

Jan Winczorek
Katedra Socjologii Prawa WPiA UW

Socjologia prawa a integracja europejska. O pożytkach z pewnej teorii.

Jeśli bowiem rozważamy faktyczny stan rzeczy u nas, to spostrzegamy, iż jesteśmy uwikłani w niezmiernie wielką masę pojęć i poglądów prawnych dziedziczonych i gromadzonych z pokolenia na pokolenie. W obecnej sytuacji nie władamy tym materiałem i nie panujemy nad nim, lecz kroki nasze są przezeń określone i kierowane nie tak, jakbyśmy chcieli.¹

Problem

Trudno o bardziej banalne stwierdzenie, niż to, że wszelkie idee istnieją w czasie. Trudno nie zgodzić się z konstatacją, że skoro ich twórcy formułują je w konkretnej rzeczywistości, to dotyczą one stanu rzeczy istniejącego w danej chwili i przemijają wraz ze zjawiskami, które opisują. Trzeba więc zaakceptować twierdzenie, że podobne zjawisko dotyczy również teorii naukowych.² Czas trwania prawd w nauce jest ograniczony: zmiana okoliczności, w których powstały jakieś teorie, pojawienie się nowych, domagających się wyjaśnienia zjawisk, przyrost danych pozyskanych w drodze badań, prowadzi do narastania anomalii teoretycznych, które, nawarstwiając się, prowadzą zawsze do zmiernienia tych teorii. Nie inaczej jest w przypadku tak szczególnej dziedziny teoretyzowania, jaką jest teoria prawa. Można by sądzić, że skoro istnienie zjawisk prawnych jest niezmiennie, to i ich natura nie podlega zmianie: nawet, jeśli zmieniają się dominujące koncepcje prawa, to istota prawa pozostaje stała. W takim stanie rzeczy, zadaniem teorii prawa byłoby zaledwie odnalezienie właściwej koncepcji prawa; wraz z tą chwilą, teoria prawa straciłaby rację bytu. Historia doktryn prawnych przeczy jednak takiemu przekonaniu. W różnych czasach ludzie odmiennie postrzegają naturę prawa. Więcej – te same instytucje służą w różnych czasach różnym celom, i z tego powodu są rozbieżnie rozumiane. Natura prawa jest zależna od okoliczności, w których prawo istnieje, a wraz z nią, od okoliczności zależne są teorie, które ją opisują. Jak zauważa Otfried Höffe, “(...) filozofia polityczna będzie zmierzać do innego celu w zależności od doświadczenia, na którym się opiera. Doświadczenie wojen domowych prowadzi do prawa pozytywnego i odpowiedzialnej za prawo władzy państwowej (...), doświadczenie politycznego ucisku prowadzi natomiast do idei wolności od władzy jako zasady społeczeństwa.”³ Oczywiście, przemiany prawa rzadko następują z dnia na dzień. Większość z nich nie jest spektakularna i nie powoduje natychmiastowej, całościowej przebudowy teorii, a co najwyżej jej niewielkie modyfikacje. Niekiedy jednak – podobnie jak w przypadku teorii w “twardej” nauce, dochodzi do kumulacji anomalii, i do zmiany paradygmatu. Trudno wyrokować, czy, obecnie, mamy w naukach prawnych do czynienia z momentem kuhnowskiej rewolucji. Z pewnością jednak, jesteśmy świadkami istotnych zmian. Z jednej strony, coraz większą popularność zdobywają post-pozytywistyczne teorie prawa, z drugiej zaś, teoria i filozofia prawa zdają się nie być najbardziej

1 F. K. von Savigny, O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa, Warszawa 1964, s. 132.

2 T. Kuhn, Struktura rewolucji naukowych, Warszawa 1969.

3 O. Höffe, Sprawiedliwość polityczna, Kraków 1997, s. 17

popularnymi i znaczącymi dyscyplinami spośród akademickich specjalności prawniczych.⁴ Tak czy owak, duża część przekonań, niepodważalnych, nie tak dawno, w ramach nauk prawnych, odchodzi obecnie do historii. Rzeczywistość, której dotyczyły owe przekonania, przeminęła wraz z dwoma procesami: zmianą sytuacji geopolitycznej, oraz procesami integracyjnymi i globalizacyjnymi. Ten pierwszy proces doprowadził niektórych obserwatorów do wniosku, że niezbędne jest przebudowanie refleksji o naturze prawa (a tym samym: obowiązującej koncepcji natury prawa) w sposób, który będzie brał pod uwagę nowe okoliczności⁵; do podobnych konkluzji skłania także, jak się zdaje, obserwacja drugiego z nich. Wraz z ekspansją prawa europejskiego zmieniają się potrzeby teoretyczne, a niegdysiejsze sposoby myślenia o prawie, jako nieproduktywne, wymagają jeśli nie rewizji, to chociaż modyfikacji.

Presja zmieniającej się rzeczywistości, przesądzająca o zмирchaniu niektórych koncepcji prawa, nie oznacza próżni teoretycznej. Pojawiają się nowe koncepcje, których autorzy, świadomie, lub nie, starają się sprostać nowym okolicznościom. Co więcej, ich teorie nie pozostają bez wpływu na praktykę, którą opisują. Teoria, choćby nawet w sposób nieprzejrzysty dla samych zainteresowanych, kształtuje sposób myślenia prawników o prawie, i pośrednio modyfikuje ich praktykę. Bez Austina, Kelsena, Harta nie istniałyby nie tylko współczesne nauki prawne, ale również współczesna praktyka prawa. Obok potrzeby przebudowy teorii, zmiany rzeczywistości otwierają zatem także nowe możliwości przekształceń praktyki. Powodują, że refleksja nad rzeczywistością może stać się narzędziem jej przekształcania. Toczy się więc gra o wysoką stawkę, o możliwość wpływania, za pośrednictwem teorii, na praktykę. Pieniądze znalazły się na stole, karty zostały rozdane, a zwycięzca zgarnie całą pulę. Pytanie jednak, czy wynik gry, która się tu toczy, będzie po myśli tych, którzy, na mocy społecznego podziału pracy, do tej rozgrywki nie są dopuszczani, i w najlepszym wypadku mogą ją obserwować z zewnątrz.

Zjawisko przemijania teorii dotyczy także socjologii, w tym także socjologii prawa. Socjologia, tak jak nauki prawne, dysponuje swoją własną teorią, za pomocą której opisuje przypisane jej pole badawcze. Także i w tej dyscyplinie cele, metody, i założenia teorii zmieniają się w czasie – pewne koncepcje dewaluuują się lub ulegają zapomnieniu, inne zaś podlegają reinterpretacji. Dzieje się tak niekoniecznie dlatego, że niektóre z teorii są “obiektywnie” błędne, inne zaś - “obiektywnie” trafne, niektóre prawidłowo opisują społeczeństwo, a inne czynią to niewłaściwie, ale raczej ze względu na to, że tworzenie teorii socjologicznej jest samo w sobie zjawiskiem społecznym, wypadkową zjawisk, które stara się opisywać. Ma w nich odgrywać ważną rolę, określaną każdorazowo przez okoliczności, w których powstaje. Niektóre teorie tracą swoją moc wyjaśniającą, inne zaś – mimo upływu czasu – nadal objaśniają rzeczywistość, niektóre “zużywają się”, bo przestają istnieć zjawiska, które opisywały, inne zaś stają się przestarzałe, bo pojawiają się zjawiska nowe, których nie są w stanie wyjaśnić. Niektóre są nadal społecznie przydatne, inne nie. Jest to zjawisko charakterystyczne także dla socjologii prawa, także, ze względu na najnowsze przemiany jej obiektu zainteresowania. Prawne aspekty integracji europejskiej stanowią wyzwanie także dla niej, muszą zostać przez nią w jakiś sposób dostrzeżone i opracowane. Stawia to socjologów prawa przed koniecznością przeformułowania niektórych twierdzeń ich dyscypliny. Rozważając zadania socjologii prawa w nowej rzeczywistości nie można przecież zapominać, w

4 Por. np. A. Peczenik, Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich [w:] J. Stelmach (red.) Studia z filozofii prawa 2, Kraków 2003.

5 M. Pavčnik, Pułapki natury prawa, PiP 6/2003.

jakich okolicznościach pojawili się jej pierwsi autorzy. Jak wiadomo, mamy do czynienia z dwoma fundamentami socjologii prawa. Przede wszystkim, z krytycznym nurtem w ramach teorii prawa: stanowisko jego przedstawicieli było obliczone na krytykę pozytywistycznych teorii prawa z punktu widzenia nowo powstającej nauki o społeczeństwie, i przebudowania nauk prawnych i praktyki prawa zgodnie ze wzorami nauk społecznych. Stanowiło reakcję na proces przeddefiniowywania podstaw prawa w duchu pozytywizmu, dokonany przez Austina, Kelsena i im współczesnych. Koncepcje Leona Petrażyckiego czy Eugena Ehrlicha zmierzały do obalenia nienaukowych – popadających w metafizykę lub po prostu wadliwych – teorii prawa za pomocą przedstawienia faktów takimi, jakie one w rzeczywistości są. Od tego czasu nauki prawne przeszły jednak pewne zmiany, a kolejne etapy ich rozwoju wiążą się z próbami rozwiązywania nowych problemów, niekoniecznie tożsamy z tymi, jakie przy użyciu swoich teorii starali się rozstrzygnąć Kelsen czy Austin. Pojawienie się i rozwój prawa europejskiego może jedynie przyspieszyć te przemiany, zwiększając presję na teorię prawa, by eliminować pozostałości twardego pozytywizmu. Krytyczne twierdzenia wczesnych socjologów prawa zostały, w jakiejś mierze, uwzględnione w nowszych teoriach: instytucjonalizm czy teorii dyskursu. Zmieniła się rzeczywistość, ze starych teorii nie ma już wielkiego pożytku, a więc zachodzi potrzeba ich przebudowania.

Skoro więc minęły czasy, które zrodziły potrzebę odwoływania się, w refleksjach nad prawem, do wiedzy o społeczeństwie, to należałoby uznać socjologię prawa za naukę efemeryczną. Powinna ona odejść do lamusa wraz z doktrynami, którym się przeciwstawiała. Jej zadanie krytyczne należałoby uznać za zrealizowane. Nieco inaczej jest, zapewne, w przypadku drugiego ze wspomnianych nurtu socjologii prawa, zapoczątkowanego przez zainteresowanych prawem klasyków socjologii, takich jak Weber czy Durkheim. Tworzyli oni swoje teorie, by zademonstrować odmiennosć społeczeństw nowożytnych od przed-nowożytnych, objaśnić zjawisko przemian społecznych, które dokonywało się na ich oczach, i zrozumieć nowy porządek społeczny, którego uczestnikami się stali. Problem ten, choć zapewne nieco zdezaktualizowany, nadal może być przedmiotem refleksji socjologii prawa. “Socjologiczna”, czy raczej: nieformująca bezpośrednio twierdzeń krytycznych wobec nauk prawnych socjologia prawa może nadal mieć rację bytu. Rzecz w tym, że jej użyteczność będzie jednak ograniczać się do czysto opisowej wiedzy socjologicznej, nie zaś: teorii prawa. Czy więc, gdy nie ma już potrzeby, by wykazywać oderwanie teorii prawa od rzeczywistości, to nauka, której głównym roszczeniem było tropienie zafałszowań powinna znaleźć sobie inny przedmiot zainteresowania, porzucić ambicje bycia nauką interdyscyplinarną? Wycofać się na (z góry upatrzone) pozycje socjologii szczegółowej i tym samym zniknąć z pola widzenia nauk prawnych?

Takie przekonanie byłoby jednak, moim zdaniem, z gruntu niewłaściwe, a jego akceptacja powodowałoby, że nauki prawne stałyby się mniej użyteczne niż być mogą. Nowe teorie prawa są obarczone nowymi niedoskonałościami, nie są to jednak te same niedoskonałości, co w przypadku teorii określanych mianem “twardego pozytywizmu”. W istocie, nie można ujmować ich w kategoriach opozycji “fikcja/rzeczywistość”, jak to przydarzało się ojcom-założycielom socjologii prawa. Nie dlatego, że prawnicy przestali posługiwać się pojęciami, które narzucają stosunkom prawnym powstającym w sposób naturalny w społeczeństwie sztywny gorset obcych im pojęć, albo że rozstrzygają sprawy w sposób, który nie pozwala na rozwiązanie społecznych konfliktów, stojących u ich podstaw. Stało się tak dlatego, że posługują się – bo muszą

to robić – innymi, niż do tej pory, pojęciami tego rodzaju, i że ich wyroki – inne niż dotąd – nadal nie prowadzą do takich skutków. Domniemana śmierć pozytywizmu prawnego⁶ nie jest w stanie zmienić tego stanu rzeczy. Także niepozytywistyczne teorie prawa są obarczone wadami. Inaczej mówiąc: źródłem zastrzeżeń pierwszych socjologów prawa wobec prawniczych teorii prawa nie były jakieś szczególne własności konkretnej teorii prawa, ale prawniczych teorii prawa i prawniczej praktyki w ogóle, podobnie jak istotą zainteresowań Webera czy Durkheima nie była konkretna zmiana społeczna i jej konsekwencje, ale zmiany społeczne w ogóle i społeczeństwo jako takie. Ich zastrzeżenia i wnioski przyjmowały taką, a nie inną postać, bo taki był ich przedmiot badania, a nie dlatego, że taka jest istota socjologii prawa. Konieczność porzucenia prostej opozycji “rzeczywistość/jej zafałszowanie” wynika raczej stąd, że socjologia nieczęsto miewa już roszczenie do odkrywania obiektywnie istniejących stanów rzeczy. Przekonanie, że można stworzyć naukę społeczną na wzór (neo)pozytywistyczny stało się cokolwiek staromodne.⁷ Nawet jeśli odrzucić najbardziej radykalną krytykę tego sposobu myślenia i uznać za nieprawdziwe np. przekonanie Lyotarda, że nastąpił kres metanarracji, przekonanie oznaczające dopuszczalność wszelkich poglądów, i odrzucające prymat myślenia naukowego nad nienaukowym,⁸ to możliwość bezpośredniego dostępu do zjawisk społecznych nie wydaje się być już tak oczywista, jak była jeszcze kilkadziesiąt lat temu.

Choć wymienione okoliczności nie powodują bynajmniej, że socjologia prawa traci rację bytu, to stanowią dla niej wyzwanie i impuls do zmian. To, że socjologia prawa nie może spełniać roli informatora nauk prawnych o twardych faktach nie oznacza jeszcze, że ma porzucić rolę informatora o społeczeństwie, i nie pełnić krytycznej roli względem nauk prawnych. Socjologia prawa może zatem dostarczać interpretacji zjawisk społecznych. w tym prawa; jest ona nakierowana właśnie na to zadanie, i w odróżnieniu od nauk prawnych i praktyki prawa dysponuje środkami pojęciowymi, które się do tego celu nadają. Rzecz w tym, aby gra tocząca się między teoretykami nie stała się sama celem, by nie przekształcała prawa w realną abstrakcję, ale by ułatwiała realizację społecznych funkcji, jakie są prawu przeznaczone. Dążenie socjologii prawa, by społecznie ufundować wiedzę o prawie: by teoria prawa - a za jej pośrednictwem praktyka prawa - stała się zgodna z normami, wartościami, postawami podzielanymi przez ludzi, i praktyką, którą kultywują, nabywa, wraz z przekształceniami systemu prawnego, nowego znaczenia. Czasy uległy zmianie, pora więc, by zmianie uległa także opisująca je teoria.⁹

Jak sprostać temu zadaniu? Jak objaśnić rolę, jaką prawo ma do spełnienia w nowych okolicznościach społecznych? Odpowiedzi na to pytanie możemy szukać na różne sposoby. Wszystkie drogi będą nas jednak prowadzić do tego samego punktu: w pierwszej kolejności będziemy musieli udzielić odpowiedzi na pytanie, jak

6 L. Morawski, Pozytywizm “twardy”, pozytywizm “miękki” i pozytywizm martwy; *Ius et Lex* 1/2003, s. 319.

7 Oczywiście, wątpliwości te nie są niczym nowym, a raczej stanowią element dość powszechnej i banalnej samowiedzy socjologów. Powstaje jednak pytanie, czy w tej sytuacji celowe jest podtrzymywanie względem otoczenia fasady naukowości w stylu (i w formie) popperowskim. Warto przywołać w tym kontekście rozmaite (mniej lub bardziej udane) próby budowania socjologii nie odwołującej się do neopozytywistycznej epistemologii, a polegające zwłaszcza na jakiejś wersji konstruktywizmu, takie jak choćby “mocny program socjologii wiedzy” czy niektóre z teorii dyskursu. Zob. Barry Barnes, David Bloor, *Mocny program socjologii wiedzy*, Warszawa 1993. Ogólnie o nowszych teoriach w ramach socjologii wiedzy: R. Sojak, *Teoretyczna ciągłość – ciągłość teorii?*, *Colloquia Communia* 1(72)/2002; M. Fleischer *Konstrukcja rzeczywistości*, Wrocław 2002, s. 7-41

8 A tym samym: odrzucające rozum jako kluczową wartość nauki. Por J. Lyotard, *Kondycja ponowoczesna*; Warszawa 1997.

9 Chodzi więc o to, by odrzucając roszczenie socjologii do obiektywności nie odbierać jej prawa do posługiwania się rozumem.

wygląda nasza nowa, zmieniona rzeczywistość, by następnie zdecydować, jakie prawo i jaka teoria prawa są w niej potrzebne. Najwygodniejsza z dróg, jaka prowadzi do tego celu wiąże się, moim zdaniem, z nazwiskiem niemieckiego teoretyka socjologii, dobrze znanego także polskiej i światowej nauce prawa¹⁰, Niklasa Luhmanna. Jak to jednak często się zdarza, droga wygodna nie jest najkrótszą z możliwych dróg. Zanim będziemy mogli rozstrzygnąć postawione wyżej pytania, będziemy musieli odbyć okrężną podróż przez krainę teorii socjologicznej.

Prawo w teorii socjologicznej Niklasa Luhmanna

Rozwiązanie problemu zarysowanego na wstępie wymaga przedstawienia szerszego kontekstu luhmannowskiej socjologii prawa. Nie jest jednak moim celem prezentowanie w tym miejscu kompletnego obrazu teorii socjologicznej tego autora. Jest to zresztą zadanie, które przekracza ramy jakiegokolwiek pojedynczej publikacji. Poniższe przedstawienie tej teorii jest więc, pod wieloma względami, niekompletne i uproszczone, a dokonuję go wyłącznie w takim stopniu, w jakim jest potrzebne ze względu na cele przyświecające niniejszemu tekstowi. Warto zwłaszcza pamiętać o tym, że luhmannowska socjologia prawa stanowi jedynie fragment szerszego (by użyć języka Luhmanna) opisu społeczeństwa w społeczeństwie. Opis ten jest dokonywany za pomocą środków teoretycznych o dwoistej naturze. Po pierwsze, są to pojęcia i twierdzenia ogólnej teorii systemów, dziedziny wiedzy, która za obiekt badania przyjęła "systemy" o apriorycznie zakładanych własnościach, i stara się wywodzić z tych założeń konsekwencje dotyczące ich dalszych cech. Po drugie, są to pojęcia teorii socjologicznej, przeformułowywane w duchu teorii systemów i za ich pomocą ujmujące zjawiska społeczne: Luhmann jest, ponad wszystko, socjologiem, twórcą najbardziej rozbudowanej teorii socjologicznej w ostatnim czasie, a być może: kiedykolwiek. W związku z tym, wszelkie twierdzenia Luhmanna dotyczące prawa stanowią użytek, jaki czyni on ze swojego aparatu pojęciowego. Funkcjonują na niższym poziomie ogólności niż twierdzenia ogólnej teorii systemów lub teorii socjologicznej, stanowiąc ich zastosowanie do określonej dziedziny życia społecznego. Z tej racji pozostają twierdzeniami teorii systemów i teorii socjologicznej, a nie teorii prawa i są całkowicie zdeterminowane przez potrzeby teoretyczne socjologii. Także ich użyteczność dla socjologii prawa wynika wyłącznie z faktu, że są wystarczająco abstrakcyjne, by pozwolić na obserwację takiego zjawiska jak prawo, nie zaś z tego, że zostały ukształtowane wyłącznie w tym celu. Stanowią element opisu społeczeństwa, i tylko jego, i nie są metodologicznie ani pojęciowo odmienne od twierdzeń Luhmanna dotyczących religii, sztuki, nauki itd. Z tego powodu, rozpowszechniony pogląd, że możliwe jest traktowanie jego teorii jako jeszcze jednej teorii prawa, i krytykowanie jej z tych pozycji¹¹, lub że można ją przyrównywać do którejś z klasycznych teorii prawa¹² jest z

10 Zob. np. G. Skąpska, Prawo i społeczeństwo. Teorie systemowe w socjologii a koncepcje społeczeństwa aktywnego.[w:] G. Skąpska et al. (red) Prawo w zmieniającym się społeczeństwie, Kraków 1992, s. 71 i n., L. Morawski, "Autopoiesis" i prawo refleksyjne w ujęciu G. Teubnera, tamże, s. 171 i n. G. Skąpska, Koncepcja prawa refleksyjnego. Czy możliwa jest autonomia systemu prawa? [w:] Z zagadnień filozofii społecznej, ZH UJ, 1989., L. Morawski, Główne problemy współczesnej filozofii prawa, Warszawa 1999, s. 78 i n., J. Stelmach, R. Sarkowicz, Filozofia prawa XIX i XX wieku, Kraków 1998, s. 157 i n.,

11 Por. np. bardzo charakterystyczną dla tego sposobu myślenia krytykę teorii systemów przeprowadzoną przez O. Weinbergera, Luhmann's Approach to Ethics, Jurisprudence and Legal Sociology, ARSP 4(82)/1996

12 Zob. Krzysztof Dybowski, Autopoiesis prawa, [w:] Teoria prawa. Filozofia Prawa. Współczesne prawo i prawoznawstwo; Toruń 1998, s. 54 i n.

gruntu fałszywy. Teoria ta jest wyłącznie teorią socjologiczną, obliczoną na opis społeczeństwa, i spełniającą się w tym zadaniu.

Luhmann uznaje społeczeństwo za system.¹³ Jest to całość elementów, które pozostają ze sobą w relacjach, wynikających z własności tych elementów.¹⁴ Elementów nie można jednak postrzegać jak bytów, “cegiełek”, które tworzą “gmach systemu”, i które można odróżnić od “całości”, której miałyby być “częściami składowymi”. Nie mają specyficznej, sobie właściwej natury, która pozwalałaby na nadanie im ich własnych tożsamości. To jakie “są” elementy wynika z ich relacji do innych elementów, a ostatecznie: z faktu przynależności do określonego systemu. Nie są budulcem, który składałby się na odrębny od nich byt - “system”, ale są definiowane czysto relacyjnie.

Systemy istnieją w otoczeniu.¹⁵ Każdy system odróżnia się od wszystkiego, co nim nie jest, za pomocą granicy, wytwarzając tym samym swoje własne, sobie tylko właściwe otoczenie. Z punktu widzenia systemu, rzeczywistość może zostać podzielona na wszystko, co jest nim, i wszystko co nim nie jest. Naturalnie, z punktu widzenia innych systemów, granica będzie przebiegać inaczej: ma ona charakter “względny”, nie istnieje “obiektywnie”, a jej “przebieg” zależy od tego, jakie są elementy systemu i relacje między nimi. System ufundowany jest zatem dzięki binarnemu rozróżnieniu “ja/nie ja”. Z drugiej strony, wszystkie elementy systemu odzwierciedlają zasadnicze rozróżnienie, które jest fundamentalne dla systemu. Powstawanie elementów, jakie nie pojawiały się dotąd w jakimś systemie, jest wynikiem reprodukcji rozróżnienia po jednej z jego stron, “re-entry”. Wynikają stąd, dwie dalsze konsekwencje. Po pierwsze to, że ufundowany na jakimś rozróżnieniu system jest w szczególny sposób ograniczony tym rozróżnieniem. Reprodukacja rozróżnienia pozwala mu na dostrzeżenie wszystkiego, co pojawia się w otoczeniu, jednak nie pozwala mu na dostrzeżenie zasady, która konstytuuje sam system. Ogląd rzeczywistości jest możliwy dzięki istnieniu obszaru, którego system nie jest w stanie dostrzec, jego ślepej plamki. Jak to zwykł ujmować Luhmann: system nie widzi, że nie widzi, tego czego nie widzi. Po drugie, że reprodukując swoje binarne rozróżnienie system skazany jest na tworzenie paradoksów. Możliwa jest, mianowicie, sytuacja, w której system będzie odwoływał się do obydwu stron fundującego go rozróżnienia jednocześnie. Co więcej, aby możliwa było rozbudowywanie systemu, tego rodzaju re-entry jest niezbędne: w odmiennym przypadku wszystkie elementy systemu stanowiłyby powtórzenie podstawowego rozróżnienia system/otoczenie. Taka sytuacja, w której tworzenie kolejnych elementów systemu ujawnia jednoczesne istnienie wykluczających się elementów, stanowi, jednak, problem, bowiem wstrzymuje reprodukcję systemu uniemożliwiając odróżnienie jego elementów od jego otoczenia. System musi uporać się z tym problemem, a jak przekonuje Luhmann, może czynić to jedynie tworząc kolejne rozróżnienia.

W przypadku systemów społecznych, za elementy Luhmann uznaje komunikaty.¹⁶ Systemy społeczne

13 N. Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt/M., 1984, s. 16 i n., *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M., 1997, s. 78 i n.

14 *Soziale Systeme*, s. 41

15 Tamże, s. 242

16 Pojęcia komunikat (i Luhmannowskiej teorii komunikacji) nie mogę w tym miejscu przedstawiać. Niezbędna jest jednak następująca uwaga terminologiczna. Luhmann posługuje się tu określeniem “Kommunikation”, tj. “komunikacja”. Określenie to następcza pewnych trudności translatorskich, bowiem w języku polskim brak rzeczownika “komunikacja”, który oznaczałby pojedyncze zdarzenie komunikacyjne. Słowo “komunikat” wydaje się być tutaj niefortunne, ponieważ nie oddaje procesualnej natury zjawiska, które ma opisywać. Z drugiej strony, określenie “działanie komunikacyjne”, które mogłoby wydawać się bardziej trafne, naruszałoby rozróżnienie działania i komunikacji, jakim posługuje się Luhmann i błędnie sugerowałoby pokrewieństwo z habermasowską teorią działania komunikacyjnego. Z braku innych możliwości

mają przy tym charakter operacyjnie zamknięty, ale kognitywnie otwarty. Oznacza to, że nic, co nie stanowi elementu systemu nie może przedostać się do jego wnętrza, i nic, co jest jego elementem nie może poza system się wydostać. Ponieważ system społeczny jest definiowany poprzez pojęcie komunikacji, to nic, co nie jest komunikacją, nie należy do społeczeństwa, a wszelka komunikacja między ludźmi stanowi zawsze jego element. Elementu systemu społecznego nie stanowią więc, na przykład, ludzie, postrzegani przez Luhmanna jako sprzężenie systemu biologicznego i psychicznego. Stanowią oni, podobnie jak rozmaite zjawiska naturalne, otoczenie systemu. W tym sensie system jest autonomiczny: stanowi odrębną całość i nie daje się zredukować do jednostek. Pełni natomiast w stosunku do jednostek istotną funkcję: pozwala na zredukowanie niepewności, co do działań innych jednostek, niepewności, jaka byłaby udziałem jednostek w sytuacji przedspołecznej.¹⁷ Pozwala na tworzenie przez jednostki oczekiwań względem wszystkich pozostałych jednostek, a w związku z tym – podejmowanie takich działań, które nie byłyby możliwe, gdyby wszystkie (lub niektóre) jednostki nie działały w konkretny sposób. W efekcie zaś, system pozwala na koordynację działań.

Kognitywna otwartość systemu oznacza natomiast, że system, choć zamknięty, nie jest ślepy.¹⁸ Może obserwować swoje otoczenie, czyni to jednak zawsze za pomocą odwzorowania otoczenia za pomocą własnych elementów: jeśli pozwalają one na rozróżnienie dwóch stanów w otoczeniu, to możliwe jest ich zaobserwowanie, jeśli zaś na to nie pozwala, to dokonanie takiej obserwacji nie jest możliwe. Z definicji zatem, obserwacja stanowi redukcję złożoności: system jest mniej złożony od otoczenia, bowiem liczba relacji pomiędzy tworzącymi go elementami jest skończona.¹⁹ Nie jest możliwe przedstawienie całej złożoności otoczenia w systemie, bowiem oznaczałoby to, że złożoność systemu stałaby się równa złożoności otoczenia. Sytuacja taka oznaczałaby triumf entropii nad porządkiem i zanik systemu. Inaczej mówiąc, dokonywanie obserwacji otoczenia oznacza przekształcanie relacji między poszczególnymi elementami systemu, a co za tym idzie – przekształcanie samych elementów. Komunikacja prowadzona wewnątrz systemu społecznego określa możliwości obserwacji otoczenia przez ten system: decyduje, czy możliwe jest dostrzeżenie pewnych zjawisk jako tych właśnie zjawisk, i czy w ogóle możliwe jest ich zaobserwowanie. Jednocześnie, wraz z każdym nowym komunikatem, definiuje ona granicę między systemem a otoczeniem – określa odrębność systemu i otoczenia. Ta cecha systemu pozwala Luhmannowi na stwierdzenie, że systemy obserwują swoje otoczenie za pomocą obserwacji swojej granicy.

Powyższe własności systemów społecznych decydują o ich trzeciej cesze. Systemy społeczne to, według Luhmanna, systemy autopoietyczne.²⁰ System taki, zgodnie z wielokrotnie przywoływaną przez Luhmanna definicją, tworzy elementy, z których się składa, z elementów, z których się składa.²¹ System sam określa zatem,

posługuje się więc określeniem komunikat. Por. C. Kostro, *Funkcjonalna teoria moralności Niklasa Luhmanna*, Kraków 2001.

17 Luhmann odwołuje się tu do klasycznej figury Talcotta Parsonsa, pojęcia “podwójnej niepewności” (double contingency), za pomocą której ten ostatni starał się rozstrzygnąć Hobbesowski problem możliwości istnienia porządku społecznego.

18 Zob. np. *Soziale Systeme*, s. 60 i n., *Die Gesellschaft...*, s. 92 i n., s. 120 i n.

19 Z kolei fakt, że system jest mniej złożony od otoczenia umożliwia jego istnienie.

20 Określenie “autopoiesis” jest autorstwa neurobiologa H. Maturany, który wraz z F. Varełą posługiwał się teorią systemów dla opisywania procesów komórkowych i neurologicznych. Ma ono oznaczać “samostwarzanie się”, zgodnie z arystotelesowskim znaczeniem słowa “poiesis”. Ze względu na źródłosłów, używam tego słowa w ten sam sposób. Ponieważ jednak Luhmann często posługuje się tym określeniem jak przymiotnikiem, używam tego słowa w ten sam sposób.

21 *Soziale Systeme*, s. 60; *Die Gesellschaft...*, s. 66 i n.; Zob. także, tenże, *Autopoiesis als Soziologischer Begriff*, [w:] tenże, *Aufsätze und Reden*, Stuttgart 2001.

na podstawie własnej struktury, możliwości zmiany systemu oraz sposób ich przeprowadzenia. W przypadku systemów społecznych, komunikacja, która została już przeprowadzona w systemie, wyznacza horyzont możliwości dalszej komunikacji. Każdy komunikat, jaki pojawił się w systemie nie tylko przekształca ten system z chwilą swojego wystąpienia, ale również wyznacza dalsze możliwości rozwoju systemu. Rozwój ten ma zawsze charakter "ścieżkowy", w tym znaczeniu, że poprzednie stany wyznaczają stany aktualne. Nie oznacza to jednak, że system jest całkowicie zdeterminowany swoimi poprzednimi stanami: wynika to z złożoności systemu, a więc z faktu, że nie istnieje możliwość powiązania wszystkich komunikatów ze sobą. Co za tym idzie, nie istnieje możliwość przewidzenia tego, w jaki sposób będą przebiegały kolejne obserwacje otoczenia przez system. Kolejne stany systemu mogą być rozpatrywane, w najlepszym wypadku, w kategoriach prawdopodobieństwa, nie zaś pewności. Pojawianie się stabilnych elementów w systemie jest zawsze mniej prawdopodobne, niż ich przemijanie: stanowi osiągnięcie ewolucyjne, przejście od stanów bardziej prawdopodobnych do mniej prawdopodobnych. Co więcej, udział w kształtowaniu systemu ma także jego otoczenie. Bez otoczenia reprodukcja systemu nie byłaby możliwa, z tego samego powodu, dla którego nie można sobie wyobrazić systemu bez otoczenia. System obserwuje, mianowicie, otoczenie poprzez swoją granicę: gdy przestaje to czynić, przestaje istnieć. Oczywiście, to samo zjawisko w otoczeniu systemu może być, postrzegane przez różne systemy w odmienny sposób; jego zaistnienie (lub nie zaistnienie) może także nie być w ogóle zaobserwowane przez system. Niemniej jednak, przy danej strukturze systemu, wystąpienie określonego zjawiska będzie obserwowane w konkretny sposób (lub nie będzie obserwowane wcale), choć taka obserwacja lub jej brak nie będzie determinować kolejnych stanów systemu. Wynika stąd, że wszelkie obserwacje, dokonywane przez każdego obserwatora, są obserwacjami tego właśnie obserwatora, są zawsze dokonywane z jakiegoś punktu widzenia. Niemożliwe jest rozdzielenie przedmiotu obserwacji, obserwującego podmiotu i samej obserwacji.²² Wszystkie te zjawiska są mianowicie przekształceniami struktury systemu, a jednocześnie – przekształceniami granicy między systemem i otoczeniem.

Spółeczeństwa nowoczesne są, według Luhmanna, społeczeństwami zorganizowanymi zgodnie z funkcjonalnym podziałem pracy.²³ Oznacza to, że mamy w nich do czynienia z podsystemami, które są ufundowane dzięki właściwym tylko sobie, binarnym rozróżnieniom, a zatem: monopolizują komunikację, którą daje się przeprowadzić za pomocą tych rozróżnień. Takich podsystemów Luhmann wyróżnia kilkanaście, mówiąc np. o gospodarce²⁴, polityce²⁵, religii²⁶, mediach²⁷, sztuce²⁸, nauce²⁹ itd. Funkcjonalnie wyróżnicowane podsystemy, podobnie jak wszelkie inne systemy społeczne, mają charakter systemów zamkniętych: element takiego podsystemu stanowi wszelka komunikacja, która odbywa się za przy udziale rozróżnienia, które jest fundamentalne dla danego podsystemu.³⁰ Wszelka komunikacja, która opiera się na rozróżnieniu

22 Konsekwencje epistemologiczne tego faktu pozostają poza zakresem niniejszych rozważań. Zob. N. Luhmann, Erkenntnis als Konstruktion, [w:] tenże, Aufsätze und Reden, Stuttgart 2001, Soziale Systeme, s. 647 – 660, Die Wissenschaft der Gesellschaft, s. 68 i n.

23 Zob. Die Gesellschaft... s. 743 i n.,

24 Por. Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt/M., 1988;

25 Por. Die Politik der Gesellschaft, Frankfurt/M., 2001;

26 Por. Die Religion der Gesellschaft, Frankfurt/M., 2000; tenże, Funktion der Religion, Nomos 1997.

27 Por. Realität der Massenmedien, Opladen, 1995;

28 Por. Die Kunst der Gesellschaft, Frankfurt/M., 1995;

29 Por. Die Wissenschaft der Gesellschaft. Frankfurt/M., 1990;

30 Die Gesellschaft..., s. 748 i n.

opłacalne/nieopłacalne jest elementem systemu ekonomicznego, komunikacja, która opiera się na kodzie binarnym posiadanie/podporządkowanie władzy jest elementem systemu polityki itd. Z samej swojej natury poszczególne systemy dysponują więc “monopolem” na komunikację danego rodzaju. Funkcjonalnie wyróżnicowane podsystemy są także kognitywnie otwarte: każdy z nich prowadzi obserwację swojego otoczenia za pomocą swojego kodu binarnego. Każdy z nich, z racji odwoływania się do innego kodu, czyni to jednak w odmienny sposób: mamy więc do czynienia z osobnymi sposobami postrzegania rzeczywistości, zależnymi od usytuowania danego podsystemu w społeczeństwie. Z tego powodu, można postrzegać je jako spełniające odmiennie funkcje, to jest pozostające w odmiennej relacji do całości społeczeństwa, i jednocześnie: wnoszące odmienny wkład (Leistung) do operacji systemu społecznego jako całości i pozostałych podsystemów. Każdy z nich pozwala na redukcję złożoności za pomocą innych środków, a zatem: każdy z nich w inny sposób redukuje niepewność jednostek względem pozostałych i w sobie właściwy sposób umożliwia koordynację ich działań.

Prawo jest, zgodnie z teorią Luhmanna, postrzegane dwoiście. Po pierwsze, w społeczeństwach nowoczesnych, jest to jeden z funkcjonalnie zróżnicowanych podsystemów społecznych.³¹ Osiągnięcie przez prawo etapu systemu zamkniętego, wyróżnicowanie się go, stanowi osiągnięcie ewolucyjne, związane z przemianami społeczeństwa jako całości. Określenie “system prawny” oznacza tutaj całość komunikacji, która jest zorientowana na obserwację rzeczywistości za pomocą binarnego kodu legalne/nielegalne.³² Wszystko, co pojawia się w otoczeniu systemu prawnego, będzie przez nich postrzegane wyłącznie za pomocą owego rozróżnienia. Z punktu widzenia systemu, żadne zjawisko, którego nie da się zaklasyfikować za pomocą tego rozróżnienia, nie będzie istnieć. Oczywiście, takie prymarne rozróżnienie nie może służyć nam za wyjaśnienie całej złożoności zjawisk prawnych. By system mógł funkcjonować, musi być bardziej złożony, co pozwoli mu np. na rozróżnianie różnych podmiotów, które posługują się rozróżnieniem legalne/nielegalne i przypisanie temu faktowi określonych skutków. Ten wymóg jest realizowany poprzez powstawanie coraz bardziej skomplikowanych mechanizmów decydowania o tym, w jaki sposób posługiwać się rozróżnieniem legalne/nielegalne, a tym samym: rozbudowywanie się systemu. Mechanizmy takie Luhmann nazywa programami.³³ Trzeba jednak pamiętać o tym, że system prawny reprodukuje się za pomocą mechanizmu re-entry, włączając fundujące go rozróżnienie po jednej ze stron tegoż rozróżnienia, lub po prostu dzięki powtórzeniom użycia tego rozróżnienia w różnych sytuacjach. Każda jego obserwacja, choćby nawet pozornie niezwiązana z żadnym kodem binarnym musi, koniec końców, opierać się na takim rozróżnieniu. Jeśli nie będzie tego czynić, nie będzie stanowił elementu systemu prawnego.

Na marginesie tych rozważań warto zauważyć, że tylko pierwotnie za prawo uznawano wszystkie komunikaty, które opierają się na rozróżnieniu legalne/nielegalne, a nie tylko taka komunikacja, która spełnia określone cechy (np.: przyjmuje postać aktu prawnego czy wyroku sądu). Oczywiście, w toku rozwoju historycznego prawa, za sprawą powstania systemu prawnego, ma miejsce zróżnicowanie. Wytwarza się mianowicie rozróżnienie operacji prawnych i pozaprawnych, które pozwala na odróżnienie legitymizowanego i nielegitymizowanego użycia kodu legalne/nielegalne. Z punktu widzenia systemu prawnego, uzurpację,

31 Zob. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems*, [w:] tenże, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt 1999, s. 36 i n.

32 *Das Recht*...s. 60 i n, s. 168 i n.

33 Zob. *Die Wissenschaft*..., s. 197 i n., W kwestii programów systemu prawnego zob. *Das Recht*... s., 165 i n.

polegającą na nielegalnym użyciu kodu legalne/nielegalne stanowi np. zjawisko określane przez wczesnych socjologów mianem “prawa intuicyjnego” czy “żywego”, ponieważ sprowadza się do posługiwania się kodem legalne/nielegalne przez osoby, które nie są do tego uprawnione przez sam system. Rozróżnienie okoliczności prawnych i pozaprawnych stanowi efekt operacji samego systemu prawnego. Jest re-entry rozróżnienia na legalne i nielegalne po stronie legalności. Stąd wynikają problemy, które dostrzegała wczesna socjologia prawa, polegające na odrzucaniu wszelkich, poza “oficjalnymi”, zjawisk prawnych. Jest to rodzaj błędu samorozumienia, polegającego na tym, że w niewłaściwy sposób postrzega się własną pozycję, błędu, który wynika właśnie z faktu określonego usytuowania instytucjonalnego. System prawny niewłaściwie określa swoje granice, doprowadzając do sytuacji, w której jego złożoność nie pozwala mu na właściwą obserwację otoczenia. Socjologia prawa może tego błędu uniknąć, ponieważ obserwuje zjawiska prawne z innej perspektywy.³⁴

To, że nieprofesjonalne użycie kodu legalne/nielegalne uznaje się za nie przynależące do systemu prawnego, nie oznacza jeszcze, że należy odrzucić, jako znajdujące się poza systemem prawnym, wszelkie komunikaty, które nie są aktami prawnymi lub nie stanowią aktów stosowania prawa. Fragment systemu stanowi więc także działalność określaną zwykle jako doktryna prawa, oraz ta część teorii i filozofii prawa, którą można uznać za związaną rozróżnieniem legalne/nielegalne.³⁵ Luhmann określa ten wycinek systemu prawnego mianem “systemu refleksji systemu prawnego”.³⁶ Jego zadaniem jest obserwacja systemu i wytwarzanie takiego jego opisu, który pozwoli na utrzymywanie jego wysokiej złożoności przy zachowaniu jednocześnie: zdolności do obserwacji otoczenia i wewnętrznej spójności. Jest to więc sytuacja wytwarzania opisu systemu wewnątrz opisywanego systemu. Z tego punktu widzenia, teoria prawa produktywna jedynie wtedy, gdy będzie służyć stosowaniu rozróżnienia legalne/nielegalne, będzie pozwalać na koordynację poszczególnych operacji systemu. Tego rodzaju funkcję mają realizować, według Luhmanna, wszelkie abstrakcyjne pojęcia i doktryny wypracowywane w ramach teorii i filozofii prawa. Często rozważanym przez autora “Das Recht der Gesellschaft” przykładem jest przykład pojęcia sprawiedliwości. Stanowi ono “formułę kontyngencji”, to znaczy pozwala na wiązanie ze sobą rozmaitych komunikatów, w tym takich, których treść nie jest jeszcze znana. Abstrakcyjność i możliwość napełniania tego pojęcia różną treścią, jest, z punktu widzenia Luhmanna, wyłącznie zaletą, ponieważ pozwala na zachowywanie spójności systemu.³⁷

Po drugie, prawo to, według Luhmanna, zgeneralizowane medium komunikacji.³⁸ Pozwala ono jednostkom na koordynację ich działań, stanowi bowiem “instytucjonalizację” oczekiwań jednych jednostek

34 Dla porządku, bo stwierdzenie to jest w tym miejscu oczywiste (choć niekiedy bywa przyczyną nieporozumień), wypada zauważyć, że pojęcie “system prawny” nie ma u Luhmanna identycznego znaczenia, co pojęcie “system prawny” w popularnym użyciu w naukach prawnych.

35 W dalszej części tekstu posługuję się zamiennie pojęciami “teoria prawa” i “nauki prawne”, mając na myśli taki fragment refleksji nad prawem, który można uznać za element systemu prawnego w wyżej przedstawionym znaczeniu.

36 Das Recht der Gesellschaft, s. 496 i n., tenże, Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive [w:] tenże, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/M., 1981, s. 421 i n, Ogólnie o samoopisie i samoobserwacji, zob. Die Gesellschaft... s. 879 i n.

37 W tym miejscu dobrze widać odmiennosć podejścia Luhmanna i podejścia rozwijanego w teorii i filozofii prawa. Z ich punktu widzenia, Luhmannowskie postrzeganie sprawiedliwości jest nie tylko obrazoburcze i prymitywne, ale przede wszystkim: bezużyteczne. Luhmann nie tworzy jednak koncepcji sprawiedliwości, która będzie ale zastanawia się nad pożytkiem, jaki z koncepcji sprawiedliwości mogą czynić prawnicy-praktycy i prawnicy-naukowcy. Jego “interes poznawczy” (by posłużyć się całkowicie obcym mu terminem) jest więc całkowicie różny od interesu poznawczego przedstawicieli nauk prawnych.

38 Die Gesellschaft..., s. 336.

względem innych.³⁹ Oczekiwania te są szczególnego rodzaju, mają bowiem charakter normatywny. Ich specyfika wyraża się, według Luhmanna, w tym, że nie są modyfikowane jeśli zostaną zawiedzione. System, który wypracowuje sobie jakiś sposób postrzegania otoczenia nie zmienia go w przypadku, gdy sposób ten okaże się niewłaściwy. Dzięki temu, prawo jako medium komunikacji pozwala na przenoszenie złożoności systemu. Pewne działania są uznawane za legalne a inne za nielegalne, co pozwala na przypuszczenie (choć w żadnym wypadku: pewność!), że partnerzy w interakcjach będą postępowali w sposób określany jako legalny. Możliwe jest podejmowanie działań, które nie byłyby podjęte, gdyby nie istniały takie oczekiwania. Kod binarny legalne/nielegalne charakteryzuje się więc (podobnie, jak wszystkie inne kody binarne), tym, że jedna ze stron rozróżnienia jest uznawana za bardziej pożądaną od drugiej. Przy tym wszystkim, prawo jako medium komunikacji nie jest bytem odrębnym od prawa jako systemu: rozróżnienie obydwu tych znaczeń tego terminu ma charakter czysto analityczny. Trzeba pamiętać, że przenoszenie oczekiwań względem jednostek przez “prawo-medium” wymaga znacznej złożoności, tj. rozbudowy programów sterujących użyciem medium. Możliwość budowania oczekiwań normatywnych, prowadzenia kontrfaktycznej obserwacji otoczenia, jest uzyskiwana za cenę skomplikowania samych narzędzi tej obserwacji. Dlatego medium komunikacji, jakim jest prawo, jest (podobnie jak władza, pieniądź czy miłość) nazywane przez Luhmanna medium “zgeneralizowanym”.

Z tej przyczyny, jedną z istotnych cech systemu prawnego (a więc: medium prawa) jest, według Luhmanna, to, że wyróżnicowywanie się go jako podsystemu, domykanie się jego granic, oznacza powstawanie specyficznej, niedającej się zredukować do żadnej innej, pojęciowości. W znanej (także z prac innych autorów) metaforze, prawo można przyrównać do postaci kadięgo, który rozstrzyga sprawę przedstawioną przez trzech skłóconych braci, którzy pozostają w sporze o spadek, pozostawiony im przez ojca.⁴⁰ Pozostawił on stado jedenastu wielbłądów, wraz instrukcją, by najstarszy syn objął 1/2 stada, najmłodszy – 1/6, średni zaś – 1/3. Oczywiście, rozwiązanie problemu nie jest możliwe, oznaczałoby bowiem konieczność podziału któregoś z wielbłądów. Rozstrzygnięcie sporu przez kadięgo jest następujące: postanawia on pożyczyć braciom własnego, dwunastego wielbłąda, co umożliwi podział, zastrzegając jednak, że wielbłąd ma zostać zwrócony tak szybko, jak to tylko możliwe. Konflikt zostaje więc rozstrzygnięty, kadi może zająć się rozstrzygnięciem innych spraw, a bracia opuszczają sąd z liczbą wielbłądów, jaka przypada im na mocy spadku. Problem jednak w tym, że rozstrzygnięcie zostało uzyskane dzięki fikcji, założeniu, że istnieje dodatkowy, dwunasty wielbłąd, który pozwala na dokonanie podziału zgodnie z wolą spadkodawcy. Wielbłąda przecież trzeba będzie zwrócić, co oznacza, że problem się powtórzy. Konflikt zostaje zatem zażegnany, ale tymczasowo, a jedynym beneficjentem rozstrzygnięcia jest kadi, który pozbył się kłopotu, a w dodatku uzależnił losy braci od własnej decyzji w sprawie zwrotu wielbłąda.

Figura ta bywa przez Luhmanna wykorzystywana dla zilustrowania paradoksów komunikacyjnych, pojawiających się w wielu obszarach wiedzy i praktyki prawniczej, a których przedstawienie przekracza zakres niniejszego tekstu.⁴¹ Zasadniczy problem, który jest w ten sposób ilustrowany, polega na tym, że system prawny

39 W tym też wyraża się funkcja prawa. Zob. Das Recht der Gesellschaft, s. 131 i n. Tenże, Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung, [w:] tenże, Ausdifferenzierung des Rechts, s. 78 i n.

40 Zob. N. Luhmann, Die Rückgabe des Zwölftes Kamels [w:] J. Clam (red.) Die Rückgabe des Zwölftes Kamels. Niklas Luhmann in Diskussion über Gerechtigkeit, Stuttgart 2000;

41 “Katalog wielbłądów” przedstawiałby się następująco: normy, sprawiedliwość, wnioski prawnicze, państwo

istnieje dzięki swojej specyfice: posługuje się określonymi pojęciami, związanymi z posługiwaniem się przezeń kodem legalne/nielegalne. Gdyby prawo nie pozwalało na wytworzenie przez jednostki oczekiwań normatywnych, i gdyby nie prowadziło do rozstrzygnięcia sporów, jego istnienie nie miałoby żadnego sensu: tylko dzięki takiemu kształtowi spełnia ono swoją funkcję społeczną. Jednocześnie jednak, właśnie ze względu na to, że prawo posługuje się rozróżnieniem na legalne i nielegalne, monopolizuje komunikację i buduje własny system pojęć, rozstrzyga konflikty w sposób, który nie jest funkcjonalny. Posługuje się fikcjami, zmusza uczestników sporów do postępowania w sposób, w który z własnej woli by nie postępowali, internalizuje korzyści i eksternalizuje koszty. Z samej swojej natury prawo jest więc jednocześnie funkcjonalne i dysfunkcjonalne, zmusza do niesłuszných rozstrzygnięć, ale i umożliwia jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. *Summum ius, summa iniuria.*

Socjologia prawa jako negatywny teoretyk

Powody, dla których socjologia prawa napotykała w swojej historii tak znaczące przeszkody stają się, dzięki perspektywie otwieranej przez teorię Luhmanna, jaśniejsze. Projekt socjologii prawa jako nauki opierałby się, z punktu widzenia teorii systemów społecznych, na zasadniczym nieporozumieniu. Socjologia prawa próbuje, mianowicie, przekroczyć granicę między dwoma funkcjonalnie wyróżnionymi podsystemami społecznymi. Próbuje zaszczerpić obserwacje właściwe systemowi nauki na gruncie systemu prawnego, systemu, którego logika rozwoju jest całkowicie odmienna od logiki systemu nauki. O ile usprawiedliwienia twierdzeń zgłaszanych w pracach autorów z końca XIX wieku można doszukiwać się w fakcie, że podział funkcjonalny nie był wówczas jeszcze całkowicie ukształtowany (co zresztą nie wydaje się być najlepszym argumentem), a bariery między podsystemami – płynne, o tyle poglądy autorów przynależących do “prawniczego” nurtu w ramach powojennej socjologii prawa stoją już ostrym z nim konflikcie. Nauki prawne są chronicznie niezdolne do przeprowadzania obserwacji społeczeństwa jako całości, bowiem są związane rozróżnieniem legalne/nielegalne, a wszystkie pojęcia, którymi się posługują, stanowią re-entry tego rozróżnienia. Gdyby było inaczej, niemożliwe byłoby rozstrzygnięcie konfliktów, i realizacja funkcji prawa: posługując się metodami i technikami nauk społecznych można co najwyżej stwierdzić, jakie są te funkcje, a nie je realizować. Na gruncie teorii Luhmanna brak możliwości bezpośredniego rozwiązania tego problemu; co więcej, teoria ta wyklucza możliwość jego rozwiązania tradycyjną drogą. Nie można go rozstrzygnąć w sposób, który byłby najbardziej naturalny i który wydaje się najbardziej oczywisty, mianowicie w poprzez ufundowanie teorii prawa na podstawach socjologicznych. Socjologia prawa nie może też prowadzić bezpośredniego dialogu z naukami prawnymi. Musi pozostać obserwacją drugiego rzędu, która nie daje się zredukować do obserwacji, które stanowią przedmiot jej obserwacji. Tak jedno, jak i drugie rozwiązanie tego problemu prowadziłyby do konieczności uzgodnienia autonomii prawa jako praktyki i nauki z autonomią socjologii. Konieczne stałoby się nadanie twierdzeniom teorii prawa charakteru “socjologicznego”, względnie zredukowanie socjologii prawa do

prawa, osobowość prawna i temu podobne abstrakcyjne pojęcia. Fundamentalny problem binarności obserwacji znajdowałby, zdaniem Luhmanna, swoje (niedoskonałe) rozwiązanie w fundamentalnych problemach i pojęciach prawniczych. Por. także: G. Teubner, Sprawiedliwość alienująca. O dodatkowej wartości dwunastego wielbłąda, *Ius et Lex*, 1(1)/2002.

roli obserwatora, posługującego się rozróżnieniem legalne/nielegalne. To zaś wykluczałoby możliwość postrzegania teorii prawa jako mechanizmu refleksyjnego systemu prawnego, bądź socjologii prawa jako socjologii i nie jest możliwe ze względu na autopoiesis każdego z podsystemów, o które chodzi.

Warto zauważyć, że granica między obydwoma interesującymi nas dziedzinami, dająca się nakreślić na podstawie teorii Luhmanna, nie przebiega wcale wzdłuż najbardziej oczywistych podziałów. Nie jest to opozycja: socjologiczna, naukowa “prawda” versus prawnicze, nienaukowe “zafałszowanie rzeczywistości”. Tak nauki prawne, jak i socjologia prawa są, w świetle teorii Luhmanna “obserwatorami”: każdy z nich dokonuje obserwacji interesującego go obszaru otoczenia, posługując się właściwymi dla siebie narzędziami obserwacji (a jednocześnie – stwarzania rzeczywistości), ale żaden nie ma dostępu do rzeczywistości “jako takiej.” Żaden nie może zatem twierdzić, że zna jakąś ostateczną, niepodważalną prawdę. Zdobywcze poznawcze każdego z nich sprowadzają się do przebudowy własnych elementów: obserwacje są zawsze dokonywane “wewnątrz” obserwatora.

Różnica nie polega, również, na odmiennościach metodologicznych. Inaczej, niż twierdziliby przedstawiciele instytucjonalizmu, albo zwolennicy teorii dyskursu w stylu Jürgena Habermasa, nie da się nakreślić opozycji między naukami prawnymi, a socjologią prawa na podstawie tego, że ta ostatnia redukuje prawo do czystych faktów, a te pierwsze badają prawo dzięki jakiejś mutacji podejścia rozumiejącego.⁴² W przypadku Habermasa, mamy do czynienia z dążeniem do związania praktyki prawnej racjonalną komunikacją, do postrzegania prawa jako zjawiska dualnego: instytucji, odzwierciedlającej racjonalną komunikację w świecie przeżywanym i medium wymiany, pozwalające na koordynację działań. W przypadku instytucjonalnej teorii prawa jest to próba powiązania norm prawnych i przekonań i postaw jednostek za pomocą pojęcia instytucji. Tymczasem, zgodnie z perspektywą luhmannowską, teoria prawa nie może być, na mocy jakiegoś pokrewieństwa metodologii, krewniakiem *Verstehende Soziologie*.⁴³ Z drugiej strony, socjologia prawa nie może też wspierać hartowskiego rozróżnienia zewnętrznego i wewnętrznego stanowiska względem norm prawnych, przyjmując pokornie rolę zewnętrznego, obiektywizującego obserwatora. Nawet, jeśli metodologia nauk społecznych będzie podobna, to będzie stosowana do innych celów. W każdym przypadku, będzie to zawsze “rozumienie” w kategoriach właściwych obserwującemu systemowi, a nie docieranie do “natury” stosunków społecznych. W przypadku socjologii prawa, będzie to obserwacja zjawisk prawnych za pomocą pojęcia “społeczeństwo”, natomiast w przypadku systemu prawnego obserwacja systemu prawnego będzie dokonywać się za pomocą rozróżnienia legalne/nielegalne. Każdy z systemów obserwuje odmienny wycinek rzeczywistości, jest zainteresowany zupełnie czymś innym. Realizowanie tego celu przy użyciu rozmaitych narzędzi badawczych jest możliwe, ale to potrzeby teoretyczne decydują o sposobie wyboru metody, a nie odwrotnie. Celem Maxa Webera, gdy projektował swoją rozumiejącą socjologię, nie było wcale pojęcie normy czy jakiegokolwiek inne pojęcie, przydatne teorii prawa: jego celem było dokonanie opisu społeczeństwa, a dopiero w drugiej kolejności rozważanie i definiowanie prawa.

Nie jest to także różnica wynikająca z odmienności przedmiotu badania. Przedmiot badania socjologii prawa nie jest inny niż przedmiot badania teorii prawa. Teoria Luhmanna rozstrzyga konfuzję, do której

42 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M., 1990, s. 70 i n.

43 Zob. O. Weinberger, *op cit.*

doprowadziła się polska teoria prawa, proponując rozróżnianie różnych „płaszczyzn” badania prawa.⁴⁴ Płaszczyzny te miałyby, jak wiadomo, przejawiać się na poziomie tak ontologicznym, jak i metodologicznym. W ten sposób próbowano rozwiązać problem natury prawa: widziano je jako zjawisko jednocześnie językowe, społeczne, psychologiczne i aksjologiczne, co pozwalało prowadzić, za pomocą odmiennych metod badawczych, rozmaite dociekania na każdej z płaszczyzn osobno bez podawania w wątpliwość dociekań prowadzonych na pozostałych. Tą drogą miano dochodzić do wiedzy o prawie we wszystkich jego wymiarach, a poszczególne płaszczyzny miały być wobec siebie komplementarne. Rozwiązanie to prowadziło jednak do nowych problemów, a mianowicie, jak możliwe jest postrzeganie prawa jako jednolitego bytu, i co zrobić, gdy dochodzi do konfliktu między twierdzeniami wypracowanymi w ramach różnych płaszczyzn.⁴⁵ Teoria Luhmanna podpowiadałaby nam, że tego rodzaju rozwiązanie jest nie do przyjęcia, ponieważ próbuje się w nim wyeliminować odmienne instytucjonalne umiejscowienie każdej z płaszczyzn i odmiennosć zainteresowań, które stąd wynikają. Zgodnie z takim sposobem myślenia, teoria prawa staje się duchem, który może przenikać granice funkcjonalnie zróżnicowanych podsystemów, wcielać się jednocześnie w rolę wszystkich obserwatorów, ale samemu pozostawać neutralnym wobec zajmowanej pozycji poznawczej. Ponieważ jednak taki obserwator nie może, według Luhmanna, istnieć, także teoria prawa definiowana za pomocą płaszczyzn badawczych nie może istnieć jako zintegrowana dyscyplina, a problem związków pomiędzy poszczególnymi płaszczyznami musi pozostać nierozwiązany. Prawa nie można więc widzieć jako uniwersalnego bytu, a poszczególnych „płaszczyzn” jako badających jego rozmaite aspekty, które następnie można zintegrować w ramach „teorii prawa”. Prawo, postrzegane odmiennie w ramach poszczególnych płaszczyzn badawczych stanowi tylko i wyłącznie obserwacje prowadzone przez różne systemy, nie zaś „aspekty” tego samego bytu. Nie orzeka się tu nic o naturze prawa, nie dociera do jego bytu, ponieważ obserwacje te są zależne od struktury obserwatora, a nie struktury obserwowanego „obiekta”.

Wszystko to ma swoje skutki dla rozważanego przez nas problemu krytycznych i praktycznych zadań socjologii prawa. W świetle teorii Luhmanna, formuła socjologii prawa jako nauki, która ma być nie tylko opisowa, ale również praktyczna, formułować zalecenia i dyrektywy pod adresem praktyki prawa, jawi się jako formuła paradoksalna. By mogła być zrealizowana, socjologia prawa musi jednocześnie znaleźć się poza naukami prawnymi i w ich ramach, posiadać własną tożsamość i ją porzucić. Każda próba osiągnięcia takich związków między naukami społecznymi a naukami prawnymi, jakie zostały określone przez autorów w rodzaju Petrażyckiego czy Pounda, oznaczałaby przekroczenie granic wynikających ze zróżnicowania funkcjonalnego. Dotyczy to także najbardziej nośnej (i budzącej najwięcej kontrowersji) teorii, w której próbuje się powiązać socjologię prawa z ideą planowania społecznego, tj. socjotechniki Adama Podgóreckiego. Idea Podgóreckiego byłaby, mianowicie, próbą podporządkowania systemu prawnego i systemu politycznego wymogom wynikającym ze schematu skutecznego działania, a więc próbą wyniesienia systemu nauki na uprzywilejowaną pozycję w schemacie zróżnicowania funkcjonalnego. Dodajmy: próbą czerpiącą swoją prawomocność z określonej filozofii, zgodnie z którą istnieją obszary rzeczywistości nie dające się zredukować do elementów

44 Zob. K. Opałek, J. Wróblewski, Zagadnienia teorii prawa, Warszawa 1969, s. 326 i n., J. Wróblewski, O naukowości prawoznawstwa, PIP, 8-9/1965.

45 Z. Ziemiński zastępuje pojęcie „płaszczyzny” pojęciem „aspektów” „zjawisk prawnych”, wychodząc od pojmowania natury prawa jako jednolitej, co jednak nie rozwiązuje problemu. Por. Tenże, Problemy podstawowe prawoznawstwa, Warszawa 1980, s. 74 i n.

społecznego podziału pracy, a mianowicie neopozytywizmu. Podgórecki nie wskazywał jednak metod, które pozwalałyby osiągnąć pożądany przez niego stan rzeczy. Choć wypracował socjotechniki wprowadzania określonych rozwiązań społecznych, to brak mu było socjotechniki wprowadzania samej socjotechniki jako rozwiązania społecznego. Wynikało to, jak się zdaje, właśnie z przekonania, że możliwe jest badanie rzeczywistości społecznej na wzór nauk przyrodniczych, w sposób niezależny od umiejscowienia obserwatora w społeczeństwie. Mądrość Si-tiena wystarczała za legitymizację dla formułowania dyrektyw socjotechnicznych. W tym sensie, filozofia, która stała u podstaw teorii Podgóreckiego, wykluczała możliwość stworzenia produktywnej socjologii.

Można, rzecz jasna, próbować dochodzić do zbliżenia punktów widzenia obydwu dyscyplin, bez podporządkowywania jednej z nich drugiej. By jednak tak mogło się stać, konieczne jest dokonanie obserwacji, które będą tylko i wyłącznie obserwacjami każdego z podsystemów. Będą one, siłą rzeczy, stanowić reprodukcję tego systemu, jego autopoiesis: zbliżanie punktów widzenia będzie stanowić tyle przybliżanie, co oddalanie.⁴⁶ Zbliżenie może zatem polegać na podchodzeniu do płata z obydwu jego stron, ale nie: podaniu sobie rąk ponad nim. Poszukiwanie rozwiązania tą drogą wydaje się być całkowicie jałowe, prowadzi w najlepszym wypadku do regresu *ad infinitum*. Z drugiej strony, całkowicie zewnętrzne relacje między naukami prawnymi i naukami społecznymi, jakie wynikają z socjologii Luhmanna wydają się być nie do przyjęcia. Oznaczałyby one, co zakrawa na kolejny paradoks, że ostateczną zdobyczą socjologii prawa byłoby stwierdzenie, że nie istnieje możliwość oddziaływania na nauki prawne, oddziaływania, które miało być zasadniczą jej rolą. Rozwój socjologii prawa oznaczałby powolne zbliżanie się do tej, kończącej jej istnienie konstatacji. Jednocześnie jednak, zjawisko wyobcowania praktyki prawnej, także w kategoriach socjologii Luhmanna, staje się coraz bardziej istotne, i coraz lepiej widoczne. Czy więc powinniśmy ograniczyć się do diagnozowania choroby, i obrazowania jej przebiegu, nie podejmując żadnej działalności terapeutycznej? Albo też, w innych kategoriach: uznać, że weberowska żelazna klatka racjonalności została zamknięta? Takie podejście jest ze wszech miar niesatysfakcjonujące. Czy luhmannowska socjologia prawa dopuszcza więc jakieś inne, oprócz przyjęcia postawy czysto opisowej, rozwiązanie problemu? Możemy oczywiście odrzucić całą teorię z jej problemami, niemniej jednak problem ten wróci, gdy próbować praktycznego wpływania na działalność systemu prawnego. Strategia jej odrzucenia wydaje się zresztą o tyle nietrafna, że oznaczałaby konieczność zanegowania obserwacji, że współczesne społeczeństwa są podzielone funkcjonalnie.

Punktem wyjścia dla określania związków między naukami prawnymi a socjologią prawa powinno stać się, inaczej niż w przypadku tradycyjnej socjologii prawa, poszanowanie istniejących barier, wynikających ze zróżnicowania funkcjonalnego. W rozważanym przypadku, podobnie jak i w każdej innej sytuacji, mamy do czynienia z wielością punktów widzenia, które nie są wzajemnie na siebie przekładalne. Nic jednak nie stoi tu na przeszkodzie, by dokonywać socjologicznej, całkowicie zewnętrznej, obserwacji obserwacji dokonywanych przez system prawny. Obserwacje te mogą być dokonywane w kategoriach teorii socjologicznej i z tego powodu mogą pozwolić na dostrzeżenie specyfiki nauk prawnych i praktyki prawa na tle pozostałych podsystemów

46 Sam Luhmann wydawał się mieć, w tej kwestii, zdecydowanie bardziej optymistyczny pogląd niż autor niniejszego tekstu. Wydawał się być przekonany, że możliwa jest taka ewolucja systemu prawnego, która pozwalałaby teorii systemów autopoietycznych na odgrywanie jakiejś znaczącej roli w teorii prawa. Krytyka teorii Luhmanna, przeprowadzona przez teoretyków prawa zdaje się jednak przeczyć tym nadziejom. Zob. N. Luhmann, *Law as a Social System*, *Northwestern University Law Review*, 1-2(83)/1989, s. 368

społecznych. W terminach bliższych Luhmannowi: socjologia prawa tylko wtedy będzie mogła dostrzec to, czego system prawny nie widzi, jego ślełą plamkę, arbitralność rozróżnienia, które funduje wszystkie pozostałe rozróżnienia, gdy sama pozostanie poza obszarem tych nauk. Socjologia prawa może więc oceniać komunikację zachodzącą w kategoriach jej własnej, socjologicznej natury, i, z tą drogą, obserwować paradoksy, z którymi musi uporać się system prawny. Nie może brać udziału w autopoiesis systemu prawnego, ale może oceniać jego rozwój; nie może wypowiadać twierdzeń przydatnych naukom prawnym, ale może stwierdzać, jakie teorie i jaka związana z nimi praktyka jest dysfunkcyjna. Nie istnieje zatem możliwość socjologicznego ugruntowania teorii prawa, mającej jakiegokolwiek roszczenie do praktycznego zastosowania; o jej naturze będzie przesądzać to, że pozwala na redukcję złożoności za pomocą rozróżnienia legalne/nielegalne, nie zaś obserwacja społeczeństwa jako takiego – stąd, jej “socjologiczność” trzeba będzie ująć w cudzysłów. Możliwe jest natomiast komunikowanie obserwacji, które są dokonywane z punktu widzenia socjologii, dostrzeganie związków systemu prawnego z resztą społeczeństwa. W ten sposób, ustanowione zostaną warunki, jakich nie powinna przekraczać teoria prawa i praktyka prawa, by nie stawiać się w pozycji właściciela “dwunastego wielbłąda”, nie markować rozstrzygnięcia problemów, do których została powołana, a rzeczywiście je rozwiązywać. Dlatego socjologia prawa może być “negatywnym teoretykiem”, może wskazywać granice, w ramach których uprawianie nauk prawnych jest bezpieczne dla otoczenia społecznego, a kiedy staje się ono dysfunkcyjne. W tym sensie, może stanowić “irytację” dla tych nauk, ale nie może być im przewodnikiem.

Warto odnotować odmienną tego podejścia i innych, znanych sposobów rozwiązywania tego problemu. Inaczej niż w przypadku socjotechniki, ingerencja socjologii w życie społeczne (w tym także: socjologii prawa) będzie polegać wyłącznie na komunikowaniu obserwacji. Działalność socjologii w ogóle, a socjologii prawa w szczególności, będzie zatem stanowić praktykę całkowicie “nieagresywną”: sprowadzać się ona będzie do formułowania warunków, a nie próby “inżynierskiego” sterowania poczynaniami innych. Nie będą decydować o sposobie rozstrzygnięcia problemu, ani też nawet o tym, czy problem będzie, z punktu widzenia nauk prawnych, istotny. O tym przesądzać będzie wewnętrzna logika systemu prawnego, jego autopoiesis. Nie można widzieć w negatywnych twierdzeniach socjologii prawa żadnych petrażycańskich “telematów”. Nie może ona formułować dyrektyw celowościowych, nakłaniać do określonego obserwowania. Wynika to wprost z faktu, że nie ma ona dostępu do “obiektywnej” rzeczywistości, a jedynie obserwuje zjawiska zachodzące w jej otoczeniu przy użyciu własnego kodu. Nie może wiedzieć, w jaki sposób jakaś dyrektywa celowościowa zostanie zrealizowana przez system prawny, bo obserwacje tego systemu może jedynie rekonstruować we własnych kategoriach. Nie może znaleźć wspólnego języka z naukami prawnymi, sterować ich reprodukcją a jedynie obserwować ją we własnych kategoriach, dostrzegając ślełą plamkę komunikacji, której nie może widzieć system posługujący się kodem legalne/nielegalne. Z drugiej strony, siła socjologii prawa może wywodzić się właśnie z faktu, że nie jest ona w stanie ingerować w tok reprodukcji systemu prawnego. Jej oddziaływanie będzie tym silniejsze, w im mniejszym stopniu będzie starała się przyjmować postać teorii prawa. W tym większym stopniu będzie ona również akceptowalna dla nauk prawnych. Paradoks tożsamości socjologii prawa, który napotkaliśmy wyżej, można więc obrócić na jej korzyść.

Osobny problem stanowi to, w jaki sposób należy formułować owe rekomendacje, aby mogły być w najlepszy sposób absorbowane przez nauki prawne i praktykę prawa. Luhmannowska teoria socjologiczna

podpowiada, że będzie to możliwe, gdy unaocznic występowanie – nieuniknionych, ze względu na zamknięty charakter podsystemów – paradoksów, blokad komunikacji. Zobrazowanie paradoksu, uświadomienie go, będzie pozwalało na przyspieszenie refleksji w ramach podsystemu prawnego. Nie będzie natomiast przesądzało o tym, czy, i w jakim kierunku będzie podążała komunikacja. O tym musi decydować autopoiesis systemu prawnego. Procesu takiego nie można, w żadnym momencie w czasie, uznać za skończony. Deparadoksalizacja nie prowadzi przecież, jeśli uznać przedstawione wyżej twierdzenia Luhmanna, do likwidacji granic podsystemu, ale pozwala na dalszą komunikację. Stąd, stanowi ona jedynie usunięcie paradoksu z bieżącej reprodukcji systemu, ale nie – usunięcie samego paradoksu. W ten sposób nie można osiągnąć ostatecznego, a jedynie tymczasowe, rozstrzygnięcie problemu.

Warto zauważyć także, że nie istnieją żadne gwarancje, by tego rodzaju warunki mogły w naukach prawnych spotkać się z uznaniem. Mówiąc bardziej precyzyjnie: ktoś, kto posługuje się teorią socjologiczną dla określenia socjologicznych warunków uznawania operacji systemu prawnego za funkcjonalne, nie może takich możliwości dostrzegać. Może je rekonstruować w kategoriach socjologicznych, ale nie: wiedzieć jakie są. Rekonstrukcja ta będzie, z punktu widzenia systemu prawnego, całkowicie nieprzejrzysta. Inaczej mówiąc: istniejąca w danej chwili granica systemu prawnego, a co za tym idzie, jego autopoiesis, może nie tylko nie pozwalać na takie przekształcenie komunikacji, które zapewniałoby zgodność z warunkami wypracowanymi w socjologii prawa, ale, wręcz: dostrzeżenie ich, jako kwestii istotnych. Jak zauważa Luhmann, systemy wypracowują strategie ignorowania własnej niewiedzy, i niedostrzegania paradoksu, uzyskując tą drogą możliwość kontynuowania komunikacji, choćby nawet odbywało się to kosztem pozostałych podsystemów społecznych.⁴⁷ Pojawia się tu także dodatkowy problem, a mianowicie kwestia czasu i synchronizacji operacji obydwu interesujących nas systemów. Można twierdzić, że spóźniona recepcja stanowiska socjologiczno-prawnego jest warta równie niewiele, co jej brak. Z drugiej strony, nie istnieje możliwość równoczesnego wraz z operacjami dokonywania obserwacji tych operacji, zwłaszcza, jeśli obserwacje są dokonywane przez inny system. Z tego powodu, rekomendacje przedstawiane przez socjologię prawa muszą być zawsze nieco spóźnione. Nie mogą też być akceptowane z chwilą pojawienia się, bowiem oznaczałoby to, że są nietrafne.

Wydaje się jednak (jeśli zaakceptujemy powyższy, słaby sposób rozumienia słowa “wydaje się”), że zaobserwowanie twierdzeń wynikających z tej perspektywy leży w interesie samych nauk prawnych. Uzmysłowienie sobie paradoksu jest, naturalnie, trudnym zadaniem, ale przyczynia się do odblokowywania komunikacji w ramach systemu, umożliwia autopoiesis. Zasadniczym błędem socjologów prawa, błędem nie tylko teoretycznym ale i praktycznym było, moim zdaniem, to, że lekceważyli niezależność nauk prawnych i ich istotną rolę w dokonywaniu samoopisu systemu prawnego. Tylko wtedy, gdy błąd ten zostanie naprawiony, będzie możliwe stworzenie socjologicznej obserwacji zjawisk prawnych, a nauki prawne będą mogły dostrzec własną ułomność. To znaczy, będą mogły zaakceptować istnienie paradoksu, i nauczyć się go wykorzystywać.

Nauki prawne a problem integracji europejskiej

47 Por. N. Luhmann, *Ökologie des Nichtwissens*. [w:] tenże, *Beobachtungen der Moderne*. Opladen 1992, s. 149-220.

Uporawszy się z teoretycznymi wątpliwościami dotyczącymi pożytku socjologii prawa dla nauk prawnych możemy teraz powrócić do pytania zadanego na wstępie i zastanowić się, jak można wykorzystać powyższy sposób myślenia w związku z prawnymi problemami integracji europejskiej. To znaczy, opowiedzieć na pytanie, jaką konkretną rolę może odegrać socjologia prawa w nowej sytuacji nauk prawnych. Oczywiście, czyniąc to, trzeba zachować ostrożność. Zbyt wcześnie jest twierdzić, że przemiany prawa, zachodzące w ostatnich latach, zostały już ukończone. Procesy integracyjne są przecież dalekie od zakończenia: zapewne dopiero z chwilą, w której europejski porządek prawny przyjmie ostateczny kształt, możliwe będzie stworzenie odpowiedniej, nowej teorii prawa. Jest to pewien problem także dla zagadnienia podejmowanego w niniejszym tekście. Socjolog prawa może wszak jedynie obserwować komunikację prowadzoną w ramach systemu prawa ze swojej zewnętrznej perspektywy, a jego obserwacje zakładają uprzednie istnienie przedmiotu obserwacji.⁴⁸ Niemniej jednak, choć mamy do czynienia z nieukończonym, "otwartym" procesem społecznym, można przedstawić pewne rekomendacje.

Rozpocznijmy od udzielenia odpowiedzi na pytanie, jak możliwe jest postrzeganie integracji europejskiej z perspektywy socjologicznej. Znaczących rozstrzygnięć teoretycznych na tym polu nie ma zbyt wiele, mimo istnienia badań empirycznych o ponadnarodowym, porównawczym charakterze i znacznej wagi zagadnienia. Także Luhmann nie podejmował tej kwestii bezpośrednio. Socjologia posługuje się natomiast dwoma pojęciami: globalizacji i społeczeństwa światowego, które mogą stanowić dla nas inspirację. Luhmann nie posługuje się tym pierwszym pojęciem, ale zdaje się postrzegać to zjawisko jako przejaw integracji podzielonych granicami narodowymi społeczeństw zachodnich, element wytwarzania się społeczeństwa światowego.⁴⁹ Proces ten ma jednak taką właściwość (w czym należy upatrywać oryginalności koncepcji Luhmannowskiej), że odbywa się nie dzięki znoszeniu granic społeczeństw "regionalnych", narodowych, (bo zniesienie granic pomiędzy nimi już, według Luhmanna, nastąpiło) ale dzięki zwiększającej się koordynacji operacji poszczególnych, funkcjonalnie wyróżnionych podsystemów, wywodzących się z każdego z dawnych społeczeństw narodowych.⁵⁰ Można mówić, oczywiście, o różnicach regionalnych, pokrywających się z niegdysiejszym podziałem na poszczególne społeczeństwa, nie oznacza to jednak istnienia społeczeństw narodowych, a jedynie społeczeństwa światowego, zorganizowanego zgodnie ze wzorem centrum/peryferie. Koordynacja w ramach poszczególnych podsystemów społeczeństwa światowego jest możliwa dzięki procesowi koewolucji owych podsystemów, możliwej za sprawą zwiększających się z przyczyn technologicznych możliwości komunikacji, i wytwarzaniu się między nimi sprzężenia strukturalnego. Oznacza to, że proces koordynowania obserwacji poszczególnych obszarów regionalnych dokonuje się dzięki wzajemnej, dokonywanej niezależnie, obserwacji w kategoriach każdego z nich. Jeśli nie będą tego czynić, komunikacja z nimi będzie opierać się na logice wykluczenia, jeśli będą w stanie kooperować, wtedy zostaną włączone do głównego nurtu komunikacji prawnej. Polski system prawny obserwuje pozostałe systemy prawne w swoim otoczeniu, ale obserwacji tej dokonuje za pomocą rozróżnień właściwych mu ze względu na to, że zajmuje określoną pozycję w funkcjonalnie zróżnicowanym społeczeństwie polskim, jak również z racji samej

48 Precyzyjnie rzecz biorąc, zakładają istnienie obserwacji socjologicznej, która będzie stwierdzać zakończenie tego procesu.

49 Die Gesellschaft...s. 145 i n. W sprawie pojęcia globalizacji zob. tamże, s. 171 oraz s. 806 i n.

50 Die Gesellschaft..., s. 165 i n.

przynależności do społeczeństwa polskiego. Obserwuje swoje otoczenie za pomocą dwóch granic: granicy wynikającej z podziału pracy w ramach określonego społeczeństwa regionalnego, oraz granicy między tym społeczeństwem a jego otoczeniem. W zależności od tego, czy będzie w stanie dokonywać tych obserwacji w sposób zgodny z logiką całego światowego systemu prawa, znajdzie się na jego peryferiach, lub w jego centrum.

Dla rozważanego przez nas problemu oznacza to, że proces wytwarzania się społeczeństwa europejskiego nie polega, bynajmniej, na uproszczeniu relacji pomiędzy poszczególnymi społeczeństwami czy podsystemami biorącymi w nim udział. Przeciwnie, osiągnięcie wyższej koordynacji między poszczególnymi podsystemami wymaga wzrostu złożoności każdego z nich, jak również: ciągłego wzrostu złożoności nowopowstającego układu. Niezbędne jest, mianowicie, powstawanie wyspecjalizowanych obszarów obserwacji partnerów, a co za tym idzie, rozbudowania komunikacji w ramach podsystemów. Dopiero, gdy osiągnięty zostaje ten etap, możliwe jest wytworzenie wspólnego wszystkim systemu komunikacji, który będzie pozwalał na koordynację obserwacji tych podsystemów, ale nie: ujednoczenie owych obserwacji. Mamy do czynienia ze znaczną liczbą autonomicznych obszarów w ramach systemu prawnego, obszarów, które kooperują ze sobą za pomocą odrębnego od nich mechanizmu. Logika zróżnicowania funkcjonalnego na poziomie społeczeństw narodowych zostaje zastąpiona logiką zróżnicowania funkcjonalnego na poziomie paneuropejskim, jednak każdy z funkcjonalnie zróżnicowanych podsystemów "paneuropejskich" jest wewnętrznie zintegrowany (i zróżnicowany jednocześnie) za pomocą logiki centrum i peryferii. Złożoność na poziomie poszczególnych, integrujących się podsystemów musi być uzupełniona złożonością systemu, który je koordynuje. Wydaje się, że casus prawa europejskiego potwierdza powyższą spekulację: jego powstawanie nie prowadzi do likwidacji jakichś obszarów prawa, ale raczej ich rozbudowywania.

Wytwarzanie systemu światowego jest, według Luhmanna, procesem pierwotnie ekonomicznym, oraz związanym z rozwojem mediów komunikacji. Wzrost koordynacji dotyczy początkowo podsystemów ekonomicznych, a wszystkie pozostałe działania integracyjne stanowią wyraz obserwacji obserwacji tego podsystemu. Z tej przyczyny inicjatywa polityczna, zmierzająca do integracji nie stanowi żadnego przełomu, nie ustanawia żadnej nowej jakości. Nie jest impulsem prowadzącym do zmian, a zaledwie reakcją na przemiany ekonomiczne, w dodatku: reakcją spóźnioną. Z drugiej strony, jest oczywiście osiągnięciem, bowiem polega na odnalezieniu takich semantyk, które pozwalają na przekształcenie systemów politycznych poszczególnych społeczeństw narodowych w sposób, który będzie pozwalał na ich koordynację ponadgranicy narodowymi.

Tak jak żaden inny proces związany z wytwarzaniem sprzężeń strukturalnych, tak i procesy integracyjne nie będą prowadzić do sytuacji, w której każdy z zaangażowanych węzłów podsystemów utraci swoją tożsamość. Każda zmiana funkcjonalnie zróżnicowanych podsystemów, z definicji zamkniętych operacyjnie, będzie prowadzić do umacniania się ich odrębności. Także integracja europejska nie polega na budowaniu paneuropejskiego systemu prawnego, bowiem granice pomiędzy poszczególnymi podsystemami muszą być zachowane, jeśli podsystemy te mają dokonywać jakichś obserwacji innych podsystemów. Jeśli ma dojść do koordynacji ich operacji, muszą zachować zdolność samodzielnego operowania. Nawet, gdyby osiągnąć całkowicie nieprawdopodobną sytuację, w której mielibyśmy do czynienia z jednolitym w skali europejskiej prawem stanowionym, to operacje poszczególnych "narodowych" porządków prawnych byłyby i tak związane istniejącą w nich praktyką, byłyby systematycznie od siebie odmiennie. Odmiennie byłby doktryna, a przede

wszystkim praktyka prawa opierająca się na odmiennej tradycji kształcenia i interpretacji prawa. Podobne zjawiska dotyczą także nauki prawa. Należy jednak zauważyć, że tego rodzaju niemożności są dysfunkcjonalne względem powstającego społeczeństwa światowego. W ramach poszczególnych porządków prawnych, “społeczeństw” regionalnych, mogą one realizować istotne cele, mogą też pełnić funkcje ideologiczne. Jeśli jednak nie będą pozwalały na uczestniczenie w komunikacji w społeczeństwie światowym, będą szkodliwe z punktu widzenia pozostałych obszarów komunikacji w ramach danego społeczeństwa, nie pozwalając na modernizację. Upieranie się przy własnej tradycji spycha system prawny do roli peryferii, wykluczonej z komunikacji paneuropejskiej światowej.

Zastąpienie regionalnych podsystemów pojedynczym, zunifikowanym, europejskim systemem prawnym jest nie tylko niemożliwe, ale wszelkie próby takiego postępowania byłyby również niecelowe.⁵¹ Wynika to z faktu, że w każdym z dotychczasowych społeczeństw narodowych istnieją także inne niż prawo obszary życia. Ich także dotyczy podobna logikarozwoju, co systemu prawnego. Integrują się one ze sobą, co wymusza na nich wzrost złożoności, a tym samym: wzrost złożoności otoczenia poszczególnych systemów prawnych. W związku z tym, każdy z dotychczasowych narodowych podsystemów prawnych jest w coraz większym stopniu obciążony obowiązkiem dokonywania obserwacji najbliższego otoczenia, a nie tylko otoczenia wspólnego wszystkim podsystemom prawnym (tj: prawa europejskiego). Co więcej, każdy z nich musi robić to we właściwy sobie, wyznaczony dotychczasową tradycją, sposób. Gdyby robił to inaczej, stawałby się dysfunkcjonalny względem swojego otoczenia, uniemożliwiałby koordynację działań, ponieważ naruszałby ustalone sposoby obserwowania systemu prawnego przez systemy w swoim otoczeniu. Konsekwencje tego faktu, w tym także konsekwencje dotyczące systemu prawnego, są bardzo istotne. Systemy prawne znajdują się obecnie w sytuacji sprzecznych presji, oddziałujących na nie ze strony ich “lokalnego” otoczenia pozaprawnego, oraz “europejskiego” otoczenia prawnego. Muszą wypracować jednocześnie możliwości obserwowania lokalnej gospodarki czy polityki, i pozostawać w odpowiednich związkach z pozostałymi systemami prawnymi. Ich praktyka musi jednocześnie podlegać przekształceniom, i im nie podlegać. Można mieć wątpliwości, czy tradycyjna pojęciowość nauk prawnych może sprostać temu wyzwaniu. Inaczej mówiąc, mamy do czynienia z sytuacją, w której niektóre z pojęć wypracowanych przez tradycyjną teorię prawa przestają pozwalać na dokonywanie produktywnych obserwacji: jeśli pozwalają na obserwacje pod pewnym względem, to nie pozwalają na nie pod innym. Istnieje, rzecz jasna, możliwość odrzucenia tradycji w całości, i poszukiwania nowych semantyk. W takiej sytuacji, systemy staną się nieprzejrzyste dla samych siebie, będzie miała miejsce sytuacja, polegająca na zmniejszaniu się możliwości dokonywania obserwacji systemu przez jego samego.⁵² Z drugiej strony, istnieje konieczność posługiwania się jakimiś ich ekwiwalentami, bowiem wraz z postępowaniem integracji europejskiej umacniają się potrzeby dokonywania obserwacji o charakterze lokalnym. W takiej sytuacji możemy mieć jednak z brakiem możliwości, ponieważ im bardziej “tradycyjne” będą pozostawać europejskie podsystemy prawne, tym mniejsza będzie możliwość ich wzajemnej koordynacji, w tym większym stopniu będą one dla siebie nieprzezroczyste.

Dobrym przykładem tych problemów może być pojęcie suwerenności. W długiej tradycji europejskiej,

51 Por. Znaną (aczkolwiek nieco jednostronną) argumentację Pierre Legranda za pluralizmem europejskich porządków prawnych a przeciwko jednolitemu europejskiemu kodeksowi cywilnego, *Against European Civil Code*, *Modern Law Review*, 1(60)/1997.

52 Sytuacja taka grozi entropią. Zob. J. Staniszkis. *Władza globalizacji*, Warszawa 2003, s. 15 i n.

jest ono związane z możliwościami konkretnego postępowania, z imperium suwerena na określonym terytorium. Pojęcie to straciło, zapewne, swoje znaczenie dla nauk politycznych, niemniej jednak, funkcjonuje nadal jako pojęcie nauk prawnych. Z chwilą, w której następuje oddelegowanie części kompetencji państwa, takie możliwości ulegają zredukowaniu. Pewne decyzje są podejmowane na szczeblu ponadpaństwowym, wymagają osobnych procesów politycznych, nie dających się sprowadzić do procesów politycznych zachodzących wewnątrz państw narodowych. Z drugiej strony, natura związków między państwami członkowskimi UE a Unią świadczyłaby o czymś odmiennym. Brak uzasadnienia dla postrzegania Unii Europejskiej jako samoistnego państwa, obdarzonego własną suwerennością. Dla podejmowania jakichkolwiek decyzji potrzebne są procesy polityczne prowadzone w ramach państw członkowskich. Nie ma zatem możliwości, by uznać że wchodzące w jej skład państwa narodowe tracą swoją suwerenność; z drugiej jednak strony, brak też możliwości, by mówić, że są one nadal państwami suwerennymi. Nie można postrzegać także struktur europejskich jako państwa, które odbierałoby atrybut państwowości zrzeszonym w nich członkom. Mamy do czynienia ze zjawiskiem zupełnie innego rodzaju – sprzężeniem strukturalnym podsystemów politycznych i prawnych, wytwarzającym własną logikę postępowania, a w konsekwencji – stanowiącym byt *sui generis*. Problem, który się w ten sposób przejawia, polega nie na tym, że państwo traci – lub nie – swoją suwerenność, ale na tym, że samo pojęcie suwerenności staje się bezużyteczne. Obserwacja prowadzona przy jego użyciu prowadzi niechybnie do paradoksu, staje się blokadą komunikacji, i jako taka jest nieproduktywna.

Dobrą, pochodzącą z praktyki, ilustracją tego zagadnienia jest kwestia źródeł prawa. Problem ten objawił się na stosunkowo wczesnym etapie integracji, w związku z relacjami między państwami członkowskimi a UE. Jak wiadomo, zdanem ETS krajowe akty normatywne, włączając w to regulacje rangi konstytucyjnej, pozostają niżej w hierarchii źródeł prawa niż prawo europejskie, podczas gdy trybunały konstytucyjne: włoski i niemiecki były zdania, że normy rangi konstytucyjnej nie mogą podlegać ocenie z punktu widzenia zgodności z prawem europejskim. Trudno dostrzec tutaj rozwiązanie, jeśli pozostawać przy twierdzeniu, że konieczne jest znalezienie rozstrzygnięcia w kategoriach hierarchicznego podporządkowania jednego porządku prawnego drugiemu. Jeśli upierać się przy takim rozwiązaniu, to każdy z systemów dokona własnej obserwacji, ale nie będzie wiadomo, jak rozstrzygać konflikty. System napotka paradoks, a prowadzona w nim dotąd komunikacja zostaje zawieszona. Możliwe jest, oczywiście, rozwiązywanie tego rodzaju problemów na drodze legislacji. Jest to jednak niezbyt prawdopodobne, bo będzie wymagać istnienia większości parlamentarnych, które dobrowolnie pozbawią się możliwości podejmowania decyzji. Będzie to opisana wyżej sytuacja utraty tożsamości, co z kolei będzie prowadzić do dysfunkcjonalności. Co więcej, legislacja nie doprowadzi do oczekiwanych skutków, ponieważ wymogi będą prowadziły do swoistej dla poszczególnych podsystemów postaci interpretacji. Konflikty będą się zatem pojawiać także i w sytuacji, tyle, że będą występować w innej postaci. Jeśli natomiast próbować przeprowadzić “siłową” integrację porządku prawnego, stanie się on dysfunkcyjny względem lokalnych, narodowych podsystemów, innych niż system prawny. Problem ten można przełożyć także na grunt polski: przekonanie twórców konstytucji, że możliwe jest rozstrzygnięcie problemu relacji między źródłami prawa europejskiego a źródłami prawa polskiego (a co za tym idzie, także relacji polskiego i europejskiego systemu prawnego) opierało się na wadliwych przesłankach. Jak wiadomo, formułą kontyngencji, która była wystarczająco pojemna, aby pogodzić roszczenia tak systemów

prawnych państw członkowskich okazały się, co nie może być zaskakujące, prawa człowieka. Jest to moment, w którym dalsze rozważanie problemu wyrzucałoby autora niniejszego tekstu poza przyjętą przezeń konwencję. Próba odpowiedzi na pytanie, jak powinno widzieć się problem suwerenności do niego nie należy – jest to zadanie teorii prawa.

Innym przykładem może być pojęcie prawa jako systemu. W sytuacji, w której mamy do czynienia z pojawianiem się wielu odrębnych podsystemów pojęcie to przestało mieć jakieś objaśniające znaczenie. Oczywiście, istnieją dobre argumenty za tym, by twierdzić, że nie było ono nigdy szczególnie użyteczne. Dowodzi tego, jak się zdaje, choćby liczba “anomalii” pojawiających się w sytuacji, gdy brak instytucjonalnego zabezpieczenia dla jednolitości orzecznictwa. Pojawienie się problemu prawa europejskiego może jedynie to zjawisko spotęgować. Wszelkie operacje systemu prawnego będą dokonywane przy zachowaniu regionalnych podziałów w ramach podsystemu, a zatem normy istniejące w różnych jego obszarach będą odmienne. Oczywiście, możliwe jest domaganie się, w jakiejś słabszej formie, utrzymanie związków rozmaitego rodzaju pomiędzy normami, na podstawie których rozstrzyga się rozmaite spory w europejskiej przestrzeni prawnej. Próbuje się je uratować, zastępując wymóg niesprzeczności wymogiem koherencji, czy, w kategoriach dworkinowskich, integralności. Mocne założenie, jakie zdają się czynić tego rodzaju teorie brzmi następująco: można mówić o jakiejś moralnej, etycznej czy opierającej się pierwotnej wobec prawnej, integracji społeczeństwa, można postrzegać prawo jako instytucję “wyrastającą” wprost ze spójnej praktyki, (dyskursu ?) której ma służyć. Problem jednak w tym, że istnienie tego rodzaju integracji jest zakładane *a priori*, a nie dowodzone. Mamy tu do czynienia z typowym myśleniem teleologicznym istnienie prawa wymaga uprzedniej integracji społecznej, w związku z czym należy przyjąć za dobrą monetę jej istnienie i uwzględnić w procesie stosowania prawa. Tego rodzaju rozumowanie, jest, rzecz jasna, do przyjęcia w ramach normatywnej teorii czy filozofii prawa.

Powstaje jednak pytanie, do czego będzie prowadzić tego rodzaju postrzeżenie rozwijającego się ładu prawnego. Komunałem stało się już stwierdzenie (i znajduje ono potwierdzenie w wyżej przedstawionym rozumowaniu), że procesy globalizacyjne i integracja europejska mają dwoisty charakter: polegają jednocześnie na powstawaniu ponadnarodowych mechanizmów integracji, ale, jednocześnie, doprowadzają do umacniania mniejszych wspólnot niż narody, pozwalają na odnajdywanie odrębności i tożsamości innych niż wynikające z przynależności narodowej. Wypada więc zapytać, o czyją racjonalność i czyją moralność chodzi. W każdym przypadku, będą one obserwacjami każdego z regionalnych podsystemów europejskiego podsystemu prawnego. Jeśli więc uznać, że chodzi o lokalną (anglosaską czy niemiecką) moralność i racjonalność, to pojęcie integralności (albo koherencji) traci sens: mamy wówczas do czynienia z sytuacją braku koordynacji między poszczególnymi podsystemami regionalnymi. Jeśli uznać, że mamy do czynienia z uniwersalną moralnością i racjonalnością, to stajemy przed problemem zalegalizowanej przemocy centrum nad peryferiami, sytuacją, w której pojęcia porządkujące cały system nie zdają relacji z całej jego złożoności. I w jednym i w drugim przypadku mocne roszczenie do niesprzeczności zostaje zastąpione słabym, ale w każdym przypadku mamy do czynienia z próbą metafizycznego uzasadnienia porządku prawnego, które zapoznaje fakt, że stanowi obserwację konkretnego systemu o konkretnej historii. W pierwszym przypadku, poszczególne fragmenty podsystemu będą funkcjonalne tylko względem swojego najbliższego otoczenia, ale całość nie będzie

skoordynowana, w drugim: będą funkcjonalne względem siebie, ale nie: swojego najbliższego otoczenia. Po drugie, jak powiedzieliśmy, integracja europejska jest raczej przyczyną zwiększania się różnorodności zjawisk pojawiających się w otoczeniu podsystemów prawnych, nie zaś – ich unifikacji. Wymaga to wypracowania odpowiednich mechanizmów obserwacyjnych w ramach systemu prawnego, stanowi więc problem także dla samego systemu, a nie tylko dla jego otoczenia. W przeciwnym przypadku, złożoność systemu może nie być wystarczająca, a teoria prawa może odgrywać rolę hamulcowego przemian. Z drugiej strony, złożoność może wymknąć się spod kontroli, stać się zbyt wielką, by możliwe było postrzeganie systemu jako jednolitego, i mówienie o “prawie europejskim”. W takiej sytuacji, teoria prawa przestanie mieć jakiegokolwiek znaczenie. Problemu integracji europejskiej w dziedzinie prawa nie należy więc postrzegać w kategorii spójności systemu, ale raczej koordynacji poszczególnych narodowych podsystemów prawnych. Gdybyśmy chcieli utrzymywać wizję prawa jako zintegrowanego (lub choćby: koherentnego) systemu, zwiększalibyśmy skalę dobrze widocznych już dziś dysfunkcjonalności prawa względem jego otoczenia, i skalę dysfunkcjonalności teorii prawa względem praktyki. Prawo stawałoby się w coraz większym stopniu dysponentem (i zakładnikiem !) dwunastego wiekblada.

Wnioski

Pojawienie się przed naukami prawnymi w ogóle, a teorią prawa w szczególności nowych wyzwań związanych z integracją europejską i dalszym umacnianiem się paneuropejskiego porządku prawnego, stanowi wyzwanie także dla socjologii prawa. Nie chodzi tylko o to, że pojawiają się nowe, nieznane do tej pory obszary badawcze, ani też o to, że zachodzi potrzeba przyjrzenia się koncepcjom teoretycznym, które dotąd uznawano za trafne. Przekształcenia, które mają miejsce w systemie prawnym, związane z procesami integracyjnymi, stawiają przed socjologią prawa także pytania innego rodzaju, dotyczące jej relacji do nauk prawnych. Nie jest to problem nowy, ale dzięki nowemu kontekstowi zostaje postawiony w sposób radykalny; w im większym stopniu nauki prawne będą dostrzegać konieczność przemian teoretycznych, tym bardziej wyraźnie niniejszy problem będzie jawił się socjologii prawa.

Okazuje się, że by socjologia prawa mogła wchodzić w sensowne interakcje z systemem prawnym, musi pozostawać poza nim. Musi być wierna swoim korzeniom jako socjologii – w odmiennym przypadku zawsze będzie sprowadzać się do jakiejś wersji niesocjologicznej teorii prawa, ograniczonej, gdy chodzi o możliwości obserwowania społeczeństwa. Jednocześnie jednak, ma być wierna swojej roli jako doradcy nauk prawnych, ma wskazywać ich zaniedbania i usterki.⁵³ Stoi więc przed dylematem, którego bezpośrednie rozwiązanie nie jest możliwe. Socjologia prawa będzie mogła funkcjonować tylko wtedy, gdy wytworzy się rodzaj sprzężenia strukturalnego (czy, jak powiedziałaby Teubner, systemu produkcji) między socjologią a naukami prawnymi. Będzie to relacja o charakterze czysto “zewnętrzny” - socjologia prawa nie będzie mogła brać udziału w dyskusjach teoretycznych, prowadzonych w ramach nauk prawnych – będzie mogła stanowić jedynie “irytację”

53 Wypada tu podkreślić, że nie oznacza to, bynajmniej, jakoby z jakichś przyczyn socjologia prawa miała dostęp do wiedzy pewnej. Dysponuje ona, jedynie, możliwością odmiennego obserwowania rzeczywistości, który pozwala jej zaobserwować prawo jako zjawisko społeczne, a nie: że ma wyłączność na jego obserwowanie. Nie oznacza to także, by nie było możliwe obserwowanie usterek w obserwacjach socjologicznoprawnych.

dla swojego partnera, ale nie – bezpośrednio kształtować treść twierdzeń wygłaszanych w ramach wewnętrznej refleksji systemu prawnego i praktyk w nim podejmowanych. Może być “negatywnym teoretykiem”, pokazywać konsekwencje pozostawania przy określonych punktach widzenia, albo wprowadzania w życie nowych. Wtedy, i tylko wtedy, będzie możliwe zachowanie jej tradycyjnej roli wobec do nauk prawnych, i, jednocześnie poszanowanie autonomii tych ostatnich. Tylko wówczas możliwe będzie wypracowanie takiej teorii prawa i takiej praktyki dla nowego ładu prawnego, która jednocześnie będzie społecznie funkcjonalna, i użyteczna z punktu widzenia nauk prawnych. Trzeba zauważyć, w duchu całkiem Luhmannowskim, że taka sytuacja jest stanem dość nieprawdopodobnym. Być może, warunki wykluczają możliwość dojścia do takiej sytuacji. Jej osiągnięcie wymaga ewolucji obydwu systemów, czasu, i zaangażowania obydwu stron. Idea i praktyka integracji europejskiej powinna być więc pouczająca z jeszcze jednego, nie wspomnianego wyżej, powodu: pokazuje, że możliwa jest kooperacja między podmiotami, o których dotąd sądzono, że pozostają w konflikcie i że muszą w nim pozostawać.