

HET RECHT VAN DE SYSTEEMTHEORIE

EEN KRITISCHE UITEENZETTING VAN LUHMANN'S RECHTSSOCIOLOGIE

Tannelie Blom en Lyana Timmermans

1. INLEIDING

Uit roeping socioloog, is Luhmann nog altijd jurist van opleiding. Welke Aha-Erlebnisse dat ook mag oproepen, Luhmann zelf is die juridische achtergrond altijd trouw gebleven in de vorm van een blijvende belangstelling voor de maatschappelijke betekenis en functie van het recht. Dat blijkt niet alleen uit de nog steeds aanhoudende stroom van publicaties omtrent het recht die aan zijn 'Zettelkast' ontspringt, te beginnen met het uit 1958 daterende 'Der Funktionsbegriff in der Verwaltungswissenschaft'. Tevens en wellicht sprekender wordt dit geïllustreerd door het feit dat binnen Luhmann's theorie van de moderne, functioneel gedifferentieerde maatschappij het rechtssysteem bijna tot algemeen model van een functiesysteem is gepromoveerd. Het recht is 'voorbeeldig' ook in die zin dat het zich keurig lijkt te voegen naar Luhmann's maatschappijtheoretische constructies. Dat heeft voordelen en, zo zou Luhmann zeggen, dus ook nadelen. De voordelen zijn niet in het minst van didactische aard: aan geen enkel ander subsysteem laat zich even direct de efficiëntie, zo niet de elegantie demonstreren van Luhmann's theorie. Daar staat tegenover dat juist dit de kritiek zekere handvaten verschaft. Het is precies de transparantie van Luhmann's rechtssociologie die deze tot een gemakkelijk doelwit van kritiek maakt, met mogelijke consequenties voor het geheel theoretische bouwwerk.

Hieraan zullen we enkele centrale kritieken op Luhmann's theorie van het recht de revue laten passeren en deze waar mogelijk verbinden met de algemene grondslagen van zijn maatschappijtheorie. Ter voorbereiding daarvan, maar ook om een indruk te geven van de gesuggereerde 'voorbeeldigheid' van het recht, zullen we echter eerst een korte schets geven van Luhmann's (re)constructie van het recht als een uitgedifferentieerd functiesysteem. Voor een algemene, systematische uiteenzetting van Luhmann's model van de functioneel gedifferentieerde maatschappij verwijzen we naar de bijdrage van R. Laermans aan dit thema-nummer.

2. DIFFERENTIATIE EN CODERING

In zijn sociale evolutie-theorie grijpt Luhmann, waar het de opeenvolgende vormen van maatschappelijke differentiatie betreft, terug op het klassieke sociologische onderscheid tussen segmentaire, hiërarchische en functionele differentiatie. Wij beperken ons hier tot de functionele differentiatie als de dominante differentiatievorm van de moderne westerse maatschappij. In algemene zin kan onder *functionele differentiatie* het proces worden verstaan dat heeft geleid tot de vorming van afzonderlijke, relatief onafhankelijke maatschappelijke deelgebieden of subsystemen, zoals het recht, de politiek, de economie, religie, onderwijs, gezondheidszorg, etc.. Die zijn 'gespecialiseerd' in de vervulling van een specifieke maatschappelijke functie. Luhmann spreekt van 'functiesystemen' en van 'uitdifferentiatie', daarmee beklemtonend:

- a) dat het systemen betreft die op een exclusieve wijze precies één maatschappelijke functie vervullen (er is dus geen substitutie of functie-overname door andere subsystemen mogelijk);
- b) dat het gaat om de vorming van zelfreferentieel gesloten systemen binnen de maatschappij als het overkoepelend sociaal systeem.

Met de formulering '*uitdifferentiatie van functiesystemen*' wordt bovendien verwezen naar een proces dat leidt tot de vorming van *autonome* subsystemen die niet meer in een hiërarchisch verband kunnen worden ondergebracht. In het geding is een horizontale differentiatie die uitsluit dat er één subsysteem een dominante, geprivilegeerde positie inneemt. *Autonomie* betekent in deze niet dat uitgedifferentieerde functiesystemen in geen enkele opzicht afhankelijk zouden zijn van hun omgeving, of dat ze zonder de prestaties van andere functiesystemen zouden kunnen voortbestaan. Het rechtssysteem is wel degelijk afhankelijk van scholing als een output-prestatie van het onderwijssysteem; het economisch systeem zou zonder juridische regulering van bijv. de markt of het geldwezen niet kunnen functioneren; etc. De autonomie die Luhmann aan functiesystemen toekent, impliceert dus niet dat dergelijke systemen de controle hebben over het geheel van de materiële condities en oorzaken van hun eigen bestaan als systeem. Autonoom is een systeem voorzover het zijn afhankelijkheden en zijn onafhankelijkheden zelf kan reguleren. En dat, zo luidt de fundamentele veronderstelling, is slechts mogelijk indien functiesystemen opereren als zelfreferentieel gesloten, autopoietische systemen: 'Functiesystemen differentiëren uit als zelfreferentiële systemen, want alleen zo kan hun maatschappelijke autonomie worden gerealiseerd' (SBR, 12).

Functionele differentiatie verschijnt daarmee als een proces waarin communicatieprocessen zichzelf (! - hoe kan het anders) in recursieve banen dwingen. Op systeem-specifieke communicaties kan slechts door systeemspecifieke communicaties worden aangesloten; de operaties van het systeem betrekken zich enkel en alleen op de uitkomsten van voorafgaande operaties van het systeem. Zo consolideert bijvoorbeeld het wetenschapssysteem zich als een functiesysteem precies in die mate waarin wetenschappelijke communicatie wetenschappelijke communicatie bewerkt en uitlokt, politieke uitingen daarentegen als 'niet-aansluitbaar' terzijde schuift, etc. De vraag is nu *hoe* deze zelfreferentiële geslotenheid ('operational closure') op het niveau van de maatschappelijke subsystemen tot stand wordt gebracht - en meer in het bijzonder: hoe het rechtssysteem zichzelf sluit. Hoe onderscheiden rechtscommunicaties zich (qua communicaties!) van niet-rechtscommunicaties, en wel op een dermate exclusieve

wijze dat alle andere communicatie wordt geëxcommuniceerd, naar de omgeving van het rechtssysteem wordt verbannen? Het antwoord op dergelijke vragen luidt bij Luhmann: door *codering*.

In afwijking van het alledaagse gebruik van woorden als code en codering wordt hier de term 'code' gehanteerd als aanduiding voor binaire schema's die worden gevormd door een positieve en een daarop betrokken negatieve waarde, zoals waar/onwaar, betalen/niet-betalen, transcendent/immanent, of recht/onrecht. Van codering is dan sprake wanneer een dergelijk binair schema als 'Leitdifferenz' van een bepaald bereik van communicatie functioneert, d.w.z. als het onderscheid dat aan alle verdergaande informatieverwerking binnen het subsysteem ten grondslag ligt. Willke spreekt in dit verband van een 'Engführung', een kanalisering van de betekenisstroom van communicaties: binnen een gecodeerd systeem heeft 'iets' (een gebeurtenis, een handeling, etc.) uitsluitend betekenis in termen van de positieve of de negatieve waarde van de code. Alleen door zich te oriënteren op een van de beide waarden kunnen communicaties binnen het systeem aansluitingswaarde krijgen (Willke, 1987: 339). Zo geldt, volgens Luhmann, dat het moderne wetenschapssysteem alle gecommuniceerde informatie behandelt en verwerkt ('processeert') in het perspectief van de vaststelling waar/onwaar als de voor het wetenschapssysteem specifieke binaire code. Voor het rechtssysteem, gecodeerd door het schema recht/onrecht, geldt daarentegen dat het zich telkens oriënteert aan de vraag 'is het recht of is het onrecht?': 'Dankzij de binaire code bestaat er een positieve waarde, we noemen deze recht, en een negatieve waarde die we onrecht noemen. De positieve waarde wordt toegepast wanneer een stand van zaken overeenstemt met de normen van het systeem. De negatieve waarde is van toepassing wanneer een stand van zaken tegen de normen van het systeem indruist' (RdG, 178). De elementaire operaties van het gecodeerde rechtssysteem onderscheiden zich dus als rechtscommunicaties van alle andere mogelijke communicaties door hun oriëntatie op de differentie recht/onrecht als fundamentele premisse van de verwerking en verdere behandeling van eerdere mededelingen.

Als 'Leitdifferenz' hebben codes onvermijdelijk een totaliserend effect. Zo geldt voor het rechtssysteem dat alles wat zich voordoet, alles waarover gesproken kan worden en waaraan kan worden gerefereerd, zich voordoet als iets dat een juridische betekenis of status heeft. Door codering universaliseert het rechtssysteem kortom zijn relevantiebereik: alles kan juridisch relevant worden - huwelijksperikelen, doping, electriciteit, etc. Wat niet als zodanig kan worden geobserveerd, verschijnt simpelweg niet op het beeldscherm, 'bestaat' juridisch gezien niet (vgl. RdG, 178) (1). Natuurlijk kunnen verschillende systemen zich betrekken op gebeurtenissen die voor een derde observator identiek zijn, dus een en dezelfde gebeurtenis vormen, bijvoorbeeld een vliegtuigongeluk. Het neerstorten van een vliegtuig heeft voor het rechtssysteem echter een andere betekenis en andere consequenties dan voor het wetenschapssysteem, voor de economie of voor een bepaald gezin. Voor het recht gaat het niet om een persoonlijke tragedie, maar bijvoorbeeld om de vraag wie in deze onrechtmatig gehandeld heeft (of de controletoeren toestemming tot opstijgen had mogen geven, of de piloot gerechtigd was om te vliegen, etc) en wat de rechtsgevolgen (smartegeld, erfenis, etc.) daarvan zijn. Voor het economisch systeem gaat het daarentegen om een winst/verliesrekening, om de effecten ervan op de betalingsbalans van een bepaalde vervoersmaatschappij; het wetenschapssysteem interesseert zich op zijn beurt eerder voor de vaststelling van meteorologische, metallurgische, radiografische, etc. (on)waarheden.

'Verschillende codes', zo vat Luhmann dit samen, 'leiden tot verschillende kwalificaties van informaties, omdat ze de informatiewaarde van de informatie relateren aan uiteenlopende selectiehorizonten' (SA IV, 21).

3. PROGRAMMERING

Hierboven is gewezen op de totaliserende werking van codes: door codering ontstaan 'Weltkonstruktionen mit Universalitätsanspruch'. Tegelijkertijd fungeren codes als *duplikatieregel*. Alles kan recht of onrecht zijn, waar of onwaar zijn, bijdragen aan machtsuitbreiding of deze in de weg staan, etc. 'De realiteit die volgens de richtlijn van de code wordt behandeld, is slechts eenmalig voorhanden. Zij wordt desalniettemin op fictieve wijze gedupliceerd, zodat iedere waarde-toekenning een complement kan oproepen waaraan die waardering zich als haar tegendeel kan spiegelen', zo besluit Luhmann (ÖK, 77). Welke codewaarde wordt toegekend aan gebeurtenissen of standen van zaken, daarover beslist het systeem zelf. De gebeurtenissen en standen van zaken die in de vorm van informatie binnen een functiesysteem circuleren, zijn niet door hun natuur, of een of andere essentie, op één bepaalde codewaarde vastgelegd, noch door morele aprioris. Het doden van een medemens is niet uit de aard der zaak zelf onrechtmatig en wordt in oorlogssituaties zelfs aangemoedigd. Evenzo is een bewering voor het moderne wetenschapssysteem niet (on)waar omdat die op grond van ethische, religieuze, esthetische, etc. overtuigingen (on)waar moet zijn. De wereld is wat ze is, maar door codering van communicatie over de wereld kan alles als *contingent* worden behandeld. Het is mogelijk dat een medemens doden onrecht is, maar niet noodzakelijk. Binaire codering 'verabsolucert' contingentie, zoals Luhmann het uitdrukt: 'Alles wat bestaat of niet bestaat, verschijnt op grond hiervan als noch noodzakelijk, noch onmogelijk' (SA IV, 14) (2). De constitutie van contingentie door codering is tegelijkertijd de constitutie van keuzevrijheid voor het systeem. De keerzijde daarvan is dat gecodeerde systemen zichzelf opzadelen met een verhoogde selectiedruk. Zo reproduceert het rechtssysteem zich als een opeenvolging van rechtscommunicaties onder de voortdurende dwang (uiteindelijk) te moeten beslissen of iets recht dan wel onrecht is, zonder daarbij te kunnen rekenen op externe, reeds buiten het systeem beschikbare selectiecriteria. De eigen code biedt in deze evenmin soelaas. Als code van het rechtssysteem bevat de differentie recht/onrecht geen aanwijzing dat er voor recht gekozen moet worden, net zo min als waarheid een criterium van zichzelf is. Of om het van een andere zijde te belichten: in functiesystemen is de positieve code niet per definitie en in alle gevallen te prefereren. Het vaststellen van onrecht/onwaarheid/immanentie/etc. kan onder bepaalde omstandigheden net zo belangrijk zijn als de vaststelling van het tegendeel (vgl. SA IV, 15 e.v.). Uitdifferentiatie op basis van codering, zo mag men hieruit concluderen, veronderstelt de ontwikkeling van een set regels en criteria op basis waarvan een systeem beslissingen over de toewijzing van codewaarden kan sturen. De uitdifferentiatie van een functiesysteem kan, anders geformuleerd, slechts lukken op voorwaarde dat het systeem zijn keuzegedrag vis-à-vis de twee codewaarden weet te programmeren. In het wetenschapssysteem fungeren methoden en theorieën als programma's, als aanwijzingen en criteria voor het vaststellen van (on)waarheid. Het rechtssysteem wordt in Luhmanns visie geprogrammeerd door 'constituties, wetten, verordeningen, rechterlijke beslissingen met officiële precedent-werking en vooral: contracten; kortom, het gehele positieve recht' (Luhmann, 1986: 197 en vgl. RdG, 93). Code en

programma vormen elkaars noodzakelijke complement. Gezamenlijk (en slechts gezamenlijk) maken ze de reproductie van een functiesysteem mogelijk, en wel als een systeem dat gesloten is en op basis van deze geslotenheid open is. Terwijl functiesystemen zich sluiten door codering, 'openen' ze zichzelf door programmering. Via programma's, i.e. regels en criteria die vastleggen wat een correcte manier van beslissen is inzake de toewijzing van codewaarden, maakt het systeem zichzelf gevoelig voor systeemexterne factoren. Zo leggen de programma's van het rechtssysteem (wetten, jurisprudentie e.d.) bijvoorbeeld vast welke aan het recht als zodanig externe omstandigheden en factoren bij de behandeling van een concrete zaak moeten worden betrokken en op welke wijze deze in de uiteindelijke beslissing dienen te worden verdisconteerd - 'wie schoot er/was de dader toerekeningsvatbaar/was er sprake van voorbedachte raede/etc?'. Maar niet alleen reguleren de programma's de 'allo-referentie' van het rechtssysteem, dus welke informatie omtrent externe factoren en gebeurtenissen intern relevantie verkrijgt en als zodanig ook verdisconteerd moet worden. Via met name wetgeving en de vorming van jurisprudentie kunnen bovendien opties van andere systemen het recht binnendringen. Zaken als politieke opportuniteit, economische rentabiliteit, sociale rust zijn opties die door de binaire code van het rechtssysteem als basale keuzemogelijkheden worden uitgesloten. Zij kunnen via wetgeving, ministeriële richtlijnen, rechters-recht, etc. alsnog binnen het rechtssysteem tot gelding worden gebracht. Deze functie van programma's, de zelfreferentiële geslotenheid als het ware te doorzeven met externe informatie en daarmee het systeem te openen voor zijn omgeving, veronderstelt dat programma's - i.t.t. de identiteit verleende codes! - in de tijd veranderen. Het vermogen tot verandering en dus tot 'leren' bezitten functiesystemen slechts op het niveau van hun programma's. Deze veranderlijkheid komt programma's toe 'daar zij slechts gezichtspunten van juist beslissen aanleveren, maar zelf niet door een 'absolute juistheid' gedekt zijn' (Luhmann, 1986: 129). Met betrekking tot de programmering van het rechtssysteem maakt Luhmann een scherp onderscheid tussen een tweetal logische vormen die programma's kunnen aannemen. Van voorwaardelijke of conditionele programmering ('Konditionalprogramm') spreekt hij wanneer rechtsregels en -voorschriften logisch gezien de structuur hebben van een implicatie (van een 'als..., dan...'-bewering). Daarbij heeft het antecedens een cognitieve inhoud en is het consequens normatief van aard: als (onder conditie C) H het geval is, dan geldt on/recht. Of om een voorbeeld uit het civiele recht te geven: 'Als een kind, dat de leeftijd van veertien jaar nog niet heeft bereikt, een onrechtmatige daad pleegt, dan zijn de ouders of de voogd uit hoofde van hun ouderlijke kwaliteit aansprakelijk' (zie art.6: 169 BW). Zoals Luhmann opmerkt: 'Men laat de feiten zich voordoen en geeft slechts aan hoe ze behandeld moeten worden, wanneer ze zich voordoen (ÖK, 129; zie ook RdG, 195 e.v.). In Luhmanns optiek stelt het 'Konditionalprogramm' de oorspronkelijke en ook meest gepaste vorm van juridische programmering voor: 'Alleen conditionele programma's zijn instructief als het gaat om een doorlopende verknoping van zelfreferentie en alloreferentie; alleen dergelijke programma's verlenen de oriëntatie van het systeem op zijn omgeving een cognitieve en tegelijkertijd voor het systeem deductief bruikbare vorm' (RdG, 195). Naast conditionele rechtsregels treffen we echter ook, en niet naar Luhmanns zin, vormen van gefinaliseerd recht, van doelprogramma's ('Zweckprogramm') aan. Deze beoordelen de on/rechtmatigheid van handelingen in het licht van hun (causale) invloed op een toekomstige 'Sollzustand', een als nastrevenswaardig voorgestelde toestand. Vooral de opkomst van de welvaartsstaat heeft er, volgens Luhmann, toe geleid dat de overheidsbureaucratie, het

politiek bestuur en, zij het in mindere mate, ook de rechtsspraak aan dergelijke vormen van doeloriëntatie onderhevig zijn geraakt. Dat mag vanuit politiek perspectief en met het oog op redistributieve rechtvaardigheid zinvol zijn, binnen het recht leidt het echter tot een vergroting van willekeur. Immers, iemand kan hier en nu veroordeeld worden met het oog op een ongewenste gebeurtenis die zich nog niet heeft voorgedaan en waarvan het nog maar de vraag is of die zich überhaupt voor zal doen, maar die hem nu wordt aangerekend als een *mogelijk* gevolg van zijn handeling. Deze toename van de rechtsonzekerheid ziet Luhmann met name bevestigd in de opkomst van het zogeheten milieurecht. De ecologische verontrusting die door de politiek aan het recht is doorgegeven en zich in het kielzog van een toegenomen risico-bewustzijn heeft weten te verdiepen en verfijnen, verlangt de bestrijding van het *risico* van een mogelijk toekomstige aantasting van het milieu. Verlangd wordt dus een juridische beoordeling van handelingen in het licht van een mogelijk toekomstig negatief effect op wat hier en nu een wenselijke/acceptabele/leefbare stand van zaken wordt geacht. Een dergelijk 'gefinaaliseerd' milieurecht vereist ondermeer de vaststelling van ecologische grenswaarden en drempels van milieuvervuiling. Maar sinds wanneer, zo vraagt Luhmann zich af, heeft het recht verstand van wat het milieu nu, of mogelijk in de toekomst, nog kan verdragen? En sinds wanneer bevindt het rechtssysteem zich in de privilegerde positie om uit te kunnen maken welke risico's voor wie acceptabel dienen te zijn en tegen welke andere risico's - bijvoorbeeld van het niet-investeren in kernenergie - de risicobereidheid van de een en de risico-angst van de ander kan worden weggestreept? Of zoals Luhmann zijn vroegere studiegenoten inschat: 'Een jurist stelt zich natuurlijk helemaal niet de vraag, hoe mensen tot de inschatting van risico's komen. Het empirisch risico-onderzoek is voor hem net zo irrelevant als de rationele besluitvormingsmodellen. Hij moet op basis van zelf gevonden maximen beslissen. Dat een of ander denkbaar rest-risico niet te vermijden is, dus geaccepteerd moet worden, wordt daarom zowel in de praktijk als in de theorie erkend' (ÖK, 137-138).

4. FUNCTIE EN GESLOTENHEID

Wat aan Luhmanns concept van functionele differentiatie opvalt, is dat de identiteit van een functiesysteem niet wordt gekoppeld aan zijn maatschappelijke functie maar aan zijn code. De uitdifferentiatie van een maatschappelijk subsysteem komt in Luhmanns perspectief niet tot stand door fixatie op een functie, wel door codering. Een functiesysteem vervult zijn functie simpelweg door zich als een gecodeerd communicatieproces te reproduceren (3). Als het om de functie van het moderne rechtssysteem gaat, dan kunnen we met Luhmann in ieder geval constateren dat het recht niet dient ter *vermijding* van conflicten; de uitdifferentiatie van het rechtssysteem leidt eerder tot een vergroting van conflictkansen. Het recht 'tracht slechts de gewelddadige uitbreiding van conflicten te vermijden' (SoSy, 511). Het recht draagt, zo zou men kunnen zeggen, in eerste instantie zorg voor de *behandelbaarheid* van conflicten; het genereert geldend recht als instrument voor het beslechten van zowel lopende als toekomstige twisten en strijdpunten. Maatschappelijk gezien gaat het bij de productie van geldend recht in feite om de stabilisering van verwachtingen vis-à-vis teleurstellingen. Het rechtssysteem produceert, anders geformuleerd, conflictbestendige verwachtingen, dus verwachtingen die, ook indien ze worden teleurgesteld en afgewezen, met recht kunnen worden volgehouden. Het recht 'bindt de tijd', aldus Luhmann, en wel in die zin dat het hier en nu vastlegt hoe in de toekomst over

conflicten beslist zal worden (vgl. RdG, 129 e.v.). Natuurlijk kan niet van iedere willekeurige verwachting worden verwacht dat deze juridisch-rechtelijk gesanctioneerd zal worden. Uit de enorme massa van maatschappelijk gecommuniceerde verwachtingen selecteert het rechtssysteem die *gedragsverwachtingen*, waarvan wordt aangenomen dat ze voldoende algemeen of generaliseerbaar zijn. En de 'trots' van het recht (zijn vakkundigheid/professionaliteit) bestaat eruit, dit op een zo congruent mogelijke manier te doen. Het geheel van gegeneraliseerde gedragsverwachtingen die door casuïstiek, door begrippen, door dogmatisch, etc. gesystematiseerd kunnen worden, ziet Luhmann als datgene, wat door een samenleving als recht ervaren wordt (vgl. Luhmann, 1983). De functie van het recht bestaat er, globaal gezien, dus uit de maatschappij te voorzien van gedragsverwachtingen waaraan kan worden vastgehouden, ook indien ze door feitelijke gebeurtenissen worden gefrustreerd. Daarmee haakt het rechtssysteem op een zeer specifieke manier in op de oriëntatiefunctie die sociale structuren vervullen. In Luhmanns optiek wordt de harde kern van sociale structuren gevormd door 'verwachtingsverwachtingen' - en natuurlijk worden ook deze voortdurend gefrustreerd. Daarop kan worden gereageerd met een bijstelling van de gekoesterde verwachtingen: de teleurstelling wordt dan benut als een aanzet tot leren. Daarentegen kan ook worden vastgehouden aan de verwachting en een goedgodoning worden geëist van degenen die de verwachting niet heeft ingelost (eventueel in de minimale vorm van een excuus). Luhmann gaat er nu vanuit dat (verwachtings)verwachtingen worden gevormd in anticipatie op een van beide manieren van omgaan met teleurstellingen. Verwachtingen worden, zoals het heet, *cognitief* dan wel *normatief* gemodaliseerd. Cognitief gestyleerde verwachtingen worden bij teleurstelling bijgesteld. Met behulp van dergelijke verwachtingen 'screenen' sociale systemen hun omgeving in cognitieve zin. Normatief gemodaliseerde verwachtingen, of simpelweg: *normen*, zijn verwachtingen waaraan ook bij teleurstelling wordt vastgehouden. Ze gelden contrafactisch, dus in en ondanks het vooruitzicht dat ze waarschijnlijk ooit teleurgesteld zullen worden. De functie van het rechtssysteem, zo kunnen we samenvatten, heeft betrekking op normatieve verwachtingen als een voor sociale systemen onontbeerlijke verwachtingsvorm. Het recht slokt dus niet alle normativiteit op. Het laat delen daarvan over aan bijvoorbeeld de moraal of de religie. 'Het rechtssysteem', aldus Luhmann, 'kan in ieder geval een specifiek gebruik van normativiteit voor zichzelf claimen' (Luhmann, 1983: 147). Meer concreet constitueert het recht zich als een *reflexieve normativiteit*. Wat aan het recht namelijk opvalt, is dat het genormeerd normeert. Alle normering door het recht veronderstelt voorafgaande normering: rechtsgelding kunnen normen slechts verkrijgen door normen met rechtsgelding. Wetgeving is gebonden aan voorafgaande wetgeving; rechterlijke beslissingen zijn geworteld in reeds geldend recht, voortspruitend uit wetten en voorafgaande rechterlijke beslissingen, etc. In een wat compactere formulering: het rechtssysteem 'processeert' rechtsgelding, het benut rechtsgeldigheid voor de vaststelling van nieuwe rechtsgeldigheid. Als het moderne recht een autopoiëtisch functiesysteem is, dan moeten de normen met behulp waarvan het recht zijn normerende activiteiten stuurt, enkel en alleen door het rechtssysteem zelf worden geproduceerd. Het rechtssysteem kan geen rechtsnormen importeren; ze moet die autonoom tot stand brengen. Als recht kan slechts gelden wat volgens het recht als recht geldt. Deze tautologie noemen we normaal gesproken de *positiviteit* van het recht. Wat Luhmann laat zien, is dat deze positiviteit simpelweg het correlaat is van de uitdifferentiatie van het recht als een maatschappelijk functiesysteem. De zogenaamde leer van het rechtspositivisme is daarvan slechts een weerspiegeling, net

zoals de rechtstheoretische gemeenplaats dat normen niet uit feiten kunnen worden afgeleid.

5. RECHT EN POLITIEK

Het ligt voor de hand om te veronderstellen dat er tussen recht en politiek een bijzondere verhouding bestaat, zij het alleen al omdat de politiek in haar rol van wetgevende macht het rechtssysteem voorziet van een groot deel van zijn programma's. Bovendien is het rechtssysteem voor de realisatie van zijn functie aangewezen op politieke machtsmiddelen, in laatste instantie op het geweldsmonopolie dat door de staat wordt geclaimd. Alhoewel Luhmann deze wederzijdse afhankelijkheden tussen recht en politiek onderkent, gaat hij er desalniettemin vanuit dat het in de moderne maatschappij twee afzonderlijke, strikt van elkaar te onderscheiden systemen betreft. Ook het politieke systeem is een autonoom functiesysteem, dat zijn operationele sluiting ontleent aan een eigen code. In democratieën is dat de differentie regering/oppositie, die als een 'Superkodierung' het oudere onderscheid macht/onmacht overkoepelt. Dat het bij recht en politiek om twee verschillende functiesystemen gaat, wordt echter door het idee van de *rechtsstaat* als een soort eenheidsvoorstelling gemakkelijk versluierd. Voor het recht is het principe van de rechtsstaat niets anders dan een uitdrukking van de universeel-maatschappelijke relevantie van het recht: 'Vanuit het rechtssysteem en zijn functie gezien, mogen er geen rechtsvrije ruimten bestaan, geen gedragingen die voor het recht niet bereikbaar zijn, geen enclaves van onreguleerbare willekeur en gewelddadigheid' (RdG, 422). Vanuit het politieke systeem gezien betekent het idee van de rechtsstaat daarentegen dat het over het recht kan beschikken als 'een instrument voor het mogelijk maken en realiseren van politieke doelen' (RdG, 424).

Enkel op grond van het principiële onderscheid tussen recht en politiek heeft het volgens Luhmann zin om de structurele relaties tussen beide systemen in ogenschouw te nemen. Luhmann analyseert deze relaties in termen van een 'structurele koppeling' tussen recht en politiek. In het algemeen spreekt Luhmann van een structurele koppeling 'wanneer een systeem bepaalde kenmerken van zijn omgeving duurzaam vooronderstelt en structureel daarop vertrouwt' (RdG, 441). Zo 'vertrouwt' het recht er op dat het politieke systeem rechterlijke beslissingen dekt met macht, eventueel met geweld. Systeemtheoretisch kunnen dergelijke koppelingen 'ruis' kanaliseren en selecteren. Zo is het recht bijzonder gevoelig voor gebeurtenissen binnen het politieke systeem, maar dan ook vrijwel uitsluitend dáárvoor. Anders gezegd: de maatschappelijke omgeving beïnvloedt de programma's van het recht hoofdzakelijk in een door de politiek gefilterde vorm. Voor deze verregerende complexiteitsreductie betaalt het recht een prijs: het kan zich niet of nauwelijks meer onttrekken aan de ruis en irritaties die het politieke systeem oproept.

De politiek rekent er van zijn kant op, dat het rechtssysteem collectief bindende beslissingen inderdaad als *collectief* geldende besluiten weet te formuleren. Maar dit dan wel onder de voorwaarden van het recht! Het feit dat het om twee gescheiden, autopoietische systemen gaat, verhindert kortom een definitieve instrumentalisering van het recht door de politiek. Wat zich aan (wederzijdse) beïnvloeding voordoet, laat zich volgens Luhmann eerder beschrijven in termen van een *interpenetratie*. Talcott

Parsons duidde met dit begrip een wederzijdse doordringing van systemen aan, die tot stand komt doordat dezelfde handelingen als elementen van verschillende systemen functioneren. Ook volgens Luhmann veronderstelt de interpenetratie van twee functiesystemen een gedeeltelijke 'overlapping'. In het geval van recht en politiek localiseert hij deze overlapping in de wetgevende activiteit van parlementen. Het meest wezenlijke aan interpenetratieverschijnselen acht hij echter dat twee interpenetrerende systemen hun complexiteit aan elkaar opdringen. Daarbij is de complexiteit die door een systeem wordt *ontvangen* altijd 'overcomplex'; het stelt 'ruis' voor, en vormt in die hoedanigheid een prikkel voor een verdere interne structuur-ontwikkeling. Zo stuit de politiek bij de voorbereiding van wetten op de 'eigenzinnigheid' van het recht: alleen volgens de regels van het recht, inbegrepen criteria van juridische consistentie en coherentie, kan het recht veranderd worden. Voor de politiek zelf is wetgeving daarentegen slechts relevant vanuit het gezichtspunt regering/oppositie: verhoogt een wetsvoorstel de kans op regeren, of leidt het indienen ervan eerder tot oppositie? Het recht maakt zich binnen de politiek kortom kenbaar in de vorm van een dwang tot conformiteit aan de logica van het recht, waarvan de gronden voor de politiek intransparant blijven. Het politieke systeem kan deze dwang enkel pareren via de voortdurende bijstelling van haar eigen opties en verwachtingen:

6. DE STURINGSDISCUSSIE

De discussie over de grenzen van de welvaartsstaat en haar sturings- of reguleringscrisis, heeft in de jaren tachtig ongetwijfeld een vruchtbare voedingsbodem voor de verspreiding van Luhmanns ideeën gevormd. Tenslotte lijkt Luhmanns these van de zelfreferentiële geslotenheid van functiesystemen de twijfel te bevestigen omtrent het vermogen van de overheid om via het recht de maatschappelijke ontwikkelingen gericht te sturen. Zijn model van functionele differentiatie leidt immers tot een beschrijving van de moderne maatschappij als een samenhang van autonome subsystemen die onderling elkaars processen en structuurontwikkelingen niet kunnen determineren. Welke koppelingen er tussen recht en politiek ook mogen bestaan en welke dynamiek hun onderlinge interpenetratie ook uitlokt, het rechtssysteem laat zich in Luhmanns perspectief niet zonder meer als sturingsmechanisme door de politiek gebruiken (evenmin lopen de overige maatschappelijke subsystemen aan de leiband van het recht!).

Terwijl Habermas begin de jaren zeventig er nog alles aan gelegen was om Luhmann voor het oog van 'die Linken' als een rechts-conservatief te kijk te stellen, blijken de Duitse sociologen en politicologen die zich in de jaren tachtig voor Luhmanns werk beginnen te interesseren juist van sociaal-democratische snit. Zonder in een radicale anti-sturingsideologie te vervallen, lijken mensen als Teubner, Willke, Rongc, Japp, Ladeur of Bendel het Luhmanniaanse sturingspessimisme als een vorm van (maatschappij) kritiek te beschouwen, in ieder geval als een opruiming van de inmiddels verstarde dogma's van het planningsocialisme en al te simpele progressief/conservatief-schematiseringen (4). Een voor de hand liggende reactie op deze Luhmanniaanse trend in de rechtssociologie is de tegenwerping dat het een overspannen reflex betreft, gezien de feitelijke macht en mogelijkheden van de staat. Zo is Peter Nahamowitz (1985, 1987, 1988) het niet moe geworden propagandisten van het 'reflexieve recht' als Teubner en Willke onder de neus te wrijven dat ze in feite

een wat verlate golf voorstellen van het neo-liberale/neo-conservatieve tij dat al halverwege de jaren zeventig is op komen zetten. En Luhmanns sturingspessimisme is 'in waarheid niets anders dan een heruitgave van het liberale taboe op interventies in een nieuw theoretisch gewaad' (Nahamowitz, 1985: 32).

Nu maken dergelijke vormen van ideologiekritiek halverwege de jaren tachtig nog weinig indruk binnen de genstitutionaliseerde sociologie, zij het alleen al omdat ze bij een reflexieve toepassing op zichzelf direct hun pointe verliezen. Dat heeft Nahamowitz zelf ook begrepen, reden waarom hij zijn afkeer voor al het Luhmanniaans geïnspireerde sturingspessimisme heeft ondersteund met een vracht aan empirisch materiaal. Daaruit zou moeten blijken dat politieke sturing en regulering van (met name) het economisch systeem niet alleen mogelijk is, maar bovendien op een 'acceptabele effectiviteit' kan rekenen. De vraag is alleen waar dit in de context van een theoretisch opgeladen sturingsdiscussie toe leidt. Niet alleen kunnen de Luhmannianen op hun eigen empirie wijzen, het getuigt bovendien van naïviteit om in discussies met door de wol geveerde constructivisten te verwachten dat empirische data voetstoots zullen worden erkend als van alle sturingstheorieën en -modellen onafhankelijke gegevens, die de discussie op een objectieve, dwingende wijze kunnen beslissen. Empirische argumenten blijven in deze onmachtig wanneer ze niet verbonden kunnen worden met een kritiek op de grondslagen van Luhmanns denken. Anders geformuleerd: empirische tegenwerpingen contra een Luhmanniaans sturingspessimisme winnen pas aan kracht wanneer plausibel kan worden gemaakt dat het vastgestelde empirische deficit in feite een onvermijdelijke consequentie is van de theoretische beslissingen en conceptualiseringstrategieën die aan de autopoietische systeemsociologie ten grondslag liggen.

Uiteraard is door de critici van het 'reflexieve recht' en van de systeemtheoretische diagnose van de sturingscrisis naar een dergelijke argumentatiefiguur gezocht. De discussie overziend, kunnen (minimaal) drie aanzetten worden onderscheiden, een drietal pogingen om een empirisch geïnspireerd ongenoegen om te zetten in een meer theoretische kritiek. Critici als Nahamowitz, Joachim Nocke en tot op zekere hoogte ook Walter Kargl (1990 en 1991) hebben vooreerst de theoretische wortel van al het kwaad in het *autopoiesis*-concept als zodanig gezocht. Dat is voor zover triviaal) uit Luhmanns autopoietische differentiatietheorie niet alleen volgt dat de moderne maatschappij onderhevig is aan centrifugale, desintegratieve krachten, maar bovendien het politieke systeem de processen binnen de andere functiesystemen niet gericht kan sturen of determineren. Regulering kan uiteindelijk slechts als zelfregulering lukken. Nu kunnen Nahamowitz of Kargl er inderdaad op wijzen dat Luhmann vóór zijn 'autopoietische ommekeer' maatschappelijke stabiliserings- en sturingsmogelijkheden optimistischer inschatte dan daarna (vgl. SA II, 51-52 en SA II, 150-170). De tegenkritiek ligt echter voor de hand. Voor bijvoorbeeld Willke of Ronge schuilt de aantrekkingskracht van Luhmanns autopoietische differentiatietheorie nu juist daarin dat ze een theoretisch gestuurde observatie en beschrijving mogelijk maakt van een probleemcomplex dat zich hoe dan ook binnen de maatschappij kenbaar maakt.

Voor Fritz Scharpf, een van de leidende figuren van de Duitse politicologie, zit het probleem niet zozeer in Luhmanns omarming van het autopoiesis-concept als wel in diens beslissing om *communicaties* i.p.v. handelingen of actoren tot de elementaire eenheden van sociale systemen te promoveren. Als we de empirisch gemotiveerde

twijfel aan de uitkomsten van Luhmanns maatschappijtheorie proberen terug te voeren op de premissen die aan zijn sociologie ten grondslag liggen, zo schrijft Scharpf, 'dan lijkt de concentratie op 'autopoietische' - zichzelf reproducerende - systemen uiteindelijk minder gevolgen te hebben, dan de beperking tot communicatiesystemen' (Scharpf, 1989: 12). Weliswaar beschikt Luhmann over de categorie 'handelen', maar dan gedacht als het produkt van de simplificerende zelfobservatie van communicatieprocessen. Scharpf gaat er daarentegen vanuit dat 'politieke sturing, begrepen als kans op doelgerichte zelf-verandering van de gemeenschap, niet geconcipieerd kan worden zonder terug te grijpen op subjecten van politiek handelen' (Scharpf, 1989: 12).

Net als de eerder aangehaalde kritiek van mensen als Nahamowitz of Kargl treft ook de kritiek van Scharpf op een triviale wijze haar doel. 'Triviaal' in die zin dat er natuurlijk een onloochenbaar verband bestaat tussen het uitgangspunt dat sociale systemen worden geconstitueerd door communicatieprocessen en Luhmanns bedenkingen tegen het idee dat de politieke sturing van functiesystemen begrepen kan worden volgens het model van een intentionele (micro/macro-) actor die op strategische wijze vooropgestelde doelen tracht te realiseren. Het probleem met beide kritieken is alleen dat we nu wel erg snel terug zijn bij 'af': wie het autopoiesisconcept of de communicatietheoretische interpretatie van sociale systemen afwijst, wijst natuurlijk ook Luhmanns sociologie af, en wel integraal. Nu kunnen daar allerlei goede redenen voor bestaan. De vraag is echter of een volledige afwijzing van Luhmanns sociologie, enkel en alleen op grond van de onvrede die men kan hebben met de positie(s) die Luhmann en zijn volgelingen in de sturingsdiscussie innemen, niet veel weg heeft van het bekende badwater waar nog een kind in dreef.

Minder rigoros is in ieder geval een derde, eveneens naar aanleiding van de sturingsdiscussie geuite kritiek op Luhmanns benadering. We treffen deze ook bij Scharpf aan, en wel in de vorm van het verwijt dat Luhmann bij zijn analyse van sturings- en reguleringsproblemen overmatig de nadruk legt op het aspect van functionele differentiatie (Scharpf, 1989: 15; vlg. ook Mayntz, 1988; Rosewitz & Schimank, 1988). 'Politieke sturing' betreft bij Luhmann eerst en vooral een relatie of 'interactie' tussen uitgedifferentieerde, voor elkaar intransparant geworden *functiesystemen*. Problematisch aan dit 'primaat van het maatschappijstelsel' is dat dit *niet het juiste niveau van analyse* is wanneer het om politieke sturing gaat! Welbeschouwd betreft sturing een relatie tussen uiteenlopende vormen van *georganiseerde* communicatie, de poging om middels 'staatkundig' georganiseerde communicatie het gedrag van andere organisaties te beïnvloeden. Politieke sturing is kortom synoniem met de poging om middels in wetten en decreten neergeslagen, collectief bindende beslissingen het beslisdgedrag van bijv. economische of wetenschappelijke organisaties te beïnvloeden. Als zodanig richt ze zich niet direct op de basale operaties van een functiesysteem zelf. Of zoals Uwe Schimank het op grond van zijn empirisch onderzoek naar de problemen en mogelijkheden van wetenschapsbeleid verwoordt: 'Het primaire aangrijpingspunt van wetenschapspolitieke sturing wordt niet gevormd door het onderzoek zelf, maar door de onderzoeksinstituten, dus door formele organisaties' (Schimank, 1992: 506).

Deze derde kritiek komt positief geformuleerd neer op het voorstel om in de analyse van sturingsmogelijkheden het primaat niet langer te leggen bij het systeem 'maatschappij' en zijn subsystemen, maar politieke sturing eerst en vooral te

beschouwen als een verschijnsel of probleem dat de verhoudingen tussen organisaties betreft. Daarbij verschijnt de 'maatschappij' als een typisch gestructureerde, conditionerende context. Natuurlijk plaatst ook dit voorstel de sturingsdiscussie in een ander daglicht dan waarin Luhmann, Willke of Teubner het zien. Het impliceert echter geenszins een integrale verwerping van Luhmanns sociologie. We kunnen er om te beginnen aan vasthouden dat 'organisaties' *autopoietische* systemen zijn, die emergeren als zelfreferentieel gesloten netwerken van beslissingen. 'Beslissingen' zijn en blijven in deze optiek communicaties, en dat volstaat ook om tegemoet te komen aan de o.a. door Scharpf en Schimank verlangde modellering van handelingscapabele macro-actoren. Functiesystemen kunnen we ons inderdaad niet als handelingsbekwame eenheden voorstellen. Organisaties kunnen echter door 'zelfbinding' een geunificeerde handelingscapaciteit ontwikkelen, zich als hiërarchisch gestructureerde 'actor-systemen' profileren. De erkenning van dit laatste, inclusief de constatering dat de ontwikkeling van organisaties tot macro-actoren een via beslissingsprogramma's gecontroleerde input/output-oriëntatie vergemakkelijkt, impliceert nog niet een heimelijke terugkeer naar intentionalistische, handelingstheoretische benaderingen. Evenmin is nu plotseling de hele sturingsproblematiek verdampt, als zouden economische, juridische, wetenschappelijke, etc. organisaties als was in de handen van de politiek zijn. Ook organisaties zijn zelfreferentieel gesloten, 'autonome' systemen, die telkens hun eigen, locale logica volgen. Houden we er nu aan vast dat die autopoietische geslotenheid van organisaties tevens de basis van hun 'openheid' vormt, dan komen we uit op een positie die in grote lijnen overeenstemt met het theoretisch en empirisch onderzoek dat zogeheten neo-institutionalisten als Schimank en Weyer naar sturingsvraagstukken hebben gedaan. De consequentie is wel dat het Luhmanniaans geïnspireerd sturingspessimisme gerelativeerd dient te worden.

7. RECHT ZONDER SUBJECT?

Tegen de achtergrond van de hierboven behandelde kritiek komt het misschien merkwaardig over dat hem vaak verweten wordt een technocratische visie op het recht uit te dragen (vgl. Nocke, 1986; Kargl, 1990; Blanke, 1987; Frankenberg, 1987). Men zou immers vermoeden dat iemand die dermate sceptisch staat tegenover externe regulering en sturing, moeilijk kan worden aangewreven het oude plan om de samenleving in te richten en te besturen op basis van strikt wetenschappelijke inzichten en technisch kunnen, nog eens op te poetsen. Bij nadere beschouwing gaat het degenen die dit technocratie-verwijt aan Luhmann richten dan ook niet zozeer om de maakbaarheid van de samenleving wel om het verlies van een normatief-ethische grondslag. De normativiteit die Luhmann aan het rechtssysteem toeschrijft heeft een zuiver systemisch karakter: het rechtssysteem 'processeert' normativiteit enkel en alleen in functie van haar eigen reproductie, zonder dat er nog externe ethische verankeringen gevonden zouden kunnen of moeten worden. Zo stelt Blanke dat bij Luhmann alle normativiteit in het systeem gelocaliseerd wordt, 'als niet verder betwijfelde, aan problematisering onttrokken richtwaarde van de veronderstelde, functioneel gedefinieerde vorm van systeemreproductie' (Blanke, 1987: 162). Dit lijkt sterk op het aloude, reeds door Habermas in het begin van de jaren zeventig geformuleerde verwijt. Of Luhmann nu wil of niet, zijn systeemtheoretische benadering legitimeert een historisch contingente maatschappelijke realiteit daar hij de mogelijkheden van een kritische evaluatie inruilt voor de functie-eisen - misschien zou

men nu moeten zeggen: voor de 'zelf-evaluatie' - van de maatschappelijke systemen. Sociale samenhangen ontstaan bij Luhmann als 'niet gepland product van een regellose, spontane zelf-regeneratie van decentrale, recursieve netwerkstructuren van systemische communicatie, op het functionele verloop waarvan de empirische subjecten als waren het "blinde actoren" zijn aangesloten, als poppen waarzonder het spel niet gespeeld zou kunnen worden' zo herhaalt Blanke (1987: 162) deze kritiek.

Luhmann als ideoloog van de moderne samenleving! Wat is de opbrengst van deze diagnose? In de klassieke marxistische vorm die iedere afwijking van de enige ware theorie tot politieke onwaarheid veroordeelt, zullen weinigen een dergelijke kritiek vandaag de dag nog willen handhaven. Maar uiteraard hebben descriptieve stelsels en theorieën normatieve implicaties. Tegen deze achtergrond zou men de geest die uit Luhmanns maatschappijtheorie spreekt, kunnen omschrijven als een ironisch liberalisme, dat grote twijfels heeft over de ethische deugdelijkheid van ethische stelsels. Maar het is zeker niet zo dat Luhmann de bestaande maatschappelijke structuren heilig zou willen verklaren, of iedere verandering uit den boze zou vinden. Zijn visie is eerder dat de maatschappelijke realiteit de uitkomst is van een contingent historisch proces, dat ook anders had kunnen verlopen en tot andere resultaten had kunnen leiden. Gegeven echter de weg die we zijn ingeslagen en de hoge complexiteit van de moderne maatschappij, is beslist niet alles meer mogelijk - tenzij men natuurlijk geen enkele prijs te hoog vindt.

Interessanter misschien dan het ideologie-verwijt is de daaraan complementaire kritiek dat Luhmanns voorstelling van het recht als een in zichzelf gesloten sociaal systeem de normativiteit van het recht loskoppelt van een oriëntatie op het individu of 'subject' of Kargl opmerkt: 'De sociale systemen subjectloos, d.w.z. ook tegenover subjecten als gesloten opvatten, ontnemt deze systemen niet enkel hun "vitale basis", maar bovendien het referentiepunt van alle waarden' (Kargl, 1990: 363). Men kan zich inderdaad afvragen of de 'uitsluiting' van het individu uit het recht als een sociaal systeem, de normatieve zin daarvan uiteindelijk niet onbegrijpelijk maakt daar zo het (voor de hand liggende) referentiepunt van 'rechten' verdwijnt. Schuilt de hele zin en betekenis van de klassieke grondrechten, zoals het recht op een eerlijk proces en het discriminatie-verbod, niet in het idee dat dit rechten van 'mensen' zijn?

Luhmanns reactie op een dergelijke kritiek zou allicht als volgt luiden. Men hoeft er niet aan te twijfelen dat binnen het hedendaagse recht zaken zoals grondrechten beschreven worden als 'rechten van mensen'. Hun formulering is inderdaad slechts begrijpelijk binnen de context van een semantiek die zich heeft gevormd rond de notie 'mens als drager van rechten en plichten'. Maar het is niet per sé noodzakelijk dat rechtssemantiek zich ontwikkelen rond het idee van de mens als rechtssubject. Dat zulks geldt voor belangrijke delen van het moderne recht moet bovendien in samenhang worden gezien met het ontstaan van de moderne (functioneel gedifferentieerde!) maatschappij. Een tweede mogelijke kanttekening van Luhmann zou er op wijzen dat met het omarmen van de mens als rechtssubject, rechtstheoretici zichzelf in feite op een handige manier om de tuin leiden. Door normativiteit te projecteren op 'iets' (mensen/individuen/etc.) dat zelf geen element van het recht is - en natuurlijk kan de figuur van het 'natuurrecht' daar ook toe dienen -, kan het rechtsdenken de circulariteit van het recht voor zichzelf maskeren. Het ontlast zich zo van de problemen die een zuivere tautologie oplevert, daarbij inbegrepen het probleem dat tautologieën maar al

te gemakkelijk omslaan in paradoxen. Het zoeken naar funderingen van het recht buiten het recht, heeft volgens Luhmann precies *déze* functie: verhinderen dat de tautologie die in alle zelfreferentialiteit op de loer ligt, onbarmhartig aan de oppervlakte treedt. Zo beschouwd is ook de referentie naar het individu als de normatieve nucleus van het recht een 'nuttige schijn'.

8. TER AFSLUITING

Met Luhmanns rechtssociologie is het als met autopoiesis. Begonnen in de jaren vijftig is het ondertussen een zichzelf voortstuwend project geworden. Wie hoopt met *Das Recht der Gesellschaft* zich het omvattende en definitieve compendium van Luhmanns denken over recht te hebben aangeschaft, heeft buiten de waard en Suhrkamp gerekend. In dit licht krijgt het idee 'conclusie' iets wanhopigs. In plaats daarvan willen we ter afsluiting wijzen op een interessant nevenproduct van Luhmanns maatschappijtheorie. Het betreft de in de vorige paragraaf al even aangestipte 'techniek' voor een sociologische analyse van al die zelfbeschrijvingen of 'reflectietheorieën' die binnen functiesystemen worden ontwikkeld met het oog op de vaststelling/fundering van hun eigen eenheid en identiteit. Alhoewel het analysekader dat Luhmann daarvoor aanbiedt niet exclusief het rechtssysteem betreft, zullen we daar ons in deze slotparagraaf toe beperken (vgl. Blom, 1995).

Laten we om te beginnen vaststellen dat binnen het rechtssysteem uiteenlopende beschrijvingen van het recht kunnen worden aangetroffen, die we al naar gelang de mate van hun systematisering als rechtswetenschappelijke theorieën zouden kunnen aanduiden. Men denke bijvoorbeeld aan rechtsdogmatick, aan heuristieken van rechtsvinding, aan rechtsrhetoriek, aan een algemene begripsleer, etc. Dergelijke 'vertekste' producten van rechtelijke zelfobservatie onderscheiden zich van die zelfbeschrijvingen die de eenheid van het rechtssysteem binnen het rechtssysteem reflecteren. Deze laatste werden traditioneel onder de noemer 'rechtsfilosofie' opgeborgen, maar worden vandaag de dag ook wel met de term (algemeen) 'rechtstheorie' aangeduid. Bij deze rechtcoretische zelfbeschrijvingen gaat het niet om bijdragen aan de consistentie van de juridische begripssystematick, noch om een discursieve afweging van de generaliseerbaarheid van rechtsprincipes of beslissingsregels. In het geding is veeleer 'presentatie van eenheid, functie, autonomie en ook onverschilligheid van het rechtssysteem' (RdG, 449).

Een tweede vaststelling: de sociologische observatie van het rechtssysteem, rechtssociologie kortom, moet worden onderscheiden van de zelfbeschrijvingen die we in het vervolg als rechtstheorie(ën) zullen aanduiden. Een rechtssociologie levert een *externe* beschrijving van het rechtssysteem, zich daarbij oriënterend aan de code waar/onwaar en aan de methoden en theorieën van de sociologie als een wetenschappelijke discipline. Dit externe karakter van de rechtssociologie wordt in eerste instantie betaald met een tekortschieten t.a.v. de complexiteit en intransparantie van het recht. Daar staat een belangrijk voordeel tegenover. Als een vorm van zelfbeschrijving vervult de rechtstheorie namelijk een functie binnen en voor het rechtssysteem en bindt het zich daarmee aan de code en de programma's van het recht. Of zoals Luhmann schrijft: 'Zelfbeschrijvingen nemen beperkingen in acht die daaruit voortkomen dat zij zelf een onderdeel van het beschreven systeem vormen. Een zelfbeschrijving van het

rechtssysteem kan bijvoorbeeld niet betwisten dat het systeem gerechtigd is tussen recht en onrecht te onderscheiden, of dat men zich aan geldende normen dient te houden' (RdG, 498). Nu moet de rechtssociologie weliswaar iedere aanspraak op een juridisch 'beter-weten' opgeven, ze kan zich ook ontdoen van de last van operationele verantwoordelijkheden binnen het rechtssysteem, dus van trouw aan het systeem. De rechtssociologie heeft kortom haar handen vrij. Ze kan het zich permitteren, posities in te nemen die voor de rechtstheorie op grond van haar verankering en functie binnen het rechtssysteem onbereikbaar zijn. Vanuit die externe posities kan de rechtssociologie dan wel niet méér 'zien' dan de rechtstheorie, maar wel andere zaken. Zo kan ze zien dat de rechtstheorie niet kan zien en dat ze niet kan zien wat ze niet kan zien. Zo kan de rechtssocioloog zien dat de rechtstheorie 'leeft' van een paradox, en wel door deze voortdurend te verbergen, door deze niet te zien.

Nu geldt voor alle observatie dat ze is behept met een blinde vlek. Want de differentie die een observatie 'leidt' - het is een zus-iets en niet een zo-iets, het is een vrouw (en niet een man), het is een hond (en niet een niet-hond), enzovoort - kan in de observatie zelf niet geobserveerd worden. In het geval van het rechtssysteem leidt zelf-observatie bovendien tot specifieke paradoxen. Immers, indien het aan de rechtstheorie is voorbehouden het rechtssysteem te funderen, dus de uiteindelijke grond van de code recht/onrecht te bepalen, dan kan ze dit als een 'interne', aan het rechtssysteem gelieerde zelfbeschrijving niet anders doen dan onder het gezichtspunt van de 'Leitdifferenz' van het recht, d.w.z. in het licht van de code recht/onrecht. Voor de rechtstheorie moet de funderingsvraag kortom uitlopen op de vraag of de invoering en het gebruik van de code recht/onrecht wel 'recht' (of 'onrecht') is. Daarmee zou formeel gesproken de rechtstheorie ofwel in tautologieën als 'recht want recht', of 'onrecht want onrecht' vervallen, ofwel in onontwarpbare paradoxen verstrikt raken: 'recht want onrecht', of 'onrecht want recht'. Beide, zowel tautologie als paradox, moet ze voor zichzelf onzichtbaar maken: 'Alhoewel de zelfreferentie van het rechtssysteem, wanneer zij geobserveerd en beschreven wordt, daar op uitdraait, mag het systeem zelf geen tautologieën of paradoxen toelaten. Noch willekeur, noch blokkering van operaties zijn binnen het systeem toelaatbare structuren. Binnen het systeem moet daarom een discours over het systeem worden gevoerd, die een heimelijke betrekking tot tautologie en paradox onderhoudt, tegelijkertijd deze betrekking echter verzwijgt en via het stipuleren van zinsamenhangen en betekenissen de vruchtbaarheid van de operaties garandeert', aldus Luhmann (1985: 17).

Luhmanns idee is nu dat paradoxen weliswaar voor het recht verborgen moeten blijven terwille van een voortgaande zelfbeschrijving van het recht, maar dat de rechtssocioloog deze gerust kan observeren, precies omdat hij als een externe observator niet gedwongen is terwille van zijn eigen procesgang voor een van de hoorns van de paradox(en) te moeten kiezen. De claim is vervolgens dat het inzicht in de paradoxale grondstructuur van de rechtstheorie én in het gegeven dat deze voor de rechtstheorie zelf verborgen moet blijven, het aanknopingspunt biedt voor een historische reconstructie van de ontwikkeling van de rechtsfilosofie en de nog heden ten dage gevoerde rechtstheoretische debatten: de geschiedenis van het rechtsdenken kan worden begrepen 'als een geschiedenis van inspanningen ten behoeve van een onttautologisering en ontparadoxering van het recht' (Luhmann, 1985: 17). En het moet Luhmann worden nagegeven dat hij het niet bij een op zichzelf interessante suggestie heeft gelaten, maar dat hij deze claim inmiddels handen en voeten heeft gegeven met

een indrukwekkend aantal op de rechtsfilosofie en -theorie toegesneden ideeën-historische studies.

VOETNOTEN

- (1) Een buitenstaander, een 2e-orde observator kan natuurlijk observeren dat het rechtssysteem op een beperkte manier observeert, dat het niet alles kan zien wat hij kan zien. Maar daarmee observeert hij slechts wat inherent is aan alle observatie (ook aan 2e-orde observatie), namelijk dat iedere observatie blinde vlekken produceert, te beginnen met de differentie die aan de observatie ten grondslag ligt. Tenslotte kan een observatie niet tegelijk de differentie observeren die in die observatie wordt benut.
- (2) Pro memorie: de uitdrukking 'contingentie' wordt hier dus modaaltheoretisch opgevat als 'niet-noodzakelijk en niet-onmogelijk'.
- (3) De functie die het systeem vervult, hoeft door het systeem ook niet te worden 'bedoeld'. Het kan zijn dat een functiesysteem over een waardensemantiek beschikt en zichzelf in die zin doelen/of richtpunten voorhoudt; de sequentie 'functie=doelwaarde' is in Luhmanns ogen een al te simplistische voorstelling van zaken als het gaat om de uitdifferentiatie van functiesystemen: 'Functies worden systeem-intern niet eenvoudigweg door waarden afgebeeld, maar daarentegen door twee-waardige, geformaliseerde binaire codes bediend die een contingentie-ruimte open houden waarbinnen onvermijdelijk alles een selectie wordt en pas dan tot de vorming van waarden aanleiding geeft' (SA IV, 20).
- (4) Van deze nieuwe generatie (hele of halve) Luhmannianen is het duo Teubner/Willke waarschijnlijk het meest bekende, althans wanneer het gaat om de zogeheten 'sturingsdiscussie'. Onder de banier van het 'reflexieve recht' hebben Teubner en Willke de door Luhmann gepresenteerde diagnose van de moderne maatschappij als een polycentrische samenhang van functiesystemen, rechtstheoretisch en politicologisch uitgediept, om vervolgens met hun idee van 'contextsturing' een alternatief te suggereren voor de traditionele, 'dirigistische' sturingsconcepten en -modellen.

BIBLIOGRAFIE

- BLANKE, T. (1987), 'Kritik der systemfunktionalen Interpretation der Demonstrationsfreiheit', *Kritische Justiz*, pp. 157-165.
- BLOM, T. (1995), 'Een constructivistische radicalisering van het sociaal constructivisme', *Kennis en Methode* (19): 160-180.
- BLOM, T. & L.M.A. TIMMERMANS (1993), 'Recht is Recht is Recht is...!', *Recht en Critiek* (19): 48-78.
- FRANKENBERG, G. (1987), 'Der Ernst im Recht', *Kritische Justiz*, pp. 281-307.
- KARGL, W. (1990), 'Kommunikation kommuniziert? - Kritik des Rechtssoziologischen Autopoiesebergiffs', *Rechtstheorie* (21): 352-373.

- KARGL, W. (1991), 'Gesellschaft ohne Subjekte oder Subjekte ohne Gesellschaft? - Kritik der rechtssoziologische Autopoiese-Kritik', *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (12): 120-141.
- LUHMANN, N. (1983), 'Die Einheit des Rechtssystems', *Rechtstheorie* (14): 138 e.v.
- LUHMANN, N. (1985), 'Einige Probleme mit "reflexivem Recht"', *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (6): 1-18.
- MAYNTZ, R. (1988), 'Differenzierung und Verselbständigung - zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme', pp. 11-45, in: R. MAYNTZ e.a. (eds.), *Differenzierung und Verselbständigung - Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme*, Frankfurt am Main.
- NAHAMOWITZ, P. (1985), 'Reflexives Recht': Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzept, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (6): 29-44.
- NAHAMOWITZ, P. (1987), 'Effektivität wirtschaftsrechtlicher Steuerung - Ein Beitrag zur Autopoiesis-Debatte', *Kritische Justiz*, pp. 411-433.
- NAHAMOWITZ, P. (1988), 'Autopoiesis oder ökonomischer Staatsinterventionismus', *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (9): 36-73.
- ROSEWITZ, B. & U. SCHIMANK (1988), 'Verselbständigung und politische Steuerbarkeit', pp. 295-329, in: R. MAYNTZ e.a. (eds.), *Differenzierung und Verselbständigung - Zur Entwicklung gesellschaftlicher Teilsysteme*, Frankfurt am Main.
- SCHARPF, F. (1989), 'Politische Steuerung und politische Institutionen', *Politisches Vierteljahresschrift* (30): 1-20.
- SCHIMANK, U. (1988), 'Gesellschaftliche Teilsysteme als Akteursfiktionen', *KZfSS* 40.
- SCHIMANK, U. (1992), 'Politische Steuerung in der Organisationsgesellschaft - am Beispiel der Forschungspolitik', in: W. ZAPF (ed.), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main.
- WILLKE, H. (1987), Strategien der Intervention in autonome Systeme, in: D. BAECKER et al. (eds.), *Theorie als Passion*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.