

(W: *Prawo, władza, społeczeństwo, polityka*. Wydawnictwo Adam Marszałek, Kraków 2006, s. 313-326).

Andrzej Kojder

Czytając Durkheima...

Co klasyk socjologii ma do powiedzenia o prawie

Emil Durkheim jest zaliczany do najwybitniejszych przedstawicieli nauki socjologii w całych jej dziejach. Uchodzi też za autora, który wniósł znaczący wkład do socjologii prawa. Według opinii Georges'a Gurvitcha autor *Zasad metody socjologicznej* „(...) walnie się przyczynił do przyznania socjologii prawa znaczącego miejsca w nauce socjologii. (...) Można nawet powiedzieć - z pewnego punktu widzenia - że cała socjologia Durkheima, zwłaszcza w jej początkach, wykazuje pewną «ju-rydyczną» skłonność”¹.

Opinia ta nie jest wszelako powszechnie podzielana. W niektórych bowiem wykładach teorii socjologicznych, podręcznikach historii socjologii i monografiach poświęconych Durkheimowi jego koncepcja prawa i jej konotacje są albo nader zdawkowo potraktowane, albo zupełnie pominięte². Niejako na przeciwnym biegunie sytuują się opracowania, dawniejsze i nowsze, których autorzy główną uwagę skupiają na Durkheimowskim wizerunku prawa³. Nie ulega bowiem wątpliwości, że

¹ G. Gurvitch, *Sociology of Law*, London-Boston 1973, s. 24 i 26.

² Oto kilka przykładów: N. S. Timasheff, G. A. Theodorson, *Sociological Theory, its Nature and Growth*, New York 1976; L. A. Coser, *Masters of Sociological Thought. Ideas in Historical and Social Context*, New York 1977; S. Stedman Jones, *Durkheim Reconsidered*, Oxford 2001; *Durkheim Today*, red. W. S. F. Pickering, New York 2002; *The Cambridge Companion to Durkheim*, red. J. C. Alexander, P. Smith, Cambridge 2005.

³ Zob. *Structure, Law, and Power. Essays in the Sociology of Law*, red. P. J. Brantingham, J. M. Kress, Sage Publications, London 1979; *Durkheim and the Law*, red. S. Lukes, A. T. Scull, New York 1983; S. Lukes, *Emile Durkheim, his Life and Work: A Historical and Critical Study*, Stanford 1985; U. Bullash, *Rechtsnorm und Rechtssystem in der Normentheorie Emile Durkheim*, Frankfurt 1988; R. Cotterrell, *Emile Durkheim: Law and Moral Domain*, Edinburgh 1999; *Durkheim*, Oxford 2000; D. A. Michael, *Law and Sociology*, New York 2006.

francuski autor bardziej niż inni współcześni mu socjologowie wykazywał zainteresowanie prawem. Świadczą o tym zarówno jego książki, w których problematyka prawna bynajmniej nie odgrywa marginesowej roli, jak i szerokie jej uwzględnienie w założonym przez niego w 1898 r. i redagowanym czasopiśmie „L'Annee Sociologique”⁴. Jeden ze stałych działów tego czasopisma socjologicznego, notabene jednego z pierwszych w świecie, nosi nazwę „Socjologia moralności i prawa”. Składa się on między innymi z następujących części: Prawo i moralność; Systemy prawne i moralne; Prawo własności, zobowiązania; Prawo karne; Organizacja sądownictwa, procedura; Prawo międzynarodowe, moralność międzynarodowa. Chyba żadne inne czasopismo socjologiczne z przełomu XIX i XX wieku nie uwzględniało w takim wymiarze problematyki prawnej. Jest to jeszcze jeden powód, by Emila Durkheima zaliczyć do grona przedstawicieli socjologii prawa, a nawet do jej klasyków. Na czym jego osobisty wkład do socjologii prawa polega, o tym traktuje ten krótki szkic.

Durkheim należał do tego samego pokolenia co młodszy od niego o kilka lat Eugen Ehrlich, Max Weber i Leon Petrażycki. Podobnie jak oni, był nie tylko wielce cenionym profesorem uniwersytetu, popularnym wykładowcą i organizatorem życia naukowego, lecz także wysokiej klasy intelektualistą. Podobnie jak jego młodszy koleś, z którymi prawdopodobnie nigdy osobiście się nie zetknął, musiał przerwać - z powodu pierwszej wojny światowej - świetnie rozwijającą się twórczość naukową.

Francuskiego socjologa interesowały przede wszystkim relacje, jakie zachodzą między jednostką a społeczeństwem, oraz rola, jaką w tych dwustronnych relacjach odgrywają religia, obyczaje, moralność i prawo. Za najbardziej elementarne zjawisko społeczne uznawał religię. To z niej, jego zdaniem, stopniowo rozwinęła się moralność, nauka, sztuka i prawo. Pierwsze nakazy i zakazy, którym musiał się człowiek podporządkować, wytworzyła właśnie religia.

Dzięki czemu, pyta Durkheim, społeczeństwo jest całością? Co powoduje, że dla jednostki jest ono „szkołą porządku, ofiarności i dyscypliny”? Czynnikiem tym jest, jak dowodzi, solidarność społeczna - poczucie wspólnoty ludzkiego losu, więź z innymi ludźmi i wzajemna z nimi zależność.

Doniosłym wskaźnikiem solidarności społecznej jest prawo. „Wszędzie tam - pisze w swej rozprawie *O podziale pracy społecznej* - gdzie życie społeczne istnieje trwale, w nieunikniony sposób zmierza do przybrania określonej formy i do zorganizowania się, a prawo to nic innego niż ta organizacja i jej najbardziej trwale i określone właściwości. Ogólne życie społeczeństwa nie może rozszerzyć się w jakimś punkcie w taki sposób, aby równocześnie i to w tym samym stosunku nie rozszerzyło się życie prawne. A zatem możemy być pewni, że w prawie znajdziemy odbicie

⁴ Jego celem było unaukowanie socjologii i oparcie jej na konkretnych danych (faktach społecznych). Zob. E. Tarkowska, *Ciągłość i zmiana socjologii francuskiej: Durkheim, Mauss, Levi-Strauss*, Warszawa 1974, s. 33.

wszystkich zasadniczych odmian solidarności społecznej"⁵. W innym miejscu książki stwierdza, a brzmi to bardzo współcześnie: „Prawo nadaje nam uprawnienia i podporządkowuje nas obowiązkom jako wywodzącym się z aktu naszej woli. W pewnych wypadkach możemy zrezygnować z uprawnień lub pozbyć się obowiązków. Niemniej jedno i drugie stanowią normalny typ uprawnień i obowiązków dotyczących danej okoliczności, i trzeba specjalnej czynności, aby to zmienić” (s. 274). Dla prawa charakterystyczne jest to, że odtwarza i wyraża formy (typy) solidarności społecznej, różnym bowiem rodzajom prawa odpowiadają odmienne rodzaje solidarności.

Podstawą prawa jako takiego są według Durkheima obyczaje. „Zwykle obyczaje nie przeciwstawiają się prawu, ale przeciwnie, stanowią jego podstawę” (s. 86). Więcej nawet, nie ma takiego prawa, którego by nie uzupełniały obyczaje. „Prawo jest wyrazem obyczajów i jeśli zwraca się przeciwko nim, czyni to z siłą, jaką one same mu użyczają” (s. 186).

Autor *Zasad metody socjologicznej* stwierdza także, choć wątku tego nie rozwija, iż: „Każde społeczeństwo opiera się na moralności” (s. 290) oraz „Każdemu zbiorowi norm prawnych towarzyszy zbiór norm czysto moralnych” (s. 289). Mają one charakter nakazowy i zmuszają jednostkę do działania nie zawsze zgodnego z jej własnymi celami i interesami.

Normy prawne są usankcjonowanymi zasadami postępowania. Na straży przestrzegania tych zasad stoją sankcje. „Sankcje te są dwojakiego rodzaju. Jedne polegają zasadniczo na zadawaniu cierpienia lub co najmniej na upokarzeniu danej osoby; ich celem jest przyniesienie uszczerbku fortunie lub honorowi, zagrożenie życiu lub pozbawienie wolności, pozbawienie jej w ogóle czegoś, z czego korzysta. Mówi się, że sankcje te są represyjne; to przypadek prawa karnego. (...) Jeśli chodzi o sankcje innego rodzaju, nie muszą one konieczne zakładać cierpienia danej osoby, lecz polegają na *przywróceniu stanu rzeczy*, na przywróceniu naruszonych stosunków do ich normalnej postaci” (s. 90-91).

Tym normom, które zawierają „zorganizowane sankcje represyjne”, odpowiada prawo karne, tym zaś, które posługują się sankcjami restytucyjnymi, mającymi na celu przywrócenie naruszonego stanu rzeczy, odpowiada prawo cywilne, handlowe, procesowe, administracyjne i konstytucyjne, chociaż w tych dziedzinach prawa mogą się też zawierać przepisy karne, ale w tym wypadku nie mają one pierwszoplanowego znaczenia.

Prawo restytucyjne, które Durkheim nazywa też prawem kooperacyjnym, dotyczy czynów, które są wymierzone nie tyle w poszczególnych ludzi, co w pewne odłamy (warstwy) społeczeństwa. „Prawo represyjne odpowiada temu, co jest sercem, ośrodkiem świadomości wspólnej. (...) prawo restytucyjne powstaje na obsza-

⁵ E. Durkheim, *O podziale pracy społecznej*, przekł. K. Wakar, red. naukowa E. Tarkowska, Warszawa 1999, s. 85. W dalszym ciągu tekstu numery stron w nawiasie odwoływać się będą do niniejszego wydania rozprawy Durkheima.

rach peryferyjnych. Im bardziej staje się ono naprawdę sobą, tym bardziej się od centrum oddala" (s. 154).

Różnica między prawem represyjnym i restytucyjnym odzwierciedla różnice między dwoma typami solidarności społecznej lub w szerszym ujęciu: organizacji społecznej. Zdaniem Durkheima w ciągu wieków maleje znaczenie prawa karnego, a ponadto zmienia się jego struktura wewnętrzna. Rozwój społeczeństwa i komplikowanie się jego organizacji powodują wzrost roli prawa restytucyjnego, i na odwrót: w społecznościach pierwotnych prawo karne obejmuje niemal całą dziedzinę prawa⁶. Całe życie jednostki w najprostszych społecznościach znajduje się pod kontrolą prawa represyjnego (karnego). Wszystkich obowiązują względnie jednolite wierzenia, przekonania, praktyki. „Uchybienie, nawet przez pomyłkę, jakiegokolwiek regule stanowi grzech i wymaga pokuty" (s. 177). Społeczeństwo, cała zbiorowość, bardzo surowo karze wszelkie odstępstwa od przyjętych sposobów postępowania. Tych odstępstw, jak twierdzi Durkheima, nie ma zresztą wiele, bo nie ukształtowała się jeszcze *zindywidualizowana osobowość*.

Ponieważ pierwotne społeczeństwo nie było wewnętrznie zróżnicowane, jego związek z każdą jednostką był bezpośredni. Świadomość indywidualna była w zasadzie tożsama ze świadomością zbiorową. Istniejąca w takim społeczeństwie solidarność była solidarnością mechaniczną, opierała się głównie na absolutnym podobieństwie jednostek pod względem ich położenia społecznego. „W społeczeństwach, w których ta solidarność jest bardzo rozwinięta, jednostka (...) nie należy do siebie. Jest to dosłownie rzecz, którą dysponuje społeczeństwo. Dlatego też w tych typach społecznych praw osobowych nie odróżnia się jeszcze od praw rzeczowych" (s. 166).

Charakterystyczną cechą zmian w prawie represyjnym jest stopniowy zanik przestępstw religijnych. Rozwój chrześcijaństwa doprowadził m.in. do tego, że „(...) przestępczość religijna całkowicie lub prawie całkowicie opuściła obszar prawa karnego" (s. 210). Postępująca zaś sekularyzacja spowodowała, że „(...) jednostka sama staje się jak gdyby przedmiotem religii. Godność osoby staje się dla nas kultem, który, jak każdy wielki kult, ma już swe przesady. Jest to zatem, by tak rzec, wspólna wiara; istnieje ona jednak tylko dzięki upadkowi innych wier i dlatego przynieść nie może takich rezultatów, jak owa wielka liczba znikłych wierzeń. Rekompensata tu nie istnieje. Ponadto, jeśli wiara ta jest wspólna, pozostaje indywidualna ze względu na swój przedmiot. Wprawdzie kieruje wolę wszystkich ku temu samemu celowi, ale cel ten nie jest społeczny. Wiara ta znajduje się więc w zupełnie wyjątkowej sytuacji w świadomości zbiorowej. Całą swoją siłę czerpie ze społeczeństwa, ale nie przywiązuje nas do społeczeństwa, lecz do nas samych. Dlatego też nie zawiązuje prawdziwych więzi społecznych" (s. 220-221).

W społeczeństwach, w których przeważa prawo restytucyjne, podstawą solidarności nie jest podobieństwo wierzeń i uczuć, lecz podział pracy. Świadomość indywidualna (jednostkowa) w coraz mniejszym stopniu pokrywa się ze świadomością zbiorową. Dzięki specjalizacji wykształcają się odrębne osobowości. Ludzie są so-

lidami nie dlatego, że niemal we wszystkich aspektach życia są do siebie podobni, lecz dlatego, iż są sobie wzajemnie potrzebni. Taką solidarność Durkheim nazwał solidarnością organiczną. Im bardziej społeczeństwo jest zróżnicowane i „ujednostkowane”, tym więcej jest solidarności organicznej. Społeczeństwo nie kontroluje już wszystkich sfer działalności jednostek, a prawo karne ogranicza zasięg swego oddziaływania głównie do ochrony osób i ich stanu posiadania. Zdaniem więc Durkheima ogólny kierunek ewolucji społeczeństw ludzkich przebiega od solidarności mechanicznej do solidarności organicznej i od prawa represyjnego do prawa restytucyjnego. „Podczas gdy prawo represyjne przejawia tendencję do tego, aby pozostać w społeczeństwie rozproszone, prawo restytucyjne tworzy sobie organy coraz bardziej wyspecjalizowane: sądy handlowe, sądy rozjemcze, wszelkiego rodzaju sądy administracyjne” (s. 144).

Cechą sankcji restytucyjnych jest to, że zmierzają do przywrócenia poprzedniego stanu rzeczy, nie zaś do zastosowania kary lub jakiejś dolegliwości. W przeciwieństwie do prawa karnego prawo restytucyjne nie ustala stosunków między jednostką a społeczeństwem, lecz między ograniczonymi częściami społeczeństwa. Innymi słowy, za prawem represyjnym stoi wspólna świadomość społeczna, natomiast prawo restytucyjne takiego wsparcia nie ma, świadomość partykularna (jednostkowa), jak ją nazywa Durkheim, nie jest bezpośrednim wyrazem świadomości zbiorowej. Nawet odszkodowanie nie ma charakteru karnego, jest bowiem „środkiem powrotu do przeszłości”. Osoba przegrywająca proces cywilny czy pokrywająca koszty sądowe, bo doprowadziła do ich powstania, nie zostaje w dosłownym znaczeniu ukarana. Ruina, nawet w majestacie prawa, źle kalkulującego kupca też nie jest - w ścisłym znaczeniu słowa - sankcją karną za błędy, które swoją działalnością popełnił. A więc, jak dowodzi Durkheim, uchybienie normom prawa restytucyjnego nie spotyka się w sensie dosłownym z sankcją karną⁶. Co więcej, osoba przegrywająca proces cywilny na ogół nie spotyka się z potępieniem. Zmiana zaś norm prawa cywilnego czy administracyjnego z reguły nie wywołuje jakichś nadzwyczajnych stanów emocjonalnych. Przepisom prawa restytucyjnego nie odpowiadają bowiem żadne głębsze uczucia.

Najbardziej typowym prawem restytucyjnym jest prawo własności w różnych jego formach, takich jak własność literacka, artystyczna czy przemysłowa, oraz w różnych odmianach, jak prawo spadkowe czy prawo sporządzania testamentu. Prawo restytucyjne obejmuje ponadto prawo rodzinne, prawo umów, handlowe, procesowe, administracyjne i konstytucyjne. „Stosunki regulowane przez te normy (...) wyrażają pozytywną pomoc i kooperację wynikającą w sposób istotny z podziału pracy” (s. 156).

⁶ Błądność tego poglądu wykazał dwadzieścia kilka lat później Bronisław Malinowski.

⁷ „Pogwałcenie tych norm - pisze Durkheim - nie dotyka więc żywych części świadomości ani wspólnej duszy społeczeństwa, ani też duszy tych specyficznych grup i wobec tego powoduje nader umiarkowaną reakcję” (s. 163).

Jednakże stosunków prawnych objętych przez prawo restytucyjne nie może ustalać sama tylko zgoda zainteresowanych stron. „Chociaż małżeństwo - pisze Durkheim - jest umową, małżonkowie nie mogą dowolnie go zawiązywać lub rozwiązywać zgodnie ze swoją wolą. (...) To prawda, że zobowiązania czysto umowne mogą powstawać i być rozwiązywane przez samą zgodność woli. Nie należy jednak zapominać, że jeśli umowa ma moc wiążącą, to jest tak tylko dzięki społeczeństwu. (...) Każda umowa zakłada zatem, że poza stronami, które się angażują, znajduje się społeczeństwo, gotowe do działania w celu poszanowania podjętych zobowiązań. (...) Społeczeństwo jest więc obecne we wszystkich stosunkach określanych przez prawo restytucyjne, nawet takich, które wydają się jak najbardziej prywatne, a obecność ta, mimo że zwykle nie odczuwana, ma jednak zasadnicze znaczenie" (s. 146).

Powstanie i rozwój prawa restytucyjnego, które wyodrębniło się z prawa represyjnego, było wynikiem postępującego podziału pracy. „To właśnie podział pracy pełni w coraz wyższym stopniu rolę odgrywaną dawniej przez świadomość wspólną, to przede wszystkim on integruje zbiorowości wyższych typów społecznych" (s. 222). Zrodził też solidarność organiczną między ludźmi, solidarność opartą na umowie, i przyczynił się do przewagi prawa restytucyjnego nad prawem represyjnym.

Dominacja solidarności organicznej i prawa restytucyjnego spowodowała zwiększenie się i zróżnicowanie kompetencji państwa. W tym samym kierunku zaczął się też zmieniać wymiar sprawiedliwości. Jak pisze Durkheim, „(...) powstają różnorodne sądy, odrębne urzędy, określa się wzajemną rolę jednych i drugich oraz ich stosunki" (s. 282). Ponadto państwo w coraz większym stopniu uzależnia od siebie obywateli choćby przez tworzenie instytucji interesu publicznego. Rozrost kontrolnych funkcji państwa jest przejawem przekształcania się społeczeństwa segmentowego w społeczeństwo zorganizowane.

Więcej uwagi roli państwa i władzy państwowej w oddziaływaniu na podział pracy i prawo poświęcił Durkheim w rozprawie z 1900 r., zatytułowanej *Deux lois de l'évolution pénale*⁸. Sformułował tam tezę, że w toku rozwoju historycznego sankcje karne zmieniają się pod względem jakościowym i ilościowym. Prawidłowość zmiany jakościowej prawa głosi, że: „Surowość kar prawnych jest tym większa, im mniej rozwinięte jest społeczeństwo i im bardziej władza centralna ma charakter absolutny"⁹. O tym, jaki jest stopień rozwoju społeczeństw, decyduje jego złożoność, skala jego wewnętrznego zorganizowania. Nie oznacza to, oczywiście, pisze Durkheim, że rozwój społeczeństw jest linearny. Absolutny charakter władzy też

⁸ Rozprawa ta ukazała się w redagowanym przez Durkheima czasopiśmie „L' Année Sociologique" 1900, nr 4, s. 65-95. Jej angielski przekład pt. *Two Laws of Penal Evolution* ukazał się co najmniej dwukrotnie, w różnych tłumaczeniach, najpierw w „University of Cincinnati Law Review" 1969, t. 38, nr32, s. 32-61, a potem w „Economy and Society" 1973, t. 2, nr3, s. 278-308, a także został przedrukowany we fragmentach w tomie pod red. C. Campbella i P. Wilesa, *Law and Society*, Oxford 1979, s. 84-89.

⁹ Durkheim, *Two Laws...*, s. 32. Dalsze cytaty w tekście, jeśli nie są inaczej zaznaczone, odnoszą się do tej edycji rozprawy Durkheima.

jest cechą stopniowalną. Żadna władza nigdy nie była i nie jest władzą nieograniczoną. Nawet najsilniejsze rządy muszą liczyć się z tradycją i przekonaniem religijnymi. Lecz jeśli władza nie jest ograniczona żadnym prawem, prawem pisany lub prawem zwyczajowym, jest władzą absolutną. Durkheim zastrzega się, że można też w inny sposób charakteryzować władzę absolutną. Mianowicie, „(...) im bardziej jednostronny jest charakter stosunków wyższej władzy z resztą społeczeństwa, innymi słowy, im bardziej przypominają one stosunki łączące posiadacza z rzeczą, którą dysponuje, tym bardziej rząd jest absolutny. I przeciwnie, im bardziej dwustronne stosunki łączą rząd z innymi funkcjami społecznymi, tym jest on mniej absolutny. Najdoskonalszym przykładem absolutnej suwerenności (władzy - A. K.) jest *patria potestas* u Rzymian, tak jak określało ją starożytne prawo cywilne, w którym syn był porównany do majątku ruchomego” (s. 34).

Na ewolucję sankcji karnych wywiera więc wpływ nie tylko charakter społeczeństwa, tj. stopień jego rozwoju (wewnętrzne zorganizowanie i zróżnicowanie), lecz także forma rządu. Często - powiada Durkheim - te dwa „czynniki” działają w przeciwnych kierunkach. „Na przykład zdarza się, że wraz z przejściem od prymitywnego do bardziej zaawansowanego typu społeczeństwa nie dostrzega się, jak można by oczekiwać, żeby kary zostały złagodzone. Jest tak dlatego, że organizacja rządu (tj. jego absolutny charakter - A. K.) neutralizuje w tym właśnie czasie skutki społecznej organizacji. Proces ten jest niezwykle złożony” (s. 36-37).

Druga prawidłowość - zmiany ilościowej prawa głosi, że: „Kary dotyczące ograniczenia wolności i sama wolność zmieniają się w czasie i mają tendencję, by coraz bardziej stawać się normalnym środkiem represji” (s. 44). W prymitywnych społeczeństwach niemal zupełnie nie były znane więzienia, a w nowoczesnych kara śmierci jest stosowana coraz rzadziej. Stopniowo cała dziedzina karania sprowadza się do pozbawiania wolności na pewien czas lub na całe życie.

W następnych fragmentach artykułu Durkheim stara się wyjaśnić najpierw drugą z przytoczonych prawidłowości, a następnie pierwszą. Zapytuje więc jak wyjaśnić to, że w nierozwiniętych społeczeństwach nieznanym było pozbawienie wolności (uwięzienie). Dlatego było ono nieznanym - odpowiada - że nie służyło żadnym społecznym potrzebom. Odpowiedzialność była odpowiedzialnością zbiorową, nie zaś tego, kto popełnił czyn zabroniony. Nie było więc żadnego powodu, aby aresztować i trzymać pod strażą domniemanego sprawcę czynu zabronionego. Moralna i prawna niezależność grupy rodzinnej powstrzymywała żądania, by któregoś z jej członków pozbawić wolności li tylko na podstawie podejrzenia. Wraz z rozwojem społecznym grupy elementarne utraciły swoją uprzednią autonomię, a odpowiedzialność stała się odpowiedzialnością jednostkową. Tym samym pojawiły się warunki do powstania więzień. Następnie, w toku rozwoju historycznego, kary stawały się coraz łagodniejsze, najpierw były łagodzone kary główne, a następnie kary podrzędne, zamykające kodeksy karne. Powstanie swoistej „pustki” w wymiarze kary spowodowało rozwój różnych kar dodatkowych. Wielkiemu zróżnicowaniu uległa też kara pozba-

wienia wolności. „Dlatego konkluduje - Durkheim - jakościowe zmiany w sposobie karania są w części zależne od bezpośrednich ilościowych zmian w karaniu" (s. 50).

Co się tyczy wyjaśnienia prawidłowości mówiącej, że intensywność kar jest tym większa, im mniej zorganizowane (złożone) jest społeczeństwo, to argumenty Durkheima są następujące. Czyny uznawane za kryminalne we wszystkich znanych społeczeństwach można podzielić na dwie podstawowe kategorie: 1) wymierzone przeciwko „rzeczy zbiorowej" (rzeczywistej lub wyobrażonej, idealnej - bez różnicy), to jest przeciwko władzy publicznej, obyczajom, tradycji czy religii i 2) wymierzone przeciwko jednostce (morderstwa, kradzieże, gwałty, oszustwa). „Pierwszą kategorię można nazwać - pisze Durkheim - przestępczością o charakterze religijnym¹⁰, ponieważ pogwałcenia religii są jej najbardziej zasadniczą częścią i również dlatego, że zbrodnie przeciwko tradycji czy przywódcom państwa zawsze miały i mają bardziej lub mniej religijny charakter. Dla drugiej kategorii możemy zarezerwować określenie *przestępczość ludzi {human criminality}*" (s. 52). Zbiorowe uczucia, które te dwa rodzaje przestępstw obrażają, są odmienne i dlatego represja spotykająca ich sprawców także musi być zróżnicowana.

W społecznościach pierwotnych uczucia zbiorowe tym się charakteryzowały, że skupiały się na całej zbiorowości, a przeżycia ludzi były bardzo podobne". W wypadku przestępstwa, które obrażało tego rodzaju uczucia, przedstawiało się ono ludziom pierwotnym jako czyn wymierzony przeciwko czemuś boskiemu, transcendentalnemu. Z tego powodu takie przestępstwo wydawało się czymś wyjątkowo strasznym i ohydny. Mówiąc ogólnie, przestępstwo wydawało się tym okrutniejsze, im różnica statusu między ofiarą a zbrodniarzem była większa. W obliczu zbezczeszczonej władzy, której przypisywano boskie atrybuty, cierpienia zbrodniarza nigdy nie były dostatecznie duże. Dlatego w społecznościach pierwotnych kary były bardzo surowe. Inaczej rzecz się ma wtedy, kiedy przedmiotem zbiorowych uczuć nie jest cała wspólnota (plemie, klan czy szczepek), lecz jednostka. Wówczas represja za czyn przestępczy staje się łagodniejsza.

Z biegiem czasu stopniowo zanikają więc religijne formy przestępczości, a wraz z nimi surowe represje karne. Wprawdzie zbrodnie przeciwko „rzeczom zbiorowym" nadal istnieją, ale tracą one swój religijny, sakralny charakter. Jaki wpływ na ten historyczny proces ma typ władzy? - jest to ostatnie pytanie, na które Durkheim stara się znaleźć odpowiedź w *Dwóch prawidłowościach ewolucji karnej*. Tworząc kategorię „nadmudzi", boskich pomazańców, władza absolutna przywraca boskie pierwiastki w karaniu. W ślad za nimi wzrasta surowość sankcji prawnych. „Musi nadejść czas - pisze autor w zakończeniu - i nie jest on odległy, kiedy przestępstwa przeciwko osobie wypełnią całe prawo karne (...). Nie ma jednakże powodu, by wierzyć, że przestępczość ludzi będzie się stopniowo zmniejszać wraz ze zmniejszaniem się surowości kar. Wszystko raczej wskazuje na jej stopniowy rozwój, na to, że

¹⁰ Według współczesnego, *mutatis mutandis*, określenia jest to kategoria przestępstw bez ofiar.

lista czynów, które są określane jako tego typu przestępstwa, będzie się powiększać i że będzie uwydatniony ich kryminalny charakter. Oszustwa i niesprawiedliwości, które jeszcze wczoraj nie poruszały świadomości publicznej, dzisiaj ją wzbudzają i ta wrażliwość może tylko wzrastać wraz z upływem czasu" (s. 60). Nie ma żadnego powodu sądzić, twierdzi Durkheim, że nastąpi rozpad całego systemu represji prawnej. Wypada raczej przewidywać, że bardzo surowe sankcje zostaną zastąpione łagodniejszymi i że instytucje karzące będą bardziej adekwatnie odpowiadać na „nowe aspiracje świadomości moralnej”.

Koncepcje Durkheima wywarły przemożny wpływ na całą światową socjologię XX wieku. Również w socjologii prawa zajmują one znaczące miejsce. Fakty prawne - podobnie jak religijne, moralne czy ekonomiczne - należy badać i analizować jako zjawiska społeczne, a więc w cechach konstytutywnych społeczeństwa trzeba szukać ich genezy i form, w jakich się przejawiają. Socjologię empiryczną można zbudować - twierdzi Durkheim - tylko przez odwołanie się do faktów. To samo można powiedzieć o empirycznej socjologii prawa. Zawdzięcza ona autorowi *Zasad metody socjologicznej* wyraźne stwierdzenie, że prawo powstaje, rozwija się i przekształca w konkretnym społeczeństwie i że siły w nim działające mają wpływ na to, co ono stanowi i jak jest stosowane.

Spośród licznych kontynuatorów myśli Durkheima wielu miało formalne wykształcenie prawnicze, a niektórzy nawet doktorat z prawa. Wystarczy wymienić choćby tak znanych jego uczniów, jak Hubert Bourgin (1874-1955), Georges Davy (1883-1976), Louis Gernet (1882-1964), Maurice Halbwachs (1877-1945), Paul Huevlin (1873-1924), Emmanuel Levy (1871-1944) i Francois Simiand (1873-1935)¹². Zajmowali się oni m.in. ewolucją prawa i pochodzeniem instytucji prawnych¹³.

Pogląd Durkheima, że prawo jest stałym czynnikiem organizacji życia społecznego i że zmienia się ono wraz ze zmianą prawa, jest powtarzany w wielu współczesnych tekstach socjologiczno-prawnych. Dziedzictwem myśli Durkheima jest teza, że przekonania, które w systemie społecznym zyskują status przekonań podstawowych, zostają przekształcone w zasady i normy prawne. Również jego pogląd, że przestępstwo i zbrodnia są zjawiskami powszechnymi, występują bowiem „(...) we wszystkich społeczeństwach wszelkich typów”¹⁴ i dlatego należy je traktować jako normalne fakty społeczne, zyskał zarówno w kryminologii, jak i socjologii prawa rangę prawdy oczywistej.

¹² Posługując się terminologią Leona Petrażyckiego można by powiedzieć, że były to uczucia podmiotowo-przedmiotowe.

¹³ Zob. *Durkheim et les Durkheimiens*, Paris 1998.

¹⁴ P. Vogt, *Obligation and Right. The Durkheimians and the Sociology of Law*, Cambridge 1983, *passim*.

¹⁵ E. Durkheim, *Zasady metody socjologicznej*, przekł. J. Szacki, Warszawa 1968, s. 97.

Durkheim podkreślał, jak wiadomo, że przestępczość pozostaje „(...) w ścisłym związku z warunkami całego życia zbiorowego”¹⁵. Jeśli nie przekracza pewnego poziomu, nie można jej traktować jako choroby społecznej¹⁶.

Od lat sześćdziesiątych XX wieku dość powszechnie przyjmuje się, że Durkheim jest prekursorem kierunku badania dewiacji społecznej nazywanego teorią naznaczania społecznego¹⁷. Wykorzystuje się w niej takie m.in. stwierdzenia, które są *explicite* lub *implicite* zawarte w jego pracach, jak:

- a) dewiacja jest integralną cechą wszystkich zdrowych społeczeństw;
- b) nie każda dewiacja jest szkodliwa społecznie, niektóre są oznaką dokonującego się postępu;
- c) sytuacja anomii - normatywnego rozchwiania i destrukcji dotychczasowych wartości - zwiększa prawdopodobieństwo zachowań dewiacyjnych;
- d) dewiacja wyznacza granicę między zachowaniami aprobowanymi społecznie a tymi, które spotykają się z dezaprobatą;
- e) prawo dzięki odpowiedniej kodyfikacji może wzmacniać przekonania moralne ludzi i tym samym osłabiać skłonności do działań dewiacyjnych.

Jednakże Durkheim jest uznawany nie tylko za prekursora studiów nad dewiacją, ale także uchodzi za jednego z pionierów kryminologii¹⁸. On to bowiem usytuował przyczyny przestępczości w samym społeczeństwie, a nie -jak jego poprzednicy - w czynnikach zewnętrznych (klimatycznych, gospodarczych, demograficznych czy ekologicznych). Dowodził, że bez przestępczości niemożliwa byłaby ewolucja prawa, dzięki zaś koncepcji anomii dostarczył kryminologom „(...) najwartościowszego sposobu wyjaśnienia etiologii przestępczości”¹⁹. Jak to ujął jeden z kryminologów testujących wpływ anomii na przestępczość: „Analiza czynnikowa wskazuje, że poziom przestępczości młodocianych jest w istotny sposób powiązany jedynie z *anomią*. Zerwanie spójności grupy, duża izolacja, osłabienie kontroli - to czynniki sprzyjające wysokiemu poziomowi przestępczości”²⁰.

Chociaż autor *Przedstawięń zbiorowych* należy do najczęściej czytanych i cytowanych socjologów w świecie, odwołania do jego koncepcji nie są bezkrytyczne. Dotyczy to zwłaszcza problematyki prawnej. Rozmaici autorzy wskazują na

¹⁵ Ibidem, s. 98.

¹⁶ Dwa jeszcze mocniejsze od przytoczonych sformułowania Durkheima w *Zasadach metody socjologicznej* są następujące: „Przed wszystkim zbrodnia jest normalna, ponieważ społeczeństwo bez zbrodni jest niemożliwe” (s. 99). „Zbrodnia jest tedy konieczna, związana jest z podstawowymi warunkami wszelkiego życia społecznego, ale przez to samo jest użyteczna, gdyż warunki, z jakimi jest zespolona, są także nieodzowne dla normalnej ewolucji moralności i prawa” (s. 102).

¹⁷ Zob. R. Reiner, *Crime, Law and Deviance. The Durkheim Legacy*, London 1984, passim.

¹⁸ W. A. Lunden, *Pioneers In Criminology: Emile Durkheim (1858-1917)*, „Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science” 1958-1959, t. 49, nr 2, s. 2-9.

¹⁹ Ibidem, s. 6.

²⁰ B. Lander, *Juvenile Delinquency. A Study of 8 464 cases of Juvenile Delinquency in Baltimore*, New York 1954, s. 89.

braki i niekonsekwencje w ujmowaniu prawa przez Durkheima. Podkreśla się m.in., że w jego wizji prawa brakuje odpowiedzi na wiele doniosłych pytań. Tak np. nie znajdziemy w jego pracach uwag na temat czynników (sił społecznych, grup interesów), które potrafią skutecznie blokować ustanowienie pewnych ustaw albo też powodują długotrwałą inercję prawotwórstwa. Nie są też w jego wywodach uwzględnione konflikty i kompromisy w łonie władzy. Jest ona postrzegana i przedstawiana jako władza prawomocna, która wyraża moralny stan i potrzeby społeczeństwa²¹. Jest to być może spowodowane tym, że francuskiego socjologa interesowała przede wszystkim treść norm prawa stanowionego i ich dychotomicznie ujmowana ewolucja, pomijał zaś problematykę przemian w funkcjonowaniu organów prawnych i instytucji wymiaru sprawiedliwości oraz ich wpływ na kształtowanie się solidarności.

Wprawdzie, jak przypomina Gurvitch, Durkheim zwracał uwagę, że rozwój nowoczesnej armii, a także dezintegracja gospodarki nie tylko hamują kształtowanie się solidarności organicznej, lecz nawet sprzyjają powstawaniu stosunków przypominających solidarność mechaniczną, ale obserwacja takich i podobnych zjawisk nie skłoniła go do rewizji zasadniczego stanowiska, które wyłożył w rozprawie *O podziale pracy społecznej*²². Marcel Mauss, jeden z bliskich i wybitnych uczniów Durkheima, tak tę kwestię przedstawia: „Problem jest bardzo złożony. Przede wszystkim w pewnych punktach indywidualizm doprowadził nasze społeczeństwo do prawdziwego amorfizmu. Durkheim często mówił o tej niemal patologicznej próżni istniejącej między naszą moralnością i naszym prawem, między państwem i rodziną, państwem a jednostką. Jest nawet coś mechanicznego w naszej idei równości. Od wrotnie, istnieje dużo organicznych elementów w archaicznych... społeczeństwach. Lecz te organiczne elementy różnią się od naszych”²³.

Po stu latach niektóre twierdzenia Durkheima wydają się bardzo wątpliwe. Nazbyt symplicystyczny i nie przekonujący jest jego pogląd na ewolucję prawa, a wyobrażenie o ideach prawnych jest, jak to ujmuje Cotterrell, „(...) zabarwione spekulacją co do ich pochodzenia”²⁴.

Z dzisiejszego punktu widzenia wizja prawa Durkheima zawiera też niejedno naiwne założenie. Przykładem jest choćby teza mówiąca, że prawu restytucyjnemu nie odpowiadają żadne głębsze uczucia i może ono jedynie powodować nader umiarkowane reakcje. A przecież strajki, bunty, protesty, masowe demonstracje nie są 1 nie były wywoływane niezadowolaniem z sankcji prawa karnego, lecz z regulacji zawartych w innych, „restytucyjnych” dziedzinach prawa.

²¹ Problem legitymizacji władzy uczynił przedmiotem analizy socjologicznej Max Weber, który - z wzajemnością- twórczością Durkheima się nie interesował.

²² Gurvitch, *Sociology...*, s. 87.

²³ Ibidem. Gurvitch nie podaje źródła cytatu.

²⁴ Cotterrell, *Emile Durkheim...*, s. 141.

Durkheim uznawał, jak wskazuje Cotterrell, że istnieją czyny surowo karane przez prawo, lecz nie potępiane przez opinię publiczną²⁵. Innymi słowy, zdarza się tak, że sankcje karne nie korespondują z żywością urażonych uczuć zbiorowych, są bowiem ustanowione przez władzę rządową. Nie jest wszelako jasne, bo Durkheim nie tłumaczy, na podstawie jakich idei rząd ustanawia sankcje karne, które nie są częścią „przedstawięń zbiorowych”. Stwierdzenie, że władza „(...) uznaje za przestępstwa czyny, które ją urażają”, a liczba i kwalifikacja czynów przestępczych „(...) zależy od siły, jaką ten organ w sobie kryje”²⁶, w żadnym razie nie wyjaśnia specyfiki decyzji prawnych władzy politycznej.

Wątpliwości budzą również inne wiodące tezy w rozważaniach Durkheima, jak np. ta, że prawo jest dobrym wskaźnikiem i „widocznym symbolem” solidarności społecznej. Dyskusyjne są również stwierdzenia, że różnicowanie się solidarności znajduje odzwierciedlenie w prawie i że liczba stosunków społecznych jest proporcjonalna do norm prawnych, które odnoszą się do tych stosunków. Doświadczenie choćby dwudziestowiecznych totalitaryzmów europejskich zdają się w znacznym stopniu podważać takie przekonania.

Przekształcenia organizacyjnej struktury społeczeństwa przejawiające się w coraz bardziej zróżnicowanym podziale pracy były dla Durkheima donioślejszym czynnikiem zmian w prawie niż przemiany w przedstawieniach zbiorowych (świadomości społecznej). Doprowadziło go to do trudnego do zaakceptowania twierdzenia, że doktryny prawne odzwierciedlają moralne standardy dominujące w społeczeństwie.

Inne zastrzeżenie formułowane pod adresem prawno-społecznych koncepcji Durkheima można wyrazić następująco. Jeśli nawet zgodzimy się, że prawo jest wskaźnikiem solidarności (więzi) społecznej, to powinniśmy stwierdzić to skorygować przez zawężenie jego zakresu przedmiotowego. Istnieją mianowicie takie formy i przejawy solidarności oraz więzi międzyludzkich, które nie pozostają w żadnym niemal związku z prawem stanowionym. Analogicznie, są takie dziedziny prawa (np. różne przepisy techniczne, porządkowe czy proceduralne), które nie mają żadnej wartości wskaźnikowej, tzn. nie umożliwiają ustalenia intensywności więzi społecznej, uspołecznienia, socjalizacji i tym podobnych zjawisk. Durkheim takich sytuacji nie uwzględnia, bo w obrazie nakreślonego przez niego prawa nie ma miejsca na żadne inne prawo poza prawem państwowym, tj. takim, które posługuje się środkami zorganizowanego przymusu.

²⁵ „Istnieją czyny surowo karane - pisze Durkheim - mimo że opinia nie bardzo je potępia. Na przykład zмова urzędników państwowych, uzurpowanie sobie władzy administracyjnej przez władze sądowe, a funkcji świeckich przez funkcje religijne podlegają karze, która nie wiąże się z oburzeniem, jakie wywołuje to w świadomości ludzi. Kradzież rzeczy będących własnością publiczną nie porusza nas zbyt, a przecież jest surowo karana. Zdarza się nawet, że ukarany czyn nie uraża bezpośrednio żadnego uczucia zbiorowego; nic w nas nie protestuje przeciw faktowi łowienia ryb i polowania w zakazanym okresie lub jeżdżenia zbyt ciężkimi pojazdami po drogach publicznych” (*O podziale pracy...*, s. 108).

²⁶ *Ibidem*, s. 111.

Dla współczesnego natomiast socjologa prawa interesujące jest zwłaszcza „prawo spontaniczne, dynamiczne”²⁷, tj. prawo niepaństwowe, którego jakąś część odpowiednio organy państwowe stale przekształcają w „prawo zorganizowane”. Decyzje Obojkocie czy wendecie są decyzjami prawnymi, choć nie należą do porządku prawa stanowionego (państwowego, pozytywnego, zorganizowanego), lecz prawa „dynamicznego” (intuicyjnego, żywego). „W rzeczywistości, tam gdzie Durkheim dostrzegł tożsamość (prawa państwowego - A. K.), tam istnieją wielorakie kombinacje: prawo kooperacyjne może mieć charakter represyjny i sankcjonować je może bez warunkowa przemoc; prawo dominacji mogą chronić sankcje restytucyjne i warunkowa przemoc (dzisiaj odnosi się to do międzynarodowego prawa biznesowego, trustów i fabryk)”²⁸.

Istnienia innego porządku prawnego poza prawem państwowym francuski socjolog nie przewidywał. „Durkheim wykazywał skłonność - jak trafnie zauważa Gurvitch - do szczególnego monizmu społecznego i prawnego”²⁹. Nie mógł przeto analizować rozbieżności między państwowymi regulacjami prawnymi a porządkiem prawnym społeczeństwa. Koncepcja pluralizmu prawnego, którego eksponentami byli Leon Petrażycki i Eugen Ehrlich, była mu z gruntu obca, co o tyle może dziwić, że w pracach etycznych podnosił kwestie moralności zawodowej, interesował się ruchem związków zawodowych, był świadkiem powstawania kooperatyw, ubezpieczeń społecznych i tym podobnych przedsięwzięć, które interpretował jako procesy wzmacniające solidarność organiczną. Z drugiej strony szybkie uprzemysłowienie, rozrost miast, masowe migracje, bezrobocie, nędza; zwiększająca się przestępczość i ciągle ponawiane akty terroru to zjawiska, które wzmacniały solidarność mechaniczną. Durkheimowi jednak przede wszystkim zależało na pokazaniu ogólnospołecznych tendencji rozwojowych, zwłaszcza świadomości zbiorowej, którą „(...) podniósł do rangi metafizycznego ducha”³⁰. To spowodowało, że w swych rozważaniach nie przykładał należytej wagi do czynników zakłócających zakładany rozwój albo je pomijał.

„Późny Durkheim”, a więc wtedy, kiedy zajmował się głównie badaniami nad religią, nie odwoływał się już -jak stwierdza Roger Cotterrell - do prawa jako wskaźnika integracji społecznej ani nie posługiwał się rozróżnieniem prawa na prawo represyjne i prawo kooperacyjne³¹. Dowodził natomiast, że czynnikiem unifikującym wartości społeczne są przeżycia wolności i godności jednostki ludzkiej oraz kult indywidualizmu. Funkcjonalistyczny pogląd na prawo jako mechanizm społecznej koordynacji zachowań ustąpił miejsca wizji „ideacyjnej”, w której podzielane spo-

²⁷ Jest to określenie Gurvitcha (*Sociology...*, s. 93). Petrażycki, którego Gurvitch był w Petersburgu słuchaczem, posługiwał się nazwą „prawo intuicyjne”, a Ehrlich - „prawo żywe”.

²⁸ Gurvitch, *Sociology...*, s. 94.

²⁹ Ibidem, s. 95.

³⁰ Ibidem, s. 96.

³¹ Cotterrell, *Emile Durkheim...*

łecznie, lecz zindywidualizowane uczucia i ideały wywierają decydujący wpływ na prawo.

Pozostając wierny pozytywistycznym założeniom i traktując prawo jako fakt społeczny, Durkheim jakby nie dostrzegał, że normy prawa stanowionego mogą być przez poszczególne części społeczeństwa kwestionowane i odmiennie interpretowane, a przez władzę polityczną partykularnie stosowane. Z punktu widzenia zainteresowań współczesnej socjologii prawa w wizerunku prawa nakreślonym przez Durkheima brakuje przynajmniej kilku znaczących elementów. Te jednakże, które ten wizerunek konstytuują, wystarczają, by uznać Emila Durkheima za jednego z prekursorów i wybitnych przedstawicieli socjologii prawa. Jeśli ta kwalifikacja nie dla wszystkich jest oczywista, to z pewnością nikt nie kwestionuje pozycji Durkheima jako klasyka socjologii. A skądinąd wiadomo, że nie wszyscy klasycy socjologii okazywali prawu zainteresowanie.

Summary

Emile Durkheim perspective on law and social solidarity has been examined in details. The author presents the conviction that according to Durkheim law is deeply embedded in the social reality and plays pivotal role as collective representation and important factor of social change. French sociologist's works after one hundred years still contain important sociological questions about law. The paper traces the role of repressive and restitutive law in creating cohesion of society and discuss thesis that law is an index of social solidarity. In second part of the paper author presents Durkheim's two laws of penal evolution and points out that his conception of law, after all, is based exclusively on official state law. Because Durkheim ignored non-state laws and rejected idea of legal pluralism his theory of the relationship between law and society appears remarkably simplified and one-dimensional.

(W: *Prawo, władza, społeczeństwo, polityka*. Wydawnictwo Adam Marszałek, Kraków 2006, s. 313-326).