

Sebastian Behcicki¹
Uniwersytet Wrocławski
DOI: 10.34616/23.19.028
orcid.org/0000-0002-5005-3106

Metodologia socjologiczna, psychologiczna i ekonomiczna analiza prawa jako heurystyczne metody badania i oceny nieskuteczności prawa, w tym w szczególności alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów

The sociological methodology, psychological and economic analysis of law as heuristic methods of investigating and assessing the ineffectiveness of law, including in particular alternative dispute resolution methods

Abstract

The article considers the necessity of using a multitude of methods in the law analysis process, using the so-called holistic paradigm. From the variety of possible perspectives, for the purposes of the article, three methods were selected, according to the author's opinion, the most useful for the analysis of the issue of ineffectiveness of law. These include economic law analysis, methods of analysis used in cognitive psychology and the sociological method that binds them together. This text is a prolegomena for a detailed examination of the ineffectiveness of instruments of civil procedure, including alternative dispute resolution methods in particular.

¹ Autor jest doktorantem w Instytucie Prawa Cywilnego w Zakładzie Postępowania Cywilnego Wydziału Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Specjalizuje się w prakseologii, w kręgu jego zainteresowań jest problematyka odpowiedzialności i skuteczności prawa. Kontakt: sebastian.bechcicki@uwr.edu.pl.

Key words

methodology, praxeology, sociology of law, psychology of law, law and economics, effectiveness of law, alternative dispute resolution

Streszczenie

W artykule rozważana jest konieczność posługiwania się w procesie analizowania prawa wielością metod, z zastosowaniem tzw. paradygmatu holistycznego. Z wielu możliwych perspektyw na potrzeby artykułu wybrano trzy metody, zdaniem autora najbardziej użyteczne dla analizy zagadnienia nieskuteczności prawa. Należą do nich: ekonomiczna analiza prawa, metody analizy stosowane w psychologii poznawczej i spajająca je metoda socjologiczną. Niniejszy tekst to prolegomena do szczegółowego badania nieskuteczności instrumentów postępowania cywilnego, w tym w szczególności alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów.

Słowa kluczowe

metodologia, prakseologia, socjologia prawa, psychologia prawa, ekonomiczna analiza prawa, skuteczność prawa, alternatywne sposoby rozwiązywania sporów

1. Wstęp

Zajęcie się tytułową problematyką wynika z pragmatycznej potrzeby zaoferowania zainteresowanym narzędzi wspierających czy determinujących działania w kierunku poprawy efektywności instrumentów prawnych, w tym szczególnie tych dotyczących alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów (ADR)². Pragmatyzm nie jest tu związany z żadnym systemem filozofii, lecz kładzie nacisk na praktyczną skuteczność i rozwiązywanie problemów przy jednoczesnym pluralistycznym ujęciu zidentyfikowanych problemów badawczych³. Pragmatyści analizują jednocześnie zarówno sygnały świata zewnętrznego niezależnego od umysłu, jak i świat tkwiący

² Innym polem badawczym w kręgu zainteresowania autora jest postępowanie egzekucyjne w jego nowym modelu wprowadzającym zmiany w nadzorze nad komornikami i kancelariami komorniczymi.

³ M.Q. Patton, *Qualitative Research & Evaluation Methods: Integrating Theory and Practice*, SAGE Publications, Thousand Oaks 2014.

w umyśle⁴. W prakseologii chodzi o technikę roboty jako takiej, o wskazania i przestrogi ważne dla wszelkiego działania pragnącego być jak najbardziej skutecznym⁵. Narzędzia te powinny mieć uniwersalny charakter, tak aby możliwa była replikacja badań. Innym powodem zajęcia się metodami badania nieskuteczności prawa w odniesieniu do konkretnych instrumentów, tu w odniesieniu do alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów, jest spostrzeżenie przestrzeni badawczej, nie dość zagospodarowanej jak się wydaje, co widać na tle publikacji⁶ i badań⁷ analizujących to zagadnienie.

⁴ C.H. Cherryholmes, *Notes on pragmatism and scientific realism*, „Sage” 1992, t. August-September.

⁵ T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Ossolineum, Wrocław 1975.

⁶ Analizując dostępne publikacje, można zauważyć, że rozważania dotyczące alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów (ADR) koncentrują się na dwóch biegunach. Pierwszy obejmuje prace syntetyczne dotyczące poszczególnych instrumentów czy instytucji, z ewentualnym lokowaniem ich w systemie prawa (tak m.in. J. Lapierre, *Uгода sądowa w polskim procesie cywilnym*, PWN, Warszawa 1968; L. Morawski, *Proces sądowy a instytucje alternatywne na przykładzie sporów cywilnych*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 1; C. Kulesza, *Mediacja a system wymiaru sprawiedliwości – szanse, ograniczenia, zagrożenia*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 12; R. Morek, *ADR – alternatywne metody rozwiązywania sporów w sprawach gospodarczych*, C.H. Beck, Warszawa 2004; A. Krata, *Profesjonalizm mediatora a skuteczność mediacji (cz. I)*, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 2; R. Gola, *Polubowne rozstrzygnięcie sporów*, LexisNexis, Warszawa 2007; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warszawa 2007; A. Jakubiak-Mirończuk, *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów sądowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008; C. Kulesza, *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009; A. Kalisz, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009; M. Białecki, *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011; Ł. Błaszczak, *Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik ADR” 2012; A. Budniak-Rogała, *Charakter zapisu na sąd polubowny w postępowaniu cywilnym*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2015. Na drugim biegunie znajdujemy prace wyłącznie prawnoporównawcze (tak m.in. R. Tokarczyk, *Alternatywne rozstrzygnięcie sporów w Stanach Zjednoczonych*, „Palestra” 1995, nr 9/10; E. Gmurzyńska, *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2007. Brakuje w literaturze przedmiotu prac dotyczących sfery pragmatycznej związanej ze skutecznością (nieskutecznością) omawianych rozwiązań. Wysiłek badawczy powinien być nakierowany na uzupełnienie tego braku, ewentualnie udzielenie innym badaczom wskazówek co do zakresu, którego nie uda się, z różnych powodów, wystarczająco naświetlić.

⁷ Obecnie dostępny publicznie jest jeden raport dotyczący problematyki nieskuteczności ADR zamówiony przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Raport skupia się jednak

Już na wstępie, przy ocenie potencjału problemu badawczego, jakim jest skuteczność prawa, myślenie z pozycji celu konfrontowane jest z myśleniem z pozycji założeń. Skomplikowanie zagadnienia występowania stanu nieskuteczności prowadzi do konieczności sformułowania metody badania tego zjawiska. Przy wyborze metod nie da się natomiast uniknąć uwikłania światopoglądowego, nie usunie się też ograniczeń systemowych. Po pierwsze – okazuje się, że skuteczność jest celem *ex ante*, nieskuteczność zaś jest pewną charakterystyczną cechą *ex post*. Problem badawczy sformułowany jest więc nieco przewrotnie; w dyskusji o skuteczności prawa nie ma bowiem miejsca na myślenie pozytywne o prawie jakim ono jest, ale dojście do sedna prowadzi przez pryzmat polityki prawa (i jego nauczania), a więc myślenia o prawie jakim być powinno. Skuteczność jest celem idealistycznym, nieskuteczność jest natomiast determinantą prakseologiczną. Pomiędzy skutecznością a nieskutecznością istnieje ontologiczna przepaść. Cytując Leona Petrażyckiego: „idei nie można winić za umyślną lub nieumyślną fałszywą jej interpretację”⁸.

Trzy tytułowe metody: ekonomiczna analiza prawa, metody psychologiczne i socjologia prawa, mimo pozornej eklektyczności, stanowią odpowiedź na wyzwania stawiane nowoczesnym badaniom nad skutecznością prawa – w tym tego, jak ukrywane są poglądy na to, czym jest prawo, polityka i społeczeństwo, a także jakie funkcje i zależności występują między uczestnikami gry w społeczeństwo⁹. Ich

w zasadzie bardziej na kwestiach promocji rozwiązań i swoistego szkolenia a nie na nieskuteczności *per se* (zob. A. Rudolf et al., *Diagnoza stanu stosowania mediacji oraz przyczyn zbyt niskiej w stosunku do oczekiwanej popularności mediacji – Raport końcowy z badania*, 2015).

⁸ L. Petrażycki, *Wstęp do nauki polityki prawa*, PWN, Warszawa 1968, s. 74.

⁹ H. Olszewski, M. Zmierzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, wyd. 2, Ars Boni et Aequi, Poznań 1994, s. 367 – o grze w społeczeństwo i grze politycznej w kontekście teorii sprawiedliwości J. Rawlsa. Nie chodzi tu o zabiegi z zakresu inżynierii społecznej czy polityki, ale o ukrywanie poglądów podmiotów zaangażowanych (w nauczanie, tworzenie i stosowanie prawa).

użycie jest także spełnieniem postulatu integracji zewnętrznej prawa. Propozycja takiego podejścia badawczego stanowi wyjście poza dogmatyczny obszar analiz i wejście w sferę empiryczną i prakseologiczną stosowania prawa, przy jednoczesnym ujawnianiu i badaniu aspektów psychologicznych odnoszących się do przedmiotu i uczestników badania.

Metodologia podejścia badawczego, podobnie jak światopogląd, stanowią podstawę wszystkich poważnych opracowań naukowych i niewątpliwie oddziałują na problem badawczy i badacza¹⁰. Wśród metod wykorzystywanych do strukturyzowania rzeczywistości najbardziej podstawowe znaczenie mają komparatystyka prawnicza i metoda historyczna. Jest tak dlatego, że z praktycznej potrzeby najczęściej porównujemy, a ocena porównania jest możliwa wyłącznie z jednoczesnym umieszczeniem jej w kontekście historycznym. Metoda historyczna jest metodą pierwszą w tym sensie, że aby zrozumieć prawo w jego aspekcie funkcjonalnym, strukturalnym czy kontekstualnym, należy znać historyczne pochodzenie prawa. Metoda ta ujawnia się w większości podręczników poszczególnych dogmatyk jako wprowadzenie do ich zrozumienia. Stosowanie tej metody jest często równoległe ze stosowaniem metody kontekstualnej. Efekty posłużenia się komparatystyką historyczną mogą być zobrazowane w postaci „historycznych stadiów rozwoju instytucji”. Metody te nie wystarczają jednak w sytuacji

¹⁰ W zaawansowanej nauce o prawie metodologia, rozumiana jako naukowa refleksja nad metodami poznawczymi, strategiami uzasadniania oraz aparaturą pojęciową, ma znaczenie podstawowe. Metody nie są wytworem tylko teoretycznym; ich selektywne użycie wskazuje na rodzaj myślenia, co w następstwie, ze względu na przesiąknięcie ideologiczne, ujawnia się w nauczaniu prawa, w jego tworzeniu, stosowaniu, a ostateczne w polityce prawa. Efekty wpajanej metodologii ujawniają się nie tylko jako efekty procesu prawotwórczego, służącego wypełnianiu przez prawo jego funkcji, homeostatycznej, instrumentalnej a także funkcji kontroli społecznej, ale pośrednio w jakości całej kultury, nie tylko prawniczej. O funkcjach prawa więcej W. Gromski, [w:] A. Bator, W. Gromski, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, Z. Pulka, *Wprowadzenie do nauk prawnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

inicjatywy badawczej. Zagrożenie nie w tym, że można uznać je za niewystarczające, ale w tym, że charakteryzują ograniczenie badawcze prowadzące do błędów poznawczych¹¹. Aby uniknąć takiej sytuacji, należy otwierać się na różne światopoglądy i stosować różne metody ich analizowania, jak też różne metody badania zjawisk, które nam się wraz z tymi światopoglądami jawią.

Metoda wielopłaszczyznowa charakteryzuje się łącznym używaniem innych metod niż dwie wyżej wskazanej – m.in. metody funkcjonalnej, strukturalnej (systemowej), analitycznej, harmonizacyjnej (*common core*) i kontekstualnej¹². W tej ostatniej metodzie zawierają się też trzy wybrane tytułowe metody, tj. ekonomiczna analiza prawa oraz metody psychologiczne i socjologiczne. Dopiero ich zestawienie i kompleksowe wykorzystanie stanowi adekwatną metodę holistyczną. Wszystkie elementy są niezależne, ale i jednocześnie komplementarne.

Metoda funkcjonalna jako metoda praktyczna sprowadza się do obserwacji, jak w różnych systemach prawnych rozwiązywane są określone konflikty. Zasadniczo metoda ta jest efektywna w systemach o podobnych korzeniach historycznych i społeczno-gospodarczych (*praesumptio similitudinis*), choć gdy analizuje się prawa podstawowe, takie jak własność, metoda ta jest adekwatna także do analizy systemów

¹¹ Przykładem błędu poznawczego jest tzw. efekt skupienia, który przypisać można decydomentom przełomu wieków i ich ślepej wierze w liberalizm i gospodarkę wolnorynkową przy jednoczesnym braku spostrzeżenia oczywistych zjawisk, takich jak przysłowiowe „drukowanie pieniędzy”, którymi w ramach tej „nowej gospodarki” dokonywano przejęcia majątku narodowego. Zachłyśnięcie się ideologią było katastrofalne w skutkach. W dalszej części artykułu przytaczam wypowiedź Ronalda Coase’a, który już w przełomowych latach 90. widział zagrożenia związane z efektem skupienia. Prawo odgrywa niekwestionowaną, pierwszoplanową rolę w procesach kształtowania rzeczywistości społeczno-gospodarczej a od prawników należy wymagać najwyższego poziomu roztropności i unikania błędów poznawczych. Wiodące dziedziny nauki, które w swym zasięgu mają błędy poznawcze, to prakseologia i psychologia behawioralna.

¹² Z tych metod wynika sześć schematów poznania naukowego: schemat funkcjonalny, systemowy, hermeneutyczny, kauzalny, akcyjny i dialektyczny. Zob. G. Samuel, *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Bloomsbury Publishing, London 2014.

diametralnie różnych. Perspektywa ta pozwala na uwolnienie się od określonych ujęć doktrynalnych i wskazanie funkcjonalnych ekwiwalentów. Metoda ta nie izoluje się od kontekstu; prawidłowa ocena musi bowiem kontekst uwzględniać.

Metoda strukturalna jest użyteczna w obserwacji całych systemów – struktur złożonych z elementów zarówno luźnych, jak i powiązanych. Wychodzi z podstawowego założenia, że prawo jest w każdym społeczeństwie identyfikowane jako pewien system. W systemie takim wyróżnia się za H. Hartem system reguł pierwotnych i wtórnych¹³.

Metoda analityczna odnosi się do języka jako nośnika sensu i dotyczy swoistej gramatyki prawa¹⁴. W wyniku porównania definicji poszczególnych instytucji prawa (prawo własności, zobowiązania, dziedziczenia) dochodzi się do rdzenia, który jest wspólny (hipotetyczny).

Metoda harmonizacyjna (*common core*) poszukuje wspólnego mianownika w prawie (także przez ukazywanie różnic), a przynajmniej odpowiedzi na pytanie, do jakiego stopnia harmonizacja jest możliwa. Najlepiej widoczna jest na poziomie prawa Unii Europejskiej, zarówno w zakresie jego stanowienia jak i stosowania. Metody tej używa się do poszukiwania wspólnych zasad w prawie zobowiązań, deliktów i prawie kontraktowym. Wykorzystuje elementy metod funkcjonalnej i kontekstualnej.

Metoda kontekstualna (*law in context*) jest obecna zarówno w metodzie funkcjonalnej, jak i strukturalnej. Jest oparta na przyjętym paradygmacie akceptacji określonych rozwiązań ekonomicznych, historycznych, socjologicznych, antropologicznych i psychologicznych.

Podjęcie wykorzystujące trzy tytułowe metody w łączności jest efektem pojmowania prawa jako dynamicznego zjawiska kulturowego,

¹³ Podjęcie to przerodziło się następnie w koncepcję metanormatywności.

¹⁴ L.J. Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, Harper & Row, New York 1971.

narzędzia polityki i komunikacji społecznej¹⁵. Prawo nie jest tylko zbiorem przepisów i powiązanych ze sobą norm generalnych i abstrakcyjnych (w tym zasad) – to system teoretycznie spójny, niesprzeczny, ale i niekompletny. Prawo to fenomen stworzony przez ludzi dla ludzi, to zjawisko ze sfery psychologicznej¹⁶, w której przedmiotem badań jest, jak

¹⁵ Takie rozumienie prawa jest następstwem odkrycia, że prawo nie jest tylko systemem (meta)normatywnym czy podsystemem systemu kierowania czy komunikowania. Prawo postrzegane jest coraz częściej jako fakt kulturowy, a analizowanie prawa nie może obejść się bez metodologii psychologicznej i socjologicznej. Analizowanie prawa musi odbywać się z uwzględnieniem jego istotności kulturowej jako aspektu funkcjonowania społeczeństwa, a także jako przeżywania prawa przez poszczególne jednostki. Jest to jednocześnie kontynuacja myśli psychologizmu prawa Leona Petrażyckiego i fenomenologii Edmunda Husserla. Podobnie odmiennie prawa traktuje się we wszystkich filozoficznych stanowiskach ponowoczesnych, odcinających się od abstrakcyjności, w tym w dekonstrukcjonizmie, ruchu Critical Legal Studies oraz szkole Law and Economics. W psychologii takie podejście reprezentuje Krytyczny Realizm Roya Bhaskara (R. Bhaskar, *A Realist Theory of Science*, Verso, London-New York 2008). Wspólną cechą charakterystyczną jest to, że żadne z tych stanowisk nie uznaje metafizyczności (nie wprost) a za podstawę swych rozważań ma interpretację zastanej rzeczywistości. Konstrukttywizm dla przykładu przyjmuje, że znaczenia są konstruowane przez ludzi w procesie interpretacji z perspektywy historycznej, kulturowej, językowej i kontekstualnej. Stanowisko to jest też w opozycji do proceduralnej teorii sprawiedliwości. Komunikacyjna koncepcja prawa, należąca do tzw. trzeciej drogi, wiązana z nazwiskiem J. Habermasa, za jądro teorii przyjmuje podział działań ludzkich na celowo-racjonalne, o instrumentalnym i technologicznym charakterze oraz na działania komunikacyjne, w których za pomocą rozmaitych oddziaływań symbolicznych staramy się osiągnąć porozumienie z innymi ludźmi. W tej koncepcji świat społeczny podzielony jest na dwie sfery – sferę systemów i sferę życia. Świat systemów to gospodarka, wojsko i administracja publiczna, świat życia to społeczeństwo obywatelskie, kultura i instytucje społeczne. – A. Bator, W. Gromski, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, Z. Pulka, *op. cit.* Zdaniem autora generowanie podstawowych znaczeń ma zawsze charakter społeczny, następuje podczas interakcji zachodzących w społeczności ludzkiej i jest ich wynikiem (tak też M. Crotty, *The Foundations of Social Research: Meaning and Perspective in the Research Process*, SAGE Publishing, Thousand Oaks 1998).

¹⁶ Psychologię zasadniczo tworzą dwie sfery – psychologia poznawcza (deskryptywna), opisująca i klasyfikująca różne fenomeny (w tym także psychologia behawioralna), i psychologia genetyczna, formułująca prawidłowości połączeń kausalnych między tymi fenomenami. F.C. Brentano, *Psychologia z empirycznego punktu widzenia*, PWN, Warszawa 1999.

to ujął Kazimierz Obuchowski, „człowiek intencjonalny”¹⁷. To nowe podejście w psychologii jest powrotem do obszaru eksplorowanego dawniej przez psychologię introspekcyjną, gdzie poszukuje się metod badania ludzkich procesów poznawczych. Taką możliwość stwarzają różne eksperymentalne badania przebiegu ludzkich procesów poznawczych oraz komputerowe symulacje procesów myślenia, percepcji i pamięci¹⁸. Kolejne spostrzeżenie jest takie, że pytania i odpowiedzi psychologiczne są odseparowane od pytań i odpowiedzi logicznych, co szczególnie prawnikom może sprawiać trudności. W metodzie mieszanej badań naukowych, wykorzystującej trzy tytułowe metody, musimy dokonać adekwatnej transformacji wyników badań z różnych sfer o różnym charakterze ilościowym i jakościowym. Dokonujemy tego przez specjalny proces kodowania informacji jakościowej, aby nadać jej w procesie triangulacji¹⁹ odpowiedni wymiar teoretyczny²⁰.

Wybór tytułowych metod to nie tylko efekt intuicyjnego przekonania o ich skuteczności, ale także dostrzeżenie doniosłości hipotez, jakie te metody oferują w izolacji. Metody te wydają się być najbardziej odpowiednie dla osiągnięcia celu poznania, jakim jest odkrycie zależności determinujących nieskuteczność prawa. Wyniki eksperymentów behawioralnych doprowadziły do ujawnienia heurystyk wpływających na zachowania podmiotów, do których kierowane są różne komunikaty, w tym komunikaty prawne. Zaobserwowanie oddziaływania czynników

¹⁷ Intencjonalność kojarzy się ze świadomością i ludzkim poznaniem. To cytując za J. Bobrykiem: „Wolność jednostki w jej namyśle etycznym, odpowiedzialność i celowe działanie. Intencjonalne nie jest tylko poznanie i świadomość, ale każde zachowanie i poszczególne akty poznawcze”. W modelu behawioralnym zajmowano się odruchami i systemami odruchów tworzącymi nawyki, które następnie kształtowały osobowość. Według skrajnych behawiorystów ludzie, bez względu na poziom ich mądrości, będą podobnie reagowali na podobne bodźce. Odrzucenie stanowiska behawiorystycznego w psychologii i ugruntowanie podejścia poznawczego jest przełomem, który umożliwia przeprowadzenie (niełatwej) analizy zagadnienia nieskuteczności prawa.

¹⁸ J. Bobryk, *Akty świadomości i procesy poznawcze*, Leopoldinum, Wrocław 1996.

¹⁹ Konfirmacyjnej, dyskonnfirmacyjnej lub korrobacji.

²⁰ Wyniki badań mogą być następnie weryfikowane w procesie tworzenia hipotez i teorii.

psychologicznych spowodowało z kolei przemodelowanie myślenia ekonomicznego poprzez ograniczenie stosowalności podstawowych konstrukcji teoretycznych, takich jak racjonalność wyboru, i zauważenie doniosłości wpływu efektu posiadania i istnienia zjawiska asymetrii informacji prowadzących do kwestionowania konkurencyjności i wolnego rynku. Przywiązanie do analiz doktrynalnych i systematyczne ignorowanie możliwości angażowania innych metod w prawie (badań statystycznych, ankietowych) doprowadziło w pewnych gałęziach do zaniku tego typu podejścia badawczego. Trudność polega na tym, że prawo jako fakt kulturowy niezbyt łatwo poddaje się badaniom. Są oczywiście gałęzie prawa, w których od dawna odnotowujemy skuteczne stosowanie metod ilościowych służących następnie tworzeniu opisów implementowanych do polityki prawa. Tak jest choćby w przypadku kryminologii²¹ czy badań nad bezpieczeństwem publicznym²².

Innym jeszcze uzasadnieniem dla stosowania proponowanych metod jest oczekiwanie od nauk humanistycznych większej ich użyteczności. Także finansowanie skierowane jest w te obszary, które zaprzęgają badania empiryczne do analiz zjawisk i budowania hipotez, a następnie teorii. Wszystkie proponowane metody mają taki charakter. Oczywiście jest przy tym, że prawa nie da się zredukować do poziomu empirycznego. Granicą redukowalności jest bowiem konwencja społeczna

²¹ Badania ankietowe Bronisława Wróblewskiego i Witolda Świdy, prowadzone w latach trzydziestych ubiegłego wieku, a dotyczące sędziowskiego wymiaru kary spowodowały rozpowszechnienie się idei badań empirycznych w prawie (zob. B. Wróblewski, W. Świda, *Sędziowski wymiar kary w Rzeczypospolitej Polskiej. Ankieta, etc.*, Zakład Prawa Karnego Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, Wilno 1939). W. Świda stworzył m.in. monografię poświęconą charakterystyce przestępcy zawodowego (W. Świda, *Przestępca zawodowy*, Nakładem Księgarni F. Hoesicka w Warszawie, Wilno 1932.), a Z. Bożyczko badał kradzież kieszonkową (Z. Bożyczko, *Kradzież kieszonkowa i jej sprawca*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1962).

²² Badaniami w zakresie bezpieczeństwa funkcjonowania społeczeństwa zajmuje się m.in. Polska Platforma Bezpieczeństwa Wewnętrznego stworzona przez instytucje państwowe przy współdziałaniu wybranych uczelni publicznych (więcej: <https://www.ppbw.pl/>, dostęp 18.02.2019).

i humanistyczne tło problemu badawczego. Żadna z nauk przyrodniczych nie może badać sensu (znaczenia). Tytułowe metody należą do dyscyplin niezwiązanych wprost z prawem, jednak wyizolowane zestawy hipotez oferowanych przez psychologię, socjologię i ekonomię są przedmiotem dociekań prawników. Zarówno ekonomiczna analiza prawa, jak i socjologia prawa stanowią przedmioty wykładów na wielu uczelniach. Brak wykorzystania osiągnięć poszczególnych dyscyplin prowadzi do zaniechania wykorzystania ich synergii²³ i do zaniechania obserwowania możliwej superwencji²⁴.

²³ Definiując synergię, przeciwstawiamy „system złożony” sumie podsystemów rozpatrywanych w izolacji. Wskazuje się na występowanie i przewagę tzw. „efektu złożonego” uzyskiwanego przez system nad „efektem bazowym” wyznaczonym przez sumę efektów poszczególnych podsystemów osiąganych w warunkach pełnej izolacji. Efekt analizy zmiennych rozpatrywanych w izolacji jest różny od efektu rozpatrywanego systemowo. Zob. J. Bućko, *Propozycja nowego podejścia do problematyki badań przyrodnyczych w analizie ekonomicznej*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości” 2015, t. 83(139). Należy podkreślić, że dla określenia efektu synergii istotne znaczenie ma wpływ zmiennych i ich głęboka analiza. Wzrost liczby zmiennych powoduje poważne ograniczenia, stąd wygodne jest, w przypadku analiz ekonomicznych, stosowanie zasad *ceteris paribus* i *mutatis mutandis*. W prawie dodatkowo należy także pamiętać o inercji systemu i dalszych efektach z tym związanych (choćby z efektem remanencji).

²⁴ W wielowarstwowej strukturze uniwersum wymienia się przynajmniej sześć poziomów i skorelowanych z nimi układów własności charakterystycznych: a) poziom subatomowy, b) poziom atomów, c) poziom układów atomowych, d) poziom istot żyjących, e) poziom istot świadomych i f) poziom systemów społecznych (poziom socjologiczny). Na każdym poziomie mamy do czynienia z układem własności, które nie występują na innych poziomach, lecz pojawiają się na danym poziomie po raz pierwszy. Zależności zachodzące pomiędzy własnościami na poszczególnych poziomach możemy rozpatrywać z perspektywy następstwa, dynamiki, rozwoju (aspekt diachroniczny, ewolucyjny) oraz z perspektywy zależności atemporalnej, strukturalnej (aspekt synchroniczny). Otrzymujemy odpowiednio teorię emergencji oraz superwencji, które na gruncie pojęć można traktować komplementarnie. „Relacje superwencji na wewnętrznych własnościach swoich członów”. Superwencja mereologiczna jest potocznie wyrażana stwierdzeniem, że „świat jest taki jaki jest, ponieważ mikroświat jest taki jaki jest”. R. Poczobut, *Superwencja. Zarys problematyki*, „Filozofia Nauki” 2000, nr 2(8).

2. Nowoczesny paradygmat naukowy oparty na wielości metod jako założenie wstępne i podstawa nowoczesnego nauczania, tworzenia i analizowania prawa²⁵

Poczynione zastrzeżenie metodologiczne, że nowoczesny paradygmat naukowy prawa wymaga zaangażowania wielu metod, nie odnosi się jednak wyłącznie do twardej nauki (*science*). Tak rozumiana macierz interdyscyplinarna²⁶ wpływa na cały system i stanowi o jego kulturze. Przykład wpływu, czy może znów negatywnie – braku wpływu tej macierzy obserwujemy w sporach co do treści prawa i zasadniczej różnicy poglądów co do jego zasad. Jest to po części wynik niedoskonałości systemu edukacji prawniczej, która nieszczególnie uwzględni perspektywy inne niż dogmatyczne²⁷, prowadząc do wypaczenia dyskursu. Czy możemy więc powiedzieć, że poziom naszego rozwoju, naszego

²⁵ Paradygmat holistyczny jako narzędzie epistemologiczne ujmuje całość zagadnień w rozbiciu na poszczególne rzeczywistości zorganizowane w system. Autor intuicyjnie skłania się ku pogładowi, że system prawa zbliżony jest do systemu zaproponowanego przez Niklasa Luhmanna (1927–1998), który ukazywał jego wieloznaczność i skomplikowanie porównując go do żywego organizmu, a nie abstrakcyjnego systemu logicznego. W swoich pracach odnoszących się do systemu społecznego używał zapożyczonego od Humberto Maturany pojęcia autopojezy (system autopojetyczny), Maturana zaś stworzył ten neologizm, analizując arystotelesowskie kategorie *theoria, praxis i poiesis*. Zob. H.-G. Moeller, *Luhmann Explained: From Souls to Systems*, Open Court, Chicago 2011. Poprzestając na tym warto podkreślić, że najważniejsze w paradygmacie holistycznym jest to, aby metody badawcze były przydatne z prakseologicznego punktu widzenia. Istotne jest również to, że analizowanego systemu nie można rozpatrywać w oderwaniu od uwarunkowań społeczno-gospodarczych – i to stanowi punkt wyjścia dla wyboru trzech tytułowych metod jako najbardziej użytecznych.

²⁶ Pojęcie to najbardziej oddaje charakter powiązań różnych metod naukowych w tym historycznej, komparatystycznej, socjologicznej, psychologicznej, aksjologicznej, statystycznej, ekonomicznej, formalno-dogmatycznej, systemowej, funkcjonalnej, analitycznej, kontekstualnej i integracyjnej, tworzących razem metodę wielopłaszczyznową. Nawiązuję oczywiście tym sformułowaniem do pojęcia macierzy dyscyplinarnej, czyli najbardziej spójnej i zinternalizowanej części paradygmatu składającej się z: 1) generalizacji symbolicznych, 2) metafizycznej składowej i 3) wartości i wzorców rozwiązywania problemów naukowych.

²⁷ A. Bator, P. Kaczmarek, *Kim ma być wychowanek akademii prawniczej? O perspektywach budowania edukacji prawniczej wokół konstytucji*, „Krytyka Prawa” 2018, nr 2(10).

bezpieczeństwa, szczęścia i dobrobytu zależy od aktualnie akceptowanego paradygmatu? Można z ostrożnością powiedzieć, że tak.

Zagadnienie paradygmatu jest stosunkowo młode, jednak wpływowo. Jego owocem jest to, co nazwiemy aktualnym światopoglądem. Pojęcie to, spopularyzowane przez Thomasa Kuhna²⁸, oznacza zbiór pojęć i teorii, które w danym czasie są ogólnie akceptowane, a przynajmniej nie istnieje dla nich równie popularna alternatywa w postaci innego zbioru teorii i pojęć. Jest systemem przekonań ontologicznych, epistemologicznych i metodologicznych. Kuhn tłumacząc swoją koncepcję twierdził, że nauka nie polega na kumulatywnym zwiększaniu zasobu wiedzy, ale jest serią spokojnych okresów przerywanych rewolucjami naukowymi (antykumulatywizm). Po drugiej stronie kontinuum znajduje się stanowisko prezentowane przez Paula Feyerabenda, czasami bezpodstawnie nazywane stanowiskiem anarchistycznym w metodologii²⁹. Uzgadniając te dwa stanowiska, możemy z pewnością stwierdzić, że teorie nie mają charakteru dogmatów, ale myśląc o jakichś procesach poznawczych i ich teoretycznych opisach, używamy pojęć uprzedzających, określających, ukierunkowujących tok myślenia i wnioski. Ta zależność najlepiej widoczna jest w różnicy pomiędzy pytaniem „jak” i „dlaczego”. W wielości stosowanych metod i próbie ostrożnego wyrywania się

²⁸ T.S. Kuhn, H. Ostromęcka, J. Nowotniak, *Struktura rewolucji naukowych*, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001.

²⁹ Stanowisko, często wadliwie przywoływane, że najlepszą metodą jest brak metody, było zamierzonym pomysłem Paula Feyerabenda i Imre Lakatosa, którzy chcieli polemikę nad metodami przenieść do serii wspólnych publikacji. Niestety, śmierć ostatniego spowodowała, że nie doczekamy się odpowiedzi na *Against Method* (I. Lakatos, P.K. Feyerabend, *Sull' orlo della scienza: pro e contro il metodo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1995. [Na krawędzi nauki. Za i przeciw metodzie]). Feyerabend nigdy nie postulował porzucenia metod w nauce. Jako jeden z pierwszych postulował wielość metod, nazywając je naukowym przybornikiem (*toolbox*). Twierdził, że „metod należy używać, poszerzać, czasem pomijać, ale zawsze w związku z przypadkiem, z którym mamy do czynienia” (z wywiadu z 1993 r., <https://www.youtube.com/watch?v=kDwoGtPbO5w>, dostęp 18.02.2019). Moim zdaniem stanowisko Feyerabenda „anything goes” będzie zawsze użyteczne, gdy chcemy wyrwać się z zastanego światopoglądu (paradygmatu) po to, aby zbliżyć się do obiektywizmu (zob. P. Feyerabend, *Against Method*, Verso, London-New York 1993).

z „zastanego paradygmatu” tkwi przyszłość postępu w nauce i przyszłość społeczeństwa. W odniesieniu do systemu edukacji najlepiej myśl tego ostrożnego wyrywania się oddaje cytat Kazimierza Twardowskiego, który jest jednocześnie podstawą paradygmatu uniwersytetu i nauczania.

„W tem właśnie uwydatnia się charakter obiektywny badania naukowego, że nie przyjmuje ono rozkazów od żadnych czynników zewnętrznych i że nie chce służyć żadnym względom ubocznym, lecz że za panów swoich uznaje jedynie doświadczenie i rozumowanie i że jedno tylko ma zadanie: dochodzenie należycie uzasadnionych sądów prawdziwych albo przynajmniej jak najbardziej prawdopodobnych... Komuż bowiem naprawdę na tej obiektywnej prawdzie zależy? Ktole ona w oczy, staje na przeszkodzie niezmiernie licznym dążeniom, które mogą osiągać swoje cele tylko pod tym warunkiem, że starannie będą prawdę omijały. [Uniwersytet] musi odgradzać się od wszystkiego co nie służy zdobywaniu prawdy naukowej należytego dystansu między sobą a nurtem, którym mknie około jego murów życie dnia potocznego, zgiełk ścierających się prądów społecznych, ekonomicznych, politycznych i wszelakich innych; wśród walk i zmagania się tych najrozmaitszych prądów, Uniwersytet winien trwać niewzruszenie jak latarnia morska, która wskazuje swem światłem okrętom drogę przez wzburzone fale, lecz nigdy światła swego nie nurza w samych falach... Uniwersytet promieniuje na całe społeczeństwo, szerzy poglądy i przekonania, których nikt nikomu nie narzuca jako dogmaty, których nikt nikomu nie wpaia jako programy, lecz których siła tkwi wyłącznie w ich naukowem uzasadnieniu... Umiłowanie prawdy obiektywnej i nastawienie się na stałe ku niej dążenie stać się musi potężnym czynnikiem, wychowującym młodzież na ludzi wzajemnie się rozumiejących i dla siebie wyrozumiałych, zdolnych do takiego współdziałania w którym względy rzeczowe górują nad osobistemi, interes wspólny nad jednostkowym... Kto się zaciąga pod sztandar nauki, musi się wyrzec wszystkiego, co mogłoby go zepchnąć z drogi sztandarem tym wskazywanej. Jednym z największych niebezpieczeństw, zagrażających takiej niezależnej, wolnej od wszelkich uprzedzeń

postawy wobec prawdy obiektywnej jest przynależność wewnętrzna, nie tylko formalna, do takich organizacyj, które nakazują swym członkom wyznawać pewne przekonania albo przynajmniej zachowywać się tak jak gdyby jej wyznawali... Filozofia budzi w nas krytycyzm, który chroni nas od ślepego ulegania autorytetom, od wygodnego poprzestawania na miłych nam nawyczkach intelektualnych, a także od zbytniego dufania w nasz ludzki, tak bardzo ograniczony rozum; każe nam domagać się jasności i ścisłości wszędzie tam gdzie chodzi o stosowanie naukowej argumentacji, a zwalczać wszelkiego rodzaju męty myślowe, które pragną swoją odurzającą mglistością zastąpić uchwytność szczegółów i przejrzystość całości”³⁰.

W tym duchu – ostrożnego, ale ścisłego i jasnego wrywania się – zaproponujemy empiryczne badanie zagadnienia nieskuteczności prawa. Niniejszy artykuł, jak zaznaczono na wstępie, jest jedynie prolegomeną, a zanim dojdzie do właściwych ustaleń postaramy się określić potencjał.

3. Potencjał, czyli *ipsa scientia potentia est*³¹

Rozważając najogólniej zagadnienie nieskuteczności prawa, dojdziemy do wniosku, że wynika z jednej strony z niedoskonałego tworzenia i stosowania prawa, ale także z drugiej strony ze swoistej społecznej odpowiedzialności. Ten ostatni wniosek należy rozumieć zarówno jako efekt postawy indywidualnego odbiorcy normy, jak i zbiorowej postawy wszystkich uczestników gry społecznej³². Analizując nieskuteczność

³⁰ K. Twardowski, *O dostojęństwie Uniwersytetu*, Uniwersytet Poznański, Poznań 1930.

³¹ Wiedza to potencjał – zob. F. Bacon, *Meditationes sacrae, Excusum impensis*, Humfredi Hooper 1597. Wiedza to potęga, która może wywołać posłuszeństwo. Wiedza to władza, a bogactwo to jej przedmiot – zob. I.A. ibn Talib, *Path of Eloquence: Nahjul-balagha*, Createspace Independent Pub 2014.

³² Umowa społeczna nie dotyczy przekazania władzy, ale przyjmowanej reguły sprawiedliwości, według której toczy się gra. Obecnie z teorii gier czerpie się wiedzę o procesach i kształtowaniu modeli decyzyjnych ze szczególnym uwzględnieniem zagadnienia jakim jest „asymetria informacji” i wpływ „agentów” reprezentujących poszczególne klasy uczestników (zob. H. Olszewski, M. Zmierzak, *op. cit.*).

prawa z perspektywy genetycznej, tj. z poziomu jego tworzenia i nauczania, zauważymy, że jest ono zachowawcze i posiada sobie tylko właściwy stopień reakcji na zmiany zachodzące w otoczeniu (poziom inercji). Na użytek niniejszego artykułu nazwiemy to zjawisko potencjałem prawa. Potencjał ten nie ma przy tym nic wspólnego z potencjałem fizycznym, pozwalającym na uproszczenia. Potencjału prawa nie da się objąć liczbowo, ale może być on empirycznie badany³³. Jest to rozumienie *potentia* jako zdolności, możliwości i mocy skrytych w zjawisku³⁴, które kształtujemy i na które wpływamy. I podobnie jak Jan Duns Szkot rozróżnił *potentia absoluta* i *potentia ordinata*³⁵, tak w tym przypadku odróżnimy to, co moglibyśmy osiągnąć od tego, co zrzędziliśmy. Możemy więc powiedzieć, że wpływając na zmianę macierzy dyscyplinarnej paradygmatu, wpływamy także na potencjał prawa, czyli albo doprowadzamy do jego rozwoju, albo tolerujemy stan niezmienności, a w najgorszym wypadku powodujemy regres. Paradygmat pozwala na naukowe ustabilizowanie, ale od tego, jak jest ukształtowana jego macierz, zależy przyszłość i skuteczność zaangażowania myślowego. Szukając prawidłowości w ocenie rzeczywistości i proponując zmiany istniejącego stanu rzeczy, musimy odrywać się od zastanych poglądów, często skostniałych, a nawet archaicznych. Narazimy się być może na niezrozumienie, ale z pewnością także na zwielokrotniony wysiłek umysłowy.

Przedstawione w dalszej części metody ekonomicznego i psychologicznego badania prawa, sprzężone z socjologią prawa, stanowią punkt wyjścia dla stworzenia narzędzi badawczych, które posłużą do zebrania

³³ Pierwsze badania empiryczne zapoczątkował w połowie lat 60. Adam Podgórecki (1925–1998) wspólnie z Janem Steczkowskim (1923–2016) (zob. A. Podgórecki, *Prestiż prawa*, Książka i Wiedza, Warszawa 1966).

³⁴ Zjawiskowość prawa to kolejne odkrycie osoby poszukującej odpowiedzi na pytanie, czym jest prawo (po tym jak już odkryje, że jest to społeczno-polityczny, normatywny i instrumentalny system komunikowania się).

³⁵ Ewentualność i przypadkowość rzeczywistości nie jest tylko domeną działania Boga, ale także człowieka. Zob. H. Velthuis, *Ordained and Absolute Power in Scotus' Ordinatio I 44*, „Vivarium” 2000, nr 2(38).

informacji i przedstawienia opisu uzyskanych wyników badań. Odnoszą się one zarówno do zagadnień w skali mikro, tj. przepisów i norm oraz ich odpowiedniego ukształtowania, jak i w klasie makro, czyli postrzegania prawa jako narzędzia polityki i zjawiska kulturowego. Efektem badania powinno być ujawnienie obszarów i faktycznych zjawisk będących przyczyną nieskuteczności, a następnie zaproponowanie sposobów rozwiązania problemów.

4. Polityka prawa a determinowanie rzeczywistości

Adam Podgórecki, wskazując na ogólne prawidłowości leżące u podstaw działania dziś nazywanego instrumentalizacją prawa, rozwijał ideę polityki prawa jako inżynierii społecznej działającej za pomocą środków prawnych³⁶. Determinowanie rzeczywistości poprzez politykę, czyli prakseologiczną sferę oddziaływania na rzeczywistość, zmusza do zauważenia i rozpoznanie aspektu woli. Chodzi tu o ukształtowanie woli, a więc stworzenie takich warunków, które przerzucą most pomiędzy obszarem zdeterminowania a obszarem wolności³⁷. W takim ujęciu nieodzownym jest także zauważenie relacji przyczyn i skutków. Zdaniem Schopenhauera jednym z rodzajów przyczyn jest motywacja, tzn. „przyczynowość, która przechodzi przez poznanie”³⁸. Sprzężenie przyczynowo-skutkowe nie jest jednak związkiem proporcjonalnym, tj. ujawnia dysproporcję dużej przyczyny i małego skutku i odwrotnie, jak też możliwość oddalenia obu w czasie. To, jakie odzwierciedlenie znajdzie przyczyna w skutku i kiedy się pojawi, zależy od osobowości, charakteru czy stanu świadomości człowieka i wielu innych, często nieuchwytnych czynników – m.in. od poznawczego zinterpretowania przez podmiot bodźca,

³⁶ A. Podgórecki, *op. cit.*

³⁷ Przeciwnie do założenia Immanuela Kanta. Zob. I. Kant, *Krytyka władzy sądzienia*, PWN, Warszawa 1986. s. 51

³⁸ A. Schopenhauer, *O wolności ludzkiej woli*, Masterlab 2015.

przyczyny czy pobudki. Charakter człowieka można natomiast poznać po jego wyborach czy decyzjach³⁹.

Gdy badamy świat ludzi, badamy coś zasadniczo odmiennego od świata fizycznego i dlatego musimy dostosować naszą strategię do studiowania tego świata. Krytyczny naturalizm wskazuje, że naukowe metody społeczne identyfikujące mechanizmy wywołujące wydarzenia społeczne muszą uznawać, że badane zjawiska są w znacznie większym stopniu zmienne niż te obserwowane w świecie fizycznym. W szczególności musimy zrozumieć, że społeczeństwo jest możliwe dzięki strukturom, które wymagają reprodukcji określonych działań (warunków wstępnych). Co więcej, uczestnictwo w tych społecznych strukturach wywołuje świadome zastanawianie się nad ich działaniem i działaniem czynników, które na nie wpływają, także w kontekście determinowania zmian. Służą do tego badania naukowe struktur społecznych.

Problem tworzenia nieskutecznego prawa można sprowadzić do założenia wczesnego Wittgensteina, który twierdził, że syntaktyczna struktura zdania odwzorowuje ontologiczną strukturę rzeczywistości. To pobożne życzenie jest oczywiście błędne, gdyż nie dostrzega innych aspektów rzeczywistości, w tym świadomości (indywidualnej, społecznej, kulturowej) i doznania prawa jako przeżycia psychologicznego (reprezentacji). Ostatecznie Wittgenstein zmienił swój pogląd stwierdzając, że „Sam przez się każdy znak zdaje się być martwy. Co nadaje mu życie? Żyje on w użyciu [...]”⁴⁰. Człowiek znajduje powiązanie między elementami świata i elementami języka za pomocą myśli, pojęć, czegoś, co

³⁹ J. Bobryk, *op. cit.* s. 152. Stanowisko przeciwne wyrażał J. Searle, który – negując możliwość determinowania rzeczywistości relacją przyczyny i skutku – twierdził, że ludzie działają na podstawie stanów intencjonalnych – przekonań, nadziei i obaw, które mają charakter przyczynowy, jednak ze względu na to, że przy tych samych stanach mogą zachować się odmiennie, związki te nie mają charakteru deterministycznego. David Hume kwestionował istnienie logiki indukcji, twierdząc, że istnienie rozumowań opartych na indukcji może być wyjaśnione psychologicznie przez naturalne skłonności do takiego myślenia.

⁴⁰ L. Wittgenstein, *Dociekania filozoficzne*, PWN, Warszawa 2000, paragraf 432.

mediuje pomiędzy językiem i światem, łączy jedno i drugie⁴¹. Powodem nieskuteczności prawa jest brak internalizacji będącej z kolei efektem braku przyswojenia komunikatu i jego celu.

5. Psychologia kognitywna⁴² czy behawioralna⁴³

Głównym problemem stosowania psychologii w prawie jest to, że użyteczne jest jednocześnie używanie wielu charakterystycznych i skomplikowanych metod badania. Psychologia behawioralna jako główny element metody badawczej przyjmuje zagadnienie związku przyczynowo-skutkowego. Tu przyczyną zachowania jest bodziec. Zachowanie jest natomiast reakcją na bodziec i jego skutkiem. Ten rodzaj psychologii, a tym samym metody, nie dają jednak gwarancji użyteczności ze względu na to, że zachowania ludzkie nie polegają tylko na reagowaniu, ale także na działaniu. Działanie jest natomiast odmiennie zdeterminowane od reagowania. Ludzkie zachowania mają bardzo złożony charakter i są powodowane wewnętrznymi, często niedostępnymi i trudnymi do ustalenia przyczynami. Reakcje są odruchowe lub wyuczone, działania zaś mają swoją intencję. Z tej intencjonalności psychologia kognitywna wywodzi tezę, że działanie to reagowanie z wewnętrznym namysłem. Przypadki, gdy działanie nie jest poprzedzone namysłem, uzasadnia się tym, że proces zapośredniczenia odbywa się w nieświadomości. Jerzy Bobryk dla użyteczności obu koncepcji wprowadził pojęcia immanentnego planu,

⁴¹ J. Bobryk, *op. cit.*

⁴² „Nie pytamy dziś – jaki świat jest w swej czystej obiektywności, lecz – jak możliwe jest i co mówi nam o nas samych rozumienie świata, w ramach którego konstytuuje się jego obiektywność” – R. Kwaśnica, *Rzeczywistość jako byt sensu. Teza o językowym tworzeniu rzeczywistości*, „Język a Kultura” 1991, nr 1, s. 31-60.

⁴³ „Psychologia poznawcza i behawioralna to starcie psychologii procesów, które mogą być opisane w kategoriach przyczyn i skutków, oraz psychologii aktów, które nie dają się ująć w ramach arystotelesowskiej przyczyny sprawczej, są intencjonalne” – J. Bobryk, *op. cit.*

celu i sensu działania. Induktory te zawarte są w samym działaniu. Nasze zachowanie uwzględnia zewnętrzną sytuację i zewnętrzne bodźce, jednak będzie bezpośrednio zależeć od świadomych intencji (bodziec wewnętrzny). W szczególnych przypadkach niezaistnienia w świadomości wcześniejszego planu ani intencji będziemy mieli do czynienia z intencją w działaniu, niebędącą czymś oddzielnym i koniecznie poprzedzającym. Specyfika odróżnienia reakcji behawioralnych od działania intencjonalnego polega na tym, że reakcje są zdeterminowane tym co je poprzedza, a czynności zdeterminowane są tym, co w ich wyniku nastąpi. Poszukując odpowiedzi na pytanie o nieskuteczność prawa, będziemy poszukiwali odpowiedzi na pytanie o intencje, które do tego prowadzą.

W ludzkim umyśle istnieją nie tyle gotowe i wielokrotnie przywoływane idee, pojęcia lub wyobrażenia, ile ślady wykonywanych poprzednio czynności umysłowych, ślady powodujące, że później podejmowane czynności umysłowe przebiegają podobnie i skutkują podobnymi wytworami⁴⁴. Myśl ta, zaczerpnięta z teorii czynności i wytworów Kazimierza Twardowskiego⁴⁵, pozwala nam na założenie, że to, jaka jest skuteczność prawa, zależy od tego, jakiego prawa uczymy i jakie prawo tworzymy. Dodatkowo nietrwałym procesom psychicznym często towarzyszy wytwór psychofizyczny. Znaki odrywają nietrwale wytwory od czynności i utrwalają je, ułatwiając ponownie powstanie pewnych wytworów w przyszłości i organizując przy tym przebieg czynności umysłowych. Możliwość oddzielenia wytworów czynności poznawczych od samych czynności i możliwość utrwalenia tych wytworów ma konsekwencje psychologiczne, zmienia ona, w wielu przypadkach potęguje poznawcze możliwości jednostki, rozszerza repertuar jej zachowań, wiąże indywidualne umysły z ponadindywidualnym światem kultury.

⁴⁴ U. Neisser, *Cognitive Psychology: Classic Edition*, Psychology Press, New York 2014.

⁴⁵ K. Twardowski, *Wybrane pisma filozoficzne*, PWN, Warszawa 1965.

6. Socjologia prawa (*Law in Culture*)⁴⁶

Aktualna nauka socjologii, w tym socjologii prawa, zasadniczo mało ma wspólnego z pozytywistycznymi, naturalistycznymi propozycjami jej prekursorów. Przeszliśmy długą drogę od prób przewycięzania teologicznych i metafizycznych sposobów myślenia do analizowania niespotykanych w przyrodznawstwie zagadnień, takich jak znaczenia, sensy, symbole, znaki, artefakty, wartości, reguły, zasady, (meta)normy, systemy, grupy, struktury, mechanizmy, przekształcenia itd. Powstanie socjologii łączy się z narodzinami i ekspansją idei postępu i przekonaniem, że człowiek jest w stanie racjonalnie kształtować własne dzieje i życie społeczne⁴⁷. Eugene Ehrlich dowodził, że system prawny może istnieć bez przepisów, które zresztą nigdy nie regulują całości porządku społecznego. Twierdził ponadto, że państwo staje się prawodawcą w późnym okresie swego istnienia i nigdy nie jest twórcą całego prawa⁴⁸. Max Weber postulował, aby nauka nie ograniczała się do faktów dostrzegalnych zmysłowo czy obserwowalnych empirycznie, ale aby sięgała głębiej – do ukrytych znaczeń nadawanych przez ludzi – i rozumowo je interpretowała. Podejście to, znane jako hermeneutyka, postuluje przede wszystkim obiektywizm formułowanych

⁴⁶ Zadania socjologii prawa wyłożył w swej pracy Adam Podgórecki (A. Podgórecki, *op. cit.*), stwierdzając, że jej dziedziną jest „rejestrwanie, formułowanie i sprawdzanie wszelkich ogólnych zależności, które podlegają interwencji czynników prawnych oraz tych czynników społecznych które determinują zmiany w prawie”. Tak rozumiana socjologia prawa zajmuje się zachowaniami prawnymi i ocenami postaw i opinii związanych z działaniem prawa. Socjologia prawa ma za zadanie odnotowanie, sprawdzenie i uporządkowanie prawidłowości wedle czynników i stopnia ich ogólności, a następnie wyjaśnienie zakresu i intensywności ich oddziaływania na zachowania prawne. Wiedza zgromadzona w trakcie realizowania tych zadań może stanowić podstawę swoistych teorii, jeśli zgromadzone dane empiryczne zostaną dopasowane do refleksji teoretycznej. Sformułowania *Law in Culture* użył Andrzej Kojder – zob. A. Kojder [w:] A. Turska (red.), *O pożytkach nauczania socjologii prawa*, [w:] *Humanizacja zawodów prawniczych a nauczanie akademickie*, Liber, Warszawa 2002. Nawiązuje on tym pojęciem do realistycznej dychotomii *Law in Books vs. Law in Action*.

⁴⁷ A. Kojder, *op. cit.*

⁴⁸ E. Ehrlich, K.A. Ziegert, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Routledge, London 2017.

spostrzeżeń. Obiektywizm osiągamy natomiast, stosując techniki ograniczające zagrożenie subiektywnością interpretacji, w tym także poddając tezy czy teorie weryfikacji w ogólnym dyskursie naukowym⁴⁹.

Zjawiska społeczne będące przedmiotem zainteresowania socjologii są różne od zjawisk fizycznych i psychicznych. Ich złożoność jest wynikiem łącznego oddziaływania czynników psychicznych, społecznych, politycznych, gospodarczych, światopoglądowych itd. Zauważenie w badanych zjawiskach uwikłania społecznego zaowocowało postawą metodologiczną nakazującą w procesie interpretacji uwzględnianie współczynnika społecznego (*humanistic coefficient*)⁵⁰, tj. znaczeń nadawanych przez aktorów społecznych⁵¹. Ludzie dysponują różną wiedzą i doświadczeniem, funkcjonują w różnym otoczeniu społecznym, mają różne szanse i środki. Przewidując zjawiska społeczne, konfrontujemy nie tylko działanie jednostki, ale łączymy je z interakcją całego systemu, w którym funkcjonuje. Wszystkie działania są pod wpływem wielu czynników, z których każdy może uruchamiać inne prawa. Świat ludzi, świat społeczeństw, świat kultury jest fundamentalnie odmienny od świata przyrody, jednak może być empirycznie badany. To ostatnie stwierdzenie jest jedyną

⁴⁹ Karl Popper zauważył ogromną rolę otwartej krytyki środowiska naukowego jako mechanizmu kontroli i korekty subiektywizmu. Jurgen Habermas wskazywał, że interpretacja rozumiejąca nabiera charakteru obiektywnego, jeśli jest formułowana w drodze otwartej dyskusji z udziałem wielu badaczy w warunkach „idealnej sytuacji komunikacyjnej”, czyli całkowitej swobody wypowiedzi, równej pozycji dyskutantów oraz braku jakichkolwiek nacisków zewnętrznych i niemerytorycznych argumentów.

⁵⁰ Twórcą tego podejścia jest Florian Znaniecki (1882–1958). Zob. F. Znaniecki, *Wstęp do socjologii*, PTPN, Poznań 1922. Koncepcje znaczeniowo zbliżone do „współczynnika społecznego” to rozumienie (*Verstehen*) Maxa Webera. Zob. M. Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, New York 1946, i wczuwanie, empatia (*Einfühlung*) Wilhema Diltheya i Theodora Lippsa. Zob. T. Lipps, *Leitfaden der Psychologie*, Leipzig 1909. Możemy powiedzieć, że dokonanie Znanieckiego było przełamaniem paradygmatu, w efekcie czego w większości szczegółowych analiz problemów społecznych będziemy poszukiwali i ustalali istnienie „współczynnika korekcyjnego” odpowiadającego funkcji współczynnika społecznego.

⁵¹ W socjologii i antropologii jest to jednostka, grupa społeczna lub instytucja, wchodząca w interakcje, odgrywająca w danej sytuacji określoną rolę i oddziałująca na innych.

pozostałością po konfrontacji naturalizmu i antynaturalizmu. Aktualny holistyczny paradygmat uprawiania nauki, uwzględniający wielość metod analizowania i opisywania problemów badawczych, z jednej strony integruje dyscypliny niedawno całkowicie od siebie odległe, ale z drugiej strony nakłada na badaczy zasadnicze ograniczenia. Wielość metod niezbędnych do skutecznego i użytecznego uprawiania nauki wymaga coraz większego wysiłku umysłowego oraz zasobu specjalistycznej wiedzy z różnych dziedzin. W najbardziej skomplikowanych przypadkach z pomocą z pewnością mogą przyjść interdyscyplinarne zespoły badawcze, nie zwolni to jednak badacza-lidera od poznania zarówno całokształtu, jak i poszczególnych perspektyw możliwych dla badanego problemu.

Socjologia prawa jest dziedziną niezwykle i poniekąd osamotnioną. Dzieje się tak ze względu na przedmiotowe odejście od nurtu socjologii ogólnej i jednoczesny brak ścisłego zintegrowania z prawem. Ten brak integracji należy zdecydowanie uznać za błąd prawa. Prawo jako instrument inżynierii społecznej o charakterze normatywno-projektującym potrzebuje dla swojego rozwoju narzędzi ze sfery opisowo-poznawczej i eksplanacyjnej. Generalnie zadania socjologii prawa odnoszą się m.in. do takich aspektów prawa, jak instytucjonalność, instrumentalizacja, efektywność, strategiczność, integralność, koherencyjność, systemowość, ekonomika, polityka, legitymizacja, prestiż, kulturowość, profesjonalizacja, koncyliacyjność i postęp. Szczegółowe zadania to obserwacja wpływu prawa na życie społeczne i wpływu społeczeństwa na prawo, ustalanie istnienia i charakteru pozaprawnych czynników warunkujących, określanie (organizowanie) cech i zdolności (podatności), klasyfikowanie podobieństw, formułowanie uogólnień w wyniku indukcji wyników badań empirycznych, formułowanie tez naukowych o zależnościach między obserwowanymi faktami (koincydencja, aktualność, związek przyczynowo-skutkowy, superweniencja, procesy żywiolowe) i ew. przewidywanie istnienia reguł występowania poszczególnych stanów czy zjawisk w przyszłości, formułowanie praw i predykcja dyrektyw praktycznych (transpozycja wyników

badań empirycznych w opis), zapobieganie pogorszeniu jakości, zmiana istniejącego stanu rzeczy, a wreszcie wspieranie aktualnej i przyszłej polityki prawa. Katalog ten nie jest zamknięty, a zadania te wypełniane są z różnym natężeniem i skutkiem. Socjologia prawa ma z pewnością służebny charakter przede wszystkim wobec polityki prawa. Od tego, czy polityka będzie zainteresowana analizowaniem zjawisk, zależy przyszłość socjologii prawa i jej rozwoju (a także finansowania). Wydaje się, że w sytuacji powszechnego niezadowolenia z prawa warto jest poświęcić baczną uwagę badaniom socjologicznym.

Socjologia prawa koryguje istniejący porządek dogmatyczny, wprowadzając pluralizm. W przeciwieństwie do dogmatyki nie ogranicza się wyłącznie do zagadnień sfery prawodawczej państwa. Stosowanie metod socjologicznych i analiza wyników badań otwiera badacza na pozanormatywne systemy prawomocności, takie jak oceny, przekonania, idee i wartości. Uniwersalność metod socjologii prawa na całym świecie sprzyja analizie prawnoporównawczej (efektywnej o ile uwzględnimy społeczne współczynniki korekcji). Ma to dla nas znaczenie nie do przecenienia, jako że funkcjonujemy w ponadnarodowym uprzywilejowanym porządku prawnym Unii Europejskiej.

W metodzie mieszanych badań empirycznych opartych na wielości metod interpretacja jest kluczowym zagadnieniem dla przejścia od zebranych danych do opisu dyrektywalnego. Istnieje kilka typów strategii interpretowania (mieszania). W naukach społecznych i behawioralnych najbardziej użyteczna będzie równoległa strategia triangulacyjna, polegająca na jednoczesnym zbieraniu danych jakościowych i ilościowych i porównywaniu obu baz danych w celu stwierdzenia zbieżności, różnic lub jakichkolwiek powiązań. Proces porównywania, nazywany w nauce konfirmacją, dyskonnfirmacją, walidacją krzyżową lub korroboracją⁵², jest niełatwy, a tworząc teorię eksplanacyjną, nie będziemy w stanie formułować

⁵² J.W. Creswell, *Projektowanie badań naukowych: metody jakościowe, ilościowe i mieszane*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013, s. 229.

niezawodnych przewidywań przyszłych zjawisk społecznych. Błędy mogą wynikać z wadliwej interpretacji danych i wadliwego (fałszywego) wnioskowania. Nasze doznania są zawsze prawdziwe, tylko konkluzje mogą być fałszywe⁵³. Wyniki systematycznych badań stanowią podstawę refleksji i uzasadnienie zmian w aktualnych modelach stosowania prawa. Zaniechanie badań prowadzi do braku jakichkolwiek wyników, które mogłyby być wykorzystywane w różnych okolicznościach przez różnych badaczy, w zależności od przyjętego algorytmu.

Zaprzęganie do badań nad prawem narzędzi socjologicznych to wykorzystywanie wyników badań społecznych do wielopłaszczyznowego analizowania prawa. Jeśli uznamy, że prawo to fakt kulturowy lub szerzej antropologiczny⁵⁴, to będziemy prowadzić badanie uzewnętrznionych przejawów psychologicznego przeżywania prawa. Tak rozumiana socjologiczna jurysprudencja proponowana była przez Adama Podgóreckiego, który kontynuował myśl Leona Petrażyckiego. Często badanie socjologiczne prawa będzie badaniem konkretnych orzeczeń wydawanych w określonych sytuacjach⁵⁵. Inaczej będziemy konstruowali narzędzia badawcze, gdy wychodząc z celu, jakim jest określenie przesłanek nieskuteczności, spojrzymy przez pryzmat ekonomiczny i psychologiczny.

⁵³ E. Ehrlich, K.A. Ziegert, *op. cit.*, s. 74.

⁵⁴ Odnosząc się do złożoności relacji prawa z kulturą, wydaje się, że nie można obecnie wytyczyć żadnej użytecznej granicy między badaniami antropologicznymi i socjologicznymi. Zob. R. Cotterrell, *Sociological interpretations of legal development*, „European Journal of Law and Economics” 1995, nr 4 (2).

⁵⁵ Tego typu podejście (metoda Langdella) jest podstawą nauczania prawa w systemach prawa precedensowego (*common law*). Analizując konkretne sprawy (*cases*) i konkretne orzeczenia (w Polsce najczęściej orzeczenia Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego), poza „uczeniem się prawa” i zdobywaniem umiejętności dialektycznych, analizujemy zachowania psychofizyczne stron i sądu, co może być z pewnością przedmiotem badań empirycznych. Trzeba jednak zauważyć, że orzeczenia tego typu są poprzedzone przynajmniej dwiema instancjami, które w oczach jednej ze stron „zawiodły”, nie wspominając o tym, że sprawy mogły być rozstrzygane w sposób alternatywny do jurysdykcyjnego.

7. Dlaczego ADR?

Pojęcie ADR można zdefiniować jako polubowny i pojednawczy sposób rozwiązywania konfliktów i sporów, oparty na idei dążenia do porozumienia oraz na znalezieniu kompromisowego wyjścia z sytuacji konfliktowej⁵⁶. Pojęcie ADR mieści w sobie wiele różnych metod służących rozwiązywaniu sporu dzięki pomocy neutralnego i bezstronnego podmiotu trzeciego. Jest to jednocześnie alternatywa dla możliwości rozstrzygnięcia sporu przed sądem powszechnym⁵⁷. W szerokim ujęciu chodzi o wszelkie sposoby rozstrzygania sporów, w których poza stronami i przedmiotem występuje wola (lub jej brak) i zewnętrzny czynnik kontrolujący tok takiego postępowania (mediator, arbiter, sędzia), i w których pojawia się aspekt kompromisu czy pojednania, które nie są *a priori* zastrzeżone w umowach czy porozumieniach⁵⁸. Definiując ADR, wskazuje się jednocześnie na swoistość i odrębność czynności rozstrzygania, zarezerwowanej dla sądu, i rozwiązywania – przeznaczonej dla innych sposobów. Ze względów praktycznych w niniejszej pracy będziemy posługiwali się pojęciem ADR wyłącznie w odniesieniu do mediacji i ugody sądowej.

Wprowadzenie w 2005 r. do polskiego porządku prawnego instrumentu mediacji miało zapoczątkować proces odciążenia wymiaru sprawiedliwości. Jednak do dziś nie zaobserwowano znaczącego zainteresowania tym sposobem rozwiązywania sporów. Winą za ten stan obarcza się sędziów (brak świadomości konsekwencji dla skuteczności, przekonanie o zdolnościach konceyliacyjnych), mediatorów (zarzut luk normatywnych i niedostatecznych kwalifikacji) i profesjonalnych pełnomocników (zarzut konkurencyjności i względy ekonomiczne). Według danych statystycznych publikowanych przez Ministerstwo

⁵⁶ A. Kalisz, *op. cit.*

⁵⁷ R. Morek, *op. cit.*

⁵⁸ Niekiedy skrót ADR odkodowuje się jako *amicable dispute resolution*.

Sprawiedliwości w przypadku spraw z zakresu prawa rodzinnego rozstrzyganych w sądach rejonowych w 2014 r. do mediacji skierowano 1626 spraw, co stanowi zaledwie 0,17% wszystkich postępowań. W powiecie wrocławskim było to 61 spraw. W przypadku postępowań z zakresu prawa cywilnego prowadzonych w sądach rejonowych sędziowie 1098 razy zdecydowali się na przekazanie sprawy do mediacji, co oznacza, że w zaledwie 0,023% sporów zdecydowano się na zastosowanie alternatywnego sposobu rozwiązywania konfliktów. W 2015 r. w okręgu jeleniogórskim do mediacji skierowano 1 sprawę⁵⁹. Obserwuje się mimo wszystko systematyczną poprawę skuteczności mediatorów w postępowaniach mediacyjnych, do których dochodzi; liczba protokołów złożonych przez mediatorów w sprawach cywilnych sięga obecnie 93% wpływających spraw. W całości nie jest to jednak wynik satysfakcjonujący. *Prima facie* widać, że nieskuteczność alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów w obecnym kształcie tych sposobów świadczy o ich systemowej nieprzydatności. W świetle danych statystycznych żadne założenia ustawodawcy nie są osiąmane.

Można postawić tezę, że sposoby ADR traktowane są jako niewygodna konieczność. W obecnym kształcie jedynie wola i determinacja stron, pełnomocników i podmiotu stosującego prawo prowadzi do przeniesienia sprawy poza obszar jurysdykcyjny. Obserwowany jest także duży poziom nieświadomości oraz brak specjalistycznej wiedzy conciliacyjnej. Stąd pierwszy wniosek, że istnieje wiele zmiennych kształtujących poziom skuteczności, które są pomijane w procesie tworzenia i stosowania prawa. Drugi wniosek jest taki, że środowisko kształtuje interpretacje celu tej instytucji⁶⁰, a na nieskuteczność wpływa także ewentualność trybu.

Najlepiej uzmysłowić sobie to przywołując trójstopniową hipotezę działania prawa Adama Podgóreckiego. W koncepcji tej dla działania

⁵⁹ A. Rudolf *et al.*, *op. cit.*

⁶⁰ J.W. Creswell, *op. cit.*

prawa rozważa się indukcję trzech zmiennych niezależnych: 1) znaczeń nadawanych normom w obowiązującym systemie społeczno-gospodarczym (obecnie w systemie społecznej gospodarki rynkowej); 2) podkultury stanowiącej swoisty łącznik pomiędzy poleceniami prawodawcy a społecznym zachowaniem adresatów norm (np. kultura prawna sędziów, pełnomocników, przeświadczenie o wyłącznej roli koncyliacyjnej, antykultura prawna przestępców); i 3) typów osobowości ostatecznych realizatorów norm. Takie pojmowanie działania prawa było następstwem dostrzeżenia modernistycznego aksjomatu, że w relacje językowe immanentnie wpisany jest związek przedmiotowo-podmiotowy i relatywna percepcja tego związku⁶¹. W połowie lat sześćdziesiątych, gdy powstawała ta hipoteza, jasnym już było, że dla skuteczności oddziaływania za pośrednictwem prawa istotne znaczenie ma świadomość i akceptacja ustanowionego prawa, a także kontekst, w jakim jest ono stosowane, a nie rozkaz prawodawcy sam w sobie. Najbardziej pożądanym byłby stan zinternalizowania norm kształtujących pozasądowe sposoby rozwiązywania sporów. Jak więc wpłynąć na ten stan?

8. Ekonomiczna analiza prawa⁶² – gdzie jest twierdzenie Coase'a?⁶³

Konstrukcja systemów państwowych i ponadpaństwowych to splot naczelnych polityk ulegających wpływom (doktrynalnym) grup wyznających określone poglądy na to, jak powinna wyglądać rzeczywistość

⁶¹ A. Podgórecki, *op. cit.*, s. 176.

⁶² Pojęcie analizy i syntezy świetnie opisał T. Kotarbiński, używając następującego porównania: „Pierwsza metoda uchodzi za sposób inwencji, badania; druga – za sposób wykładania zdobytych wyników” – T. Kotarbiński, *op. cit.*, s. 173.

⁶³ Podtytuł zaczerpnięto z artykułu Deidree McCloskey opublikowanego w ramach cyklu *Other things equal* – D. McCloskey, *The so-called Coase theorem*, „Eastern Economic Journal” 1998, nr 3(24), http://www.deirdremccloskey.com/docs/pdf/Article_306.pdf [dostęp 18.02.2019].

społeczno-gospodarcza. Politykę systemową określającą ustrój, uprawnień, obowiązki, zasady finansowania instytucji i wykorzystywania zasobów kształtuje ustawodawca, zaś politykę procesową kształtują organy wykonawcze. Te naczelne polityki zawierają z kolei w sobie dalsze już uszczegółowione polityki odnoszące się do zidentyfikowanych zjawisk dość doniosłych, aby na nie wpływać. Prawo jest fenomenem, który jako jedyny oddziałuje na wszystkie polityki i jest integralnym elementem każdej z nich. Prawo jest też przedmiotem jednej ze szczególnych polityk, tj. polityki prawa. Jak już powiedziano na wstępie, nie ma obecnie żadnej wątpliwości, że prawo nie jest tylko systemem norm czy podsystemem systemu sterowania czy komunikowania, ale jest faktem kulturowym i zjawiskiem ze sfery psychologicznej. Tak rozumiane może być przedmiotem badań empirycznych. Naukowe podejście do prawa wymaga integracji z innymi naukami⁶⁴. Wysoki poziom skomplikowania rzeczywistości i rozwój specjalistycznych dziedzin określających tę rzeczywistość powodują, że prawnicy mają duży problem z naukowym badaniem prawa. Wymaga to bowiem wyjątkowego wysiłku umysłowego i specjalistycznej wiedzy z poszczególnych integrowanych dziedzin. Stąd być może w dyskursie mniej jest naukowych badań, a więcej interpretacji doktrynalnych.

Jednym z modeli empirycznego badania prawa jest ekonomiczna analiza prawa, która opiera się ona wykorzystaniu narzędzi i pojęć wypracowanych w mikroekonomii. Jest *ex ante* metodą wspomagającą proces stanowienia prawa, a także *ex post* narzędziem minimalizacji

⁶⁴ Powszechnie akceptowana jest integracja prawa z socjologią i ekonomią. Pomijają się związki z psychologią, szczególnie psychologią poznawczą (kognitywną). Zupełnie brak związku z cybernetyką i naukami biologicznymi (w tym ostatnim przypadku jedynym przykładem integracji jest ujęcie systemu prawa jako układu autopojetycznego). W zakresie integracji z psychologią wskazać należy coraz większy wpływ psychologii behawioralnej zarówno na prawo, jak i na ekonomikę (używam pojęcia ekonomika z całkowitym przekonaniem, za Wiesławem Sameckim – zob. W. Samecki, *Wprowadzenie do ekonomiki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005).

kosztów jego stosowania. Analizowanie prawa przez pryzmat narzędzi mikroekonomicznych zasadniczo rozkwitło w systemach *common law*, a więc tam, gdzie prawo ma charakter precedensowy. Jest to oczywiste, gdyż systemy te dostarczają wiarygodnych danych dotyczących stosowania prawa. W systemie kontynentalnym myślenie o prawie z perspektywy ekonomicznej będzie użyteczne wszędzie tam, gdzie w stosowaniu prawa dopuszczalna jest pewna sędziowska swoboda decyzyjna. Perspektywa ekonomiczna jest też dopuszczalna i wskazana w kształtowaniu poszczególnych polityk.

Historycznie większość narzędzi i pojęć mikroekonomicznych sformułowano zasadniczo w ekonomicznych teoriach klasycznych i neoklasycznych⁶⁵ rozwijanych następnie przez zwolenników interwencjonizmu Keynesa i będących w opozycji monetarystów i liberalnych ekonomistów Szkoły Austriackiej. Cechą charakterystyczną tych teorii i narzędzi, a zarazem formułowanym zarzutem, jest przywiązanie (ograniczenie) do danych empirycznych i niemożliwe do spełnienia w rzeczywistości założenia idealizujące⁶⁶. Mamy tu do czynienia z ciągłym poszukiwaniem (indukcją niezupełną) wartości krańcowych, na podstawie których wyciągane są wnioski jedynie hipotetyczne. Zasadniczo poruszamy się tylko w pewnym przybliżeniu do założeń, a konkluzje są dalekie od pewności, jaką oferują nam inne nauki, takie jak fizyka, matematyka czy chemia. Ekonomiczna analiza prawa jest pomocna tam, gdzie analizuje się efektywność prawa. Efektywność jako pojęcie ekonomiczne zawiera się w szerszym zagadnieniu, jakim jest omawiana tu skuteczność. Metody ekonomicznej analizy prawa służą więc do oceny, czy w efekcie istnienia i stosowania określonej normy dochodzi do efektywnej alokacji dóbr.

⁶⁵ Należą do tej grupy teorie wyboru, podaży i popytu oraz teoria cen, a definiują one zjawiska dotyczące preferencji, użyteczności, obojętności, równowagi, popytu, podaży, niesprawności i potencjału.

⁶⁶ Takie uprawianie nauki jest często określane mianem ekonomiki tablicowej (*black-board economics*).

Problemem ograniczającym zdolności prospektywne ekonomicznej analizy prawa jest niedostatek danych⁶⁷ i asymetria informacji⁶⁸, wpływające na możliwości badania zjawisk albo powodujące zupełne wykluczenie z pola badawczego. Dość przytoczyć słowa R. Coase'a wypowiedziane w wykładzie z okazji otrzymania ekonomicznej Nagrody Nobla, w którym odnosząc się do ówczesnej transformacji państw postkomunistycznych, stwierdził on: „Tym państwom doradza się transformację do gospodarki rynkowej, a ich liderzy tego sobie życzą, lecz bez odpowiednich instytucji żadna gospodarka rynkowa o doniosłym znaczeniu nie jest możliwa. **Gdybyśmy wiedzieli więcej o naszej własnej gospodarce, byłibyśmy w lepszej pozycji, aby im doradzać**”⁶⁹.

Ekonomiczna analiza prawa nie powinna być rozumiana w kategoriach racjonalizacji kosztów. Oczywiście aspekty ekonomiczne wykonania prawa są istotne dla polityki gospodarczej czy budżetowej (art. 118 ust. 3 Konstytucji RP wprowadził dla wnioskodawcy ustawy obowiązek przedstawienia skutków finansowych ustawy), ale na najwyższym poziomie, czyli na poziomie polityki prawa, ekonomiczna analiza prawa ma wspierać procesy kształtowania strategii i modelowania rzeczywistości nieekonomicznej za pomocą narzędzi ekonomicznych. Zachowania ekonomicznie relewantne wybrane spośród dostępnych alternatyw i oceniane z perspektywy jednostki oddziałują na system i kształtują

⁶⁷ Dwa skrajne przykłady oddające powagę problemu dostępu do danych to „ślepe działanie” władz amerykańskich skutkujące upadkiem polityki *New Deal* oraz reforma systemu emerytalnego w Szwecji zmieniająca preferencje do oszczędzania w systemach emerytalnych (tylko to państwo było skłonne udostępnić dane ekonomistom i poddać się ich eksperymentowi – nagroda ekonomicznego Nobla 2017 dla R. Thallera).

⁶⁸ Zagadnienie asymetrii informacji było przedmiotem badań, za które w 2001 r. nagrodę Nobla w dziedzinie ekonomii odebrali wspólnie G. Akerloff, A. Spence i J. Stiglitz. Założenie to definitywnie przekreśla teorię doskonałej konkurencji (nie istnieje doskonała informacja) i tym samym podważa założenia gospodarki rynkowej (założenia oderwanego od korekcji *ceteris paribus/mutatis mutandis*).

⁶⁹ https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html [dostęp 18.02.2019].

rzeczywistość, w tym oddziałują na skuteczność albo nieskuteczność tego systemu.

Jednym z najważniejszych zarzutów kierowanych wobec metodologii ekonomicznej analizy prawa jest wspomniany już zarzut nie stosowalności jej podstawowych założeń teoretycznych, tj. racjonalności wyboru i konkurencyjności rynku a także odrealnienie zachowawcze (behawioralne) i poznawcze (kognitywne). To odrealnienie rozumiane jest jako zbyt dalekie naukowe odejście od aspektów psychologicznych, których w nowoczesnej teorii nie daje się pominąć. *Homo oeconomicus* nie jest już dziś modelem zachowania, ale jest jednym z uczestników rzeczywistości, w której coraz większe znaczenie odgrywają skróty myślowe (heurystyki). Konstrukcja racjonalności jest pozostawiony nielicznym, którzy posiadają tę cechę, podczas gdy większość społeczeństwa poddawana jest nowoczesnej inżynierii społecznej⁷⁰.

9. Twierdzenie Coase'a – rola internalizacji norm

Ronald Coase w swoim artykule *The problem of social cost* wskazał, że na rynku nie dokonuje się obrotu przedmiotami, ale prawami do dokonywania czynności w ramach posiadanych uprawnień i kompetencji ustanowionych przez system prawny (suma praw). Prawo, będąc instrumentem sterowania, musi rozstrzygać jak w danych okolicznościach

⁷⁰ Pojęcie racjonalności w ekonomicznej analizie prawa nie jest zdefiniowane i jest tym samym niejasne (na ten temat zob. R.H. Coase, *Coase on Posner on Coase: Comment*, „Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft” 1993, nr 1 (149)). Oczywiście nie kwestionuję się w procesach decyzyjnych analizowania korzyści i kosztów, jednak na poziomie kształtowania polityki operacyjna ta nie jest wystarczająca. W teoriach poznawczych (kognitywnych) twierdzi się o istnieniu wielu czynników psychologicznych wpływających na podejmowanie decyzji, podczas gdy teoria racjonalnego wyboru zakłada istnienie tylko swobodnej konkurencji jako czynnika determinującego.

alokować uprawnienie. Innymi słowy, „kiedy jedno działanie narusza inne, prawo musi zdecydować, czy jedna strona ma uprawnienie do naruszania, czy druga strona jest uprawniona do pozostawania wolną od naruszeń”⁷¹. Odkrycie Coase’a dotyczy istnienia i wytłumaczenia wpływu kosztów transakcyjnych⁷² na funkcjonowanie podmiotów w gospodarce, a także uzasadnienia istnienia praw własności jako narzędzia służącego efektywności. Mimo że jest to twierdzenie skuteczne w skali mikroekonomicznej, to zawiera w sobie niezwykle interesujące zagadnienie w skali całego systemu prawa. Coase zauważył prymat prawa w odniesieniu do struktury instytucjonalnej i funkcjonowania ekonomii. Według niego prawo przez to, że określa uprawnienia, wpływa na funkcjonowanie ekonomii (gospodarki).

W swej pierwotnej wersji twierdzenie Coase’a opierało się na idealizującym założeniu, że przy zerowych kosztach transakcyjnych efektywne wykorzystanie zasobów nie ma związku z tym, jak prawo własności jest ukształtowane. Jednak w rzeczywistości koszty nigdy nie są zerowe, a więc to na systemie prawa spoczywa odpowiedzialność za ukształtowanie uprawnień. Jeżeli występują wysokie koszty transakcyjne, to rozkład odpowiedzialności ma znaczenie. Gdybyśmy żyli w świecie zerowych kosztów transakcyjnych, nie byłoby nam potrzebne prawo, a tym bardziej polityka prawa. W twierdzeniu Coase’a stwierdza się więc w domyśle, kiedy prawo jest istotne. Postulatem jest takie ukształtowanie prawa, aby uprawnienia przypisać tym podmiotom, dla których będą one najbardziej użyteczne, przy zachowaniu niskich kosztów dystrybucji praw zarówno przez klarowność prawa, jak i przez

⁷¹ R. Cooter, T. Ulen, J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 104.

⁷² Coase wskazywał na istnienie kosztów transakcyjnych rozumianych jako koszty wymiany; rozróżnił koszty poszukiwania, koszty targowania i koszty egzekwowania.

tworzenie wymagań o niskim stopniu uciążliwości⁷³. Twierdzenie to prezentujemy więc w następujący sposób⁷⁴:

„Kiedy koszty transakcyjne są zerowe, wynikiem prywatnego przetargu jest efektywne wykorzystanie zasobów niezależnie od alokacji praw własności przez prawo. Kiedy koszty transakcyjne są wystarczająco wysokie, by uniemożliwić targowanie się, efektywne wykorzystanie zasobów będzie zależało od alokacji praw własności”.

Najbardziej interesujące jest tu przechodzenie od sytuacji konieczności zewnętrznej (przymusowej) alokacji praw do sytuacji, w której alokacja jest niejako uwewnętrzniona, które to przechodzenie zbliżone jest sensem do procesu nazywanego internalizowaniem norm⁷⁵.

W ogólności internalizacja jest pojęciem szerszego zjawiska socjalizacji, w którym kluczowe są dalsze pojęcia, takie jak autokontrola, autoregulacja i otwartość na informacje i impulsy zewnętrzne⁷⁶. Internalizacja norm prawnych jest fenomenem makrospołecznym. W rozróżnieniu na socjalizację pierwotną i wtórną internalizacja norm będzie skutkiem socjalizacji drugiego rodzaju. Socjalizacja wtórna za punkt wyjścia przyjmuje społeczeństwo w ogóle i kulturę w szczególności, a obejmuje

⁷³ „The rights which individuals possess, with their duties and privileges, will be, to a large extent what the law determines. As a result, the legal system will have a profound effect on the working of the economic system and may in certain respects be said to control it. It is obviously desirable that these rights should be assigned to those who can use them most productively and with incentives that lead them to do so and that, to discover and maintain such a distribution of rights, the costs of their transference should be low, through clarity in the law and by making the legal requirements for such transfers less onerous. Since this can come about only if there is an appropriate system of property rights, and they are enforced, it is easy to understand why so many academic lawyers (at least in the United States) have found so attractive the task of uncovering the character of such a property rights system and why the subject of „law and economics” has flourished in American law schools.” – R. Coase, *The institutional structure of production*, „Journal des économistes et des études humaines” 1991, nr 4 (2).

⁷⁴ R. Cooter, T. Ulen, J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *op. cit.*, s. 105.

⁷⁵ W twierdzeniu Coase’a jest to internalizacja kosztów.

⁷⁶ J. Czapska, *Na czym polega internalizacja normy prawnej?*, [w:] M. Dudek, M. Stępień (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Zakład Wydawniczy Nomos, Kraków 2015, s. 147–161.

analizę społecznych procesów wywierania wpływu na człowieka, które można zrozumieć śledząc procesy zachodzące w jednostce⁷⁷.

Socjalizacja ma jeszcze inny interesujący wymiar. Podkreślając od dawna nieskuteczność prawa w wielu dziedzinach życia społecznego, wskazuje się na ujemne skutki zbyt daleko posuniętej jurydyzacji i „technicyzacji” prawa. Tak ukształtowane prawo demobilizuje aktywność społeczeństwa, które – coraz trudniej radząc sobie z samodzielnym rozwiązywaniem problemów – oczekuje rozwiązania ich przez państwo⁷⁸. Możemy powiedzieć także, że internalizacja norm odpowiada postulatowi decentralizacji systemów sterowania w modelu prawa refleksyjnego, w którym istnieje przeświadczenie o zdolności systemów do samoregulacji⁷⁹. Proces internalizacji, poza zagadnieniem skuteczności prawa, ma ogromne znaczenie w kształtowaniu się wewnętrznego systemu wartości. W efekcie dochodzi do przyswojenia wartości i uniezależnienia się od ingerencji z zewnątrz⁸⁰. Jest jednak jeden warunek; zdolność do samokontroli zarówno w procesie myślowym, jak i uzewnętrznionym zachowaniu. Pojęcie internalizacji zawarte w twierdzeniu Coase’a przenosi nas ze skali mikro do skali makro w rozumieniu zarówno ekonomicznym,

⁷⁷ C. Kourilsky-Augeven, *Legal Socialisation. From Compliance to Familiarisation Through Permeation*, “European Journal of Legal Studies” 2007, nr 1(1).

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Koncepcja autopojczy, czyli samoorganizacji/samoregulacji, autorstwa biologów H. Maturana i F. Varela (1980), została do prawa przeniesiona przez N. Luhmanna i G. Teubnera (1983); więcej na ten temat W. Gromski [w:] A. Bator, W. Gromski, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, Z. Pulka, *op. cit.*, s. 193. W świetle kryzysu wymiaru sprawiedliwości założenie samoregulacji wydaje się być chybione, choć prawdopodobnie duży udział w degeneracji ma hermetyczność zawodów prawniczych, brak integracji zewnętrznej i wpływu na środowiska i brak otwartości na informacje i impulsy z innych systemów albo ze społeczeństwa jako całości.

⁸⁰ Mówiąc o przyswojeniu, nie mamy na myśli akceptacji, bo nie ma pewności, że normy zinternalizowane nie zostaną naruszone. W takim przypadku pozostaje kompensacja symboliczna (interpretacja normy) lub praktyczna – przywrócenie naruszonego stanu rzeczy; zob. Borucka-Arctowa, *Regulacja życia społecznego poprzez prawo a internalizacja normy prawnej*, [w:] M. Borucka-Arctowa, C. Kourilsky (red.), *Socjalizacja prawna*, Agencja Scholar, Warszawa 1993.

jak i społecznym. Tu jest, jak się wydaje, odpowiedź na pytanie, gdzie tak naprawdę jest głęboki sens twierdzenia Coase'a.

10. Ekonomia behawioralna – manipulacja a architektura wyboru (*choice architecture*)

Jest w naukach społecznych (w tym w psychologii, socjologii, prawie i ekonomii) zauważalna sfera, której dotychczas teorie nie poświęcały wystarczającej uwagi. Chodzi o trudne do uchwycenia i opisanie dotychczasowymi metodami mechanizmy ludzkich zachowań. Obecnie coraz bardziej popularne stają się takie gałęzie nauki, jak psychologia behawioralna czy ekonomia behawioralna. W czasach, gdy twierdzenie Coase'a uzyskiwało powszechną akceptację, nie istniało jeszcze pojęcie „architektury wyboru”, które w aktualnym dyskursie ma znaczenie⁸¹. Architektura wyboru to zespół czynników⁸² tworzących swoiste otoczenie, w którym dochodzi do podjęcia decyzji o wyborze takiego czy innego rozwiązania (zachowania). W sferze architektury wyboru dochodzi do zaferowania rozwiązań i oceny wpływu czynników na dokonywanie wyboru. W tym znaczeniu pojęcie to zbliża się do pojęcia polityki jako instrumentu osiągnięcia założonego celu i pojęcia systemu prawa jako oferty zawierającej szczegółowe rozwiązania. Legitymacji dla sterowania społeczeństwem przy wykorzystaniu architektury wyboru szuka się w konieczności zapewnienia równowagi w sytuacji występowania nieracjonalności spowodowanej wpływem heurystyk czy asymetrii informacji. Oczywiście pojawia się warunek odpowiedniej jakości takiej architektury, jako że ma ona wpływ na osiągnięte efekty⁸³.

⁸¹ Pojęcie to do przestrzeni naukowej wprowadzili R.H. Thaler i C.R. Sunstein; zob. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Chicago 2008.

⁸² Właściwości otoczenia, okoliczności miejsca, czasu, możliwości, wskazania (zalecenia), zachęty, ograniczenia (skomplikowanie), ułatwienia.

⁸³ W Wielkiej Brytanii rząd współtworzy pierwszą na świecie jednostkę organizacyjną BIT – Behavioural Insights Team, mającą na celu wdrożenie osiągnięć nauk behawioralnych

Wiedza i doświadczenia związane z odkryciem ograniczeń racjonalności (przeciwstawianej racjonalności *homo oeconomicus*) i ograniczeń możliwości samokontroli daje asumpt do zajęcia stanowiska, że dozwolone jest sterowanie wyborami ludzi, jednak powinno się to odbywać w celu osiągnięcia dobrobytu i bez eliminowania swobody. W ramach tego stanowiska, nazywanego „libertariańskim paternalizmem”, ocenia się ukształtowanie architektury wyboru oraz jej wykorzystanie. Przykłady tego podejścia odnajdziemy w prawie pracy, prawie zabezpieczeń społecznych i prawie ochrony konsumentów⁸⁴. Krytyka tego stanowiska opiera się głównie na konieczności akceptacji interwencjonizmu państwa i ograniczenia swobody. Z drugiej jednak strony istnieje legitymacja i możliwość wpływania instytucji publicznych i prywatnych na zachowanie jednostek przy jednoczesnym respektowaniu idei swobodnego wyboru. Takie podejście jest możliwe dzięki odkryciu faktu istnienia heurystyk wpływających na preferencje potencjalnych decydentów, a zatem zniekształcających całkowitą swobodność wyboru. Chodzi tu m.in. o automatyzm (*default rules*), zagadnienie przypisania (*framing effects*) i problematykę punktu wyjścia (*starting points*). Odkrycie pojęcia architektury wyboru to w pewnym sensie kontynuacja myśli Leona Petrażyckiego, który opisywał prawo w kategoriach czynnika motywacyjnego, psychologicznego i społecznego⁸⁵.

do polityki państwa (<http://www.behaviouralinsights.co.uk>, dostęp 18.02.2019); podobna organizacja funkcjonuje również w Stanach Zjednoczonych – Social and Behavioral Sciences Team.

⁸⁴ C.R. Sunstein, R.H. Thaler, *Libertarian paternalism is not an oxymoron*, „The University of Chicago Law Review” 2003, nr 43.

⁸⁵ „Prawo jest psychicznym czynnikiem życia społecznego i działa psychicznie. Jego działanie polega, po pierwsze, na wzbudzeniu lub tłumieniu pobudek do różnych działań i zaniechań (motywacyjne lub impulsywne działanie prawa), po drugie, na wzmacnianiu i rozwijaniu jednych skłonności i cech charakteru ludzkiego, na osłabianiu i wyplenianiu innych, w ogóle na wychowaniu psychiki narodu w odpowiadającym charakterowi i treści działających norm prawnych kierunku (pedagogiczne działanie prawa). [...] Panujący w jakimkolwiek bądź czasie system norm prawnych jest przemijającym stopniem wychowania społecznego i powinien być w miarę wypełniania swej funkcji wychowawczej

11. Sterowanie poprzez koszty – inercja systemu prawnego

Jeżeli koszty (transakcyjne) są czynnikiem istotnym i faktycznie wpływają na podejmowane decyzje, to znaczenia nabiera pojęcie sterowania poprzez koszty. Koszty transakcyjne w przypadku prawa przyjmują postać odpowiedzialności normatywnej. Jednak, podobnie jak w gospodarce, zjawiska w przestrzeni prawnej poddane są efektowi inercji. Może być tak, że oczekiwane efekty mogą nastąpić po długim czasie albo nie nastąpić w ogóle, gdy występuje opór czy nieświadomość uczestniczących podmiotów. Tak jest w przypadku instrumentów prawnych, które mają na celu odciążenie wymiaru sprawiedliwości przez stworzenie zachęt do pozasądowego rozstrzygania sporów. Prawdopodobnie zachęty te mają niewystarczającą wartość, aby zmienić trend. Gdy ocenimy dotychczasowe regulacje z perspektywy efektywności, zauważymy, że ustawodawca założył w procesie stanowienia prawa, że korzyści społeczne będą większe niż ewentualne straty. Jest to klasyczne rozwiązanie efektywne wg Kaldora-Hicksa. Ustawodawca, aby zrekompensować straty poszkodowanych, nie dokonał jednak odpowiedniej alokacji środków w sensie Pareto. Nie doceniono roli i nie zauważono, jak się wydaje, czynników społecznych, takich jak choćby dylematy pełnomocników prawnych⁸⁶. Zasadą użyteczną jest to, że ulepszenie w sensie Pareto jest jednocześnie ulepszeniem w sensie Kaldora-Hicksa, ale nie odwrotnie.

zastąpiony przez inny system prawnego, motywacyjnego i wychowawczego oddziaływania, przystosowany do osiągniętego już poziomu psychiki narodu. Ideałem jest osiągnięcie całkowicie społecznego charakteru, całkowite panowanie czynnej miłości w ludzkości” – L. Petrażycki, *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego*, [w:] *idem, O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, PWN, Warszawa 1985, s. 157.

⁸⁶ Problem *principal-agent*, znany także jako *agency dilemma*, w przypadku alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów sprowadza się do tego, że interesem prawnika nie jest rozwiązanie sporu, ale otrzymanie minimalnego gwarantowanego wynagrodzenia albo wynagrodzenia na satysfakcjonującym poziomie. Można sobie wyobrazić, że klient nie będzie chciał zapłacić prawnikowi za ugodę tyle samo, co za poprowadzoną sprawę.

Ekonomiczna analiza prawa wydaje się mieć znaczenie o wiele szersze niż tylko w przestrzeni uzasadniania istnienia praw i ich stosowania w wąskim zakresie⁸⁷. Aby w pełni docenić jej rolę, trzeba poza podstawowymi narzędziami badawczymi zrozumieć, że prawa mają swoją wartość ekonomiczną (a tym samym zdolność ekonomiczną), zależną od wielu czynników subiektywnych, w tym także psychologicznych. Sposób alokacji praw rozumianych jako pewne wartości krańcowe zależy jest od polityki i tu powiemy, że ekonomiczna analiza prawa zajmuje się skomplikowanymi procesami poszukiwania wartości założonych w celach polityki państwa.

Brak świadomości mechanizmów funkcjonowania nowoczesnego społeczeństwa i możliwości sterowania nim w oparciu o mechanizmy ekonomiczne i psychologiczne prowadzi do tworzenia i interpretowania prawa, które jest instrumentalnie dysfunkcjonalne. Stosowanie takiego prawa prowadzi do zróżnicowanych następstw, choćby niezadowolenia społecznego ze względu na brak dobrobytu oraz niezadowolenia z wymiaru sprawiedliwości (nieskuteczność). W przypadku decentralizacji i przesunięcia ciężaru oddziaływania prawnego na samoregulację zmienia się naturalnie natężenie i koszty użycia przymusu. Należy jednak pamiętać, że funkcja instrumentalna to nie jedyna i najważniejsza funkcja prawa. Poza pewnością prawa jest jeszcze aspekt kontroli społecznej⁸⁸, którego nie wolno tracić z pola widzenia. Pamiętać należy o granicach

⁸⁷ W wąskim zakresie ekonomiczna analiza prawa jest wykorzystywana w ocenie poszczególnych instrumentów prawa, gdzie odpowiada się na pytania o zbliżenie danego rozwiązania do poziomów wskazywanych przez współczynniki efektywności czy satysfakcji. W ujęciu szerokim analiza ekonomiczna odnosi się do urządzenia polityki państwa, w tym polityki prawnej jako narzędzia instrumentalizacji. W wymiarze sprawiedliwości ekonomiczna analiza prawa przejawia się wprost w ekonomice procesowej, ale o wiele ważniejsza zdaje się być ocena poziomu społecznej użyteczności i społecznej satysfakcji.

⁸⁸ Jeżeli funkcje prawa są nośnikiem wartości akceptowalnych w danym społeczeństwie, to funkcja kontroli społecznej wyrażać się będzie w akceptacji albo sprzeciwie, wobec kształtu prawa. Brak prawidłowej, rozważnej kontroli społecznej prawa albo poddanie się bezkrytycznej instrumentalizacji powoduje degenerację wartości i dezintegrację społeczną. Z tego powodu funkcji społecznej prawa należałoby poświęcać szczególną uwagę.

instrumentalizacji; zakazie ograniczania wolności i praw, koniecznej zgodzie społecznej i zakazie manipulacji⁸⁹.

12. Zakończenie

Nieskuteczność i nieefektywność rozwiązań prawnych – poza tą wynikającą z oczywistych błędów ustawodawcy – spowodowana jest brakiem świadomości i poznania istoty wszystkich zmiennych wpływających, w tym tych o charakterze psychologicznym i ekonomicznym. Prawo taką problematyką zajmuje się rzadko. Większość prawników intuicyjnie zauważa, że polityka prawa jest elementem pewnej większej struktury, jednak sama intuicja nie wystarcza – konieczna jest zmiana podejścia do mechanizmów oddziaływania. Istotne znaczenie w prawie ma nadal funkcja instrumentalna, jednak całe tło oddziaływania jest bogatsze. Najnowsze osiągnięcia teoretyczne w ekonomice ukierunkowane są na zmniejszenie roli teleologicznej w badaniach i rezygnację z używania modeli *equilibrium* na rzecz skupienia się nad realizmem systemów. Jest to nowa perspektywa, ukierunkowana na niejednorodność czynników (*agent heterogeneity*) i interakcje wieloczynnikowe (*multi-agent interactions*). Podobnie w psychologicznym ujęciu skuteczności prawa kluczowe jest uwypuklenie przeżyć uczestników prawa i związanych z tym poglądów, które jako materiał badawczy może się dokonać w bezpośrednim kontakcie – poprzez wywiady i obserwacje.

Wymiar sprawiedliwości, jego system i uczestnicy to kluczowe aspekty funkcjonalne wysokiego poziomu praworządności gwarantującej ochronę wartości uznawanych przez społeczeństwa⁹⁰. Mimo tej

⁸⁹ W. Gromski [w:] A. Bator, W. Gromski, S. Kaźmierczyk, A. Kozak, Z. Pulka, *op. cit.*

⁹⁰ Do wartości tych, rozpatrywanych na poziomie międzynarodowym, należą m.in. prawa podstawowe UE, tj. zapisane w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej poszanowanie godności człowieka, wolność, demokracja, równość, praworządność oraz poszanowanie praw człowieka, w tym osób należących do mniejszości. Pośrednio można także wskazać

oczywistej konstatacji od wielu lat obserwuje się w Polsce (i nie tylko) spadek poziomu zaufania do wymiaru sprawiedliwości. Wskazują na to zarówno badania prowadzone przez krajowe ośrodki badania opinii społecznej⁹¹, jak i ośrodki międzynarodowe⁹². Wśród problemów wpływających na oceny systemów wymiaru sprawiedliwości wskazuje się m.in. na najwyższym poziomie ich ukształtowania na niezależność systemów i niezawisłość sędziów, a na niższych poziomach na jakość i skuteczność procesów decyzyjnych. Nie tylko wymiar sprawiedliwości oceniany jest negatywnie. Taką ocenę otrzymuje również sam ustawodawca, który jest odpowiedzialny za tworzenie prawa. Nie ulega żadnej wątpliwości, że zwiększanie skuteczności prawa jest zagadnieniem podstawowym dla zasady rządów prawa.

Tytułowe metody nie tylko wspomagają analizę problemu badawczego skuteczności prawa na najniższym z możliwych poziomów abstrakcji, tj. w odniesieniu do konkretnych instrumentów wprowadzonych do systemu prawa przez ustawodawcę, ale także służą odkrywaniu zależności na poziomie zasad tego systemu. Tytułowe metody nie mają więc charakteru czysto metodologicznego, ale odnoszą się do tak doniosłych zagadnień, jak polityka prawa oraz paradygmat nauczania prawa. Ich zasięg ma dla systemu prawa charakter uniwersalny.

na ochronę wartości ekonomicznych niechronionych wprost, takich jak ochrona społecznej efektywności alokacji dóbr i ochrona cywilizacyjnego dobrobytu, które wynikają z uczestnictwa państw w organizacjach międzynarodowych i wiążą się z wyznawanymi wartościami o kategorii podstawowej.

⁹¹ *Spoleczne oceny wymiaru sprawiedliwości – komunikat z badań nr 31/2017*, marzec 2017 r.

⁹² V. Jourova, *The 2018 EU Justice Scoreboard – Tablica Wyników Wymiaru Sprawiedliwości w 2018 r.*, maj 2018 r.

13. Hipoteza

W badaniach nad skutecznością prawa istnieje niedostatek metodologiczny wynikający z braku ściślejszej integracji prawa wewnątrz dziedziny nauk społecznych – m.in. z ekonomią, naukami o poznaniu i komunikacji społecznej, naukami o polityce, zarządzaniu, socjologią i psychologią – ale także z braku integracji zewnętrznej z innymi dziedzinami i dyscyplinami mogącymi wspomagać badania naukowe i rozważania doktrynalne, takimi jak choćby informatyka. Niedostatek narzędzi i modeli analitycznych skutkuje nie tylko ograniczeniem poznania zagadnienia skuteczności i nieskuteczności prawa, ale wpływa także na kwestię podstawową, jaką jest nauczanie prawa.

Ograniczenie poznania istoty problemu skuteczności prawa zmniejsza zasób argumentacji. Argumentów, których nie posiadamy (albo argumentacja ta nie ma charakteru ugruntowanego), nie możemy rzecz jasna wdrożyć, zarówno na wczesnym etapie nauki o prawie, gdy wpływamy na kształt nowych pokoleń prawników, jak i na etapach tworzenia zaawansowanej wiedzy o prawie, gdy kierujemy/konstruujemy ofertę dydaktyczną do podmiotów profesjonalnych. W przypadku konfliktów na poziomie systemowym (z takimi konfliktami mamy do czynienia w Polsce w ostatnich latach) brak tej argumentacji pozostawia problemy jedynie w formie uogólnionej, bez możliwości głębszego wniknięcia w ich istotę i bez rozwiązań dla tych problemów opartych na najwyższym poziomie porozumienia.

Jeżeli chcemy wpływać na zwiększenie skuteczności prawa, musimy używać argumentacji płynącej z posługiwania się metodami opisanymi w niniejszej pracy już na etapie nauczania podstawowego, tj. nauczania prawa w jego poszczególnych dogmatykach, ale także używać tej argumentacji na najwyższym poziomie – poziomie zasad.

14. Operacjonalizacja badań⁹³

Postawienie jako celu badania zagadnienia nieskuteczności prawa, a w szczególności alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów, już na wstępie wywołuje negatywne konotacje. Badani mogą czuć się odpowiedzialni za taki stan rzeczy i mogą ukrywać prawdziwe znaczenie, jakie nadają okolicznościom. Kluczowe jest precyzyjne przedstawienie i wyjaśnienie celu badania, a także uzmysłowienie wagi przypisywanej wypowiedziom jako wiarygodnym źródłom oceny (korzyści dla badanych jednostek, wzajemność, zachęcenie do współpracy, współuczestnictwo) przy jednoczesnym zapewnieniu całkowitej poufności. Na przebieg i osiągnięcie prawidłowych wyników wpływać będzie szereg czynników – m.in napięcie psychologiczne, które jednak można zwalczyć przez współudział określonych adresatów we wstępnej fazie badania, na etapie formułowania pytań czy określania zasad przeprowadzania badań (badania pilotażowe, formularz świadomej zgody). Wszystkich badanych można także zaprosić do sformułowania wniosków w końcowej fazie projektu, w ramach jego walidacji. Na tym wstępnym etapie można więc wskazać na możliwość wystąpienia następujących problemów: braku zaufania, nieautentyczności danych i braku komfortu badania. W zakresie modelu dla zbadania zagadnienia nieskuteczności ADR należy skorzystać z modelu jakościowego ze wsparciem wniosków przy wykorzystaniu danych statystycznych oraz ewaluacji danych uzyskanych z kwestionariuszy i wywiadów⁹⁴. W badaniu szczególnej analizie powinny zostać poddane poglądy uczestników sformułowane w bezpośrednim kontakcie (wywiady, obserwacja), jako że będą one najbardziej autentycznym materiałem bazowym dla wniosków jakościowych. W osiągnięciu celu pomocne może

⁹³ Operacjonalizacja problemu badawczego obejmuje; określenie pojęć, wskaźników, zmiennych, podmiotów, okoliczności, metod i technik badawczych i koroborację wyników. Część z aspektów omówiono wcześniej – teraz zostaną omówione pozostałe elementy istotne dla projektu przyszłego badania empirycznego.

⁹⁴ Przyjęto mieszany schemat badania (sekwencyjny, indukcyjny, zanurzeniowy).

być wykorzystanie aktualnej wiedzy z teorii zachęć i teorii agencji. Efektem takiego badania powinno być indukcyjne ujawnienie teorii skuteczności/nieskuteczności alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów jako teorii ugruntowanej a także sformułowanie na tej podstawie postulatów *de lege ferenda*. Ze względu na wagę badanego problemu planuje się badania dynamiczne podzielone na 5 faz⁹⁵. Dla racjonalizacji wniosków zakłada się, że wypowiedzi powinny być zebrane od jak największej liczby zainteresowanych. Ze względu na wstępny etap badania istnieje konieczność ograniczenia jego zakresu. Operat doboru próby celowej jest skorygowany na podstawie argumentu terytorialnego do właściwości miejscowej i rzeczowej sądów apelacji wrocławskiej. Walidacja wyników badania odbywa się na wszystkich etapach na bieżąco (organizowanie i przygotowanie danych do analizy, przegląd danych, kodowanie, powiązanie, interpretacja) w formie częściowych protokołów z badań i krzyżowej kontroli kodów (80% spójności). Ocenę wiarygodności powinny zapewnić szczegółowy opis zagadnienia, wydłużony czas badań terenowych, zastosowanie triangulacji źródeł danych (porównywanie spójności różnych źródeł) oraz testowanie przez uczestników badania. Dzięki zastosowaniu kwestionariuszy dla reprezentatywnej próby, adekwatnemu

⁹⁵ 1) Wywiady z wybranymi przedstawicielami zainteresowanych podmiotów (sędziów, referendarzy, asesorów, asystentów, urzędników, komorników, profesjonalnych pełnomocników, aplikantów, dydaktyków), których celem jest uściślenie zakresu badania i opracowanie adekwatnych narzędzi badawczych (sformułowanie pytań do kwestionariuszy i wywiadów właściwych z wykorzystaniem socjologiczno-psychologicznego eksperymentu Adama Podgóreckiego). W tej fazie uzasadnione jest powołanie zespołu interdyscyplinarnego składającego się z przedstawicieli takich dziedzin, jak psychologia, socjologia, ekonomika, informatyka. 2) Kwestionariusze lokalne (ograniczone ze względów praktycznych do terytorium apelacji wrocławskiej) przesłane do ww. zainteresowanych podmiotów, ze wskazaniem na kolejną fazę, tj. obserwację zachowania podmiotów uczestniczących w rozprawach, a także wywiady przeprowadzane w sądach bezpośrednio przed i po rozprawach. 3) Obserwacja i wywiady bezpośrednio w trakcie i po rozprawie/mediacji. 4) Kwestionariusze i badanie ogólnokrajowe (faza ewentualna). 5) Analiza informacji, ewaluacja wyników, sporządzenie raportu z badań, walidacja badania, publikacja w formie pracy naukowej, propozycja specjalistycznych szkoleń dla określonych grup adresatów (sędziowie, mediatorzy, pełnomocnicy, komornicy).

sformułowaniu pytań i zakodowaniu informacji wyniki analizy będzie można odnieść do całej kategorii uczestników procesów ADR. Takie podejście jest podyktowane charakterem problematyki, który nie jest możliwy do zmierzenia wprost, na podstawie danych empirycznych, ale sprowadza się do określenia sensów i ukazania wartości, jakie uczestnicy (sędziowie, strony, pełnomocnicy) procesów nadają poszczególnym zdarzeniom. Materiały i informacje zgromadzone w badaniu mogą posłużyć kolejnym badaczom w ich pracach nad takimi zagadnieniami, jak np. internalizacja norm prawnych (socjalizacja prawa).

Bibliografia

1. Bacon F., *Meditationes sacrae*, Excusum impensis Humfredi Hooper 1597.
2. Bator A., Gromski W., Kaźmierczyk S., Kozak A., Pulka Z., *Wprowadzenie do nauk prawnych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
3. Bator A., Kaczmarek P., *Kim ma być wychowanek akademii prawniczej? O perspektywach budowania edukacji prawniczej wokół konstytucji*, „Krytyka Prawa” 2018, nr 2 (10).
4. Bhaskar R., *A Realist Theory of Science*, Verso, London-New York 2008.
5. Białycki M., *Mediacja w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
6. Błaszczak Ł., *Mediacja a inne alternatywne formy rozwiązywania sporów – wybrane zagadnienia*, „Kwartalnik ADR” 2012, nr 2 (18).
7. Bobryk J., *Akty świadomości i procesy poznawcze*, Leopoldinum, Wrocław 1996.
8. Borucka-Arctowa M., *Regulacja życia społecznego poprzez prawo a internalizacja normy prawnej*, [w:] Borucka-Arctowa M., Kourilsky C. (red.), *Socjalizacja prawna*, Agencja Scholar, Warszawa 1993.
9. Bożyczko Z., *Kradzież kieszonkowa i jej sprawca*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1962.

10. Brentano F.C., *Psychologia z empirycznego punktu widzenia*, PWN, Warszawa 1999.
11. Bućko J., *Propozycja nowego podejścia do problematyki badań przy czynowych w analizie ekonomicznej*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości” 2015, t. 83(139).
12. Budniak-Rogała A., *Charakter prawny zapisu na sąd polubowny w postępowaniu cywilnym*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2015.
13. Cherryholmes C.H., *Notes on pragmatism and scientific realism*, „Sage” 1992, t. August-September, nr 13.
14. Coase R.H., *The institutional structure of production*, „Journal des économistes et des études humaines” 1991, nr 4 (2).
15. Coase R.H., *Coase on Posner on Coase: Comment*, „Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft” 1993, nr 1 (149).
16. Cooter R., Ulen T., Beldowski J., Metelska-Szaniawska K., *Ekonomiczna analiza prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
17. Cotterrell R., *Sociological interpretations of legal development*, „European Journal of Law and Economics” 1995, nr 4 (2).
18. Creswell J.W., *Projektowanie badań naukowych: metody jakościowe, ilościowe i mieszane*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013.
19. Crotty M., *The Foundations of Social Research: Meaning and Perspective in the Research Process*, SAGE Publications, Thousand Oaks 1998.
20. Czapska J., *Na czym polega internalizacja normy prawnej?*, [w:] Dudek M., Stępień M. (red.), *Aksjologiczny wymiar prawa*, Zakład Wydawniczy Nomos, Kraków 2015.
21. Ehrlich E., Ziegert K.A., *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Routledge Publishing, Abingdon 2017.
22. Feyerabend P., *Against Method*, Verso, London-New York 1993.
23. Gmurzyńska E., *Mediacja w sprawach cywilnych w amerykańskim systemie prawnym – zastosowanie w Europie i w Polsce*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
24. Gołat R., *Polubowne rozstrzygnięcie sporów*, LexisNexis, Warszawa 2007.

25. Kalisz A., *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
26. Kant I., *Krytyka władzy sądenia*, PWN, Warszawa 1986.
27. Jakubiak-Mirończuk A., *Alternatywne a sądowe rozstrzygnięcie sporów sądowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
28. Kojder A., *O pożytkach nauczania socjologii prawa*, [w:] Turska A. (red.), *Humanizacja zawodów prawniczych a nauczanie akademickie*, Liber, Warszawa 2002.
29. Kotarbiński T., *Traktat o dobrej robocie*, Ossolineum, Wrocław 1975.
30. Kourilsky-Augeven C., *Legal Socialisation: From Compliance to Familiarisation Through Permeation*, „European Journal of Legal Studies” 2007, nr 1(1).
31. Krata A., *Profesjonalizm mediatora a skuteczność mediacji (cz. I)*, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 2.
32. Kuhn T.S., Ostromęcka H., Nowotniak J., *Struktura rewolucji naukowych*, Fundacja Aletheia, Warszawa 2001.
33. Kulesza C., *Mediacja a system wymiaru sprawiedliwości – szanse, ograniczenia, zagrożenia*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 12.
34. Kulesza C. (red.), *Ocena funkcjonowania porozumień procesowych w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
35. Kwaśnica R., *Rzeczywistość jako byt sensu. Teza o językowym tworzeniu rzeczywistości*, „Język a Kultura” 1991, nr 1.
36. Lakatos I., Feyerabend P.K., *Sull’orlo della scienza: pro e contro il metodo*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1995.
37. Lapierre J., *Uгода sądowa w polskim procesie cywilnym*, PWN, Warszawa 1968.
38. Lipps T., *Leitfaden der Psychologie*, Leipzig 1909.
39. McCloskey D., *The so-called Coase theorem*, „Eastern Economic Journal” 1998, nr 3(24).
40. Moeller H.-G., *Luhmann Explained: From Souls to Systems*, Open Court, Chicago 2011.
41. Morawski L., *Proces sądowy a instytucje alternatywne na przykładzie sporów cywilnych*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 1.

42. Morek R., *ADR – alternatywne metody rozwiązywania sporów w sprawach gospodarczych*, C.H. Beck, Warszawa 2004.
43. Neisser U., *Cognitive Psychology: Classic Edition*, Psychology Press, New York 2014.
44. Olszewski H., Zmierzczak M., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, wyd. 2, Ars Boni et Aequi, Poznań 1994.
45. Patton M.Q., *Qualitative Research & Evaluation Methods: Integrating Theory and Practice*, SAGE Publications, Thousand Oaks 2014.
46. Petrażycki L., *O ideale społecznym i odrodzeniu prawa naturalnego*, [w:] idem, *O nauce, prawie i moralności. Pisma wybrane*, PWN, Warszawa 1985.
47. Petrażycki L., *Wstęp do nauki polityki prawa*, PWN, Warszawa 1968.
48. Poczobut R., *Superweniencja. Zarys problematyki*, „Filozofia Nauki” 2000, nr 2(8).
49. Podgórecki A., *Prestiż prawa*, Książka i Wiedza, Warszawa 1966.
50. Pospisil L.J., *Anthropology of Law: A Comparative Theory*, Harper & Row, New York 1971.
51. Rudolf A., Cichowicz-Major M., Matysiak M., Pałka S., Pieniążek W., Przybył C., *Diagnoza stanu stosowania mediacji oraz przyczyn zbyt niskiej w stosunku do oczekiwanej popularności mediacji – Raport końcowy z badania*, 2015 r., <https://www.mediacja.gov.pl/files/doc/rk-mediacje-agrotec-02.09.pdf> [dostęp 18.02.2019].
52. Samecki W., *Wprowadzenie do ekonomiki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.
53. Samuel G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Bloomsbury Publishing, London 2014.
54. Schopenhauer A., *O wolności ludzkiej woli*, Masterlab 2015.
55. *Społeczne oceny wymiaru sprawiedliwości – komunikat z badań nr 31/2017*, marzec 2017 r.
56. Sunstein C.R., Thaler R.H., *Libertarian paternalism is not an oxymoron*, „The University of Chicago Law Review” 2003, nr 43.
57. Świda W., *Przestępca zawodowy*, Nakładem Księgarni F. Hoesicka w Warszawie, Wilno 1932.

58. ibn Talib I.A., *Path of Eloquence: Nahjul-balagha*, Createspace Independent Pub 2014.
59. Thaler R.H., Sunstein C.R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Chicago 2008.
60. Tokarczyk R., *Alternatywne rozstrzyganie sporów w Stanach Zjednoczonych*, „Palestra” 1995, nr 9/10.
61. Twardowski K., *O dostojęństwie Uniwersytetu*, Uniwersytet Poznański, Poznań 1930.
62. Twardowski K., *Wybrane pisma filozoficzne*, PWN, Warszawa 1965.
63. Veldhuis H., *Ordained and Absolute Power in Scotus' Ordinatio I 44*, „Vivarium” 2000, nr 2 (38).
64. Jourova V., *The 2018 EU Justice Scoreboard – Tablica Wyników Wyniaru Sprawiedliwości w 2018 r.*, maj 2018 r.
65. Weber M., *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, New York 1946.
66. Wittgenstein L., *Dociekania filozoficzne*, PWN, Warszawa 2000.
67. Wróblewski B., Świada W., *Sędziowski Wymiar Kary W Rzeczypospolitej Polskiej. Ankieta, Etc.*, Zakład Prawa Karnego Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, Wilno 1939.
68. Zienkiewicz A., *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*, Difin, Warszawa 2007.
69. Znaniecki F., *Wstęp do socjologii*, PTPN, Poznań 1922.

