

Dr Jan Winczorek
Katedra Socjologii Prawa
WPIA UW

Niklas Luhmann

Na tle innych autorów, których idee są przedstawiane w niniejszym zbiorze, Niklas Luhmann był postacią nietypową. Nie tylko nie był on filozofem prawa ale nawet - przez większą część życia - prawnikiem. Jego zawodowe związki z prawem ograniczały się do ukończenia studiów prawno-administracyjnych, i wykonywania przez kilkanaście lat obowiązków urzędnika. Luhmann był natomiast socjologiem, i to jednym z najwybitniejszych w ciągu ostatnich kilku dekad. Jego celem naukowym było opracowanie teorii socjologicznej, która pozwalałaby wyjaśnić wszystkie zjawiska społeczne zachodzące we wszystkich – istniejących i przeszłych – społeczeństwach, i to niezależnie od ich złożoności czy skali. Do ostatecznego zrealizowania tych ambitnych zamierzeń przybliżał się przez kilka dziesięcioleci, a udało mu się je ostatecznie osiągnąć wraz z opublikowaniem w 1997 roku ponad tysięcznocyfrowego opus magnum pt. "Die Gesellschaft der Gesellschaft". Jego dorobek socjologiczny obejmuje prace poświęcone najrozmaitszym obszarom życia społecznego, od polityki i gospodarki, przez religię i sztukę, do miłości i obyczajów.

Szczególnie wiele miejsca Luhmann poświęcił jednak w swoich pracach prawu, rozumianemu jako zjawisko społeczne i jeden z wielu elementów składających się na społeczeństwo. Interesowało go tu właściwie wszystko, od ewolucji i historii prawa, przez jego specyficzne współczesne formy, po rolę i tematy teorii prawa. Jego koncepcje w socjologiczno- i teoretycznoprawne przyniosły mu chyba największy rozgłos i najmocniej angażowały polemistów, krytyków i naśladowców. Teoria Luhmanna stała się nawet podwaliną całego ruchu w tych dyscyplinach, określanego niekiedy (choć błędnie) mianem "autopoietic law". To właśnie te okoliczności sprawiają, że Luhmanna nie może zabraknąć w żadnym kompletnym opracowaniu niemieckiej teorii i filozofii prawa ostatnich kilkudziesięciu lat.

Rys biograficzny

Od większości autorów przedstawianych w niniejszym zbiorze Luhmann odróżnia się jednak nie tylko specyfiką spojrzenia na prawo, ale także osobliwym przebiegiem drogi życiowej i kariery naukowej. Jak to zostało powiedziane, Luhmann był z wykształcenia

urzędnikiem. Urodził się w 1927 r. w Luneburgu w południowych Niemczech, miał dwóch braci. Jego rodzice byli właścicielami niewielkiego browaru, nie przynoszącego jednak wielkich zysków. W Luneburgu Luhmann spędził dzieciństwo i młodość. Studia rozpoczął z opóźnieniem wskutek udziału w działaniach wojennych w charakterze "Luftwaffehelfer" (w związku z czym został nawet internowany). Po ukończeniu studiów podjął pracę w zawodzie, a jego kariera akademicka rozpoczęła się z dużym opóźnieniem – pierwsze stanowisko naukowe uzyskał dopiero w 1962 r. tj. w wieku 35 lat. Stało się to za sprawą stypendium dla urzędników na uniwersytecie Harvarda, które otrzymał w 1960 r., w celu studiowania nauki o administracji. Prawdziwym celem Luhmanna było jednak nawiązanie współpracy z Talcottem Parsonsem, gwiazdą ówczesnej socjologii, rozwijającym systemową, strukturalno-funkcjonalną teorię socjologiczną. Współpraca ta, a także wcześniejsze zainteresowania Luhmanna rozwijane poza instytucjami akademickimi pozwoliły mu na otrzymanie, po powrocie do Niemiec, stanowiska w Szkole Administracji Publicznej w Speyer.

W 1967 r., po epizodach w innych instytucjach naukowych, Luhmann objął, dzięki wstawiennictwu innego znanego socjologa tamtych czasów, Helmuta Schelsky'ego, profesurę w dziedzinie socjologii na nowoutworzonym uniwersytecie w Bielefeld. Stało się to w nietypowych okolicznościach, ponieważ nie prowadząc "zwykłej" kariery akademickiej Luhmann nie posiadał stopni ani tytułów naukowych. Na początku lat sześćdziesiątych opublikował jednak dwie książki z dziedziny nauki administracji, które, za wstawiennictwem Schelsky'ego, zaliczono mu w przeciągu kilku miesięcy jako kolejno doktorat i habilitację z socjologii.

Na stanowisku profesora socjologii w Bielefeld Luhmann pozostał do emerytury w 1993 r. W tym czasie opublikował większość z kilkudziesięciu swoich książek, w tym kilka poświęconych wyłącznie lub w większości prawu, oraz niezliczoną liczbę mniejszych tekstów. Wysiłek włożony w ich przygotowanie był bez wątpienia tytaniczny, a tryb życia Luhmanna - bez reszty poświęcony tworzeniu teorii. Było to źródłem szczególnej legendy. Często wspomina się, między innymi, olbrzymie archiwum Luhmanna, zawierające notatki z rozmaitych lektur, uporządkowane w rodzaj hipertekstu, które pozwalało mu kompetentnie wypowiadać się na niezwykle zróżnicowane tematy. Luhmann zmarł 6 listopada 1998 r.

Choć idee Luhmanna budziły i budzą kontrowersje, był postacią powszechnie szanowaną, a jego dzieła doczekały się licznych przekładów. W Niemczech jego prace nagrodzono min. nagrodą Heglowską, a jego imieniem nazwano liceum w miejscowości Oerlinghausen koło Bielefeld, gdzie mieszkał przez większą część życia. Choć nie

zbudował własnej szkoły naukowej, jego idee są kontynuowane przez dość aktywne grono naśladowców. Rozwijaniu myśli Luhmanna służy, między innymi, czasopismo "Soziale Systeme" założone przez jego współpracowników.

Przedstawienie dorobku Luhmanna w dziedzinie socjologii i teorii prawa należy rozpocząć od ogólnych informacji na temat założeń jego teorii. Działalność naukowa Luhmanna była bowiem niezwykle systematyczna. Opierała się na twierdzeniach ogólnej teorii systemów, od końca lat siedemdziesiątych rozwijanej przez Luhmanna w duchu koncepcji *autopoiesis*, stworzonej kilka lat wcześniej przez chilijskich biologów Varełę i Maturanę. Jej założenia Luhmann wykorzystywał dla rozważania ogólnych problemów teorii socjologicznej. Teoria socjologiczna była dlań z kolei podstawą dla dociekań nad poszczególnymi zagadnieniami życia społecznego, w tym także prawa. Teoria i socjologia prawa Luhmanna należą więc zaledwie do trzeciego, najmniej abstrakcyjnego poziomu jego prac i nie są samodzielne. Wszelkie tezy stawiane w ich ramach są bezpośrednio zależne od tez postawionych na poziomach niższych i stanowią ich zastosowanie.

Twierdzenia Luhmanna są więc mało zrozumiałe, a często niezbyt przekonujące, jeśli analizuje się je w oderwaniu od dwóch wielkich tradycji w dwudziestowiecznej nauce, jakimi są ogólna teoria systemów i teoria socjologiczna. Warto o tym pamiętać zwłaszcza stawiając jego teorii zarzuty. Częstym błędem krytyków Luhmanna jest bowiem to, że usiłują podważyć jego tezy dotyczące konkretnych zagadnień nie dostrzegając faktu, że tezy te wywodzą się z ogólniejszych założeń teoretycznych i są przez nie wspierane. Zdarza się również, że nieznanostwo kontekstu szczegółowych tez Luhmanna uniemożliwia czytelnikom dotarcie do prawdziwego sensu jego myśli.¹

Pojęcie systemu

Podstawową kategorią teorii Luhmanna jest "system". Przedstawienie go nie jest jednak rzeczą prostą, ponieważ wymaga odwołania się do innych założeń jego teorii, i wskazania nie tyle definicji tego pojęcia, co warunków możliwości wypowiedzania się na temat systemów. Myślenie odwołujące się do figury systemu zakłada mianowicie, w wersji luhmannowskiej, odrzucenie tradycyjnej, dwuwartościowej logiki opierającej się na zasadzie wyłączonego środka i uznającej twierdzenia paradoksalne za przejaw błędów w

1 Może to być udziałem polskiego czytelnika jego prac. Dotychczas wydano w Polsce trzy przekłady książek Luhmanna - "Teorię państwa bezpieczeństwa socjalnego" (tłum. G. Skąpska), "Funkcję religii" (tłum. D. Motak) i "Semantykę miłości" (oryg. *Liebe als Passion*, tłum. Jerzy Łoziński). Wszystkie one należą one jednak do wspomnianego wyżej, najmniej abstrakcyjnego poziomu jego prac, i nie pozwalają na zapoznanie się z bardziej podstawowymi tezami jego teorii.

rozumowaniu. Luhmann przyjmuje także szczególne stanowisko epistemologiczne, nazywane przez siebie radykalnym konstruktywizmem.

Systemy nie więc, według Luhmanna, jakimiś substancjalnymi bytami, obiektami w rzeczywistości, które można poznawać z perspektywy niezaangażowanego podmiotu, i które istnieją niezależnie od niego. Ich istnienie może być stwierdzone tylko przez obserwatora o określonych własnościach, co niejako zakłada wcześniejsze jego istnienie. Systemy stanowią bowiem konstrukcję obserwatora, nie zaś przedmiot poznania, a wypowiedzanie się o nich nie zakłada żadnego stanowiska ontologicznego. Nie są one też empirycznie poznawalne, a przynajmniej nie w takim sensie, jaki pojęciu „empiryczny” przypisuje się tradycyjnie w filozofii. Z drugiej strony, choć o istnieniu systemów nie można sensownie się wypowiedzieć, mogą one jawić się obserwatorowi jako obiektywnie istniejące.

W konsekwencji, przez „system” Luhmann rozumie różnicę między systemem a otoczeniem. Jest to więc relacja między systemem a wszystkim, co nim nie jest, ustanawianą przez obserwatora. System nie tyle więc istnieje w jakimś otoczeniu, co jest od niego odróżniany. W tym też sensie jest on pozbawiony samodzielnej tożsamości – istnieje tylko “w odniesieniu” do otoczenia. Co istotne, obserwatorem dokonującym takiego rozróżnienia może być albo system o który chodzi, albo inny system. W tym pierwszym przypadku obserwator nakreśla więc granicę między samym sobą a wszystkim co nim nie jest. W tym drugim dokonuje rozróżnienia systemu w otoczeniu poza samym sobą, tj. rozróżnia samego siebie jako system od systemu w swoim otoczeniu.

Z powyższych wywodów wynika więc, że pojęcie systemu jest samozwrotne, odsyła samo do siebie. Omawiana definicja systemu zakłada wcześniejsze zdefiniowanie tego pojęcia. Z punktu widzenia tradycyjnej logiki, taka definicja jest, oczywiście, obciążona błędem *idem per idem*. Luhmann nie popełnia jednak tego błędu w sposób nieświadomy, a przeciwnie, przyjmuje pogląd, że teoria systemów musi opierać się na akceptacji paradoksów, takich jak paradoks samoodniesienia definicji systemu do definicji systemu, nie zaś ich odrzuceniu. Tylko w takim przypadku mówienie o systemach jest bowiem, jego zdaniem, w ogóle możliwe. Jeśli natomiast zaakceptuje się stanowisko przeciwne, niemożliwe będzie postrzeganie obserwatora stwierdzającego istnienie systemu jako właśnie systemu. W konsekwencji, konieczne stanie się przyjęcie fikcji, że obserwator opisujący rzeczywistość znajduje się poza tą rzeczywistością.

Własności systemów

Tak rozumianym systemom Luhmann przypisuje szereg istotnych własności. Po pierwsze, systemy mają, w jego rozumieniu, charakter samoreprodukujący się. Konieczność odniesienia do samego siebie, jakie zakłada *pojęcie* systemu, jest również udziałem samych *systemów*. Dokonanie przez system jakiegokolwiek obserwacji jest mianowicie zależne od możliwości rozróżnienia przezeń między samym sobą a swoim otoczeniem. Rozróżnienie to funduje system, jest podstawą jego istnienia (Luhmann nazywa je rozróżnieniem wiodącym – Leitdifferenz). Istnienie systemu zakłada więc konieczność samoodniesienia, a dokonanie kolejnych obserwacji przez system (np. rozróżnienia kolejnych systemów w swoim otoczeniu) jest zależne od dokonania owego fundującego rozróżnienia i ciągłego odnoszenia się do niego.

Systemy mają – w związku z tym - naturę ewolucyjną. Dokonanie każdego kolejnego rozróżnienia jest możliwe tylko *wskutek* wcześniejszego dokonania innych rozróżnień (np. rozróżnienie dwóch typów systemów w otoczeniu określonego systemu, przez ten system, zakłada istnienie w tym systemie rozróżnień system/otoczenie i system-w-otoczeniu/reszta-otoczenia). Dokonując dowolnej obserwacji - w tym także obserwacji swojego otoczenia - system obserwuje zatem dokonane wcześniej, własne obserwacje. Tym samym, dokonanie przez system jakiegokolwiek obserwacji oznacza dokonanie samoobserwacji, tj. zreprodukowania wcześniej dokonanych obserwacji w nowej formie. System nie może wykroczyć poza obserwacje, których już dokonał, czy z nimi zerwać, ponieważ oznaczałoby to niemożność dokonywania jakichkolwiek obserwacji, a w konsekwencji jego zniesienie. Jeśli więc system istnieje, reprodukuje własne operacje. W analogiczny sposób system się zmienia – selektywnie reprodukując swoje obserwacje.² Takie zamknięcie systemu w cyklu odnoszących się do siebie obserwacji Luhmann, za wspomnianymi już Varełą i Maturaną, nazywa autopoiesis. Zgodnie ze znaną definicją tego terminu, systemy autopoietyczne to takie, które wytwarzają elementy z których się składają, z elementów z których się składają.

Po drugie, systemy są według Luhmanna zamknięte operacyjnie i otwarte kognitywnie. W odróżnieniu od klasycznej teorii systemów Luhmann odrzuca więc rozróżnienie systemów otwartych i zamkniętych (tj. przetwarzających elementy znajdujące się w ich otoczeniu lub nie). Twierdzi natomiast, że choć do systemów nic nie wchodzi i nic z nich nie wychodzi (ani materia, ani energia), to są one w stanie dokonywać obserwacji zjawisk zachodzących w swoim otoczeniu. Dokonując kolejnych obserwacji systemy wytwarzają swojego rodzaju odwzorowanie swojego otoczenia, przekształcając strukturę

² Luhmann mówi w tym kontekście o trzech niezależnych mechanizmach ewolucji systemów: wariacji, rekombinacji, i selekcji. Brak tu jednak miejsca na przedstawienie tego zagadnienia.

dokonanych już rozróżnień. Struktura rozróżnień składających się na system stanowi zatem „refleks” struktury otoczenia. Co więcej, dokonanie przez system jakiejś obserwacji może, wskutek istnienia określonej jego struktury, być „zmuszonym” do dokonywania obserwacji kolejnych. Stąd też, obserwując swoje otoczenie system w istocie obserwuje sam siebie, jednak fakt dokonywania samoobserwacji w przypadku każdej obserwacji pozostaje przed nim ukryty.

Po trzecie, samoodnoszące się systemy napotykają, gdy chodzi o możliwości dokonywania obserwacji, na dwojakie ograniczenia. Z jednej strony, nie są one w stanie dokonać obserwacji samych siebie jako jedności. Trzeba zauważyć mianowicie, że zaobserwowanie systemu jako systemu przez sam system musiałoby polegać na zaobserwowaniu rozróżnienia system/otoczenie jako czegoś, co nie jest rozróżnieniem, jednak za pomocą rozróżnienia system/otoczenie. Jej dokonanie nie jest więc możliwe, bo ma charakter paradoksalny: warunki możliwości jej dokonania (istnienie fundującego system rozróżnienia system/otoczenie) stanowią jednocześnie warunki jej niemożliwości (niemożliwe jest zaobserwowanie rozróżnienia system/otoczenie jeśli nie dysponuje się innym rozróżnieniem niż właśnie to).

Wynika stąd, że fundamentalnej konieczności samoodnoszenia towarzyszy fundamentalna niemożność jej dokonywania. Systemy dokonują obserwacji – i w wytwarzają swoje elementy – dokonując samoodniesienia, jednak nie mogą tego robić. Paradoks – przyjmujący w różnych systemach różne szczegółowe postaci – jest rozumiany przez Luhmanna jako zjawisko blokujące reprodukcję systemu – jego zaobserwowanie stanowi symptom niemożności dokonania określonej operacji. Luhmann twierdzi tu jednak, że system musi w jakiś sposób rozstrzygnąć problem paradoksalnych obserwacji, i że istniejące systemy radzą sobie z tym przez produkowanie obserwacji, które, choć nie znoszą paradoksu, to ukrywają go. Dzieje się tak za sprawą „rozkładania” paradoksu, tj. dokonywania obserwacji jednej z jego stron w taki sposób, aby jawiła się jako rozróżnienie, nie zaś jako jedność. Zgodnie z tym co zostało już powiedziane, systemy istnieją dopóty, dopóki ich struktura pozwala na dokonywanie takich operacji. Jeśli blokada reprodukcji systemu w postaci paradoksu nie zostanie „rozłożona”, system nie będzie się reprodukować. W tym sensie, obserwacje dokonywane przez system dokonują się od wystąpienia paradoksu do kolejnego paradoksu, a paradoks jest „siłą napędową” istnienia systemów.

Z drugiej strony, systemy można według Luhmanna opisać za pomocą pojęcia złożoności. Wytwarzając kolejne elementy z których się składają, systemy mogą zwiększać swoją złożoność, bo dodają kolejne obserwacje do już istniejących. Nie mogą

jednak czynić tego w sposób nieograniczony, ponieważ dokonanie kolejnych obserwacji zakłada odniesienie do już dokonanych obserwacji. W sytuacji w której złożoność systemu jest tak wielka, że niemożliwe staje się zaobserwowanie relacji między poszczególnymi, wcześniejszymi obserwacjami, dokonywanie kolejnych obserwacji nie jest możliwe. System jest więc skazany na dokonywanie redukcji złożoności, to jest dokonywania swoich obserwacji, w sposób, który nie prowadzi do nadmiernego wzrostu złożoności samego systemu. Dlatego obserwacje systemu oddają złożoność otoczenia w sposób niedoskonały. Obserwacje systemu są więc z zasady mniej złożone niż obserwowane przez nie „obiekty”.

Po czwarte, wiąże się z tym kolejna własność systemów. W zależności od tego, jaka jest złożoność systemu i sposób jej organizacji (a więc – w zależności od tego, jak przebiegały dotychczasowe obserwacje systemu), w taki sposób system dokonuje kolejnych obserwacji. Oznacza to, że obserwacje dokonywane przez poszczególne systemy są zasadniczo odmienne, ponieważ historia każdego z nich jest nieco inna. Każdy z systemów obserwuje więc swoje otoczenie – i samego siebie – w inny sposób niż pozostałe. Każdy ma swoją specyfikę, która określa możliwości dokonywania kolejnych operacji, i decyduje o tożsamości systemu. Z zasady wykluczona jest więc sytuacja zgodności obserwacji poszczególnych systemów, a zatem, możliwość występowania przekładalności ich perspektyw. Dla siebie nawzajem systemy są więc czarnymi skrzynkami – nie są w stanie zredukować złożoności swojego alter ego, choć mogą go obserwować właśnie jako alter ego. Choć więc systemy w rozumieniu Luhmanna nie są odcięte od otoczenia – bo mogą je obserwować - to są zamknięte także w tym znaczeniu, że ich kognitywna otwartość nie pozwala na „przenoszenie” obserwacji z jednego systemu do drugiego.

Systemy społeczne

Tak rozumiane systemy są przez Luhmanna dzielone na kilka podtypów. Najbardziej ogólne kryterium podziału stanowi to, czy chodzi o systemy przetwarzające „sens” czy też nie. Za systemy spełniające ten warunek Luhmann uznaje dwa ich rodzaje: systemy psychiczne i systemy społeczne, zaś za systemy które sensu nie przetwarzają – systemy mechaniczne i biologiczne. Jego wypowiedzi koncentrują się, oczywiście, na systemach społecznych, a do problematyki systemów psychicznych odnosi się jedynie sporadycznie. Mają one, zdaniem Luhmanna, wszelkie cechy systemów autopoietycznych, lecz odróżniają się od innych takich systemów tym, że składają się z komunikacji. Co

więcej, tylko systemy społeczne są też systemami komunikacyjnymi.

Oznacza to, że Luhmann nie uznaje za elementy systemów społecznych ludzi. Jednostki należą, jego zdaniem, do otoczenia systemów społecznych. Tak systemy społeczne, jak i jednostki mogą dokonywać wzajemnych obserwacji, nie oznacza to jednak, że są w stanie dotrzeć do rzeczywistej natury swoich *vis a vis*. Relacje między nimi są ukształtowane zgodnie z zasadą redukcji złożoności, co oznacza, że ani systemy społeczne, ani psychiczne nie są w stanie sterować obserwacjami drugich. Zarówno system społeczny, jak i jednostki, dysponują zaledwie swoimi konstruktami. Systemy społeczne mogą „irytować” systemy psychiczne, i odwrotnie, ale nie mogą wpływać na obserwacje dokonywane przez te systemy.

Systemy psychiczne i społeczne (a także systemy społeczne lub psychiczne względem systemów psychicznych lub społecznych) mogą także pozostawać w relacji określonej przez Luhmanna mianem sprzężenia strukturalnego, tj. mogą wypracować takie mechanizmy obserwowania siebie nawzajem, które powodują, że zaobserwowanie określonej obserwacji alter czyni bardziej prawdopodobnym dokonanie określonej obserwacji przez obserwujący alter system. Inaczej mówiąc, systemy mogą dokonywać obserwacji obserwacji dokonywanych przez swoje alter w sposób skategoryzowany, a tak skategoryzowane obserwacje mogą mieć swoje odpowiedniki w skategoryzowanych obserwacjach dokonywanych przez alter.

Pojęcie komunikacji

Kluczowe znaczenie dla Luhmannowskiego rozumienia systemów społecznych ma, jak to zostało powiedziane, pojęcie komunikacji. Luhmann rozumie komunikację jako „jedność trzech selekcji”, tj. jako współwystępowanie informacji, jej zapośredniczenia, i rozumienia. Informacja jest tu rozumiana – w nawiązaniu do wcześniejszego dorobku teorii systemów – jako „różnica, która czyni różnicę”. Informacja jest to więc rozróżnienie, dokonywane przez system w związku z zaobserwowaniem określonego zjawiska. Informacji nie można zatem rozumieć jako jakiegoś trwałego *quantum* wiedzy czy danych, które są przekazywane w drodze komunikacji, a tylko jako rozróżnienie, które jest specyficzne dla struktury określonego systemu, i które prowadzi do jej przekształcenia. Wynika stąd, że w różnych systemach to samo zjawisko może prowadzić do powstania różnej informacji, jak również w ogóle nie prowadzić do jej powstania.

Podobnie szczególne jest rozumienie pojęcia zapośredniczenia. Luhmann twierdzi mianowicie, że informacja, aby zostać zakomunikowana, musi zostać zakodowana w

określonym „medium rozpowszechniania” (Verbreitungsmedium), takim jak język, mowa, pismo, druk itp. Medium takie jest, zgodnie z jego teorią, systemem rozróżnień, który może zostać przekształcony w taki sposób, że będzie odzwierciedlał określoną informację. Medium charakteryzuje się zatem stosunkowo znaczną złożonością i luźnymi powiązaniem między poszczególnymi elementami, pozwalającymi na swobodne przekształcanie jego struktury (Luhmann posługuje się w tym kontekście pojęciem słabego sprzężenia - lose Kopplung). Nie ma tu jednak tu mowy o reifikowaniu informacji w formie medium i jej „przenoszeniu” za jego pomocą. Zapośredniczenie informacji nie oznacza również, że obserwacja dokonana przez jakiś system w związku z tym faktem będzie identyczna z tą, która oznaczała jej powstanie. Zarówno bowiem w odniesieniu do zapośredniczenia informacji w medium, jak i do jej „odkodowywania” mają zastosowanie tezy na temat redukcji złożoności i dokonywania obserwacji przez systemy. Warto jednak zauważyć, że przez odwołanie do pojęcia zapośredniczenia i medium rozpowszechniania rozstrzygany jest problem materialności systemów: teoria systemów jest w stanie w ten sposób wskazać empiryczne korelaty swoich pojęć. Wszelkie badania empiryczne jakie można prowadzić w duchu teorii systemów muszą więc polegać na badaniu materialnych korelatów komunikacji.³

Ostatni element Luhmannowskiej definicji komunikacji, rozumienie, stanowi odwołanie do problemu samozwrotności systemów. Oznacza ono, mianowicie, pojawienie się kolejnych komunikatów w związku z pojawieniem się określonego komunikatu. Warunkiem istnienia rozumienia jest więc tu to, czy zapośredniczona informacja jest powiązana z kolejnym epizodem zapośredniczenia informacji, a więc, ostatecznie - czy przekształca strukturę systemu. Luhmann twierdzi więc, że komunikacja może istnieć jedynie jako ciąg kolejnych komunikatów odnoszących się do wcześniejszych komunikatów. W związku z taką definicją rozumienia, komunikacji przyznawane są te same cechy, co systemom – odnosi się ona sama do siebie - i z tego wynika jej „siła napędowa”.

Zróżnicowanie systemów społecznych

Istotną cechą systemów społecznych jest ich zróżnicowanie. Ma ono w teorii Luhmanna co najmniej dwa wymiary. Po pierwsze, dotyczy ono zróżnicowania systemów

3 Można też zauważyć, że pojęcie medium pozwala na studiowanie „zwrotnej” zależności między informacją a zapośredniczeniem. Konieczność zapośredniczenia informacji w medium ma bowiem znaczenie dla tego, jaka informacja może zostać zapośredniczona. Wynika to ze złożoności medium i możliwości jego restrukturyzowania w zależności od informacji, jaka ma w nim zostać zapośredniczona.

pod względem przedmiotowym lub społecznym, a więc złożoności systemu i sposobu jej organizacji w danym momencie w czasie. Po drugie, chodzi tu o ewolucję systemów, tj. o przemiany ich zróżnicowania w czasie. Gdy chodzi o to pierwsze zagadnienie, Luhmann posługuje się dwoma dalszymi podziałami. Po pierwsze, dzieli systemy społeczne ze względu na złożoność i czas trwania na interakcje, organizacje, i społeczeństwa. Po drugie, rozróżnia trzy formy wewnętrznego zróżnicowania systemów: segmentarną, stratyfikacyjną, i funkcjonalną.

Pierwszy podział jest w kontekście niniejszych rozważań mniej istotny. Wystarczy powiedzieć, że przez interakcje Luhmann rozumie najmniej trwałe systemy społeczne, które wymagają fizycznego kontaktu jednostek i opierają się zwykle na medium mowy. Przystają one istnieć, gdy takie warunki przestają być spełnione. Przykładem systemu interakcji może być rozmowa między znajomymi albo postępowanie przed sądem. Organizacje to systemy, które opierają się na rozróżnieniu ról i personelu, który te role odgrywa. Wreszcie, przez społeczeństwa Luhmann rozumie systemy społeczne, które obejmują całość komunikacji. Społeczeństwa stanowią więc najbardziej ogólną kategorię systemów społecznych.

Drugi z wymienionych podziałów, podział systemów społecznych na segmentarne, stratyfikacyjne i funkcjonalnie zróżnicowane wydaje się bardziej znaczący w kontekście socjologii prawa. Opiera się on na obserwacji, że systemy społeczne radzą sobie z problemem własnej złożoności różnicując się wewnątrznie. Istnieje więc związek między możliwą złożonością danego systemu społecznego a formą jego organizacji. I tak, systemy zróżnicowane segmentarnie są najprostsze, i opierają się na podziale na segmenty (klany, plemiona), które są wobec siebie równoprawne. System stratyfikacyjny opiera się natomiast na hierarchii warstw czy klas społecznych, na które jest podzielony.

Wreszcie system zróżnicowany funkcjonalnie podzielony jest, podobnie jak system zróżnicowany segmentarnie, na segmenty (nazywane przez Luhmanna podsystemami) które nie występują w relacji podporządkowania. Żaden z nich nie dysponuje możliwością kontrolowania pozostałych, ani nawet zaobserwowania ich złożoności w całości. W odróżnieniu jednak od segmentów w systemach zróżnicowanym segmentarnie, funkcjonalnie zróżnicowane podsystemy różnią się od siebie tym, że każdy z nich realizuje odmienne funkcje wobec systemu społecznego jako całości. Każdy z nich monopolizuje realizowanie określonej funkcji, tj. każdy składa się z komunikacji określonego rodzaju, tylko z niej, i w systemie społecznym istnieje tylko jeden taki podsystem. Podsystemami są np. gospodarka, polityka, nauka, sztuka czy prawo, jednak Luhmann nie postrzega ich katalogu jako zamkniętego.

W tym miejscu warto jest zatrzymać się nad dodatkową kwestią związaną z Luhmannowskim rozumieniem współczesnego społeczeństwa. Zgodnie z dominującym potocznie przekonaniem, zwykle podzielanym też w socjologii, pojęcie społeczeństwa odnosi się do społeczeństw narodowych, albo przynajmniej wyróżnionych na podstawie granic państwowych. Luhmann twierdził tymczasem już w latach siedemdziesiątych, że współcześnie taka definicja społeczeństwa pozbawiona jest sensu⁴ bo nakreślenie takich barier między społeczeństwami jest obecnie niemożliwe. Dlatego też był przekonany, że o społeczeństwie należy mówić jako o funkcjonalnie zróżnicowanym społeczeństwie światowego, i najczęściej posługuje się tym pojęciem w liczbie pojedynczej. W konsekwencji, wypowiadał pogląd, że w skali świata istnieje tylko jeden podsystem realizujący każdą z funkcji: jeden podsystem prawny, polityczny, gospodarczy itp.

Powyższe twierdzenie może wydawać się radykalne, ale jeśli wziąć pod uwagę wagę jaką Luhmann przykłada w swojej teorii do problemu możliwości odnoszenia się komunikacji do komunikacji, jest ono dość przekonujące. Chociaż, oczywiście, istnieją granice regionalne czy państwowe, które czynią powiązanie komunikacji pomiędzy dawnymi społeczeństwami narodowymi mniej prawdopodobnym niż wewnątrz nich, to istnieje przynajmniej możliwość, że takie zjawisko zaistnieje.

Koncepcja prawa

Powyższe ustalenia mają podstawowe znaczenie dla tez Luhmanna dotyczących prawa. Przede wszystkim, wynika z nich, że Luhmann może rozumieć prawo jako zjawisko wyłącznie społeczne tj. jako komunikację o określonych cechach i tylko nią. Oznacza to, że Luhmann nie akceptuje tezy o istnieniu nieredukowalnego podziału na sferę bytu i sferę powinności, która pojawia się często w filozofii prawa. W jego teorii zarówno fakty jak i normy są sprowadzane do komunikacji tworzącej system społeczny. Z tego samego powodu Luhmann odrzuca koncepcje prawa utożsamiające je z przeżyciami psychicznymi jednostek, lub w inny sposób redukujące je do zjawisk o charakterze zaledwie intersubiektywnym (a nie wprost – ponadjednostkowym). Komunikacja stanowi zatem ostateczną „materię” w której muszą zostać pomieszczone zarówno fakty, jak i normy. Stanowisko Luhmanna jest więc redukcjonistyczne, tj. opiera się na sprowadzeniu zjawisk normatywnych do zjawisk innego rodzaju.

Należy też zauważyć, że pojęcie prawa nie jest u Luhmanna całkowicie samodzielne. Fakt, że prawo jest przede wszystkim definiowane jako szczególny rodzaj komunikacji

4 Niklas Luhmann, Pojęcie społeczeństwa. [w:]

oznacza, że podlega ono wszelkim prawidłowościom, jakie przypisuje on komunikacji. Jest ono też rozumiane jako zjawisko ewolucyjne, które przyjmowało formy zmienne w czasie, w zależności od istniejących form zróżnicowania społecznego. Nie można więc wskazać, bez dalszych wyjaśnień, co Luhmann rozumie przez "prawo", ponieważ zależy to od historycznego kontekstu o który w danym przypadku chodzi. Dlatego warto prześledzić w jaki sposób Luhmann przedstawia problem ewolucji prawa. Powinno to zwłaszcza wyjaśnić relacje między poszczególnymi sposobami posługiwania się przez Luhmanna pojęciem „prawo”.

Punktem wyjścia w rozważaniach nad prawem jest dla Luhmanna pojęcie normy. W odróżnieniu od wielu współczesnych socjologów (w tym także socjologów prawa), Luhmann stoi na stanowisku, że niemożliwe jest zredukowanie norm do zjawisk jakiegoś innego rodzaju, np. kontroli społecznej i w efekcie pozbycie się go. Jego zdaniem, bez względu na to, czy odrzuca się pogląd o nieredukowalności faktów do norm czy nie, rozumienie prawa, a co za tym idzie, rozumienie zjawisk społecznych w ogóle, musi odwoływać się do jakiejś koncepcji normatywności. Luhmann radzi sobie z tym problemem wprowadzając, prawdopodobnie inspirowane realistycznymi kierunkami w teorii prawa, rozróżnienie oczekiwań normatywnych i kognitywnych.

Oczekiwania kognitywne to obserwacje jakiegoś stanu rzeczy, które ulegają zmianie w przypadku, gdy okażą się nietrafne. Oczekiwania normatywne mają natomiast przeciwną naturę: w przypadku, gdy zostaną zawiedzione, nie są zmieniane. Rozróżnienie oczekiwań normatywnych i kognitywnych Luhmann przedstawia też w kategoriach uczenia się/nieuczenia się. Oczekiwania normatywne oznaczają taki sposób dokonywania obserwacji przez system, który eliminuje informację, wyklucza więc uczenie się, tj. przekształcanie struktury systemu. Oczekiwaniom kognitywnym Luhmann przypisuje natomiast przeciwstawne własności.

Oznacza to, że normy nie służą eliminowaniu konfliktów po ich zaistnieniu, czy ich określonemu rozstrzygnięciu, ale, że przez fakt swojej względnej niezmienności sprzyjają nakierowywaniu się komunikacji w systemie społecznym na względnie trwałe elementy. W tym kontekście Luhmann posługuje się nawet (choć niewątpliwie jest to sformułowanie mylące), metaforą komunikacji normatywnej jako „systemu immunologicznego” społeczeństwa. Nie chodzi tu o to, że normy mogą wyeliminować konflikty społeczne, czy przyczynić się do ich rozstrzygnięcia, ale o to, że stanowią stosunkowo niezmiennie czynniki sterujące ewolucją systemu i eliminujące występowanie niezgodnych z nimi obserwacji. Istnienie norm – jako narzędzi redukcji złożoności przez system, i tym samym ograniczenia możliwości przetwarzania przezeń informacji - pozwala zatem na

wykształcenie się określonej struktury systemu społecznego, i co za tym idzie, sprzyja jego reprodukcji.

Normy stanowią zatem specyficzną formę komunikacji: komunikaty tego rodzaju są reprodukowane niezależnie od innych obserwacji, których dokonuje system. Tym samym, nakierowanie komunikacji na normy jest metodą ograniczenia wzrostu złożoności systemu wskutek niemożności odrzucenia pewnych rozróżnień, a więc: metodą jego organizacji. Mówiąc jeszcze inaczej, w świetle teorii Luhmanna normy stanowią jedno z “osiągnięć ewolucyjnych”, do których systemy społeczne dochodzą w wyniku swojej ewolucji.

Warto zauważyć w tym miejscu, że specyficznemu sposobowi rozumienia norm towarzyszy u Luhmanna specyficzne postrzeganie ich społecznych funkcji, które odnosi się także na do funkcji prawa. Abstrahując nawet od szczególnej definicji pojęcia „funkcja”, jaką przyjmuje Luhmann, a na której przybliżenie nie ma tu miejsca, trzeba przyznać, że stanowisko Luhmanna w tej kwestii jest oryginalne. Odchodząc od rozpowszechnionych w socjologii wizji norm jako albo funkcjonalnych w sensie społecznym, tj. przyczyniających się do wytwarzania ładu społecznego, oraz koncepcji konfliktu, zgodnie z którymi wiążą się z nimi pewne aspekty konfliktów społecznych, Luhmann upatruje funkcji norm w wytwarzaniu redukcji złożoności w czasowym wymiarze sensu.

Kodowanie binarne

Powyższe uwagi pozwalają na przedstawienie pierwszego z obecnych w teorii Luhmanna sposobów rozumienia pojęcia prawa. Prawo jest w niej, mianowicie, rozumiane jako kod binarny, opierający się na rozróżnieniu – i jednocześnie powiązaniu ze sobą - dwóch stanów: “prawnego” i “bezpawnego”. W technicznym języku teorii systemów, kod binarny prawne/bezpawne, podobnie jak każdy inny kod binarny istniejący w nowożytnych społeczeństwach, można opisać jako powiązanie ze sobą dwóch stron wybranych z dwóch różnych rozróżnień. W rozważanym przypadku są to rozróżnienia prawne/nie-prawne i bezprawne/nie-bezprawne. Powiązanie to nie jest jednak dowolne: istotną cechą kodowania binarnego jest to, że niezależnie od swoich “pierwotnych” rozróżnień, obydwie jego strony uznawane są za przeciwieństwa. Stąd, zanegowanie jednej ze stron kodu binarnego prowadzi do drugiej ze stron kodu, choćby nawet, logicznie rzecz biorąc, jej negacją było coś innego. Opozycją dla obserwacji jakiejś komunikacji normatywnej jako “prawnej” jest więc zaobserwowanie jej jako “bezpawnej” i odwrotnie, chociaż powinno być to, odpowiednio – “nie-prawna” i “nie-bezpawna”. Tertium non datur.

Pojawienie się w systemie społecznym kodów binarnych daje możliwość

przekształcenia – z zasady nieskoordynowanej, a więc zróżnicowanej – komunikacji w jej znacznie mniej skomplikowaną postać. W rozważanym kontekście, różnorodne oczekiwania normatywne zostają sprowadzone do odpowiedniej, jednej z dwóch możliwych, wartości. Wykorzystanie tego kodu oznacza zatem radykalne uproszczenie komunikacji normatywnej, ale jednocześnie jej swoistą uniwersalizację. Na “prawność” lub “bezprawność” określonych obserwacji można powołać się bez dalszych wyjaśnień, i tego rodzaju komunikat zostanie zrozumiany (w Luhmannowskim sensie słowa “rozumieć”) a więc zreprodukowany. Nie jest to natomiast pewne w przypadku komunikacji niepoddanej binaryzacji. Zmniejszenie złożoności komunikacji za pomocą kodu prawne/bezprawne otwiera więc możliwość jej większego zróżnicowania pod innymi względami.

Podobnie jak oczekiwania normatywne, kod prawne/bezprawne stanowi, według Luhmanna, osiągnięcie ewolucyjne związane z organizacją systemu. Gdy Luhmann mówi o kodzie binarnym, ma mianowicie na myśli coś więcej niż tylko możliwość komunikowania czegoś jako prawne lub bezprawne, a o wykształcenie się określonej struktury systemu, która prowadzi do stwierdzenia prawności lub bezprawności. Nie należy więc zjawiska “binaryzacji” komunikacji (w tym komunikacji normatywnej) rozumieć jako nadawania jakiejś “etykiety” określonym komunikatom, która potem istnieje obok innych komunikatów o charakterze normatywnym, a jako “przymusowe” kodowanie ich w ten sposób, a więc jako określoną organizację systemu społecznego. Inaczej mówiąc, pojęcie kodu prawne/bezprawne służy opisaniu określonego typu struktury systemu i jest równoznaczne stwierdzeniu, że największe prawdopodobieństwo zreprodukowania komunikacji w systemie będzie miało miejsce wtedy, gdy będzie stanowiła ona obserwację za pomocą kodu prawne/bezprawne. Sam kod prawne/bezprawne nie musi nawet pojawiać się w samym systemie – niezbędne dla możliwości stwierdzenia jego istnienia jest tylko tyle, że system jest zorientowany na reprodukcję zerojedynkowych komunikatów o takim charakterze.

Istotnym aspektem kodowania binarnego jest występowanie zjawiska wartości odrzucenia. Luhmann odwołuje się tu do oryginalnych prac niemieckiego logika Gottharda Guenthera, który usiłował wypracować koncepcję logiki wielowartościowej, uwzględniającą problem czasowości. Pojęcie “wartości odrzucenia” zostało przez niego wprowadzone w celu opisanego szczególnej własności rozróżnień binarnych, tj. powiązanych ze sobą – jako przeciwieństwa – określonych stanów. Guenther zauważa mianowicie, że oprócz dokonania “tradycyjnych” operacji logicznych – koniunkcji, dysjunkcji itp, możliwe jest dokonanie także “transjunkcji” polegającej na odrzuceniu określonych założeń pozwalających na dokonanie tych pierwszych operacji. Wynikiem takiej operacji logicznej

jest właśnie wartość odrzucenia, tj. wartość która nie daje się opisać w kategoriach prawdziwości lub fałszywości właściwych dla dwuwartościowej logiki, za pomocą których można stwierdzić występowanie relacji negacji między członami pierwotnego rozróżnienia.

Opierając się na tezach Guenthera, Luhmann twierdzi, że także kody komunikacyjne mają swoją wartość odrzucenia, tj. opierając się na określonych założeniach dotyczących możliwości zakomunikowania kodu “odrzucają” wszelką komunikację, która nie daje się wyrazić za pomocą tego kodu.⁵ Z chwilą wypracowania “osiągnięcia ewolucyjnego” w postaci kodów binarnych, niemożliwe staje się zakomunikowanie wszystkiego, co pozostaje poza założeniami pozwalającymi na posługiwanie się danym kodem. Przytaczanie w tym miejscu tej, ostatecznie dość trywialnej obserwacji jest zasadne dlatego, że pozostaje ono w daleko idącej zgodności z podejmowanymi wielokrotnie w socjologii prawa problemami społecznej odpowiedzialności prawa. W świetle teorii Luhmanna, zapewnienie całkowitej zgodności między prawem a oczekiwaniami jednostek, czy między prawem a oczekiwaniami formułowanym w komunikacji innego rodzaju⁶ nie jest możliwe z przyczyn zupełnie zasadniczych. Komunikacja prawna nie pozwala na zakomunikowanie informacji, które komunikowane są za pomocą innych kodów, a uniwersalizując komunikację nie opierającą się na kodach dokonuje jej istotnego przekształcenia. Inaczej mówiąc, Luhmann twierdzi, że wraz z pojawieniem się kodowania prawne/bezprawne prawo odrywa się od innych “dyskursów” w systemie społecznym, i staje się na nie nieprzekładalne.⁷

System prawny

Prawo jest też przez Luhmanna rozumiane w innym – niż kod binarny - znaczeniu, odwołującym się do współcześnie istniejącej formy zróżnicowania społecznego – zróżnicowania funkcjonalnego. Jak to zostało powiedziane, zróżnicowanie funkcjonalne opiera się na istnieniu podziału na funkcjonalnie wyróżnione podsystemy społeczne, z których każdy „monopolizuje” komunikację określonego rodzaju – i właśnie w ten sposób realizuje swoją funkcję względem społeczeństwa jako całości. Społeczeństwo, jak twierdzi Luhmann, może istnieć dzięki wyspecjalizowaniu swoich podsystemów i ich

5 Por. Niklas Luhmann, Die Codierung des Rechtssystems, *Rechtstheorie* (17)/1986, s. 171-203;

6 Można na tej podstawie wysnuć, na przykład, wniosek, że próby zastosowania ekonomicznych metod w naukach prawnych są skazane na niepowodzenie, ponieważ z zasady nie przystają do specyfiki komunikacji opierającej się na kodzie prawne/bezprawne.

7 Warto zauważyć, że teza o daleko idącej autonomiczności prawa jako zjawiska społecznego wydaje się akceptowana przez historyków prawa: tak twierdzi na przykład (cytowany zresztą przez Luhmanna) H. Berman w znanej pracy “Prawo i rewolucja”.

odseparowaniu od siebie – dzięki temu są one w stanie się uzupełniać. Prawo (system prawny) jest jednym z takich podsystemów, monopolizującym komunikację opierającą się na binarnym kodzie prawne/bezprawne. W odróżnieniu od oczekiwań normatywnych, które mogą pojawiać się w różnych podsystemach, komunikacja odwołująca się do kodu prawne/bezprawne jest wytwarzana i reprodukowana tylko w systemie prawnym.

Tak samo jak kody binarne i normatywność w ogóle, podsystem prawny jest osiągnięciem ewolucyjnym. Pozwala on na oddzielenie komunikacji prawnej od innej komunikacji, to jest, jak mówi Luhmann, “wyróżnicowanie” się takiej komunikacji. Istnienie systemu prawnego jest jednak możliwe tylko wtedy, gdy komunikacja odwołująca się do kodu prawne/bezprawne odnosi się jedynie do komunikacji odwołującej się do kodu prawne/bezprawne. To zaś zakłada wcześniejsze wykształcenie się binarności komunikacji. Za istotny czynnik ewolucji prawa Luhmann uznaje także pojawianie się kolejnych mediów rozpowszechniania, które pozwalają na odnoszenie – ze wzrastającą intensywnością – na odnoszenie się do siebie poszczególnych komunikatów odwołujących się do kodu prawne/bezprawne.

Jak to zostało powiedziane, podsystemy w systemie funkcjonalnie zróżnicowanym są równoprawne. Są one też “pełnokrwistymi” systemami, które – w zakresie realizowania swojej funkcji – są operacyjnie zamknięte i kognitywnie otwarte (w odniesieniu do systemu prawnego Luhmann posługuje się niekiedy określeniem “normatywna zamkniętość”). System prawny jest więc operacyjnie zamknięty – co oznacza, że nie wychodzi zeń, ani doń nie wchodzi z zewnątrz żadna komunikacja. W społeczeństwach funkcjonalnie zróżnicowanych, kolejne komunikaty w systemie prawnym są wytwarzane przez ten system w drodze obserwacji komunikatów poprzednich. Tak długo więc, jak w systemie prawnym zachodzi “rozumienie” (w Luhmannowskim znaczeniu tego określenia) tak długo ten system istnieje. System prawny jest też kognitywnie otwarty – obserwuje on swoje otoczenie przekształcając swoją strukturę. Jej złożoność pozwala na zaobserwowanie np. komunikacji w systemie gospodarki jako prawnej lub bezprawnej, jednak nie: jako komunikacji ekonomicznej (opierającej się na kodzie binarnym opłacalne/nieopłacalne). Wynika stąd, że wraz z powstaniem systemu prawnego zjawisko nieprzekładalności na komunikację prawną komunikacji innego rodzaju – i odwrotnie - osiąga swoje maksimum. Oczywiście, komunikacja w systemie prawnym nie sprowadza się tylko do określania czegoś jako prawne lub bezprawne (jest to raczej tylko ostateczny wynik pewnego cyklu komunikacji), a system prawny jest bardziej zróżnicowany. Rozróżnienie prawne/bezprawne jest jednak w teorii Luhmanna rozróżnieniem fundującym system prawny (Leitdifferenz), a wszelkie inne rozróżnienia (obserwacje) jakie się w tym systemie

pojawiają stanowią odniesienia do tego rozróżnienia.

Istotną konsekwencją powyższych tez Luhmanna jest to, że uznaje on, że prawo nie jest współcześnie tworzone przez gremia o charakterze politycznym. Ich działalność może być rozumiana albo jako element komunikacji w systemie prawnym, albo też jako komunikacja w oddzielnym od systemu prawnego systemie polityki (opierającym się na kodzie posiadanie/podporządkowanie władzy), jedynie obserwowana przez ten system prawny. W każdym przypadku, decyzje o charakterze politycznym są obserwowane przez system prawny przez pryzmat jego złożoności (i są w ogóle przezeń skutecznie “zaobserwowywane” tylko jeśli pozwala na to ta złożoność). Jeśli więc jakaś decyzja polityczna (dotycząca np. określonej redakcji tekstu aktu normatywnego) jawi się jako nieznacząca (np. w świetle prawniczych teorii racjonalności ustawodawcy), to nie będzie stanowiła komunikacji w systemie prawnym, i, w efekcie, nie będzie reprodukowana i nie będzie wpływać na możliwości obserwowania otoczenia systemu prawnego w przyszłości. Naturalnie, względna istotność komunikacji w systemie prawnym dla systemu polityki – oraz w systemie polityki dla systemu prawnego jest znaczna. Luhmann mówi tu o sprzężeniu strukturalnym między podsystemem polityki a podsystemem prawnym, pojawiającym się za sprawą takich pojęć jak “konstytucja”, “państwo prawne” czy “źródła prawa”.

System prawny a system prawny

W tym miejscu warto, co dla filozofów czy teoretyków prawa może być rzeczą szczególnie istotną, zatrzymać się nad odmiennościami w rozumieniu systemu prawnego przez Luhmanna a jego definicją zastaną w naukach prawnych. Pojęcie to funkcjonuje w naukach prawnych przynajmniej od czasu Kelsena, podlegało też przeformułowaniu w duchu teorii systemów niezależnie od prac Luhmanna⁸. Dotyczyło ono jednak zwykle określonego zbioru norm, pozostających ze sobą w określonych relacjach. Wbrew powierzchownym podobieństwom, teoria Luhmanna stoi jednak, i to z kilku względów, w ostrej sprzeczności z takim pojmowaniem systemu prawnego i nie daje się z nim uzgodnić.

Po pierwsze, system prawny jest tu rozumiany jako system komunikacyjny, nie zaś system norm. Do systemu prawnego przynależą wszystkie komunikaty, które odwołują się do kodu binarnego prawne/bezprawne, nie zaś tylko normy. Do systemu przynależą też wszelkie komunikaty, niezależnie od ich – dowolnie rozumianej – trafności. Tak więc, komunikacją w systemie prawnym jest zarówno wyrok wydany przez sąd, akt normatywny,

8

jak i dyskusja podczas spotkania towarzyskiego, czy postępowanie określone osoby jest niezgodne z prawem. W ten sposób, jak się wydaje, Luhmann nawiązuje do tradycji myśli socjologicznoprawnej, wypowiedzianej przez takich autorów jak Ehrlich i Petrażycki, zgodnie z którą istnieją rozmaite typy czy kategorie prawa.

Po drugie, teoria Luhmanna nie zakłada, że istnieją jakieś arbitralnie wyznaczone określone relacje, które pozwalają na uznanie określonych komunikacji za elementy systemu prawnego. Jedyne wspólne "punkt odniesienia" dla wszystkich komunikacji w systemie prawnym stanowi ich nakierowanie na kod prawne/bezprawne. Oczywiście, także w teorii Luhmanna istotny pozostaje tu problem jej organizacji złożoności przez system i redukcji. Fakt istnienia systemu prawnego – poza tym, że opiera się on na kodowaniu binarnym – nie zakłada jednak istnienia jakiegokolwiek specyficznego mechanizmu redukcji złożoności. Systemowi nie można więc przypisać cechy wewnętrznej niesprzeczności. Przeciwnie, jeśli pamiętać o ogólniejszych tezach Luhmanna na temat własności systemów, trzeba dojść do wniosku, że system prawny – rozumiany jako autopoietyczny podsystem społeczny - ma charakter paradoksalny. Niemożliwe jest zaobserwowanie przez system prawny własnej jedności za pomocą rozróżnienia prawne/bezprawne, a jednocześnie, jak to zostało powiedziane, dokonywanie takiej obserwacji jest konieczne. Rozwija się od paradoksu do paradoksu, ukrywając przed samym sobą własną paradoksalność, jednak nie mogąc tego problemu ostatecznie wyeliminować.

Po trzecie, tak rozumiany system prawny ma charakter ewolucyjny. Pojawienie się dowolnej komunikacji w systemie prawnym skutkuje przekształceniem struktury całego systemu, i, w konsekwencji, zmianą możliwości obserwowania otoczenia przez ten system i określa możliwości dokonania kolejnych obserwacji. Tymczasem, zgodnie z dominującym w naukach prawnych rozumieniem tego pojęcia system ma charakter niejako "statyczny". Można doń dołączyć dowolną normę, i nie musi to doprowadzić do zmiany treści czy znaczenia pozostałych. Zawartości czy struktury systemu prawnego, w tym rozumieniu, nie zmienia także nic, co dzieje się poza nim. W konsekwencji, teoria systemu prawnego Luhmanna, w odróżnieniu od systemowych koncepcji w naukach prawnych, jest nakierowana głównie na problem dynamiki systemu i możliwości utrzymywania jego tożsamości niezależnie od zmian, które mają w nim miejsce. Jest to zresztą prawdopodobnie najciekawszy wniosek, jaki można wysnuć na podstawie porównania tych teorii, ponieważ pokazuje on na metodologiczną, a nie "przedmiotową" odmienną socjologii prawa i nauk prawnych. (Winczorek 2007, w druku).

Medium prawa

Ostatnim sposobem rozumienia pojęcia prawa, jakie pojawia się w teorii Luhmanna, jest jego pojmowanie jako zgeneralizowanego medium komunikacji. Luhmann twierdzi mianowicie, że systemy społeczne wytwarzają specyficzne mechanizmy komunikacji, pozwalające na daleko idące zredukowanie złożoności komunikatu. Mechanizmy takie określa on, odwołując się do pojęcia wprowadzonego przez Talcotta Parsonsa, mianem zgeneralizowanych mediów komunikacji. Są one w pewnym sensie podobne do opisanych już wyżej mediów rozpowszechniania, bowiem tak jak i one stanowią media, za pomocą których możliwe jest zakomunikowanie informacji. Różnią się jednak od nich tym, że nie zapośredniczają jej w określonej materialnej „substancji”, jak to ma miejsce w przypadku mediów rozpowszechniania, ale czynią to na poziomie informacji. Mają więc charakter symboliczny. Inaczej mówiąc, zgeneralizowane media komunikacji zmieniają swoją strukturę, podobnie jak media rozpowszechniania, w zależności od zapośredniczanych przez nie informacji, ale ową zmieniającą się strukturę stanowi coś innego. Przykładem innych niż prawo mediów komunikacji mogą być pieniądze, zaufanie lub władza.

W odróżnieniu od systemu prawnego i kodowania binarnego, prawa jako medium Luhmann nie rozumie przy tym jako samoistnego zjawiska. Jest to raczej określona struktura istniejąca w systemie społecznym, która umożliwia komunikowanie określonych treści. Stąd wydaje się, że w odniesieniu do funkcjonalnie zróżnicowanych społeczeństw medium prawa jest wyróżniane w sposób analityczny, i że nie można wskazać innych desygnatów tego pojęcia, niż te, które wskazałoby się mówiąc o systemie prawnym. Wynika stąd, że pojęcie medium prawa jest szczególnie istotne dla makrosocjologicznego oglądu społeczeństwa, tj. jest mniej znaczące dla opisywania komunikacji wewnątrz systemu prawnego, niż dla przedstawiania jej roli dla społeczeństwa jako całości.

Istotną cechą wszystkich mediów komunikacji jest według Luhmanna to, że zwiększają prawdopodobieństwo zaistnienia komunikacji. Generalizują one komunikację jaka może pojawić się w systemie, obserwując je za pomocą kodów binarnych i w ten sposób uniezależniają ją od kontyngentnych warunków jej akceptacji w systemie. W tym sensie są zależne od istnienia kodów binarnych. Uzupełniają jednak kodowanie binarne przez „zorientowanie” kodu w ten sposób, że jedna z jego stron jest preferowana.

Media komunikacji są przy tym zróżnicowane, to znaczy pozwalają tylko na zapośredniczenie określonych oczekiwań. Dla pokazania specyfiki poszczególnych mediów Luhmann posługuje się rozróżnieniem „przeżyć” i „działań”.⁹ Pojęcia te odnoszą

⁹ Por. Die Gesellschaft..., op. Cit. , s. 336;

się do sposobu obserwowania obserwacji systemów o które chodzi (tj, do przypisywania im określonych obserwacji). Podział ten jest dychotomiczny, i służy Luhmannowi do wyróżnienia czterech typów zgeneralizowanych mediów komunikacji, wiążących odpowiednio ze sobą: przeżycia i działania, przeżycia i przeżycia, działania i działania i działania i przeżycia, przy czym odpowiednio przeżycie lub działanie jest warunkiem kolejnego przeżycia lub działania. Prawo jako medium charakteryzuje się, według Luhmanna, tym, że wiąże działania z działaniami. Zakodowanie jakiegoś działania jako „prawnego” ułatwia więc podjęcie kolejnych działań, ponieważ generalizuje informacje które są komunikowane przez to działanie, i jednocześnie przyznaje mu pozytywną wartość.

Warto wspomnieć wreszcie, że w społeczeństwie funkcjonalnie zróżnicowanym media komunikacji realizują funkcję zapośredniczenia komunikacji przez zapośredniczenia siebie nawzajem.¹⁰ Luhmann nazywa ten mechanizm „podwójnym kodowaniem” (Zweitkodierung). Medium prawa zapośrednicza tu, według Luhmanna, medium władzy (i nawzajem), tj. pozwala na zapośredniczenie kolejnych informacji przez użycie medium władzy, tym samym ułatwiając posługiwanie się tym medium. W ten sposób możliwe jest opisanie za pomocą środków teorii systemów funkcjonowania powiązań między prawem a polityką, wykorzystującą medium władzy.

Organizacja systemu prawnego

Jak to zostało powiedziane, jednym z problemów, przed jakimi staje każdy system, w tym każdy system społeczny, jest problem redukcji i organizacji złożoności. Dlatego przyjęcie tezy, że istnieją systemy skłania do poszukiwania mechanizmów, które pozwalają im na organizowanie własnej złożoności. Tak jest również w przypadku systemu prawnego w społeczeństwie funkcjonalnie zróżnicowanym. Luhmann wskazuje tu kilka różnych mechanizmów organizacji złożoności. Brak miejsca nie pozwala na ich dokładne przedstawienie, jednak warto o nich choćby pobieżnie wspomnieć, bowiem pokazują one użytek, jaki Luhmann czyni ze swojej teorii dla przedstawienia zagadnień bardziej szczegółowych niż pojęcie prawa.

Przede wszystkim warto tu wspomnieć, że w odróżnieniu od prawniczego rozumienia prawa – i nierzadko także koncepcji socjologicznych - system prawny postrzegany jest przez Luhmanna jako wewnętrznie zróżnicowany. Jego zróżnicowanie nie odpowiada jednak zróżnicowaniu systemu społecznego w ramach którego prawo

10 Niklas Luhmann, Teoria polityczna państwa bezpieczeństwa socjalnego, PWN, Warszawa 1994, s. 99 i n.

istnieje jako podsystem, tj. nie oznacza dalszego zróżnicowania na zasadzie funkcjonalnej. Luhmann twierdzi natomiast, że system prawny jest zorganizowany na zasadzie centrum/periferie, tj. że szanse wpłynięcia na reprodukcję systemu przez komunikację określonego rodzaju są większe niż innej, i że zasadniczym wyznacznikiem tych szans jest miejsce w hierarchii. Centrum systemu prawnego stanowią mianowicie sądy, co oznacza, że prawdopodobieństwo zreprodukowania komunikacji prawnej jest tym większe, w im „bliżej” centrum jest ono dokonywane, tj. jeśli istnieje prawdopodobieństwo, że zostanie ono zakodowane jako „prawne” przez sąd.

Nie oznacza to jednak, że o sposobie zorganizowania systemu prawnego przesądza tylko forma jego wewnętrznego zróżnicowania. Obok tego mechanizmu istnieje także, według Luhmanna, cały szereg „osiągnięć ewolucyjnych” które na różne sposoby. Istotne znaczenie ma tu mechanizm „formuł kontyngencji”, tj. oczekiwań wytwarzanych przez system względem własnych komunikatów, i decydujących o ich reprodukcji, a jednocześnie pozwalających na ukrycie paradoksu samoodniesienia, który pojawia się, jeśli system dokonuje obserwacji własnych obserwacji za pomocą fundującego go rozróżnienia (np. prawne/bezprawne). W systemie prawnym formułę kontyngencji w stanowi, według Luhmanna, pojęcie sprawiedliwości. Luhmann zwraca tu uwagę, że sprawiedliwość jest w prawie rozumiane najczęściej w sposób formalny, tj. jako nakaz równego traktowania równych podmiotów i nierównego – nierównych, a problem wyboru jednego z możliwych jej materialnych komponentów pozostaje niejasny. W ten sposób określone oczekiwania normatywne mogą być obserwowane jako podlegające reprodukcji (bo spełniające warunek formalnej sprawiedliwości lub nie), jednak dokładny mechanizm który za tym stoi nie może być zaobserwowany przez sam system wskutek tego, że żadna koncepcja sprawiedliwości materialnej nie może być uznana za prawną lub bezprawną.

Utrzymanie istnienia systemu prawnego jako zamkniętego systemu zakłada, że będzie on w stanie zaobserwować fakt odniesienia się do poszczególnych komunikatów jako należących do niego lub nie. Formuła kontyngencji nie jest tu współcześnie, zdaniem Luhmanna, wystarczająca, ponieważ problem niemożności jej wyrażenia przez sam system jest obserwowany przez ten system. Problem ten rozstrzygany jest natomiast przez pojęcie obowiązywania prawa. W odróżnieniu od sprawiedliwości, obowiązywanie nie stanowi, według Luhmanna, obserwacji, tj. nie podlega reprodukcji i nie może zostać zaobserwowane przez sam system, a daje się zaobserwować jedynie przez zewnętrznego obserwatora. „Obowiązywanie prawa” jest natomiast definiowane przez odniesienie się przez system w swoim komunikacie do swoich wcześniejszych komunikatów. Luhmann posługuje się w tym kontekście pojęciem „szyftera”, zastosowanym przez R. Jakobsona

na oznaczenie symbolu, która pozbawiony jest trwałej treści i który przyjmuje treść zależną od kontekstu użycia. W ten sposób system prawny uzyskuje możliwość zaobserwowania samego siebie jako całości w każdej kolejnej obserwacji, jednak treść tej obserwacji jest każdorazowo inna.

O organizacji systemu prawnego, jego złożoności i drogach reprodukcji decydują również, według Luhmanna, czynniki, które nie są wyrażane w systemie prawnym za pomocą pojedynczych pojęć, a które przyjmują postać bardziej rozległych struktur semantycznych. Jest to, na przykład, przyjęta w danym czasie metoda interpretacji aktów normatywnych (czy szerzej – argumentacji prawniczej), akceptowana powszechnie teoria prawa, czy dorobek dogmatyki. Stanowią one, zdaniem Luhmanna, narzędzia dokonywania przez system prawny obserwacji drugiego rzędu, tj. obserwowania własnych obserwacji jako obserwacji. W zależności od tego, jaka koncepcja systemu prawnego w zostanie wypracowana w danym systemie prawnym, czy takie komunikaty będą w tym systemie uznawane za dopuszczalne. I tak, na przykład koncepcje argumentacji odwołujące się do logiki prawniczej, odrzucające „nie-sylogistyczne” metody rozumowania służą według Luhmanna do redukcji złożoności systemu.

Krytyka

Teoria Luhmanna, już z racji swojej abstrakcyjności, szerokiego zakresu problemów, jakie podejmował jej autor, i nowatorskich rozstrzygnięć, które proponował, narażona była na krytyczne komentarze. Nie inaczej było w wypadku Luhmannowskiej koncepcji prawa. Liczba prac krytycznie odnoszących się do jego prac na ten temat jest niezliczona, w związku z czym rekonstruowanie stanowisk poszczególnych autorów nie jest celowe. Lepsze jest, jak się wydaje, przedstawienie w tym miejscu typowych uwag krytycznych, bez przedstawiania specyficznego kontekstu ich wyrażenia przez poszczególnych autorów.

Często stawianym – zwłaszcza przez teoretyków i filozofów prawa – jest zarzut zredukowania przez Luhmanna normatywności do czystych faktów. W tym kontekście stawia się tezę, że opisanie prawa nie akceptujące określonych twierdzeń normatywnych, a odnoszące się do prawa w sposób czysto zewnętrzny musi być niepełne. W innej stylizacji, argumentuje się, że przyjęcie czysto empirycznej perspektywy względem problemu normatywności może prowadzić do swego rodzaju schizofrenii i dlatego jest błędne¹¹. System wypracowujący oczekiwania normatywne i jednocześnie oczekiwania

11

kognitywne musi, zgodnie z tym sposobem myślenia, jednocześnie przyjmować oczekiwanie, że jakieś zdarzenie (naruszenie normy) będzie miało miejsce, i że to nie nastąpi (oczekiwanie normatywne nie zostanie zmienione). Odrzucenie przez Luhmanna te krytyki jest pośrednie, bowiem pyta on o warunki możliwości formułowania twierdzeń zbliżonych do powyższych.

Z drugiej strony, teoria Luhmanna dość często jest przedmiotem krytyki socjologów prawa – jako nie dość socjologiczna. Twierdzi się w tym kontekście, że sposób przedstawiania prawa przez Luhmanna opiera się na zastąpieniu rzetelnych badań empirycznych spekulacjami i nadmiernie skomplikowanymi teoretycznymi konstrukcjami. Jeden z krytyków posłużył się nawet, w odniesieniu do niej, nawiązującym do Kelsenowskiej *reine Rechtslehre* określeniem “czysta socjologia prawa”.¹² Krytyka ta jest niewątpliwie bardzo dotkliwa, jeśli się zważy, że założeniem socjologii prawa – już w jej najwcześniejszych wersjach – było odrzucenie, jako nienaukowej, spekulatywnej teorii prawa i odwołanie się do empirii. Wydaje się jednak, że w przytoczonych argumentach pobrzmiwa niechęć do teorii jako takiej, a nie tylko do teorii Luhmanna. Trudno też jest rozsądnie oczekiwać, by możliwe było prowadzenie jakichkolwiek badań empirycznych bez odwołania się do – dowolnie rozumianej – teorii. Choć prawdą jest, że operacjonalizacja wielu pojęć teorii Luhmanna nie jest możliwa, to stanowi ona znakomite narzędzie dla interpretacji istniejących badań i inspirację dla nowych.

Bardzo często powtarzanym zarzutem jest zarzut nietrafności tezy o zamkniętości systemu prawnego. Zwraca się tu uwagę, że system prawny nie istnieje w społecznej próżni, i aby mógł funkcjonować musi być “zasilany” przez legislację, decyzje administracji, wyroki sądów, czy działania jednostek (jak wniesienie pozwu czy zawarcie umowy)¹³. Twierdzi się również, że istnieje konieczna relacja między prawem a moralnością, a więc zależność, której teoria systemów nie jest w stanie uchwycić. Argumenty te z reguły nie trafiają jednak w swój cel, a stanowią raczej efekt niezrozumienia tez Luhmanna lub podstawienia pod niektóre z jego tez – tez własnych, i poddania ich krytyce. Formułując tego rodzaju zarzuty zapomina się mianowicie, że relacje między systemem i otoczeniem są w jego teorii dobrze opracowane, lub odrzuca się Luhmannowskie rozumienie prawa, zastępując je rozumieniem typowym dla pozytywizmu prawnego.

W polskiej literaturze zwracano też uwagę, że czynnikiem który musi przenikać granice systemu prawnego jest język¹⁴. Zarzut ten jest jednak nietrafny, ponieważ nie jest odnoszony do właściwego poziomu analizy. Jak to zostało powiedziane, podsystemy w

12

13

14

społeczeństwach funkcjonalnie zróżnicowanych, w tym prawo, są zamknięte operacyjnie i otwarte kognitywnie w zakresie specyficznej dla siebie komunikacji. Nie oznacza to jednak jakiegoś zamknięcia materialnego – materialnie ten sam komunikat (np. to samo słowo lub książka) mogą mieć (różną !) wartość informacyjną dla wielu systemów jednocześnie. Podobnie terminologia języka prawniczego może nie być całkowicie odmienna od języka potocznego, ale nawet wykorzystanie tego samego słowa nie oznacza tożsamości informacji, która powstaje w ten sposób. Fakt, że zarówno komunikacja prawna jak i wszelka inna wykorzystuje przy tym medium rozpowszechniania jakim jest język nie stoi w sprzeczności z twierdzeniem o autopoietycznym charakterze prawa.

Jakkolwiek krytyka teorii Luhmanna najczęściej nie trafia w zamierzony cel, wydaje się, że pewne uwagi krytyczne dają się utrzymać. Można mianowicie twierdzić, że niezbędną cechą każdej socjologii prawa musi być społeczna skuteczność, to jest możliwość praktycznego ustaleń, których się w niej dokonuje. Teoria systemów – rozumiana jako ruch w socjologii i teorii prawa - w tej kwestii zdecydowanie kuleje. Wynika to niewątpliwie z jej niekomunikowalności, która z kolei stanowi konsekwencję jej złożoności. Jest ziarno prawdy w twierdzeniu Adama Podgóreckiego, że nikt nie chce zawracać sobie głowy semantycznymi zawłościami autopoietycznych teorii prawa¹⁵. Sam Luhmann miał zresztą w kwestii praktycznego oddziaływania teorii systemów istotne wątpliwości, stwierdzając, że relacje między jego socjologią prawa a systemem prawnym muszą być rozpatrywane w kategoriach wzajemnej obserwacji i redukcji złożoności. Dlatego, jego zdaniem, teoria systemów w swoim zastosowaniu do socjologii prawa, nie jest w stanie

Jest więc paradoksem, że problemy teorii systemów z przebicciem się do naukowego mainstreamu – nie wspominając już o ich praktycznym oddziaływaniu, dają się znakomicie wyjaśniać za pomocą samej teorii systemów. Teoria systemów rozstrzyga więc wszelkie problemy jakie przed sobą stawia – i - właśnie z tego powodu pozostaje ślepa.

15 Podgórecki przyjmował najprawdopodobniej bardziej radykalne stanowisko, tj. twierdził że teorie autopoiesis nie przedstawiają żadnej wartości, a swój ewentualny sukces mogą zawdzięczać jedynie "ukąszeniu" które wynika z ich złożoności. Z tak postawioną tezą trudno jest polemizować, niemniej pewna zależność między skomplikowaniem teorii a jej szansami na "rynku idei" istnieje.