

Retten som system

Holger Højlund

WP 14/2002

Maj 2002

MPP Working Paper No. 14/2002 ©

May 2002

ISBN: 87-91181-18-6

ISSN: 1396-2817

Department of Management, Politics and Philosophy

Copenhagen Business School

Blaagaardsgade 23B

DK-2200 Copenhagen N

Denmark

Phone: +45 38 15 36 30

Fax: +45 38 15 36 35

E-mail: as.lpf@cbs.dk

www.cbs.dk/departments/mpp

Indholdsfortegnelse:

| | |
|--------------------------------------|----|
| INDLEDNING | 4 |
| RETTENS TIDSMÆSSIGE BINDING | 4 |
| TILLID TIL RETTEN | 6 |
| ÅBEN- OG LUKKETHED | 11 |
| UDVIKLING SOM INDVIKLING | 14 |
| DET POLITISKE SYSTEMS BRUG AF RETTEN | 16 |
| RETTEEN SOM SAMFUNDETS IMMUNSYSTEM | 18 |
| STRUKTUREL KOBLING | 20 |
| IRRITATION | 22 |
| RETTENS EVNE TIL AT IRRITERE | 25 |
| SELVBESKRIVELSE OG PARADOKS | 27 |
| PARADOKSET SOM MOTOR | 31 |
| HYPERCYKLUS | 35 |
| LITTERATURLISTE | 37 |

Indledning

Historisk set har retten ændret udseende og funktioner i samfundet flere gange. Det er der hverken noget nyt eller særlig overraskende i, snarere tværtimod, også samfundet gennemgår forandringer. Det interessante ligger i at analysere, hvordan retten, når den forandrer sig, også samtidigt forsøger at stabilisere sine forandringer. Til sådanne analyser kan man finde et ganske udviklet begrebsapparat hos sociologen Niklas Luhmann.

Dette arbejdsrapport har til formål at præsentere og diskutere begreber fra Luhmanns retsteori. Diskussionerne vil skride frem uden de store svinkeår og relativt tro mod Luhmanns begrebsapparat. Udgangspunktet vil være *Das Recht der Gesellschaft* (1995) samt i mindre udstrækning hans historiske arbejde i *Gesellschaftsstruktur und Semantik band 2* (1981). Luhmanns tidlige retsteoretiske arbejde vil ikke blive inddraget (Luhmann 1974; 1981). Det vil derimod en række småtekster fra slutningen af 1980-erne og starten af 1990-erne (Luhmann 1987a; 1987b; 1993b; 1993c). Afslutningsvis vil Teubners bog *Law as an Autopoietic System* (1993) fungere som afsæt for diskussioner af rettens seneste udvikling.

Retens tidsmæssige binding

I *Das Recht der Gesellschaft* indleder Niklas Luhmann kapitel tre om rettens funktion i samfundet med at konstatere, at ret har med forventningsdannelse at gøre (1995: 125). Ikke sådan forstået at retten er det eneste, der gør det muligt at danne forventninger. Forventninger kan tage forskellige former og knyttes sig til forskellige medier, alt efter hvor i samfundet de kommunikeres. Barnet har forventninger til moren om mad eller omsorg. Disse forventninger kommunikeres især i form af mishagsytringer. Deres medie er bundet til interaktionens nærvær og viser sig som forskellen mellem skrig/ikke skrig. Børsspekulanter har forventninger til firmaers aktieafkast. Disse forventninger kommunikeres i rentekurser og prisdannelse. Deres medie er ikke bundet til nærvær og samtidighed, men alene til synkronisering af forskellige tidsligheder, og det viser sig som forskellen mellem fremtidige afkast/ikke-afkast.

Retten udgør altså kun en form blandt mange andre, og dets medie ret/uret udgør kun en mulighed blandt flere. Der findes således flere funktionelle ækvivalenter, når det drejer sig om at forvente samt at kommunikere disse forventninger. Rettens særlige bidrag er, at den gør det muligt at kommunikere om normative forventninger på en tidsstabil og systematisk måde. Dette muliggør, at de kan afpasses med hinanden. Herved kan sammenstød foregribes, og skuffelser undgås. Konflikter mellem forskellige normer løses via rettens tilskrivning af enten ret eller uret.

Luhmanns sammenknytning af retten med det at udtrykke og stabilisere forventninger i samfundet er oplagt, men også en smule selvfølgelig. Retten skaber forudberegnelighed og integrerer samfundet socialt set. Men, siger Luhmann og afliver herved mistanken om alene at bekræfte selvfølgeligheder, selvom rettens sociale relevans er oplagt, skal man ikke overdrive dens integrative betydning (1995: 126). Rettens funktion som forventningsstabilisator skal i højere grad anskues i sin tidsmæssige dimension end social-integrativt. Det væsentlige er med andre ord, at retten gør det muligt at skabe forventninger i nutiden og rette dem mod fremtiden: at den udgør en særlig form for tidsbinding. Med retten kan alle borgere med rette forvente, at nogle normer gælder i samfundet og andre ikke. Dette kan de indrette sine nutidige handlinger og orienteringer mod fremtiden efter. Nutidige valg kan stabiliseres tidsligt.

Abstrakt gesehen hat das recht mit den sozialen Kosten der zeitlichen Bindung von Erwartungen zu tun. Konkret geht es um die Funktion der Stabilisierung normativer Erwartungen durch Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung (Luhmann 1995: 131)

Men den tidslige stabilisering har konsekvenser i sags- og socialdimensionen. Det hænger sammen med, at forventningerne må defineres både sagligt og socialt for at blive genkendt, eller med andre ord, at de må generaliseres i disse dimensioner for at blive løsrevet fra deres binding til den konkrete situation. Det er i denne sammenhæng afgørende, at denne generalisering kan ske på reguleret vis. De normative forventninger kan ikke tage en hvilken som helst form eller hægtes til et hvilket som helst socialt skema. De får bestemte sags-lige former og hægtes til bestemte sociale koder. Disse koder fastlægger forskellen mellem normalitet og afvigelse og kobler herved den tidsmæssige generalisering sammen med indskrænkninger i det sociale handlerum. Kun med disse indskrænkninger kan forventningerne rettes mod fremtiden. Kun herigennem kan de forme nutidige forudsætninger for fremtidige sagsforhold.

For Luhmann er det afgørende, at retten udgør en generaliseringsform, som har en række ganske bestemte funktioner i samfundet. Som det vigtigste betyder retten, at normerne positiveres: at de gøres synlige og kommunikerbare på bestemte måder. Denne positivering skaber videre en række muligheder og begrænsninger. Koncentrerer vi os om mulighederne, betyder positiveringen for det første, at det bliver muligt at genkende forventninger. Heri ligger også rettens motiverende funktion, nemlig at samfundet, igennem det at stabilisere sine sociale og saglige forhold i nutiden kan indstille sig på en usikker fremtid. For det andet betyder positiveringen, at forventninger og normer kan forandres. Kun fordi de formuleres i synlige og fælles accepterede koder, kan de gøres til genstand for forandring. Det bliver muligt at indlægge faste procedurer, præmisser og retningslinjer for deres forandring. Der kan indlægges regler for reglernes forandring. Retten kommer til at

udgøre en foreløbig binding af tiden. Foreløbigheden kvalificeres af, at der sættes stabile rammer for foranderligheden. Dette hæfter sig til et tredje aspekt af rettens positivisering, nemlig at andre områder i samfundet fritages for det at udvikle retslige normer. Disse områder skal alene indstille sine kommunikationer på den retlige udvikling. Koden ret/uret forbeholdes retssystemet, der herefter kan selektere alle sine kommunikationer, så de får retslig betydning. Normeringen af disse selektioner kan ske med regler og procedurer. Retssystemet får mulighed for at korrigere og hyperkorrigere sig selv, og herigennem får retsudviklingen autonomi (Luhmann 1993a: 56). For samfundet betyder det, at udviklingen stabiliseres. Alle i samfundet får lettere ved at forholde sig til deres retlige status. Både de, der bryder loven, og de, der følger den. Alle kan med sikkerhed vide, når de har gjort det ene og ikke det andet. De kan tage de retlige konsekvenser i betragtning, når de tager beslutninger.

Men alt dette er kun første del af fortællingen: Den del der handler om rettens evne til at skabe forudberegnelighed på samfundsniveau. I moderne samfund bliver denne evne udfordret af samfundets uddifferentiering i delområder, der på den ene side kommer til at fungere uafhængigt af hinanden, men på den anden side bliver afhængig af gensidig tilpasning. Det betyder, at en anden del også må fortælles, nemlig en del der beskæftiger sig med de dynamikker, der gør sig gældende på disse delområder, og rettens rolle her. Her bliver det ikke rettens funktion for den samlede styring, som kommer i fokus, men dens evne til at understøtte de nye tilpasningsformer, som opstår. Herude bliver det afgørende at analysere, hvordan disse områders retliggørelse udmøntes, og hvilken betydning det har for rettens indre kompleksitet.

Tillid til retten

Udgangspunktet for Luhmann er, at samfundets høje kompleksitetsniveau betyder, at det må fungere på et højt risiko-niveau. Fordi det bliver sværere at gennemskue fremtidige konsekvenser af nutidige valg, må disse valg knytte sig til nye tillidsformer, der kan håndtere denne åbenhed. For retten betyder det, at den kommer på overarbejde. Tilliden kan ikke længere støtte sig til interaktionens samtidighed eller det personlige kendskabs selvfølgelighed og må derfor understøtte sig med tidsstabiliserede former. Hertil behøver den retten. Borgernes evne til abstrakt tillid bliver afhængig af, om de kan understøtte den med rettens evne til generalisering. Eller som Luhmann formulerer det: "Man kann sich in hörherem Masse riskantes Vertrauen oder auch Mistrauen leisten, wenn man dem Recht vertrauen kann" (1995: 132).

Retslig afstivning fjerner dog langt fra alle de risici, der knytter sig til de nye tillidsformer. Godt nok får tilliden en særlig back-up, men nye risici erstatter de gamle. Det kan således være en ganske risikabel affære at understøtte sin konkrete tillid med en generel tillid til retten. Retten har nemlig som alle andre sociale

systemer måttet indrette sig på samfundets høje kompleksitetsniveau og er blevet mere abstrakt. Det betyder, at lovgivningen udformes som brede formålsparagraffer, rammelove og skønsmæssige standarder og i mindre grad som entydige hvis-så-regler. Og fordi der indlægges et udvidet skøn og vurderingsniveau i den praktiske retsanvendelse, bliver både normerne og anvendelsesområdet sværere at gennemskue (Sand 1995; Hydén & Anderberg 1995; Betilsson 1995; Collins 1999). Rettens faste fundament for den abstrakte tillid ændrer sig til selv at blive mere abstrakt. Herved kan det at have tillid til retten vise sig at være en risikabelt affære. Lovgiverne tager en risiko ved at lovgive abstrakt. Borgerne tager en risiko ved at afstemme deres forventninger efter den abstrakte lovgivning. Og eksperterne i velfærdsstatens udførende led løber den risiko at dømmes forkert, når de bestemmer rettens faktiske udformning. I sidste ende er spørgsmålet naturligvis, hvor og hvordan de risikable ansvarsforhold placeres.

I yderste konsekvens kan de konkrete risici ved den abstrakte lovgivning undergrave den generelle tillid til retten. I første omgang vil det vise sig som manglende tillid til retsanvendelsen i konkrete enkeltsager. Senere vil det kunne føre til, hvad man kunne kalde, en generaliseret tillidskrise. I større eller mindre grad vil funktionelle ækvivalenter gå ind og overtage rettens plads og funktion som forventnings- og normdirigerende instans i samfundet. Også andre udfald af krisen er mulige. Eksempelvis kan tillidskrisen føre til, at retssystemet tager sine risici op til diskussion og på baggrund af disse udvikler en evne til at iagttage sig selv som risikoproducerende system (og ikke bare som et system der indskrænker risici). Dette kan videre føre til, at det indoptager denne viden i sin videre udvikling, dvs. udvikler nye retsformer, hvor risikoen ved det at lovgive tages med i betragtning. Dette er dog i sig selv en risikabel affære. Det betyder nemlig, at retssystemet udfordrer sin grundlæggende kode med en ny kode: koden om risiko/fare. Herved stikker det kiler i sit ellers entydige fundament. Eller med andre ord, når det indoptager risiko som en type tidsstabilisering, der medkommunikerer (omend naturligvis kun i retlige koder), betyder det samtidig, at det ikke længere kan garantere sikkerhed, men kun risici kommunikeret i retlige former, dvs. i bedste fald at omforme u håndgribelig fare til håndgribelige risici. Dette gør måske nok retssystemet mere tidssvarende, idet det herved hæfter sig til en semantik, som samfundet i højere grad end tidligere er begyndt at reflektere og beskrive sig selv med, men det skaber samtidig en række dilemmaer i rettens grundlæggende funktionsmåde (Luhmann 1995: 560ff; Luhmann 1993a.).

Som det vigtigste sker der det, at dens tidslige logik vendes, når den tager sine egne risici op til overvejelse og herved udvikler sig fra at være en risiko-fri-struktur til at blive en del af samfundets risikokontrol. Det betyder, at den i højere grad end tidligere må optage konsekvensberegninger i sin retsudvikling. Den må lade sin udvikling informere af beregninger over de konsekvenser, den har for andre

funktionssystemer i omverdenen, for samfundet og for sig selv. Denne måde at forsøge at indoptage fremtiden i sine nutidige beslutninger får, siger Luhmann, parasitære paradokser til at snige sig ind ad bagvejen (1993a: 59). På den ene side må retten for at opretholde sin bindende styrke i nutiden anvende koden om ret/uret uden at skele til fremtidige konsekvenser. På den anden side må den for at være nutidig, dvs. i tråd med selvbeskrivelsesformlen risiko, som samfundet ellers bruger, kunne kommunikere om konsekvenser og risici. Den entydige kode ret/uret udfordres af risikokoden sandsynlighed/ikke sandsynlighed. Og ved at referere til den konsekvensafhængige risiko-kode løber retssystemet en risiko for at blive overbebyrdet. Før sager kan afgøres, skal konsekvensberegninger informere beslutningerne. Efterfølgende skal der tages stilling til mulige krav om kompensation.

Kigger vi mere konkret på spørgsmålet om risiko, skal det overordnet set ses i sammenhæng med samfundets nuværende differentieringsform og kompleksitetsniveau. Samfundets delområder følger egne udviklingslogikker og kan kun indrette sig midlertidigt på hinanden. De irriterer hinanden med informationer, som alle er tvunget til at reagere på. Det skaber en overhængende fare for, at de bliver overbebyrdet af støj fra omverdenen. De bliver bundet ind i lange irritationskæder, som kun vanskeligt kan brydes. Kæderne sættes f.eks. i gang af koblingerne mellem det videnskabelige system og massemedierne. Særlige sager får speciel opmærksomhed, og den kraftfulde cocktail af nyhedsværdi og videnskabelighed skaber selvforstærkende cirkler af opmærksomhedsproduktion. I disse selvforstærkende cirkler behøver nyhedsværdien ikke være knyttet til konkrete risici i samfundet eller dets økologiske omgivelser, den kan ligeså godt være knyttet til spørgsmålet om videnskabelighed eller medie-etik. Dette sås meget tydeligt i en nylig sag i medierne, hvor udnævnelsen af en direktør til et nyoprettet miljøinstitut i sig selv blev et tema ladet med høje risici.

Det hele startede ellers ret fredeligt med at en nystartet regering gik ud og proklamerede, at Danmark havde brug for et uafhængigt videnskabeligt organ for samfundsmæssige diskussioner af miljøspørgsmål. Det kunne ingen være uenige i, så alt forløb planmæssigt lige indtil man skulle ansætte direktøren. Her starter vanskelighederne. Medierne problematiserer direktørens videnskabelighed. Dette bakkes op af eksperter fra videnskaben, hvilket videre får oppositionen til at kalde udnævnelsen for politisk. Direktøren selv tilbageviser kritikken med udsagn om, at miljøområdet i forvejen er gennemsyret af politisk korrekthed. Sagen ender med ansættelse af direktøren, men først efter der er blevet rusket gevaldigt op i befolkningens forståelse af både miljøeksperter, uvildige institutioner og saglig debat. Det, der egentlig skulle afmontere risikable miljøbeslutninger ved at skabe åben diskussion, viste sig selv at blive en beslutning behæftet med risici, ikke mindst politiske. I stedet for at lede opmærksomheden væk fra miljøområdet, eller i hvert

fald i kontrollerede baner, kommer udnævnelsen til fungere som magnet for kritik. Konkret var dette ikke særligt belejligt, idet det skete i kølandet på den konfliktfyldte nedlæggelse af en lang række andre ekspertråd og nævn.¹

Mere generelt viser sagen, hvad der sker, når der opstår ukontrollable kæder af gensidige iagttagelser og kommunikationer. For de involverede systemer bliver det risikabelt og indlade sig på debatten, men også at lade være. I det ovenstående eksempel ses det eksempelvis hos det videnskabelige system, som nødvendigvis må indlade sig på en mediemæssige debat, der samtidig sætter hele systemets omdømme i farezonen. Dette omdømme har den nyudnævnte direktør allerede i flere år sat spørgsmålstejn ved. Hans hovedbudskab har været, at der er store usikkerheder bundet til den eksisterende vidensproduktion på miljøområdet, og at det gør politiske prioriteringer risikable (Lomborg 2002).

Truslen får det videnskabelige miljø til at rette skytset mod miljødirektøren. På videnskabelige præmisser sigtes han for at udgøre den største risiko for debatten, idet hans viden, ifølge miljøeksperterne, baserer på ikke-videnskabelige kriterier om at overraske og provokere, dvs. kriterier der er knyttet til massemedierne. Dette inddrages som et selvstændigt tema i debatten. Direktøren er egentlig samfundsforsker, og hans status som miljøforsker er skabt af fire kronikker i dagbladet Politiken og over en periode på nogle få måneder. Hans miljøvidenskabelige identitet er med andre ord produkt af massemedierne og udviklet langs en helt anden tidsdynamik end den traditionelle i det videnskabelige system.

Eksemplet viser, hvordan de forskellige systemlogikker irriterer gensidige usikkerheder frem. Vi ser, at spørgsmålet ikke bare er videnskabelighed kontra nyhedsværdi, men også politik versus økonomi. Det forbliver uklart, hvor den største risiko ligger begravet. Ligger den i miljøet, samfundet eller vidensproduktionen selv? Tydeligt er det, at fasttømrede selvfølgeligheder trues, når irritationskæderne sættes i svingninger. I miljøsagen anklager direktøren, de veletablerede eksperter for ikke at være rigtige eksperter, men politisk korrekte nikkedukker. De påstår omvendt, at han ikke er rigtig forkæmper for miljøet, men kun interesseret i at komme i medierne, og det selvom han påstår en gang at have været medlem af Greenpeace. Regeringen siger, at de ønsker en mand, der kan producere objektive tal, selvom oppositionen siger, at de blot ønsker statistik til besparelser. I massemedierne dømmes man nyhedsværdi, selvom det er gammelkendt stof, at direktørens ekspertise er omdiskuteret. Alt sammen sættes det i gang – ikke af miljøet – men af en ansættelse i et nyåbnet miljøinstitut. Miljøet kan i denne sag, som i andre, kun forholder sig tavst.

¹ Eksemplet bygger på en sag om ansættelse af Bjørn Lomborg til direktør for Danmarks nye miljøinstitut, som rasede i medierne et par uger i det tidlige forår 2002.

Vender vi herefter tilbage til retssystemet og kigger på, hvordan det kan fungere som risikohåndterende system, så beskriver Luhmann i bogen *Risk: A Sociological Theory* (1993a: 165ff) et særligt irritationsforhold, der involverer retten som risikohåndterende system. Udgangspunktet er det politiske system, hvor risikokommunikationer virker som særligt stærke katalysatorer for beslutningsprocesserne. Her lever politikerne af at politisere risici, men trues samtidig med at blive overbebyrdet af de selvsamme risici. Det store spørgsmål er derfor, hvordan de kommer af med de risici, som i første omgang sætter deres kommunikationer i svingninger og derefter truer deres videre evne til beslutninger. Hvordan kan politikerne sende de risikable risici videre efter at have udnyttet deres politiske potentiale? Kan de på en eller anden måde afpolitiserer dem igen?

For at besvare dette spørgsmål må man kigge nærmere på, hvordan det politiske system fungerer. I det politiske system arbejder man i tidslige sekvenser (dvs. short stories), som afsluttes med, at der tages kollektivt bindende beslutninger. Disse beslutninger fungerer som symbolsk fuldbyrdelse af sagerne og markerer samtidig, at opmærksomheden kan vendes mod nye spørgsmål. Dette dog kun hvis politikerne formår at ekspedere de risici videre, der bliver liggende efter beslutningerne er taget, og sagerne fuldbyrdet. Det sker via særlige programmer, hvor de genstridige risikobeslutninger kobles til andre systemkoder end det politiskes, f.eks. retssystemets. Hvis ikke retssystemets koder fjerner de risici, der binder sig til beslutningerne, kan politikerne forsøge også at hente hjælp fra andre systemer f.eks. det økonomiske. Hvad, der vælges, beror på afvejning af risici. Et rigtigt valg skaber fred et forkert forøget turbulens. I programmerne kan lovgivning, grænseværdier og kvoteordninger forskyde det politiske indhold i beslutningerne. Sådanne kæder af risiko-eksternalisering ses f.eks. i miljølovgivningen.

En miljø sag starter i massemedierne. Fem døde hummere får politikerne til at beslutte, at noget må gøres ved landbrugets kvælstofudledninger. Landbruget fare for sine økologiske omgivelser kommunikerer som konkrete risici: først som en enkeltsag i medierne og derefter som politiseret risiko. Politikerne igangsætter en vandmiljøplan, og med konsultation i det videnskabelige system beslutter de, hvilke mål der skal nås. Herefter kan sagen lægges i bero og opmærksomheden vendes mod nye sager. Sagen er afpolitiseret og overdraget til retssystemet, hvor der skabes kvoter for brugen af kunstgødning og regler om afstand til bække og åløb. For at undgå overbebyrdelse inddrager retssystemet det økonomiske system ved at gøre det muligt for landmændene at handle kvoteordningerne. Her skabes programmer, hvor miljøbøderne kanaliseres tilbage til landbruget igen, eller forsikringsordninger, hvor de kan forsikre sig mod miljømæssige eksternaliteter. Det bliver med andre op til landbruget selv via markedet (og de mål der sættes af politikken med hjælp fra videnskaben og rammerne der sættes retsligt) at håndtere de miljømæssige risici ved udledning.

Men som vandmiljøplanen er et glimrende eksempel på, kan politikerne i det politiske system aldrig vide sig helt sikre på at have skaffet sig af med risiciene. Ny viden kan føre til, at de genstridige risici repolitiseres. Nye parter kan føle sig berørt og kræve ændret regulering eller kompensation for deres gener. Nye forhandlinger må så i gang i det politiske system. Ændrede målsætninger må opstilles, gamle regler ændres, og nye videnskabeligt begrundede grænseværdier formuleres. Ofte indsættes der nye tidsbindinger i programmerne. Det kan genoprette roen, men kun for en tid, derefter vil atter en varm sommer og en bundvending i Ringkøbing Fjord kunne ændre de tilskrevne tidshorisonter.²

Åben- og lukkethed

Vender vi herefter tilbage til Luhmanns grundlæggende spørgsmål om tidsbinding, er det afgørende at holde sig for øje, at risiko, knaphed³ og ret udgør væsensforskellige former for stabilisering af fremtiden i nutiden. Hvor risikotematikken knytter an til sandsynlighedsberegninger og knaphedstematikken til velfærdsstatslig regulering, knytter retten an til samfundets normdannelse. De forskellige tematikker lægger forskellige spor ud i tidsdimensionen med forskelligartede sociale omkostninger til følge. Disse spor må afpasses med de tidsbindinger, som andre systemer lægger ud. For retssystemets vedkommende sker det ved, at det skaber egne retslik koder for sin udvikling. Disse koder kan tilpasses skift i omgivelserne og får herigennem en dynamisk karakter. Som vi senere skal diskutere, hægter denne karakter sig til en evne til selviagttagelse og refleksion.⁴

Udgangspunktet er, at retssystemet former alle sine kommunikationer efter koden ret/uret. Dette skal ses sammen med en anden afgørende forudsætning, nemlig at retssystemet, når det kommunikerer, på en og samme tid er afsondret fra og del af det omkringliggende samfund. Dets kommunikationer sætter to systemreferencer i spil på en gang: For det første en reference til samfundet som helhed, for det andet en reference til retten selv som afgrænset system (Luhmann 1988b: 340).

² Mere generelt kan problematikken ses som et spørgsmål om økologiske temaers evne til at skabe resonans i samfundets funktionelle subsystemer (Luhmann 1989; Jönhill 1997). For retslike perspektiver på reguleringen af miljøområdet se (Basse 1987; Henrichsen 1987). For andre perspektiver på spørgsmålet om risiko se (Ewald 1993; Kneer et al. 1998, Castel 2000; O'Malley 2000; Joerges 2001).

³ Denne tidsbindende form, knaphed, vil ikke blive nærmere berørt. Den er bundet til den historisk betingede sammenknytninger af en velfærdsstatslig hjælpesemantik og en retlig semantik om subjektive rettigheder, se Luhmann (1993b: 76ff).

⁴ For yderligere diskussioner se Luhmann (1993d og 1993e).

For retssystemet betyder det, at det ikke kan undslå sig at kommunikere samfundsmæssigt, når det kommunikerer. På den ene side må det nødvendigvis acceptere de samfundsmæssige forudsætninger for kommunikation, på den anden side bidrager det gennem sine kommunikationer til samfundets fortsatte autopoiesis. Det må, som Luhmann formulerer det, både forudsætte og fortsætte samfundets kommunikation (Luhmann 1988a: 18).

Når de retlige kommunikationer uddifferentierer sig og bliver til et egentligt system, sker det først og fremmest fordi kommunikationerne får en rekursivitet, som sikrer deres fortsatte bestående. Retssystemet funderes i sin egen positivitet og ikke i ydre forhold:

The circular relationship between legal acts and legal norms, circularity replaces the extra-legal foundations (Teubner 1988: 4,)

Denne cirkularitet skaber en særlig lukkethed, men også åbenhed. Nærmere bestemt sker der med retssystemets uddifferentiering en systematisk opsplitning mellem de normative og kognitive forventninger i samfundet. Det muliggør forskellige løsninger i håndteringen af samfundets kompleksitet. Retssystemet kan vælge enten at forholde sig kognitivt åbent og lærende i forhold til overraskelser, eller det kan vælge at forholde sig normativt lukket. Begge dele absorberer usikkerhed i samfundets kommunikation, og heri ligger retssystemets fornemste funktion nemlig at absorbere den usikkerhed, der knytter sig til samfundets forventningskommunikationer: Forventninger, som, hvis de er norm-orienterede, opretholdes, selvom de skuffes, men omvendt ændres, hvis de er kognitivt begrundede.

Luhmann formulerer dette som en dobbelt orientering i retssystemet. Dels sker der en normorientering rettet mod at tilføre nye begivenheder en retslig normativitet, dels sker der en kognitiv orientering rettet mod at bedømme om de tilstrækkelige faktuelle forudsætninger er opfyldt. Denne dobbelthed former alle retssystemets uddifferentieringer. På den ene side er alle retlige former pr. definition valide – ret er ret, fordi det er ret og henviser til ret. De er formelle. De er ren form. De er selvreferentielle, og deres symmetri understøtter på tautologisk vis rettens enhed. På den anden side må alle retlige former for at opretholde deres legitimitet kunne henvise til noget udenfor deres eget lukkede univers af selv-henvisninger. De må kunne vise ud over sig selv. Dette sker, ved at retssystemet skaber konditionalprogrammer, der er asymmetriske. Programmerne fastlægger de tilfælde, hvor ret er ret, og de, hvor ret ikke er ret og derfor må ændres (Luhmann 1988a: 20-23).

Det ovenstående betyder, at retssystemet med sin uddifferentiering kommer til at bestå af et formaliseret system af normer, der henviser cirkulært til sig selv (kan ses i positivrettens lære om retsfølge), og en række praktiske fortolkningsprogrammer,

der hjælper dommere og jurister til at afgøre, hvornår de faktiske omstændigheder er sådan, at normerne kan træde i karakter (hvilket er et kognitivt spørgsmål). Disse programmer generaliseres med den binære kode om ret/uret, hvorefter det altid kan fastlægges, under hvilke omstændigheder en given handling kan behandles som enten ret eller uret. I udgangspunktet kan alle handlinger være begge dele, men alle handlinger kan kun være en af delene, efter at rettens binære kode er anvendt på dem. Alt bliver enten/eller, ikke begge dele og ikke en tredje ting.

Luhmann insisterer på, at retssystemet kun med egne midler skabe og opretholde sin enhed. Dette gør det ved at kombinere lukkethed og åbenhed og ved at bruge sin binære kode til at skabe ordnede selektioner. Dette ses særlig tydeligt i forbindelse med konflikter, hvor retssystemet enten må fortolke normkonformt i forhold til gældende ret eller ændre praksis ud fra de faktiske ændringer i omgivelserne (Luhmann 1987a: 28). Spørgsmålet er, i hvilke konflikter, hvilke forventninger kan opretholdes og i forhold til hvilke generaliseringer. I de konkrete retshandlinger, som udgør grundkomponenter i retssystemet, kan man kun vælge at tolke i forhold til gældende normer eller at ændre fortolkningspraksis. Denne præmis er afgørende for den generelle forventningsdannelse. Samfundet ved, at retssystemet i sin konkrete regelanvendelse kun har disse to muligheder: enten at være åben og ændre praksis eller at være lukket og stå fast. Dette relaterer sig i videre forstand til spørgsmålet om stabilitet vs. forandring. På den ene side udgør retten et lukket system, der stabiliserer sig ved alene at henvise til egne præmisser, domme og regler. På den anden side er retten åben og lærer og forandrer sig på baggrund af denne åbenhed. Relationen mellem åbenhed og lukkethed er betingelse for retssystemet, men også kilde til evig irritation. Således er åbenhed en betingelse for, at retssystemet kan opretholde sin funktion i samfundet, men åbenheden irriterer samtidig den lukkethed, som sikrer retsudviklingen en vis stabilitet.

I dette spændingsforhold mellem stabilitet/forandring og betingelse/irritation finder Luhmann kimen til de kriser, der kan opstå i retssystemet. De retsformer, som retssystemet udvikler, må være legale internt set (og det er de pr. definition, fordi de er udviklet internt og kun kan være udviklet sådan), men samtidig må de også udtrykke en åbenhed overfor ydre skift i samfundet. Denne intrikate sammenkobling af de to forskelspar "lukkethed-åbenhed" og "stabilitet-forandring" er afgørende for retssystemets uddifferentiering og understøttes af konditioneringer, som via programmer og anden orden regler sikrer, at koblingerne mellem retsudvikling og retsanvendelse forløber stabilt. Eller sagt med lidt andre ord, forandringerne må lægges i stabile rammer, og stabiliteten må kunne forandres fra tid til anden. Dette betyder videre, at åbenheden må normeres med interne regler og procedurer. Som modsatrettede hensyn står evnen til at være responsiv og behovet for at sikre sin normativitet. Hver gang retssystemet indgår i strukturelle koblinger til andre systemer, udsætter det sig for risikoen at blive udnyttet af disse systemer. Denne

risiko må retssystemet selv udvikle mekanismer til at håndtere.

Law which is adaptive, responsive and capable of learning must avoid the discrediting of its own normativity or else it will reduce itself to being an instrument of bureaucratic implementations of political power (Luhmann 1988a: 32).

Udvikling som indvikling

Når Luhmann analyserer spørgsmålet om retssystemets åbenhed/lukkethed i et evolutionært perspektiv, sætter han det i relation til samfundets strukturelle udvikling som sådan. Udgangspunktet er, at den funktionelle differentiering i samfundet betyder, at forventningsdannelse er vanskeliggjort. Retten trækker i modsat retning, fordi den muliggør en generalisering og institutionalisering af samfundets sociale normer. De gøres almene, samtidigt som de afspejler samfundets sociale forhold. Dette giver dem både en fælles gyldighed for alle og en tilstrækkelig integrerende kraft normativt set.

Fremtidens åbenhed betyder, at denne generalisering og institutionalisering aldrig kan ske en gang for alle. Dette udgør både en udfordring og mulighed for retten. Det udfordrende ligger i, at retten ikke kan støtte sig til konstanter som religiøse værdier, naturlige rettigheder eller nødvendige historiske udviklingstræk, men i stedet må skabe sit eget fundament igennem sin positive retsdannelse. Og muligheden ligger i, at retten hermed lettere kan ændre retning. Den bevarer en åbenhed mod det faktiske, og derfor vil dens stabiliseringer altid kun være midlertidige. Med Habermas (1992) kan dette formuleres som det forhold, at normer og deres gyldighed temporaliseres i forhold til deres faktisitet, med Luhmann (1995: 555) som det forhold, at der sker en temporalisering af rettens reduktion af kompleksitet.

Men med temporaliseringen åbner sig også spørgsmålet om, hvordan retten sikrer tilstrækkelig stabilitet i sin udvikling, til at folk rent faktisk kan bruge den til at basere deres forventninger på. Eller med andre ord, hvordan sikrer retten, at folk kan vide sig sikre på, at de, når de handler ret, har hele retssystemets magt bag sig, mens de, når de bevæger sig på forbudt område, har retten mod sig?

Luhmann viser, at en sådan sikring udvikler retssystemet med tiden, nærmere bestemt ved at der udvikles flere niveauer for retsdannelsen. På det operationelle niveau er retssystemet lukket, på den vis at det kun udvikler sig via egne operationer og procedurer. Normer refererer til normer, og retlige midler bruges til at udvikle retten. På programniveau er retssystemet åbent mod omgivelserne. Det kan indoptage empirisk viden i sin konkrete retsanvendelse, det kan indoptage viden fra sine omgivelser om betingelserne for eller konsekvenser af sin retsanvendelse. Luhmann benævner dette (1989: 65), at retssystemets kan lære, men siger i samme åndedrag, at der altid vil være en spænding mellem denne kognitive åbenhed (at informationer kan informere udviklingen) og dets normative lukkethed (at normer

kun kan ændres via normer). På den ene side skal retssystemet være stabilt og lukket for at kunne producere normativ forventelighed, på den anden side dynamisk og åbent for at bevare sin faktiske relevans. Som vi tidligere har været inde på, kan dette formuleres som, at retten udvikler sig i spændingsfeltet mellem på den ene side en normativ og kognitiv forventningsmodalitet og den anden side den binære kode mellem ret/uret (Luhmann 1995: 131). Forskellen mellem de to forventningsmodaliteter er, at den kognitive er knyttet til faktiske (empiriske) erfaringer og ændres hvis den skuffes (læring), mens den normative er baseret på normer og ikke nødvendigvis ændres ved skuffelse. Normer forbliver således i en vis forstand stabile, selvom de fra tid til anden skuffes. Folk stopper således ikke med at stole på hinanden, fordi deres cykel bliver stjålet en enkelt gang (kontrafaktisk normstabilitet), men de begynder måske at låse den, når de stiller den fra sig i storbyer (kognitiv læring). Lige sådan er det med retssystemets kode om ret/uret, den må ændre sig eller forblive stabil i forhold til samfundets fælles erfarings- og normdannelse.

I sine historiske analyser viser Luhmann, hvad der historisk set har skabt spændinger mellem retten som stabil (normunderstøttende) institution og retten som forandrings- og lærevillig instans. Spørgsmålet, han tager op, er, med andre ord, på hvilke historiske tidspunkter retten har ladet informationer om omverden få betydning for sin udvikling af retskoder, og på hvilke andre tidspunkter den har virket socialt stabiliserende ved at lade sin normdannelse ske uafhængigt af disse input.

Luhmann analyserer ikke for at opløse de ovenstående spændinger mellem empirisk sensibilitet og normativ stabilitet. Tværtimod viser han, at den måde retssystemet historisk set har uddifferentieret sig på skal ses i sammenhæng med dens evne til at operere på trods af denne spænding. Retssystemets udvikling skal med andre ord ses i sammenhæng med dets evne til at udvikle adækvate retsformer, som medierer mellem disse hensyn uden at opløse dem. Historisk set har positiv ret (i modsætning til andre retslige systemer) vist sig kendetegnet af denne særegne evne til at kunne forandre sig i takt med samfundets udvikling. Dette har muliggjort en dynamisk stabilitet, hvor stabiliteten hæfter sig til det faktum, at retsændringer kun kan ske med kobling til tidligere begrundelser og gældende ret, mens det dynamiske ligger i at retsfastsættelse skal kunne begrundes ud fra sine funktioner for samfundet og dets udvikling. Netop denne dynamiske stabilitet skaber en retslig overlevelsesevne og en særegen dynamisk pålidelighed. Denne pålidelighed er ikke selvfølgelig, men afhængig af, at retten løbende kan udvikle egne regler og anden orden regler, som afspejler dets egen enhed og samfundets sociale forhold som sådan. Dette implicerer på den ene side, at retten kan fungere (og udvikle sig) logisk konsistent og med udgangspunkt i egne (indre) formaliserede betingelser, og på den anden at den kan fungere og udvikle sig med en sensibilitet overfor konkrete samfundsmæssige

forhold. Denne forskel er ikke selvfølgelig, men konstrueres og rekonstrueres hele tiden af retssystemet i dens konkrete retsanvendelse samt den argumentation, der knyttes på. Med den norske retssociolog Inge Johanne Sands ord, er retssystemet udspændt mellem hensynet til at bevare et entydigt sprog og konsistente regler og hensynet til at være virkelighedsnær nok, dvs. justere sin argumenter i forhold til faktiske forhold og herigennem understøtte dette eller hint formål (Sand 1996: 89).

Det politiske systems brug af retten

I sine analyser af udviklingen i den norske centralforvaltning anskueliggør Inge Johanne Sand de spændinger, der skabes mellem rettens formelle og materielle orientering, særligt de, der opstår, når det politiske system bruger retten som reguleringsinstrument (Sand 1995 og 1996). Politikerne bruger lovgivningen til at regulere særlige velfærdsområder, og de gør det med intentioner om at påvirke disse områders konkrete udvikling. Herved bliver retten et instrument til at nå bestemte politiske mål, og dens legitimitet kommer til at stå og falde med evnen til understøtte disse mål. Fokus flyttes fra rettens formelle indhold og til dens evne til at påvirke områderne materielt set. Ikke bare betyder det, at den juridiske argumentation forskydes, det betyder også, at brugen af retsregler må justeres via argumenter hentet fra andre af samfundets delområder. I retssystemet betyder det, at retsanvendelsen må hente hjælp i socialvidenskaben, politologien og økonomien for at kunne understøtte sin praksis. I det politiske system betyder det, at politikerne dømmer lovgivningen god eller dårlig med hjælp fra andre dele af samfundsvidenskaben: dele der er bedre til at vurdere rettens faktiske konsekvenser for velfærdsområdernes udvikling. Juraen kan ikke længere kun støtte sig til egen praksis. Dens formelle legalitet udfordres af spørgsmålet om den er legitim for områdernes indholdsmæssige udvikling.

Internt på retsområdet betyder det, at der sker en specialisering i delområder, som hver især udvikler egne fortolknings/anvendelsestraditioner (egne begreber og egne procedurer og egne programmer). Dette hæver den indre kompleksitet og truer enheden. Gældende ret er ikke længere kun hægtet til koden om ret/uret, men også til en lang række underliggende koder, som tager udgangspunkt i konkrete sagsforhold, og som har et højt indhold af områdespecifik viden. Juraen mister evnen til at kontrollere sig selv (og kontrollere sin egen-udvikling). Eksternt, eller i retssystemets omverden, bliver det sværere at orientere sig efter retsreglerne

Tidsmæssigt sker der en omvendning af rettens orientering. Hvor retten, når den orienterer sig formelt, orienterer sig baglæns (dvs. i retning af dens hidtidige retsanvendelse), så vender orienteringen sig, når den orienterer sig materielt-regulerende. Her bliver lovgivningen formålsoverret (dvs. rettet mod effekterne) og det vender rettens blik fra at være tilbageskuende til at blive fremadrettet. Denne orientering vanskeliggøres både af den materielle kompleksitet på delområderne, af

samfundets samlede kompleksitet og af fremtidens uforudsigelighed. Lovgivningens virkning på de enkelte delområder kan således ikke ses uafhængigt af dens konsekvenser på andre områder og heller ikke af, at fremtidige ændringer kan forandre dens forudsætninger.

Dette skaber et potentielt overload både i det politiske system og retssystemet. I det politiske system, forsøger man at styre samfundsudviklingen via lovgivning og ydelser hentet i andre systemer. Ikke bare skal instrumenterne tunes ind på hinanden. Deres forudsigelser skal også afpasses gensidigt. Og der skal formuleres konkret politik på baggrund af informationerne. Politiske programmer og reformer bliver hverdagskost på de sociale områder, hvor der udvikles særlige beskyttelsesmekanismer mod forandringspresset (Højlund 2002).

Overloads-tendenserne viser sig at have en særlig effekt for måden, der lovgives på. Den formålsoverrettede lovgivning trækker i retning af rammelovgivning, og man bevæger sig væk fra entydige konditionale hvis-så-regler til formålsoverrettede paragraffer. Her får embedsmænd og eksperter ansvaret for at udfylde de retlige rammer. Fortolkningsrummet skaber pusterum for alle. Politikerne kan signalere handlekraft på hele områder ad gangen, og de udførende embedsmænd kan indlægge konkret sensibilitet i regelanvendelsen. Desværre sker der samtidig det, at rettens normerende kraft svækkes. Borgerne får vanskeligere ved at orientere deres handlinger efter retten. De nu skal bruge eksperter til at fortolke lovenes indhold. Lovgivningens integrative funktion og styringsmæssige evne mindskes. Denne tendens forstærkes, når juristernes autoritative status drages i tvivl, og de inddrages i retslige fortolkningsstvister, hvor eksperter og politikere sætter spørgsmålstegn ved deres konkrete retsanvendelse.

Eksempler på det politiske systems brug af jurister finder man f.eks. i en række udredningssager, hvoraf de mest prominente er Tamilsagen og Nørrebro-sagen. Vi vil koncentrere os om den sidste. Her indledes første akt med, at tidligere rigsadvokat Asbjørn Jensens sættes til at udforme en redegørelse over urolighederne i forbindelse med EU-afstemningen den 18. maj 1993 og betjentenes håndtering af disse. Han afslutter sit arbejde med en rapport, som efterfølgende bliver udsat for kraftig kritik i medierne såvel som af ombudsmanden. I første omgang afviser justitsminister Erling Olsen kritikken, hvilket får fremtrædende jurister til at gå i medierne. Godt nok har ombudsmanden ingen formel myndighed, men i det politiske har han traditionelt haft stor vejledende autoritet. Juristerne fremsætter betænkeligheder på folkestyrets vegne.

I anden akt skifter justitsministeren mening og sætter en ny rapport i gang. Denne gang skal der ikke kunne sættes en finger på rapportens juridiske redelighed og faktiske saglighed. Debatten om at politiet har undersøgt sig selv skal hurtigst muligt manes til jorden. Problemet er blot, at sagligheden ikke står til at redde. Bare det, at der skal to rapporter til at afdække sagsforløbet og dets konsekvenser, at der i

medierne er talt om inhabilitet og forudindtagethed i rapportens konklusioner, betyder, at tvivlen nager: Hvorfor ikke endnu en rapport der kompenserer for den manglende redelighed i de to foregående? Et uendelighedsproblem opstår. Hvor mange rapporter skal der til, før man kan vide sig helt sikker. Kan man nogensinde blive sikker – og hvis ikke juristerne kan skabe sikkerhed, hvem kan så? Kort sagt sagen anskueliggør, hvordan jurister ikke kan undgå at blive del af politiske spil, når de indlader sig med politikere. I Nørrebro-sagen vover onde tunger endda den påstand, at konflikten kun er opstået, fordi ombudsmanden har skabt sig fjender blandt justitsministeriets embedsmænd i forbindelse med den tidligere udredningsrapport vedrørende Tamilsagen (Politiken 21. november 1995).

Retten som samfundets immunsystem

Som de foregående diskussioner anskueliggør, udgør et grundlæggende spørgsmål hos Luhmann spørgsmålet om mulige spændinger mellem retssystemets overordnede funktion i samfundet og de konkrete ydelser, det leverer til systemer i omverdenen. Luhmann fastholder, at en afgørende forskel mellem funktion og ydelser er, at til ydelserne findes der mange funktionelle ækvivalenter, mens der til funktionen ikke findes ækvivalenter af samme rækkevidde (Luhmann 1995: 157 og 160). Ydelserne kan således tage forskellige former. Dette ses i retssystemets bidrag til det politiske såvel som i dets bidrag til konfliktløsning i det private erhvervsliv. Ofte indgår ydelserne sammen med andre ydelsestyper i samtidige eller tidsforskudte blandingsformer, hvor ydelser kan indgå og udgøre erstatninger for hinanden, når de har udspillet deres rolle. I forskellige lande opstår forskellige traditioner for disse samspil, eksempelvis fremhæves den japanske konfliktløsningskultur som en, der involverer komplekse samspil mellem retslige og ikke-retslige reguleringsinstrumenter (Collins 1999; Teubner 1997). Fra tid til anden gøres rettens bidrag til et samfundsmæssigt problem. Det sker f.eks., når der dukker tal op om de biindtægter højesteretsdommere har ved siden af deres arbejde i Højesteret. Nogle gange fører det til hede mediedebatter andre gange også til behandling i særlige politiske udvalg.⁵

Tilsammen udgør rettens funktion og ydelser det, Luhmann betegner samfundets immunsystem (1995: 161). I første omgang leder begrebet tankerne i retning af samfundet som krop eller organisme. Denne association skal man nok ikke forfølge alt for langt. Luhmann anvender ikke begrebet til at betegne udseende, men ønsker snarere at sige noget om funktionsmåde. Og det er her, i funktionsmåden, han mener at se ligheder mellem immunforsvarets og retten. For begge gælder det således, at de

⁵ Se fx Jyllands-Posten, den 6.8. 1996 og Politiken 30.3.2002. For bredere historiske analyser af den ændrede brug af jurister se Bertilsson (1995).

udelukkende fungerer internt. De kender ikke til udefrakommende årsager, men reagerer kun på interne konfliktsituationer, og først efter at de konfliktudløsende situationer eller elementer er blevet rekonstrueret på egne præmisser og med egne midler.

Med immunforsvarsbegrebet sætter Luhmann for det første fokus på rettens funktion som generelt virkende faktor i samfundet samt på dens funktion at genoprette en normaltilstand efter konkrete afvigelser. For det andet vægter han med begrebet rettens forebyggende evner, dvs. at retten gennem sine løsningsvalg lægger kimen til fremtidige løsninger, uden at han dog dermed siger, at det modsatte ikke også kan ske, nemlig at retten lægger ikke-produktive spor ind i fremtiden. For det tredje peger han med begrebet i retning af rettens evne til at lære af sig selv og derigennem generere forhåndsfærdige standardløsninger. Retten kan ligesom immunsystemet lære af sig selv og generalisere sine løsninger på baggrund af sine erfaringer. Gamle løsningsinstrumenter kan klargøres til nye tilfælde. Denne evne til at generalisere sine løsninger skaber en overskudskapacitet, eller beredskab om man vil.

Ein Immunsystem kommt ohne Kenntniss der Umwelt aus. Es registriert nur interne Konflikte und entwickelt für fallweise auftretende Konflikte generalisierbare Lösungen, also mit Überschusskapazität für künftige Fälle (Luhmann 1995: 566)

Det er afgørende at holde fast i, at Luhmanns brug af begrebet immunsystem ikke skal forstås metaforisk, men konkret pegende på det forhold, at retten opfylder en funktion i samfundet, nemlig at kompensere for samfundets interne kompleksitetsunderlegenhed i forhold til omverdenen, eller anderledes formuleret, at samfundet, fordi det ikke kan forudsige alle mulige forstyrrelser fra omverdenen på forhånd – fordi det umuligt kan udvikle et en-til-en-anknytnings-beredskab – må have indretninger som f.eks. retssystemet, der kan håndtere disse stød og påvirkninger. Retten er med andre ord med til at muliggøre, at samfundet kan indgå i komplekse strukturelle koblinger med psykiske systemer i omverdenen, samt at det kan fungere på trods af en risikabel fremtid. Samfundet kan ikke vide, hvordan dets borgere (forstået som psykiske systemer i omverdenen) reagerer på dette og hint, men det kan stabilisere de mulige reaktioner ved at lede dem ind i faste strukturer. Disse strukturer tilvejebringes blandt andet af retssystemet.

Videre er det afgørende at få med, at Luhmann langt fra forstår retssystemet som virkende hen mod en idealiseret tilstand i samfundet rensset for konflikter. Akkurat som immunforsvaret ikke kan fjerne alle infektiøse påvirkninger på kroppen en gang for alle, kan heller ikke retssystemet eliminere alle uoverensstemmelser. Hverken retten eller immunforsvaret peger i retning af en tilstandsbeskrivelse. Tværtimod peger begge begreber i retning af en dynamisk beskrivelse af en evne til løbende at tilpasse sine mulighedsbetingelser. Som kroppen virker samfundet selvkorrigerende. Og som i kroppen er disse selvkorrektioner lokale. De virker med andre ord derude, hvor konflikterne opstår.

Strukturel kobling

Begrebet om strukturel kobling udgør et væsentligt udgangspunkt for en nærmere diskussion af rettens evne til at påvirke (og lade sig påvirke af) sine omgivelser. Begrebet og dets beslægtede begreber⁶ betegner i udgangspunktet det forhold, at systemer i deres strukturudvikling må tage hensyn til strukturer i deres omverden. De bestemmer selv deres udvikling, men under forhold de ikke selv er herre over. Derfor udvikler de sig som oftest retningsbestemt, dvs. på måder som kan tolereres af omverdenen (Luhmann 2000: 263).⁷ Dette udtrykker på den ene side det forhold, at systemer udsættes for en række strukturelle begrænsninger i deres omverden, således at de i deres egen strukturelle opbygning må tage hensyn til disse strukturer. I denne betydning peger begrebet i retning af gensidige betingelses- eller bindingsforhold mellem systemet og dets omverden eller systemer i denne, uden at dette dog skal forstås deterministisk. Som Luhmann gentagne gange slår fast, fastlægger systemerne ikke hinanden fuldt ud. Der vil derfor altid være et overskud af muligheder i hvert system, ligesom der også altid vil være et overskud af kompleksitet på hver side, efter at de har betinget sig på hinanden. Den gensidige kompleksitet kan aldrig udnyttes fuldstændigt. De bliver aldrig en udtømmende del af hinanden (Luhmann 2000: 265ff).

Luhmann pointerer videre, at koblingsbegrebet ikke peger i retning af, at systemer kun virker gensidigt begrænsende på hinanden. De virker også muliggørende. Dette ses, når systemer lader deres strukturelle kompleksitet stå til rådighed for hinanden og derigennem virker muliggørende for autopoiesis. Eksempelvis sker det ved koblinger mellem bevidsthedssystemer og sociale systemer: Som det vigtigste, samfundet. Denne type koblinger muliggøres af sproget eller psykosociale skematikker med lignende koblingsfunktioner. Disse skematikker danner, ifølge Luhmann (1997: 111ff), grundlag for relationerne mellem psykiske systemer og relationerne mellem psykiske systemer og samfundet. De udgør færdigformede skemaer, der letter de sociale tilskrivninger, vi alle møder hinanden med, ligesom de også letter de årsags/virknings-sammenkædninger vi knytter til vore handlingsfordringer. Disse sammenkædninger påhæftes tidskoder (før/efter) eller præferencekoder som god/dårlig eller sandt/falsk.

Grundlæggende danner både sproget og skematikkerne grundlag for samfundets

⁶ Luhmann lægger vægt på forskellige begreber i henholdsvis *Sociale systemer* (2000) og *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997). Begreberne har forskelligt ophav, og der er en uafklaret status mellem dem. Det første begreb, interpenetration, udvikler Luhmann i *Sociale systemer* og i forlængelse af Talcott Parsons, det andet, strukturel kobling, i *Die Gesellschaft der Gesellschaft* og i forlængelse af Umberto Maturana. I *Die Gesellschaft der Gesellschaft* indføres et yderligere begreb, nemlig begrebet om irritation.

⁷ Her skal koblingsbegrebet ses i relation til Luhmanns begreb om materialitetskontinuum, som betegner det forhold, at systemer kan dele funktionsbetingelser, f.eks. at tyngdekraften er afgørende betingelse for relationen mellem kroppen og den psykiske omverden, eller at sprog og iagttagelse er afgørende betingelser for relationen mellem psykiske systemer samt relationen mellem psykiske og sociale systemer (Luhmann 1997: 102).

såvel som psykiske systemers udvikling af hukommelse. De lægger sig som færdige former, man kan knytte an til og som skaber grundlag for al socialisering. Det gælder, hvad enten dette forstås som biologisk-kropsligt eller psykologisk fænomen. I et biologisk-kropsligt perspektiv har Norbert Elias og Michel Foucault analyseret den europæiske civiliseringshistorie (Elias 1980; Foucault 1994). I et psykologiske perspektiv har flere i traditionen efter George H. Mead analyseret samspillet mellem individ og samfund (Mead 1976; Joas 1985; 1996). I et både-og-perspektiv har mikrosociologen Erving Goffman analyseret individers samspilsformer (Goffman 1974; 1992).

Den vigtige indsigt Luhmann deler med de ovenstående teoretikere er, at de generaliserede sproglige og psykologiske rammer, som virker i samfund, er historisk betingede og altså varierer med samfundets strukturelle udvikling. De virker som forhåndskodificeringer og forudsætter anden kompleksitet. Som Luhmann pointerer, er deres fornemste formål at aflaste sociale relationer ved at stille faste former til rådighed for anknytningskommunikationer (Luhmann 1997: 110ff).

Vender vi herefter tilbage til begrebet strukturel kobling – eller spørgsmålet om systemers mulighed for at stille kompleksitet til rådighed for hinandens strukturdannelse – så gør Luhmann en særlig dyd ud af at slå fast, at denne mulighed ikke skal forstås rumligt. Der er ikke tale om, at to systemer via den strukturelle kobling eller interpenetrationen begynder at dele område fysisk set, lige så lidt som de kommer til at gennemskære hinanden. Det, at et system kobler sig strukturelt til et andet, betyder blot, at dette systems grænser medberegnes i det andet systems funktionsmåde, hvorefter begge systemer danner stabile retningslinjer for, hvordan de medberegner hinandens grænser i deres autopoiesis. De afsætter hver især ressourcer til at forholde sig ligevægtigt til den uordnede kompleksitet, der nu forekommer indenfor deres grænser – de stabiliserer deres ustabilitet (Luhmann 2000: 262).

Fraværet af fysisk kontakt og fælles forståelse betyder ikke, at det ikke kan være ganske afgørende for systemerne at indgå i disse koblingsrelationer. For nogle systemer er det ganske enkelt nødvendigt for deres faktiske eksistens.⁸ Som Luhmann erklærer, kan man vanskeligt forestille sig et samfund uden bevidstheder i omverdenen, eller bevidstheder uden et samfund at forholde sig til. De er gensidigt nødvendige for hinanden og kobles, som vi tidligere har været inde på, gennem sproget. For samfundet (og dets delsystemer) betyder koblingerne, at det opnår en selektivitet, der sikrer, at det ikke overmandes af omverdenens samlede kompleksitet. For bevidsthederne betyder koblingerne, at de opretholde deres indre

⁸ I *Die Gesellschaft der Gesellschaft* forbeholder Luhmann begrebet interpenetration til de gensidige koblingsforhold, der har denne helt afgørende karakter (Luhmann 1997: 108).

dynamik og kompleksitet. Uden stød fra omverdenen ville de gå i selvsving om deres egne tankeprocesser. Noget må nødvendigvis bringe tankerne videre, og med sproget overføres ny social kompleksitet til bevidsthederne, eller rettere der overføres ikke kompleksitet, men produceres ny kompleksitet på baggrund af forstyrrelserne (Luhmann 2000: 302ff).

Irritation

Som vi lige har diskuteret, betyder dét, at systemer kobler sig til hinanden ikke, at de smelter deres horisonter sammen eller danner et tredje system bestående af fællesforståelse. At de knytter an til hinandens kompleksitet, gør dem hverken gennemsigtige for hinanden eller ens. Faktisk er det en forudsætning for koblingen, at de forbliver komplekse for hinanden. Komplexiteten og den opretholdte forskel gør, at de kan bruge hinanden produktivt.

De ovenstående præmisser underbygger Luhmann med begrebet om irritation, som vi skal diskutere i det nedenstående. Begrebet uddyber, hvad der sker i hvert af de systemer, der kobler sig strukturelt til hinanden, og ligesom med begrebet om strukturel kobling skal dette ikke forstås i rumlige termer. Der transporteres ikke irritationer fra system til system. Irritationerne er systeminterne konstruktioner, dvs. selvirritationer, hvilket dog ikke gør irritationerne mindre irriterende, faktisk tværtimod. Som det følgende eksempel skal illustrere kan det således have ganske vidtrækkende konsekvenser for et system ikke at danne indre strukturer, der kan håndtere selvirritationer. I værste fald kan systemet bukke under for sit eget irritationspres. En sådan bukken under ser man klart illustreret i Shakespeares tragedie "The Moor of Venice" (1604).

Stykket tager udgangspunkt i Jagos diabolske plan om at vælte hærføreren Othello, og handlingen udfoldes om de kontinuerlige småirritationer, som Jago sætter i spil for at vække egenirritationen til live hos Othello. Jagos plan er udspekuleret, fordi egenirritationerne er den eneste mulighed for at ramme den ellers usårlige Othello. Othello kan kun rammes med egne våben, udefra er det umuligt, og derfor må Jago sætte irritationer i gang, som kan få Othello til selv at skabe billeder. Det lykkes, og billederne bliver, fordi de er forstret af Othellos egen skinsyge, langt mere saftige og fantasifulde, end hvad virkeligheden selv, eller Jago, ville kunne præstere. Til sidst fodrer irritationerne fuldstændigt sig selv og får på denne måde en dæmonisk selvopfyldende karakter. Deres rene selvreference har sat selvudslettende processer i gang hos Othello.

Shakespeare, som var specialist i at blotlægge datidens intriger og rænkespil, kender alle varianter af indsigtens om den indirekte irritations styrke og giver her et tidligt billede af det moderne individs selvrefleksive kvaler (og de destruktive sider ved en refleksivitet der går i selvsving). I Luhmann systemteoretiske variant gælder det

samme for systemer. De kan, akkurat som Othello, kun irriteres via irritation til selvirritation, og også for dem gælder det, at det kan have katastrofale følger ikke at kunne håndtere disse. Det betyder, at systemerne nødvendigvis må opbygge kompleksitet. De skaber særlige indretninger til at håndtere irritationerne. Disse indretninger gøres dynamiske, så de kan udvikles til at reagere på stadig nye hændelser.

Det væsentlige er, at disse konditionerings, selvom de godt nok er selvreferentielle, kun kan udvikles med hjælp fra de irritationer, systemerne møder i omgivelserne. Irritationerne udefra skaber et pres for fornyelse af de indre forsvars- og udviklingsmekanismer. Forskellige institutionelle indretninger og programmer dannes for at opsamle og håndtere de irritationer, som ellers kunne have ført til kortslutninger og i værste fald afbrydelse eller standsning af autopoiesen.⁹

Irritationerne holder systemerne opmærksomme på, at de hele tiden må vælge. Eksempelvis må de vælge, om de vil knytte an til eller lukke af fra informationer i omgivelserne. Dette, siger Luhmann, betyder i yderste konsekvens, at de må vælge, om de vil tilskrive årsagssammenhænge til sig selv eller omgivelserne. Vælger de det første, betyder det, at de efterfølgende må lære af sine fejl, vælger de det sidste, kan de tillade sig blot at se dem som tilfældigheder (Luhmann 1997: 789ff).

Selektionstvangen forstærker det krav til stabilisering af det ustabile, vi var inde på tidligere. Systemerne temporaliserer deres kompleksitet, dvs. gør den foranderlig. Denne foranderlighed må dog samtidig gives fast form. Foranderligheden normeres, og der skabes særlige forandringsprogrammer. Disse programmer skaber en særlig dynamisk stabilisering, som gør, at systemerne kan modstå store irritationsmængder og fungere i særdeles turbulente omgivelser. Systemerne lærer at reagere på sig selv og deres omverdenen, og de lærer at blive bedre til denne læring. I udgangspunktet er læringen igangsat af små irritationer, umærkelige krusninger i overfladen. Ingen kan på forhånd vide, hvad disse krusninger udvikler sig til – meterhøje tsunamier eller hverdagslige bølgeskulp – og det er derfor ekstremt vigtigt for systemerne, at de lærer at sortere tidligt mellem de irritationer, de kan håndtere, og de, der truer deres eksistens. I Shakespeare-eksemplet afstår Othello fra at lære sig en sådan sortering, og længe formår han da også at fortsætte som om intet er hændt. Han undgår de belastende selvrefleksioner. Men manglen på løbende selvkorrektion giver bagslag og pludselig melder tsunamien sin ankomst. Othello overmandes af omverdens kompleksitet og blokerer mentalt. Tragedien finder sin afslutning i det velkendte blodbad i sidste scene.

Systemerne kan reagere på samme måde overfor irritationer, de ikke kan håndtere:

⁹ Som eksempel kunne man her tænke sig computerhackernes irritationer, der irriterer organisationer til at forny ikke bare deres firewalls, men deres informationsbearbejdningsskapacitet som sådan.

Ignorans eller selvkorrektion. Ofte vælges særlige blandingsforhold af begge dele. Dette ses f.eks., når systemerne mindes om deres paradoksale konstituering. De sætter ind med forskellige programmer, der forhindrer dem i at gå i selvsving. Programmerne både korrigerer og ignorerer. Deres afparadokserende kraft ligger i at kunne veksle mellem at lade noget være ignoreret og noget andet italesat - og fremfor alt at kunne skabe gode argumenter og faste retningslinjer for disse vekslinger. Dette fjerner ikke paradokserne, men det skubber dem til siden. Derved undgås negative spiraler af cirkulær selvfokusering.

Man kan finde mange konkrete eksempler på, at strukturel kobling både kan fungere som måder, hvorpå systemer kan stille strukturer til rådighed for hinanden, og som irritation, der sætter strukturdannende processer i sving. F.eks. ses det, når videnskabssystemet stiller dets viden til rådighed for andre systemer. For virksomheder i det økonomiske system kan det betyde, at de får en konkurrencefordel i forhold til andre. I det politiske system kan den videnskabelige viden understøtte velfærdsstatslige programmer (Højlund & Larsen 2001; Willke 2002). I begge tilfælde kan irritationerne være med til at understøtte en intern strukturobygning, som har til formål at foregribe senere irritationer. I det økonomiske system ses det f.eks. når firmaer med hjælp fra videnskabelige institutioner udvikler nye styringssystemer eller regnskabsformer, som virker styrende for de måder, hvorpå de lader sig irritere af omgivelserne.¹⁰ I det politiske system ses det, når der med hjælp fra det videnskabelige miljø udvikles nye anknytningsformer for relationerne til borgerne. Dette kan f.eks. ses på ældreområdet, hvor videnskaben og medierne fra tid til anden irriterer regeringen til at lave ældrehøringer og nye dialogfora (Højlund & la Cour 2001, Højlund 2001). Det kan også ses på EU-området, hvor nye debatformer udvikles. Disse former er tilpasset de nye mediestrukturer og skaber irritationsrum, der er afgrænset tidsmæssigt og rumligt. I disse rum forestilles og efterlignes gamle dialog- og diskussionsformer (forsamlingshus og folkemøder), men med involvering af ny informations- og kommunikationsteknologi. Eksempelvis sås dette for et par år siden, da Ugebrevet Mandag Morgen sammen med Syddansk Universitet og TV2 proklamerede ny debatform. Overskrifterne var store:

”National folkehøring kan blive vendepunkt i euro-kampagnen”

”Amerikansk professor: Ny kanal mellem borgere og politikere kan være knald eller fald for euroen i Danmark – Borgere sætter deres egen euro-debat på regeringens dagsorden” (Mandag Morgen nr. 26, 2000)

¹⁰ Et konkret eksempel er ”det etiske regnskab”, der blev udviklet i et samarbejde mellem organisationsteoretikere på Handelshøjskolen i København og forskellige virksomheder (Pruzan & Thyssen 1990; Thyssen 1997; Pruzan 2000). I denne type regnskab opregnes forskellige informationstyper og gives relativ værdi for organisationen. Organisationen kan herefter tilskrive hver information en vis irritationskraft.

Selvom det ikke var helt korrekt at påstå, at det var borgerne selv der satte euroen på dagsordenen, og selvom den efterfølgende afstemning som bekendt blev fald for euroen, var forsøget et succes. Videnskaben fik vigtige videnskabelig input, medierne opnåede at gøre et tørt emne sprængfarligt og politikerne fik profileret et politisk tema under styrede former – altså med irritationerne styret ind i særlige kanaler. I debatten diskuterede eksperter, politikere og et tilfældigt udvalgte publikum lystigt for den åbne skærm. Diskussionerne var understøttet af komplekse statistiske teknikker de nyeste kvalitative gruppedynamik-teknikker. Dette gjorde, at man både kunne skabe en forestilling om nærhed og generalitet. Man kort sagt skabte et hyperrealt forum, der både trak på nærhedsmetaforer og direkte dialogformer samt på distance-metaforer og repræsentativitetsformer - og væsentligst i denne sammenhæng, man udviklede dette særlige forum som et samspil mellem medier, videnskab og politik. Hver part kunne trække informationer ud af de strukturelle koblinger. Dette, ikke fordi koblingerne skabte ens forudsætninger socialt eller sagligt set, heller ikke fordi deres dynamik var tidsligt synkroniseret, men alene fordi de skabte mulighed for samtidighed (Mandag Morgen nr. 26 & 30 2000; Politologiske Studier 4 årg. nr. 4. dec. 2001).

Retstens evne til at irritere

Efter nu at have diskuteret begreberne om strukturel kobling og irritation, skal vi igen koncentrere kræfterne om Luhmanns overvejelser vedrørende retssystemets mulighed for at danne relationer til systemer i omverdenen (som det vigtigste samfundet og andre delsystemer heri). Stadigvæk er Luhmanns præmis, at retssystemet opererer på grundlag af en basal lukkethed, som betyder, at det på det operative plan kun har to muligheder: Det kan enten koble egne operationer til egne operationer (autopoiesis), eller det kan under særlige forudsætninger af samtidighed koble egne operationer til operationer, som tilregnes omverdenen (Luhmann 1995: 440). Det sidste ses f.eks., når retten gennemfører en juridisk bindende operation vha. betalingsmediet, eller anskueliggjort i en lidt mere kompleks variant, når retten pålægger politikere i en kommunalbestyrelse dagbøder for derigennem at tvinge dem til at handle politisk. Vi ser, at man i den komplekse variant må forudsætte den mulige samtidighed af 3-4 systemers koder.

Begreberne om strukturel kobling og irritation betegner forhold, hvor samtidighed ikke kan forudsættes, men må skabes. Dette sker, ved at retssystemet tilskriver hændelser i dets omverdenen en vis varighed og herefter indretter dets strukturer på disse elementer. Formuleret med irritationsbegrebet sker det, når retssystemet registrerer irritationer som mere end blot tilfældigheder og udvikler sine strukturer til at foregribe fremtidige stød. De overraskende irritationer kan herefter modtages med en vis forventelighed. Retssystemet hæver sin irriterbarhed og sensibilitet. Det skaber et eller flere indre resonansrum.

Resonansrummene betyder ikke, at der skabes fuldstændig synkronisering mellem systemet og dets omverden, men blot at der skabes mulighed for etablering af samtidighed. Retssystemet registrerer irritationer gennem sine iagttagelser og udvikler herefter interne programmer til at foregribe fremtidige af slagsen. Irritationerne er ikke i direkte berøring med det operative niveau. De udgør, med Luhmanns ord, alene særlige former for iagttagelse og selviagttagelse (Luhmann 1995: 442ff).

Som det tidligere er blevet berørt, understreger Luhmann, at spørgsmålet om, hvilke konkrete koblingstyper retssystemet udvikler, må analyseres tæt forbundt til analyser af, hvilken differentieringsform der er fremherskende i samfundet. Nærmere bestemt viser han i sine analyser, hvordan strukturel kobling opstår som særlig anknytningsform i forbindelse med samfundets funktionelle uddifferentiering. Afgørende er det her, at relationen adskillelse/anknytning bliver et særligt problem for samfundet, og vel at mærke et problem der må løses på system-system-niveau. Denne præmis er videre med til at forstærke det grundlæggende enhedsparadoks som samfundet med differentieringen må indstille sig på, nemlig at samfundet udgør en helhed bestående af selvstændige dele, hvor helheden kun kan repræsenteres på delniveau (Luhmann 1995: 446).

For at belyse dette gennemfører Luhmann minutiøse historiske analyser af retssystemets koblinger til andre systemer. Jeg vil her nøjes med at trække nogle få pointer ud af dette omfattende arbejde.¹¹ Overordnet set er Luhmanns ambition at analysere den historiske udvikling af begrebet subjektive rettigheder. De afgørende koblinger for denne udvikling er for det første koblingen mellem retten og det økonomiske system (formet af medierne "ejendom" og "kontrakt") og for det andet koblingen mellem retten og det politiske system (formet af mediet "forfatning"). Begge koblinger former de gensidige iagttagelser og skaber irritationer, som gensidigt pirrer systemernes uddifferentieringsprocesser.

I de analyser, hvor Luhmann koncentrerer sig om koblingen mellem retssystemet og det politiske system, er udgangspunktet, at der med udbygningen af nationalstaten i stigende grad opstår spændinger mellem det økonomiske systems grundlag i kontraktfrihed og fri ejendomsret og det politiske systems interventionslogik. Det betyder, at rettens opdeling mellem privat og offentlig ret sættes under et stadigt større irritationspres. Med forfatningen og den konstitutionelle stat opstår der, ifølge Luhmann, en koblingsform, som på særdeles dynamisk vis muliggør et højere kompleksitetsniveau både i retten og i det politiske. På den ene side bliver den positive ret et vigtigt instrument i det politiske system (via forfatningens normering

¹¹ Udgangspunktet vil være hans analyser i *Gesellschaftsstruktur und Semantik Band 2* (1993b: 45-104) og *Das Recht der Gesellschaft* (1995: 407-95).

af politikernes ret til at udstede love), på den anden side bliver forfatningsretten det retslige instrument, der begrænser politikens virkefelt til ikke at have med domsudøvelsen at gøre. På begge sider betyder forfatningen, at der frisættes et udviklingspotentiale. Forfatningen medvirker til, at begge systemer kan realisere højere frihedsgrader og accelerere deres systeminterne dynamikker (Luhmann 1995: 470).

Afgørende for Luhmann er det, at forfatningen sætter forskellige selvirritationer i spil i henholdsvis det politiske system og det retslige system, hvorved de irriteres til at udvikle strukturer, der på forskellig vis kan håndtere disse irriterationer. I det politiske system må man hele tiden kæmpe med risikoen for at blive overbebyrdet af sit potentiale til at lovgive, og i retssystemet må man udvikle institutioner, hvor lovenes konsistens kan afprøves. I begge systemer hænger irriterbarheden og evnen til indifferens sammen. Disse to evner må afpasses, og derfor udvikler systemerne tilslutningsprogrammer, med hvilke de søger at styre, hvornår de nødvendigvis må reagere på hinandens irriterationer, og hvornår de kan forholde sig i ro. Afgørende er det, at irriterationerne, selvom de irriterer forskelligt i henholdsvis retssystemet og det politiske system, og selvom der dannes forskellige reaktionsmodi i de respektive systemer, sætter strukturudviklinger i gang med en vis koordinering. Dette benævner Luhmann med Maturanas ord "a structural drift" (Luhmann 1995: 495). Udviklingen i de to systemer kommer til at understøtte hinanden gensidigt, hvilket f.eks. kan ses i vekselvirkningen mellem politikens demokratisering og rettens positivisering.¹² Retsændringer kan herefter tilskrives både politikken og retten. Til nogle tider udtrykker de forandringer i dommeres fortolkninger af loven andre gange politisk bestemte lovændringer. Om de er udtryk for skiftende flertal i folketinget eller interne tilpasninger i retsudviklingen, må stå for konkret analyse. Luhmanns analyser viser, at særlige selvbeskrivelsesformler, som eksempelvis "retsstat", historisk set har medieret denne usikkerhed mht. tilskrivning. Endvidere viser de, hvordan retsstats-selvbeskrivelsen har understøttet det tosidige parasitære forhold, at politikken har kunnet profitere på rettens fastlæggelse i ret/uret, og retten omvendt har kunnet profitere på politikens fredelige magtafbalancering via forskellen mellem regering og opposition. Parasitært henviser i denne sammenhæng alene til det forhold, at de to systemer har kunne vokse sig større med næring fra hinanden (Luhmann 1995: 426).

Selvbeskrivelse og paradoks

Jeg har indtil nu præsenteret en række af de begreber, med hvilke Luhmann tematiserer præmisserne for retssystemets funktioner i samfundet. Fælles for

¹² For empiriske analyser af dette (dog i en noget anden teoretisk ramme) se Habermas 1992.

begreberne er, at de i denne tematisering har måttet forholde sig til spørgsmålet om retssystemets åbenhed vs. lukkethed, dvs. til spørgsmålet om at være tilpas åben til at kunne udvikle adækvate retsformer og tilpas lukket til at kunne beskytte sine operationer. Begreberne har med andre ord taget udgangspunkt i det forhold, at retssystemet må fungere på grundlag af en normativ symmetri (hvor normer henviser rekursivt til hinanden), som hele tiden udfordres af asymmetriske informationer om sagsforhold i omverdenen, for nu at bruge Luhmanns egne formuleringer (Luhmann 1987a: 22).

Jeg vil i den afsluttende tredjedel af arbejds papiret præsentere nogle af de begreber, Luhmann anvender, når han analyserer retssystemets programmering af vekselvirkningerne mellem lukkethed og åbenhed. Disse begreber tematiserer retssystemets forsøg på at lægge faste rammer for

1. Hvornår det vil lade sin udvikling forme af gensidige irritationsforhold til systemer i omverdenen
2. Hvornår det vil lade sin overordnede fundsfunktion for samfundet bestemme
3. Hvornår det vil lade hensynet til sine grundoperationer forme udviklingen.

Begreberne tematiserer med andre ord det bydende nødvendige i, at retssystemet udvikler en evne til at iagttage sig selv og omverdenen og lader disse iagttagelser informere sin udvikling – at det udvikler et refleksivt niveau.

Når dette sker bevæger retssystemet sig videre end sit tautologiske grundlag, som alene er at fastslå, at ret er, hvad ret er og med retlige midler fastslås til at være. I udgangspunktet sker dette, når retten udfolder sin grundlæggende tautologiske status og begynder at sondre mellem forskellige retslige forventninger (normative og kognitive) og anvender denne forskel på sig selv, dvs. har normative forventninger om at operere med forskellen mellem normative og kognitive forventninger. Denne retskodens selv-anvendelse skaber en grundlæggende refleksivitet, på hvilken retssystemet kan grunde forventelighed.

Sondern es ist überhaupt nur Recht, wenn erwartet werden kann, dass normatives Erwarten normativ erwartet wird (Luhmann 1995: 144).

Retssystemet må normere sin normbrug og normudvikling, for at kunne stabilisere sig. Dette sker, når særlige organiserede områder uddifferentieres. På disse områder beslutter retten sin videre udvikling. Særlige beslutningsprogrammer understøtter disse beslutninger. Programmerne normerer, hvornår retsafgørelser skal virke understøttende, og hvornår de skal virke forandrende. Beslutningsprogrammerne for forandring/ikke-forandring kan lade sig irritere og kan omvendt virke irriterende på omgivelserne. Helt konkret ses det, når institutioner som domstole og lovgivende forsamlinger udvikles og herefter indrammer retssystemets mulighed for at irritere eller lade sig irritere af omverdenen.

Overordnet set tager Luhmann udgangspunkt i, at to betingelser må være på plads for at retssystemet kan normere og derved stabilisere sine irritationer. For det første må det have udviklet en evne til både selviagttagelse og selvbeskrivelse. For det andet må det have stabiliseret denne dobbelte evne via særlige organiserede områder og programmer, hvor spørgsmålet om forandring/ikkeforandring kan gøres til genstand for beslutning. Ser vi først på evnen til selviagttagelse, implicerer den alene, at retssystemet løbende kan sætte sine enkeltoperationer i forhold til sine strukturer og herigennem sikre sin fortløbende anknytningsduelighed. Ser vi herefter på evnen til selvbeskrivelse, implicerer den, at retssystemet kan gengive sin egen helhed i sig selv, dvs. at det kan reflektere over sig selv i sig selv, herunder medreflektere at det har denne selvrefleksive mulighed (Luhmann 1995: 498). Det sidste stiller større krav til retssystemets evne til at stabilisere sig. Ikke mindst fordi en række paradokser viser sig. Fokuserer vi på de vigtigste af disse, kan man først fremhæve det, man kunne kalde identitetsparadokset. Dette paradoks opstår fordi, retssystemets tautologiske udgangspunkt, hvor ret er, hvad ret er, suppleres med et tilsyneladende uløseligt krav: Retssystemet skal tænke sig selv som en helhed og herigennem fuldbyrde denne helhed, men samtidig skal det bevare et sted, hvorfra det netop kan tænke sig selv som helhed – hvilket kræver at det på en gang kan se sig selv som det samme og som noget andet. Dette grundlæggende paradoks kan kun opløses ved at blive skubbet til siden eller fremad. Det sker i medløbende processer, hvor retssystemet gør paradokset usynligt ved at producerende enhedsskabende beskrivelser som fremstiller retssystemet, som om paradokset ikke var til stede. Disse beskrivelser betyder, at retssystemet ikke behøver at følge begrundelsesspørgsmålet helt til døren, men kan stoppe skridtet før og acceptere at noget må tages for givet (Luhmann 1995: 500ff).

Et andet paradoks som skal fremhæves, kunne kaldes gyldighedsparadokset og relaterer sig til det, tilsyneladende uigennemførlige, krav til retssystemet om at skabe immanente begrundelser for sin konstituering. Disse begrundelser har, hvis man kigger historisk på dem, både skulle have en immanent karakter og en ekstern reference. Luhmann viser, hvordan der på forskellige tidspunkter har været forskellige (selv)refleksions-teorier, der har spillet denne rolle for retssystemet. Nærmere bestemt analyserer han, hvordan forskellige argumentationsformer som naturretten, fornuftsretten og positiv ret på forskellig vis (og nogle gange i konkurrence med hinanden) har konstrueret svar på det samme spørgsmål, nemlig spørgsmålet om rettens gyldighed, eller rettere, har skubbet det konstitutive spørgsmål til siden. Fælles for dem er, at det er sket, ved at de har ledt spørgsmålet ind i forhåndsbestemte baner, ladet det indramme af færdigformede semantikker.¹³

¹³ Luhmann opererer med begrebet "Kontingenzformel" til at beskrive systemers overordnede indsnævring af deres kontingensrum. For rettens vedkommende er denne formel "retspositivitet" eller "retsgyldighed/retfærdighed" (Gerechtigkeit),

Herved har de sikret ikke bare svaret på, hvad der gælder som gyldig ret, og hvad der ikke gør. De har også sikret, at det forbudte sidste-spørgsmål ikke har kunnet stilles, enten ved at konstruere en fortælling om et eksternt referencepunkt eller ved uendelige begrundelsessløjfer.

I dag, siger Luhmann, er det vigtigste formål med retssystemets enhedsskabende selvbeskrivelser at skubbe det paradoks til siden, at retten ikke længere kan støtte sin gyldighed til én bagvedliggende autoritet, hvad enten denne autoritet repræsenteres af en anvisende gud, en universel fornuft eller en historisk udvikling. I stedet må retten basere sin enhed på en lang række strukturelle koblinger, som ikke kan garantere, eller på nogen måde holdes til ansvar for, rettens retfærdighed. De væsentligste selvbeskrivelser, der konkurrerer om at opfylde dette formål, er den positive ret og menneskerettighederne. Den positive ret knytter retfærdighedsspørgsmålet til sin eksplicite systematik og i yderste konsekvens til forfatningen. Menneskerettighederne knytter spørgsmålet til forestillingen om det ukrænkelige subjekt (Luhmann 1995: 532-533). Problemet er, at begge selvbeskrivelses-formler forbliver utilstrækkelige, så længe de ikke kan medreflektere sig selv som selvbeskrivelser i et selvbeskrivende system. Og Luhmann er pessimistisk, hvad angår retssystemets evne til at udvikle andre selvbeskrivelser, som på mere fyldestgørende vis håndterer sine paradokser. Som han konkluderer (1995: 538ff), er det på nuværende tidspunkt vanskeligt at forestille sig en bevægelse i retning af noget sådant. I stedet ser han i højere grad tegn på en mere usikker placering af retten og dens (selv)retfærdiggørelse. Dette begrundes han med, at i dag, hvor rettens enhed ikke længere sikres af subjektet og heller ikke af retskildernes hierarkisering eller nationalstaten, ser man i stedet nye retfærdiggørelsesformer snige sig ind. Kendetegnende for dem er det, at de ikke tager udgangspunkt i en forhånds-retfærdiggørelse af retten, men i stedet knytter den til dens følgevirkninger – altså vender begrundelsesretning. Konkret ses dette, når retten begynder at begrunde sig med formålsorienterede begrundelser, dvs. legitimerer sine afgørelser med deres betydning for samfundsudviklingen bredt set eller mere snævert for udviklingen på særlige delområder. Konsekvenserne er vidtrækkende. For det første må retten, når den anvender disse begrundelsesformer, i højere grad end tidligere støtte sig til andre systemer og deres vidensformer. Disse vidensformer har til formål at synliggøre dens konkrete effekter. For det andet, må retten give hensynet til sin egen enhed og begrebslige konsistens mindre vægt, når begrundelserne ændres. Retten deles op i sagsmæssige specialområder. Ekspertes fortolker dens virkninger. Disse sagsmæssige fortolkninger bliver mere afgørende for lovgivningens udformning end overvejelser over lovgivningens retlige

andre systemers er f.eks. "læreduelighed" (uddannelsessystemet) "politisk frihed" (det politiske system) og "knaphed" (det økonomiske system). Kontingensformel-begrebet vil ikke blive nærmere diskuteret her, men for nærmere afklaringer i relation til retssystemet se Luhmann (1995: 214-34).

sammenhæng. Dette, mener Luhmann, sætter retssystemets indre legalitet under pres og kan kun kureres med klare konditioneringer og klare skematiseringer af koden ret/uret. Dette fodrer programmer, der opretholder faste normer for afpasningen af lærevillighed med hensynet til indre konsistens.

Paradokset som motor

We can come up with many other more concrete examples of legal self-reference which lead to paradoxes: "who watches the watchman" as the problem of constitutional jurisdiction; "the paradox of self-amendment" in constitutional law; tu quoque, or "equity must come with clean hands"; renvoi in conflict of laws; ignorance is no excuse.....(Teubner 1993: 5)

I bogen *Law as an Autopoietic System* (1993) tager Günther Teubner fat, hvor Luhmann slipper og lader det være udgangspunkt for udviklingen af et eget begrebsapparat som udbygger en lang række af de pointer, Luhmann sætter i spil i sit arbejde. Teubners begrebsapparat skal i mindre grad ses som et egentligt opgør med Luhmanns retsforståelse og måske mere som en udbygning, der lader den skifte retning. Han er således enig i langt de fleste af Luhmanns grundlæggende antagelser, men betoner nogle begreber mere end andre og drejer derved teoriens fokus. Enig er han i, at retten nødvendigvis må fungere på grundlag af selvreference, og at denne selvreference i udgangspunktet må ses som det forhold, at retten udvikler faste normer for sin normbrug. Enig er han også i, at retten må programmere sine relationer mellem lukkethed og åbenhed. Og endelige er han enig i, at disse programmer bidrager til, at retssystemet kan fungere trods dets iboende paradokser.

Og netop det sidste med at retssystemet skal kunne fungere trods sine paradokser, tager Teubner udgangspunkt i. Nærmere bestemt analyserer han, hvordan paradokserne udgør den måske væsentligste drivkraft for systemets udvikling. Udgangspunktet er, at de iboende paradokser indeholder en afgørende sprængkraft, som faktisk udgør et potentiale for retssystemet. Argumentet er, at netop fordi paradokserne til stadighed truer med at sætte de retlige processer i stå (ved at skabe selvmodsigelser og uløselige irritationer), presser de retssystemet til fortløbende at skabe nye former, hvorunder dets processer kan forløbe. Paradokserne virker med andre ord forstærkende på autopoiesen. Dette kan illustreres med et eksempel hentet uden for retssystemet.

I Tolkiens eventyr-trilogi om *Ringenes herre* udgør ringen et konstitutivt paradoks i fortællingen. Ringen sætter fortællingen i gang og truer samtidig med at kortslutte den. Ringen har med andre ord en status, der tilsvarende paradoksernes status i retssystemet. Først sætter ringen det hele i omdrejninger ved at rykke hobitten Frodo ud af hans rene selvsving i herredet. Derefter holder den fortællingen i gang med sin evige trussel om at sætte den i stå. Ringen frister hele tiden Frodo til at gå i selvsving, men hver gang Frodo er tæt på at gå i tomgang, træder ringbærerne, de sorte ryttere,

ind på scenen. Med deres ultimative trussel, irriterer de fortællingen videre. Rytternes diktum til Frodo, flygt eller bliv paralyseret, bevæger fortællingen fra scene til scene. Truslen ligger ikke så meget i deres savlende ondskab, som i det faktum at de pirrer Frodos indre tilbøjelighed til at gå i selvsving. Det er denne tilbøjelighed til selvreference, som de og ringen til stadighed tænder - for om muligt at stoppe den fremdrift som skal føre Frodo til Mordor. Paradoksalt nok er denne fremdrift i udgangspunktet kun muliggjort pga. Frodos selvsvingstilbøjelighed. Hans selvsving er det, der overhovedet gør det muligt for ham at bære ringen. Denne tilbøjelighed skaber en særlig disinteresserethed i ringens magt, som gør ham til helt og som modsvares af antihelten Gollum, der forener og legemliggør paradokserne i en skabning. På den ene side udgør han et savlende monster af ren selvreference, på den anden side en skabning der lever og tæres op af tanken om at spejle sig i og besidde ydre magt. Dette gør ham totalt magtesløs.

Vender vi herefter tilbage til retssystemet, er Teubners pointe, at det, der sætter fortællingen i gang her, er den forskelssættende operation. Herefter er det selvreferences iboende paradokser, der driver systemet til videre udvikling. Paradokserne former det afgørende diktum til retssystemet om at fortsætte eller blive paralyseret. I første omgang sker det, når den grundlæggende binære kode om ret/uret bruges med universal-fordringer og derfor i sidste ende må pege på sig selv, dvs. når retssystemet ikke kan undgå det ulovlige spørgsmål om kodens egen status som enten ret eller uret, det spørgsmål som blotlægger selvreferencens særlig cirkularitet og paradoksale status.

Teubner betegner denne cirkularitet som det fænomen, at retssystemet, når det ikke kan knytte sine operationer (og begrundelsesoperationer) til en højere autoritet udenfor sig selv, i stedet må binde sine sidste-begrundelser med paradoksale sløjfer, der viser tilbage til førliggende (eller lavereliggende) begrundelsestyper. Til at beskrive dette fænomen låner han begreberne om "tangled hierarchies" og "strange loops" (1993: 3). Begreberne betegner de operationer som forekomme øverst i retshierarkiet, hvor man kan forvente begreber, der binder sig opad til begrundelser udenfor retssystemet, men i stedet finder begreber der referer nedad. I stedet for hop ud af rettens positive selvreference, vil man så se hop til underliggende proceduralnormer. Det, at man skal rette sig efter grundloven, begrundes ikke med begrundelser om en højere retfærdighed, men alene med underliggende procedurale begrundelser om, at den udgør grundlag for vores retssystem og er retmæssigt indstiftet og udviklet ved afstemninger i 1849 og 1954.

Teubner bruger disse begreber til at vise, at retssystemet kan reagere på to måder overfor sine paradokser. For det første kan det indsætte lange kæder af normeringer (betingelser/præmisser), der søger at skjule det manglende sidste-argument og tillader systemet at fungere trods denne mangel. For det andet kan det skabe selvbeskrivelser, der skubber paradokserne fremad. Disse selvbeskrivelser kan, som

Luhmann også viser, koble sig til andre systemers selvbeskrivelser og herved udgøre gensidigt forstærkende sidste-argumenter. Dette kan f.eks. ses, når retten kobler sig til nationalstaten, som er det politiske systems enhedsskabende selvbeskrivelse, eller til opdragelsesargumenter hentet i uddannelsessystemet. Men som Teubner konkluderer, er logikken såvel som historien fuld af eksempler på, at ingen af de to strategier kan producere fuldstændig sikkerhed. Strategierne kan allerhøjest bidrage til tidsafgrænsede stabiliseringer. Disse stabiliseringer bryder sammen, når udviklinger i omverdenen fører til, at selvbeskrivelserne bliver utidssvarende. Derfor må retssystemet hele tiden forny sine afparadokserende argumentationskæder, for kun hvis de er "up to date", kan de opløse de gamle paradokser.

De vil dog uundgåeligt selv producere nye. Dette får Teubner til at konkludere, at det ikke er tilstrækkeligt kun at afdække rettens fundament i et oprindeligt ur-paradoks, i stedet må man analysere, hvordan konkrete paradokser løbende træder frem med krav om konkrete afparadokseringer (Teubner 1997). Eller som han i et ekko af Marx konstaterer: "paradokser er virkelige" (1993: 10). Det gælder derfor om at anskueliggøre deres virkelige effekter og de virkelige mulighedsbetingelser, de skaber og skabes under. Afgørende er det, at retssystemet stabiliserer sig ved at følge forskellige afparadokseringstrategier og at disse strategier uforvarende producerer nye paradokser, der indsætter sig i stedet for de gamle. Dette åbner for spørgsmål om retssystemets identitet.

We can now analyse how legal practices copes with the blocks imposed by the paradoxes of self-reference and how it stabilizes itself despite extreme fluctuations (Teubner 1993: 11)

I Teubners optik bliver identitet en spændingsfyldt størrelse, som betegner den helhed og kohærens, retssystemet løbende søger at skabe mellem sine selvnormeringer og selvbeskrivelser. Dette identitetsarbejde producerer både argumenter til støtte for stabilitet og forandring. Hos Teubner betegner identitet altså ikke, at retssystemet søger at skabe sig et eviggyldigt fundament, men at det forsøger at stabilisere sig dynamisk, dvs. lader sine paradokser informere sig til stabiliseringer, der tillader højere grad af kompleksitet, giver flere anknætningsmuligheder, tillader højere grad af resonans, har højere irritabilitet, tillader flere informationer fra omgivelserne. (Teubner 1993: 20).

Dette syn på identitet som forment af de processer, hvor der løbende skabes en helhed af forskellen mellem selvbeskrivelse og forandring, peger i retning af ret som en kompleks og spændingsfyldt størrelse, der ikke kun stabiliserer sig via logisk kohærens, men også via sin evne til at spille sammen med omgivelserne. Videre peger det i retning af ret og retsidentitet som ikke kun et internt anliggende. Identitetsskabelsen kan godt nok kun ske med retssystemets egen midler og via dets egne procedurer og processer, men i den forstand at den har at gøre med evnen til at opretholde en overensstemmelse mellem hensynet til egen-udvikling og hensynet til

samfundsmæssig funktion, er det et anliggende, der involverer overvejelser, som har med ydre forhold at gøre. Som Teubner formulerer det, er retssystemets identitetsskabelse et spørgsmål om, hvordan det stabiliserer relationen mellem stabilitet og forandring under præmisser, som ikke er stabile. Eller med andre ord, et spørgsmål om hvordan retssystemet skaber en retssemantik (sproglige former), der kan rumme enheden af forskellen mellem relativt tidsbestandige retsformer/retskoder og disses faktiske anvendelse.

Klare eksempler på sådanne identitetsskabende processer finder Teubner i udviklingen i international ret (1997b; 1997c; 2000). Grundlæggende adskiller den internationale ret sig fra national ret ved ikke at støtte sig til nationalstaten (igennem forfatningen). Den internationale ret er altså ikke formet af den faste strukturelle kobling mellem ret og politik, som ellers fungerer som grundlag for retlige afparadokseringer. Det har betydning for dens udvikling. For det første betyder det, at den internationale rets selvnormeringer (og normeringer af disse normeringer) samt dens selvbeskrivelser må basere sig på andre institutioner og teknikker end de traditionelle. For det andet betyder det, at den internationale rets enhed bliver mere usandsynlig end den nationale. Det skyldes, at den må basere sin enhed på mange forskellige kilder, samt at de institutioner (og programmer), hvor den beslutter sin enhed, er mere heterogene end nationalstatens retsinstanter. Som Teubner formulerer det, må den internationale ret arbejde artistisk, når den skal opfinde sig selv. Den må finde alternativt ikke-retligt materiale, når den konstruerer sit grundlag. Dette sker, ifølge Teubner, ved at den produktivt misforstår dette materiale som sit retlige forlæg og lader det være grundlag for sin ikke-selvfølgelige enhed (Teubner 1997a: 21).

Teubners analyser anskueliggør en tendens i international ret, som også kan findes på andre retsområder, f.eks. i den velfærdsstatslige lovgivning. På disse områder er stabilisering ikke så selvfølgelige, som den har været tidligere. De entydige strukturelle koblinger (mellem f.eks. nationalstat og retsapparat) er afløst af skiftende koblinger. Det traditionelle grundlag for rettens selvbeskrivelser er opløst og afløst af forskellige kilder. Alt sammen åbner det for nye faremomenter i rettens udvikling, men også for produktive muligheder for frisætning og nyorientering. Når retten ikke længere kan støtte sig til en entydig og universelt gældende akse for sammenhængen mellem retsanvendelse og retsudvikling, når den ikke længere kan støtte sig til traditionelle koblinger til systemer, der bidrager med velkendte irritationer, må den finde nye anknytninger, hvorigennem den kan afparadoksere sine paradokser og stabilisere disse afparadokseringer.

Hypercyklus

Teubners fokus på paradoksets konstitutive betydning peger i retning af et mere dynamisk syn på retssystemet. Det kan ikke bare lade stå til, men må hele tiden sikre sine strukturer og processer på nye måder. Dets stabilitet er så at sige afhængig af dets evne til løbende at udvikle instrumenter til selviagttagelses og selvbeskrivelse, dvs. dets evne til at uddifferentiere sig på flere niveauer, der muliggør at det kan forholde sig systematisk til sig selv og sin udvikling. Dette forhold tematiserer Teubner med begrebet om hypercyklus (1993: kap. 3). Nærmere bestemt indfanger han med begrebet det forhold, at retssystemet ikke bare må skabe stabilitet i forholdet mellem sine operationer og komponenter, det må også stabilisere sine overordnede udviklingsprocesser. Teubner taler om hypercyklus, når udviklingen af alt dette (som sker i selvstændige cykler) arrangeres i overordnede cykler. I disse overordnede cykler kommer normer og retshandlinger ikke bare til at indgå i gensidigt påvirkende udviklingsprocesser styret af retsdogmatik og processuelle regler, også mere overordnede udviklingsspiraler udvikler disse processer. Retssystemet etablerer egne regler for sin udvikling, egne regler for udviklingen af disse udviklingsregler og så fremdeles. Det hele er med til at give og understøtte rettens autonomi: Autonomi ikke kun forstået som afsondring, men også forstået som muligheden for at styre sine anknytninger til omverdenens kompleksitet, dvs. til at oparbejde en fleksibilitet, der muliggør højere forstyrrelseskvoter.

Som Teubner slår fast, kan retssystemet ikke undgå forstyrrelser, og det kan derfor lige så godt lære at leve med dem. Forstyrrelserne opstår, når dets iagttagelser og konstruktioner af omverdenen og systemer i denne kolliderer med de måder, det faktisk opererer på. Dette giver, med Teubners ord, retssystemet katastrofal feedback (1993: 104). Denne feed-back må kunne håndteres. Dette sikres på programniveau, hvor retssystemet rekonstruerer sine beskrivelser af omkringliggende systemer, så de er i bedre overensstemmelse med disse systemers selvbeskrivelse. Dette implicerer iagttagelser af disse systemers koder og en efterfølgende beslutningstagning, der tager hensyn til koderne. Alt sammen sker det på programniveau, hvor iagttagelserne truer med at disintegre retssystemet, fordi de sætter flere logikker i spil. Prisen er, siger Teubner (1993: 104) og ligger her tæt opad Luhmanns konklusioner fra tidligere, at retssystemets programmer får en ubestemt karakter. De må på en gang møde de konkrete krav fra de sociale omgivelser og samtidig forblive kompatible med retssystemets grundlæggende kode. Teubner giver eksempler på de konkrete konflikter, der kan ses, når f.eks. økonomiske eller politiske præmisser indføres som betydende for retsudviklingen. Når økonomiske argumenter indføres, må retssystemet kunne håndtere, at det på en og samme tid kan være ulovligt og rationelt at bryde kontrakter. Når politiske argumenter indføres må det kunne håndtere, at det på en og samme tid kan være retsmæssigt ubegrundet, men politisk opportunt, at regulere præmisserne for kontraktindgåelse (Teubner

1993: 105). Prisen for denne økonomiske og politiske sensibilitet er tab af intern enhed. På programniveau opstår specialiserede områder, og færre almene normative principper sikrer enheden på operationelt plan.

Teubners konklusion er, at den ovenstående udvikling i retning af fragmentation modsvares af, at retssystemet skabe flere procedurale regler for håndteringen af sine indre konflikter. På de forskellige retsområder skabes der regler for hvordan man afpasser sig med hinanden. Sammenstød mellem modsatrettede retsforskrifter og retsfortolkninger afpasses, og Quasi-retslige ordener opstår, hvor "a new law of conflict" udgør det styrende princip. Teubner bruger begreber om "interlegalitet" og "collision rules" til at beskrive disse tendenser. Generelle klausuler og regler for afbalancering af interesser afløser mere substantielle retsregler.

Alt i alt ligger Teubners konklusioner tæt op af de konklusioner, han også kommer frem til i sit arbejde omkring begrebet "refleksiv ret" i starten af 1980-erne (Teubner 1988). Jeg skal ikke komme nærmere ind på dette arbejde her, men blot lade disse bemærkninger udgøre opspil til en mulig behandling i et senere arbejdspapir.

Litteraturliste

- Basse Ellen Magrethe (1987): *Miljøankenævnet. En analyse af nævnets organisation, arbejdsdeling og funktionsmåde ud fra retlige og andre samfundsvidenskabelige synsvinkler*. Århus: Århus universitet.
- Bertilsson Margareta (red.) (1995): *Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad*. Stockholm: Nerenius & Santéus förlag.
- Born Asmund, Nils Bredsdorff, Leif Hansen, Finn Hansson (red.) (1988): *Refleksiv ret*. København: Nyt fra samfundsvidenskaberne.
- Castel Robert (2000): *Die Metamorphosen der sozialen Frage. Eine Chronik der Lohnarbeit*. Frankfurt a.M: Suhrkamp.
- Collins Hugh (1999): *Regulating Contracts*. Oxford: Oxford University Press.
- Elias Norbert (1980): *Über den Prozess der Zivilisation : soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*. Frankfurt aM.: Suhrkamp.
- Ewald Francois (1993): *Der Vorsorgestaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Foucault Michel (1994): *Viljen til viden: seksualitetens historie (bind 1)*. København: Samlerens Bogklub.
- Goffman Erving (1974): *Frame analysis : An essay on the Organization of Experience*. Harvard: Harvard University Press.
- Goffman Erving (1992): *Vore rollespil i hverdagen*. København: Hans Reitzel.
- Henrichsen Carsten M. (1987): "Miljøbeskyttelse. Offentlig regulering eller privat selvregulering", i *Retfærd – Nordisk Juridisk Tidsskrift*, nr. 37, 10. årg., 1987, s. 18-36.
- Hydén Håkan, Eva Anderberg (1995): "Rätten i förvandling", i Bertilsson Margareta (red.) (1995): *Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad*. Stockholm: Nerenius & Santéus förlag, s. 217-251.
- Højlund, Holger (2001) "Kvalitetsudvikling og velfærdsparadokser", i *Ældreomsorg – management eller menneskelighed?*, Videnscenter på ældreområdet, Hellerup, s. 83-100.
- Højlund Holger (2002): *Velfærdens forandring. Vilje til dokumentation, delagtiggørelse og fleksibilitet*. Arbejdsrapport, Institut for Ledelse, politik og filosofi, Handelsehøjskolen, København.
- Højlund Holger & la Cour, Anders (2001): "Den fleksible hjemmehjælp", i *Social Kritik*, nr. 76, nov. 2001, Copenhagen, s. 6-19.
- Højlund Holger, Lars Thorup Larsen (2001): "Det sunde fællesskab", i *Distinktion*, nr. 3, 2001, s. 73-90.
- Joas Hans (1985): *George Herbert Mead A Contemporary Re-examination of his Thought*. Cambridge: Polity Press.

- Joas Hans (1996): *The Creativity of Action*. Oxford : Polity Press.
- Joerges Christian (2001): " Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level – Stories on Baby Dummies, Mad Cows and Hormones in Beef", i *Columbia Journal of European Law*, vol. 7, no. 1, s. 1–19.
- Jönhill Jan Inge (1997): *Samhället som system och dess ekologiska omvärld*. Lund: Lunds Universitet.
- Kneer Georg, Frank Hillebrandt, Klaus Kraemer (1998): *Verlust der Sicherheit? Lebensstile zwischen Multioptionalität und Knappheit*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Lomborg Bjørn (2002): *Verdens sande tilstand*. København: Forlaget Centrum.
- Luhmann Niklas (1974): *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: W. Kohlhammer.
- Luhmann Niklas (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt a.M.
- Luhmann Niklas (1987a): "The Unity of the Legal System", i Teubner Günther (red.) (1987): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, s. 12-35.
- Luhmann Niklas (1987b): "Closure and Openness: On Reality in the World of Law", i Teubner Günther (red.) (1987): *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: de Gruyter, s. 335-348.
- Luhmann Niklas (1989): *Ecological Communication*. Cambridge: Polity Press (opr. udg. 1986).
- Luhmann Niklas (1993a): *Risk: A Sociological Theory*. New York: de Gruyter (opr. udg. 1991).
- Luhmann Niklas (1993b): "Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft", i *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft Band 2*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag (opr. udg. 1981), s. 45-104.
- Luhmann Niklas (1993c): *Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Luhmann Niklas (1993d): "Gleichzeitigkeit und Synchronization", i *Soziologische Aufklärung Band 5*. Opladen: Vestdeutscher Verlag, s. 95-130.
- Luhmann Niklas (1993e): "Temporalisierung von Komplexität: Zur Semantik neuzeitlicher Zeitbegriffe", i *Gesellschaftsstruktur und Semantik Band 1*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag, s. 235-300 (opr. udg. 1980).
- Luhmann Niklas (1995): *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag (opr. udg. 1993).
- Luhmann Niklas (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp Verlag.
- Luhmann Niklas (2000): *Sociale systemer*. København: Hans Reitzels Forlag (opr. udg. 1984).
- Mandag Morgen Ugebrevet (2000): *National folkehøring kan blive vendepunktet i Euro-kampagner*. Nr. 26, 7.uag. 2000.
- Mandag Morgen Ugebrevet (2000): *Efter folkehøringerne: politikerne positive – deltagerne begejstrede*. Nr. 30, 4. sept. 2000.

- Mead George Herbert (1976): *Medvetandet, jaget och samhället : från socialbehavioristisk ståndpunkt*. Lund: Argos.
- O'Mally Pat (red.)(2000): "Special Issue: Configurations of Risk", i *Economy and Society*, vol. 29, number 4, november, 2000.
- Politologiske Studier (2001): *Samfund.net* (temanummer), Københavns Universitet, nr. 4, årg. 4, dec. 2001.
- Pruzan Peter (2000): "Ethical Accounting- History, Theory and Practice", i *Civilekonomerna*, Stockholm.
- Pruzan Peter, Ole Thyssen (1990): "Derfor skal vi beskæftige os med etik", i *Ledelse i dag*, 1990, efterår, 1: s. 56-60.
- Sand Inger-Johanne (1995): "Fra materiellrettslige til procedurale lovgivningsformer. Endres forholdet mellom rett og politikk", i *Retfærd*, nr. 69, 18. årg. 1995, s. 51-65.
- Sand Inger-Johanne (1996): *Styring af kompleksitet. Rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning*. Bergen-Sandviken: Fagboklaget.
- Teubner Günther (1988): "Refleksiv ret. Udviklingsmodeller for retten i sammenlignende perspektiv", i Born Asmund, Nils Bredsdorff, Leif Hansen, Finn Hansson (red.) (1988): *Refleksiv ret*. København: Nyt fra samfundsvidenskaberne, s. 21- 82 (opr. 1982).
- Teubner Günther (1993): *Law as an Autopoietic System*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Teubner Günther (1997a): *The King's Many Bodies: The Self-destruction of Law's Hierarchy*. Working paper no. 22/97, Oslo: Arena Publications.
- Teubner Gunther (red.) (1997b): ""Global Bukowina": Legal Pluralism in the World Society", i *Global Law without a State*. Studies in Modern Law and Policy. Aldershot: Dartmouth Publ., s. 3-28.
- Teubner Gunther (1997c): "Alter pars Audiatur: Law in the Collision of Discourses", i Rawlings Richard (red.) (1997): *Law, Society and Economy. Centenary Essays for the London School of Economics and Political Science*. Oxford: Clarendon Press, s. 149-176.
- Teubner Gunther (2000): *Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks*. Upubliceret paper.
- Thyssen Ole (1997): *Værdiledelse- om organisationer og etik*. København: Gyldendal.