay*. Tłum. M. Drwięga. Warszawa: Wydawnictwo KR.
- Ricoeur, Paul. 2004. *Drogi rozpoznania*. Tłum. J. Margański. Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Ricoeur, Paul. 2005. *O sobie samym jako innym*. Red. Małgorzata Kowalska. Tłum. B. Chelstowski. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Röhl, Klaus F. 1998. „Ist das Recht paradox? Über Schwierigkeiten mit der Lektüre von Luhmanns ‘Recht der Gesellschaft’ und mit postmoderner Rechtstheorie überhaupt”. W: *Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg*. Red. Jürgen Brand i Dieter Stempel (129–148). Baden-Baden: Nomos.
- Rothstein, Bo. 2017a. „The Long Affair Between The Working Class and the Intellectual Cultural Left Is Over”. <https://www.socialeurope.eu/2017/02/long-affair-working-class-intellectual-cultural-left/>. Dostęp 11.02.2017.
- Rothstein, Bo. 2017b. „Why Has The White Working Class Abandoned The Left?”. <https://www.socialeurope.eu/2017/01/white-working-class-abandoned-left/>. Dostęp 11.02.2017.
- Rothstein, Henry, Olivier Borraz i Michael Huber. 2013. „Risk and the limits of governance: Exploring varied patterns of risk-based governance across Europe”. *Regulation & Governance* 7 (2): 215–235.
- Rothstein, Henry, Michael Huber i George Gaskell. 2006. „A theory of risk colonization: the spiraling regulatory logics of societal and institutional risk [online]”. <http://eprints.lse.ac.uk/2675>. Dostęp 21.06.2018. [Oryg. opublikowane w: *Economy and Society* 2006, 35 (1), 91–112].
- Rottluthner, Hubert. 1989. „A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System”. *Law & Society Review* 23 (5): 779–798.
- Ruby, Jay (red.). 1982. *Crack in the Mirror: Reflexive Perspectives in Anthropology*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Sadowski, Ireneusz. 2014. „Współczesne spojrzenie na instytucje: ewolucja pojęć, problem modelu aktora i poziomy analizy instytucjonalnej”. *Przegląd Socjologiczny* 63 (3): 89–114.
- Sarra, Janis. 2011. „Risk Management, Responsive Regulation, and Oversight of Structured Financial Product Markets”. *UBC Law Review* 44 (3): 779–834.
- Savelsberg, Joachim J. 2013. „Highlights in the Sociology of Law: Globalizing Law and Penalizing Human Rights Violations”. *Contemporary Sociology* 42 (2): 167–176.
- Schwarcz, Steven L. 2009. „The ‘Principles’ Paradox”. *European Business Organization Law Review* 10: 175–184.
- Scott, Alan. 2000. „Risk Society or Angst Society? Two Views of Risk, Consciousness and Community”. W: Adam, Beck i van Loon 2000 (33–46).
- Searle, John R. 1995. *The Construction of Social Reality*. New York: The Free Press.
- Selznick, Philip. 1949. *TVA and the Grass Roots: A Study in the Sociology of Formal Organizations*. Berkeley: University of California Press.
- Selznick, Philip. 1961. „Sociology and Natural Law”. *Natural Law Forum* 6: 84–107.
- Selznick, Philip. [1969] 1980. *Law, Society, and Industrial Justice*. New York: Transaction Books.

- Selznick, Philip. 1985. „Focusing Organizational Research on Regulation”. W: *Regulatory Policy and the Social Sciences*. Red. Roger G. Noll (363–367). Berkeley: University of California Press.
- Selznick, Philip. 1992. *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*. Berkeley: University of California Press.
- Selznick, Philip. 1995. „Threshold Definitions, Normative Theory, and Sociology of Law”. Referat prezentowany podczas Annual Meeting of the ISA Research Committee on Sociology of Law „Legal Culture: Encounters and Transformations”, Tokio, 1–4.08.1995.
- Selznick, Philip. 2000. „A Case for Legal Naturalism: ‘Sociology and Natural Law’ Revisited”. *Polish Sociological Review* 3 (131): 267–274.
- Selznick, Philip. 2006. „The Jurisprudence of Communitarian Liberalism”. W: *Communitarianism in Law and Society*. Red. Paul Setters (19–32). Lanham, Md.: Rowman & Littlefield Publishers.
- Selznick, Philip. 2008. *A Humanist Science: Values and Ideals in Social Inquiry*. Stanford: Stanford University Press.
- Shapiro, Scott J. 1998. „The Difference That Rules Make”. W: *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*. Red. Brian Bix (33–62). Oxford: Clarendon Press.
- Short, James F. Jr. 1992. „Defining, Explaining, and Managing Risk”. W: *Organizations, Uncertainties, and Risk*. Red. James F. Short Jr. i Lee Clarke (3–23). Boulder: Westview Press.
- Siemek, Marek J. 1998. „Hegłowskie pojęcie podmiotowości”. W: Marek J. Siemek. *Hegel i filozofia* (35–49). Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Siemek, Marek J. 2002. *Wolność, rozum, intersubiektywność*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Siemek, Marek J. 2011. *Wykłady z klasycznej filozofii niemieckiej*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Siemek, Marek J. 2012a. „Wykłady z filozofii nowoczesności”. W: Siemek 2012b (251–478).
- Siemek, Marek J. 2012b. *Wykłady z filozofii nowoczesności*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Sierocka, Barbara. 2003. *Krytyka i dyskurs: O transcendentalno-pragmatycznym uprawomocnieniu krytyki filozoficznej*. Kraków: Aureus.
- Simmonds, Nigel E. 2010. „Reflexivity and the Idea of Law”. *Jurisprudence* 1 (1): 1–23.
- Simon, F. C. „Meta-Regulation in Practice: Beyond Normative Views of Morality and Rationality”. <http://meta-regulation.com/about/>. Dostęp 10.07.2018.
- Skąpska, Grażyna. 1991. *Prawo a dynamika społecznych przemian*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Skąpska, Grażyna. 2007. „Niklas Luhmann i teoria systemów społecznych. Wstęp do wydania polskiego”. W: Luhmann 2007 (VII–XVIII).
- Skąpska, Grażyna. 2017. „Od „legalnej rewolucji” do kontrrewolucji. Kryzys konstytucjonalizmu liberalno-demokratycznego w Polsce”. *Przegląd Prawa i Administracji* CX: 65–81.
- Skuczyński, Paweł. 2015. „Uzasadnienie refleksyjne i problem jego recepcji w teorii Roberta Alexy’ego”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (87–119).
- Sroka, Tomasz (red.). 2010. *Zostałem pokrzywdzony przestępstwem i co dalej? Informator dla pokrzywdzonego*. Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości.
- Standing, Guy. 2014. *Prekariat. Nowa niebezpieczna klasa*. Red. Maciej Schlinder. Tłum. K. Czarnecki, P. Kaczmarek i M. Karolak. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Stankiewicz, Piotr. 2008. „W świecie ryzyka. Niekończąca się opowieść Ulricha Becka”. *Studia Socjologiczne* 3 (190): 117–134.
- Steele, Jenny. 2004. *Risks and Legal Theory*. Oxford, Portland Or.: Hart Publishing.
- Stewart, John David. 1974. *The Responsive Local Authority*. London: C. Knight & Co.
- Stępień, Mateusz. 2008. *Responsywna administracja publiczna*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.

- Stępień, Mateusz. 2015. „Poznanie praw obcych jako źródło refleksyjności prawa”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (287–307).
- Strugacki, Arkadij i Borys Strugacki. 1988. *Żuk w mrowisku*. Tłum. I. Lewandowska. Warszawa: Iskry.
- Sulikowski, Adam. 2008. *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Szacki, Jerzy. 2002. *Historia myśli socjologicznej*. Wydanie nowe. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Szahaj, Andrzej. 2006. *Jednostka czy wspólnota. Spór liberalistów z komunitarystami a „sprawa polska”*. Warszawa: Fundacja Aletheia.
- Szewczyk, Marek. 1996. *Nadzór w materialnym prawie administracyjnym. Administracja wobec wolności, własności i innych praw podmiotowych jednostki*. Poznań: Zachodnie Centrum Organizacji.
- Szydło, Marek. 2005. *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*. Warszawa: Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza.
- Taekema, Sanne. 2003. *The Concept of Ideals in Legal Theory*. Hague: Kluwer Law International.
- Tamanaha, Brian Z. 2017. *A Realistic Theory of Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Taylor, Charles. 2012. *Źródła podmiotowości. Narodziny tożsamości nowoczesnej*. Red. Tadeusz Gadacz. Tłum. M. Gruszczyński et al. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Teubner, Gunther. 1983. „Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”. *Law & Society Review* 17 (2): 239–285.
- Teubner, Gunther. 1984a. „After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law”. EUI Working Papers.
- Teubner, Gunther. 1984b. „Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg”. *Law & Society Review* 18 (2): 291–301.
- Teubner, Gunther (red.). 1988a. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin, New York: Walter de Gruyter.
- Teubner, Gunther. 1988b. „Evolution of Autopoietic Law”. W: Teubner 1988a (217–241).
- Teubner, Gunther. 1993. *Law as an Autopoietic System*. Tłum. Z. Bankowski i R. Adler. Oxford, Cambridge Mass.: Blackwell.
- Teubner, Gunther. 2002. „Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda”. *Ius et Lex* 1: 109–132.
- Teubner, Gunther. 2005. „Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”. W: Perez i Teubner 2005 (41–64).
- Teubner, Gunther. 2012. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Tłum. G. Norbury. Oxford: Oxford University Press.
- Tischner, Józef. 1993. *Spowiedź rewolucjonisty. Czytając Fenomenologię ducha Hegla*. Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Tombs, Steve i David Whyte. 2013. „Transcending the deregulation debate? Regulation, risk, and the enforcement of health and safety law in the UK”. *Regulation & Governance* 7 (1): 61–79.
- Tuori, Kaarlo. 2002. *Critical Legal Positivism*. Aldershot: Ashgate.
- Twining, William. 2009. *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Urry, John. 2015. *Offshoring*. Tłum. P. Tomanek. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Veitch, Scott. 2010. *Law and Irresponsibility: On the Legitimation of Human Suffering*. Abingdon, New York: Routledge Cavendish.
- Veitch, Scott. 2017. „Law in the Risk Society: Challenging Legal Concepts”. W: de Vries i Fanning 2017 (39–59).

- Verba, Sidney i Norman H. Nie. 1972. *Participation in America: Political Democracy and Social Equality*. New York: Harper & Row.
- Verschraegen, Gert. 2006. „Systems Theory and the Paradox of Human Rights”. W: King i Thornhill 2006b (101–125).
- Vries, Ubaldus, de. 2017. „Introducing the World Risk Society”. W: de Vries i Fanning 2017 (11–37).
- Vries, Ubaldus, de i John Fanning (red.). 2017. *Law in the Risk Society*. Utrecht: Eleven International Publ.
- Widłak, Tomasz. 2012. „Recenzja: Rafael Domingo, *The New Global Law*, Cambridge University Press, New York 2010”. *Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego* X: 237–242.
- Wimmer, Andreas i Nina Glick Schiller. 2002. „Methodological nationalism and beyond: Nation-state building, migration and the social sciences”. *Global Networks* 2 (4): 301–334.
- Winczorek, Jan. 2009. *Zniknięcie dwunastego wielbłąda: O socjologicznej teorii prawa Niklasa Luhmanna*. Warszawa: Liber.
- Winczorek, Jan. 2015. „O ujęciach refleksyjności u Gunthera Teubnera i Niklasa Luhmanna i o tym, co z nich wynika dla nauki prawa”. W: Kaleta i Skuczyński 2015 (177–205).
- Wróblewski, Jerzy. 1967. „Socjologia prawa a prawoznawstwo”. *Państwo i Prawo* XXII (12): 910–921.
- Zajadło, Jerzy. 2014. „Socjologia refleksyjna w służbie jurysprudencji”. *Prawo i Więź* 3 (9): 7–21.
- Zawadzka, Patrycja. 2017. *Modele nadzoru rynku finansowego. Aspekty prawne*. Warszawa: CeDeWu.
- Ziemiński, Zygmunt. 1975. *Socjologia prawa jako nauka prawna*. Warszawa, Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2011. *Wprowadzenie do filozofii prawa*. Wyd. 2. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Zirk-Sadowski, Marek. 2013. „Polityka prawa”. W: Kociołek-Pęksa i Stępień 2013 (191–201).

Wykaz aktów prawnych

- Financial Services and Markets Act 2000. Parliament of the United Kingdom. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>. Dostęp 10.01.2019.
- Komisja Europejska. 2000. Communication from the Commission on the precautionary principle. COM (2000) 1 final, 2 lutego 2000 r.
- Komisja Europejska. 2009. Commission Impact Assessment Guidelines. SEC (2009) 92, 15 stycznia 2009 r.
- Komisja Europejska. 2017a. „Commission Staff Working Document: Better Regulation Guidelines”. SWD (2017) 350, 7 lipca 2017 r.
- Komisja Europejska. 2017b. „Better Regulation Toolbox”. http://ec.europa.eu/info/files/better-regulation-toolbox_en. Dostęp 10.01.2018.
- Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji. 2013. „Siedem Zasad Konsultacji”. <https://www.gov.pl/cyfryzacja/jak-prowadzimy-konsultacje>. Dostęp 9.07.2018.
- Ministerstwo Gospodarki. 2006. „Wytoczne do oceny skutków regulacji (OSR)”. http://www.mg.gov.pl/files/upload/8668/publikacja_6.pdf. Dostęp 7.08.2014.
- OECD. 1995. Recommendation of the Council on Improving the Quality of Government Regulation. C(95)21/FINAL, 9 marca 1995 r. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0278>. Dostęp 3.10.2018.
- OECD. 2012. Recommendation of the Council On Regulatory Policy and Governance. 22 marca 2012 r. <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>. Dostęp 11.08.2014.
- ONZ. 1992. Deklaracja z Rio w sprawie środowiska i rozwoju. <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/inne/1992.html>. Dostęp 2.06.2017.
- Rada Ministrów. 2013. Program „Lepsze Regulacje 2015”. Załącznik do uchwały nr 13/2013 Rady Ministrów z dnia 22 stycznia 2013 r.
- Ustawa o nadzorze 2006. Ustawa z dnia 21 lipca 2006 r. o nadzorze nad rynkiem finansowym (Dz.U. z 2018 r., poz. 621, 650, 685, 1075).
- Ustawa o SN 2017. Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r., poz. 5).

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63