

Kampen om retsstaten

Bourdieu, Luhmann og oplysningstidens magtdeling

Gorm Harste

Abstract: The article describes how the most important social theories have founded their analyses of the legal constitution of modern society on ideas about the early Enlightenment. The central question is whether the modern social order differentiates what Pierre Bourdieu calls fields and Niklas Luhmann calls functional systems. Hence, the discussion is about the form of separated powers. To Bourdieu, lawyers have always had interests in the separation; to Luhmann however, the communication system of law establishes its own second order observation of rules about rules. To both theories, and Habermas, Foucault and others could be invoked as well, what is in question is the French constitution of separated powers up until Charles Montesquieu's famous legal sociology of *L'esprit des loix* from 1748. The article examines the activities and writings of the French legal scholar and chancellor Henri-François d'Aguesseau who in the early Enlightenment dominated legal life during half a century in the French superpower. The argument is that Bourdieu's analysis does not in a satisfactory way describe the disinterested reasonability invoked by d'Aguesseau's activities and his indeed very extensive legal philosophy. The perspective for today's legal, political and sociological thought is that such a second order description is imperative for a criticism of recent reinvented forms of despotic abuse of power practice.

Key words: Bourdieu, Luhmann, rule of law, separation of powers, law, enlightenment

Det er påfaldende, at generationen af nye klassikere i samfundsteorien næsten alle er født indenfor en ganske kort årrække fra 1926-1930. Lige så påfaldende er det, at de også næsten alle er kontinentale europæere. De nye klassikere er velkendte, det er Michel Foucault, Niklas Luhmann, Jürgen Habermas og Pierre Bourdieu. Deres samfundstænkning repræsenterer højder, som ingen siden har kunnet nå, og som er på niveau med de store klassikere, Karl Marx, Émile Durkheim, Georg Simmel og Max Weber. Andre, filosoffer, historikere og jurister fra samme generation kunne tilføjes, lige som en lidt ældre og lidt mere spredt generation født i årene omkring 1900 kunne tilføjes. Med de fire store nyklassikere, hvis forfatterskab kan siges at være

afsluttet ved begyndelsen af det 21. århundrede, ser vi en ekstremt flittig og tænksom generation af personer, der var unge under Anden Verdenskrig og børn under nazismen. De var vidner til, at det faktisk var muligt at overgå det store kulturelle og civilisatoriske sammenbrud, som med Første Verdenskrigs meningsløshed satte en ny dagsorden for Frankfurterskolen, eksistensontologien og omformuleringen af neokantianismen i mellemkrigstiden, og som reflekteredes af eksempelvis Walter Benjamin, Theodor Adorno, Jean-Paul Sartre, Hannah Arendt og de noget ældre filosoffer Martin Heidegger, Ernst Cassirer og Ludwig Wittgenstein.

Endnu i dag kan vi ikke komme på øjenhøjde med de krav de nye klassikers generation stillede til sig selv om undersøgelsen af det moderne samfunds oplysning og nedblænding. Når vi i dag ser på det moderne samfunds forandringsbetingelser, må vi iagttage ud fra disse nyklassikers perspektiv. Det er deres håb, advarsler og målestokke, vi lægger til grund for anskuelsen af vor samtids potentialer for rationalisering og irrationalisering.

For den generation var det endnu mere imperativt at lægge retligheden af samfundsforandring til grund for sociologiske analyser, end det var for forgængerne Weber og Durkheim for ikke at sige Marx og den store generation af mellemkrigstidens sociologer. Retsstaten og retsamfundet fik aldrig den betydning for Arendt, Sartre, Max Horkheimer, Adorno, Marcuse, Norbert Elias og Talcott Parsons, som retskonstitueringen fik for efterfølgergenerationen. Selvfølgelig er det specielt tyskerne, der har forsøgt at fortsætte retsdiskussionen fra Weber og mellemkrigstidens opgør mellem Hans Kelsen, Carl Schmitt og Hermann Heller, og udover Luhmann og Habermas kan man tilføje retstænkere som Ernst-Wolfgang Böckenförde, Ingeborg Maus og Michael Stolleis, som har skrevet toneangivende værker om moderne samfunds retsudvikling ud fra en uovertruffen standard (Böckenförde 1991; Maus 1986, Stolleis 1990; 1994; Harste 2007).

Erfaringerne med de totalitære år i Europa satte spørgsmål ved, hvorvidt moderne retsformer udgjorde et tilstrækkeligt bolværk mod den materialretlige flodbølge, som allerede Weber havde advaret imod, og som i sammenkoblinger med stalinistisk, fascistisk og nazistisk populisme skabte et rædselsherredømme med afkald på alle formalretlige principper. Aktualiteten af de spørgsmål blev til at få øje på, da George W. Bush lancerede den såkaldte "globale krig mod terror", som skulle verden sættes i en "præventiv" "undtagelsestilstand". Dens hensyn til "statsræsonens nødvendighed" revitaliserede atter en gang dels Weimarrepublikkens muligheder for et despoti *von oben* med baggrund i Weimarforfatningens § 48 (Agamben 2005; Maus 1986: 96), dels absolutismens despotiske og militære statsræson (Cornette 1993).

I undersøgelsen af det moderne samfunds og den moderne retsstats konstituering er det specielt opgøret med den tidlige moderne absolutisme, der er lagt til grund for såvel de klassiske som de nyklassiske samfundsteorier. Skal vi nu forsøge at skabe en vis distance til denne konflikt mellem magtstaten og retsstaten, kan vi derfor indvinde gode muligheder for at iagttage konfliktens dimensioner ved at inddrage de store

retssociologiske teoridannelser. En omfattende, men meget implicit debat foregår mellem tyske og franske traditioner.

Den retssociologiske debat

Blandt de klassiske sociologer hævdede Karl Marx, ikke mindst baseret på britiske evidenser i midten af 1800-tallet, at kapitalistisk ejendomsret tenderede til at sætte rettigheder ud af kraft (Marx 1867/1962: 744-770). Senere, i sin *Rechtssoziologie* (1913/1980) skrevet kort før Første Verdenskrig tilvejebragte Max Weber en omfattende argumentation om, at formel magtdeling ville komme til kort over for en moderne udvikling af materiel ret. I modsætning hertil argumenterede Émile Durkheim i kølvandet på den franske magtdelingstradition fra Charles Montesquieu og Jean-Jacques Rousseau for, at moderne arbejdsdeling fordrede såvel en høj grad af magtdeling og funktionel differentiering samt en veludviklet pluralistisk og tolerant samarbejdetik (Durkheim 1893/1930/2000; 1924).

Blandt de nyere klassiske skoledannelser er rollerne mellem tyskere og franskmænd i høj grad byttet om. På baggrund af erfaringer med nazismens totalisering har tyskere som Luhmann og Habermas argumenteret for, at det moderne samfund som udgangspunkt må undersøges som et magtdelt og funktionelt differentieret samfund, hvis differentieringer kan trues af dedifferentiering og overintegration (Habermas 1992; Luhmann 1993: 584). I modsætning hertil står en fransk orienteret sociologi, der, baseret på Foucaults og Bourdieus studier, viser hvorledes det moderne samfund er præget af for meget styring og kontrol samt en overintegration af symbolsk kodificerede felter, altså af det tyskerne kalder funktionelt differentierede kommunikationskoder (Krieken 2003; Harste 2003). De skoledannelser er i dag velkendte overalt i introducerende samfundsfaglige forløb, og jeg skal derfor ikke introducere indgående til dem.

Tilsyneladende lægger advarslerne mod undtagelsestilstandens dedifferentiering af retsstatsligt differentierende koder sig tæt op ad Foucaults og Bourdieus forsøg på at vise, at det franske samfund endnu befinder sig i forlængelse af enevældige ledelsesteknikker (Foucault) og ikke har brudt med det standssamfund, den franske enevælde placerede sig i (Bourdieu). Omfattende historiske analyser som det danske forvaltningshistoriske projekt viser tilsvarende, at danske forvaltningstraditioner har en meget stærk institutionel stiafhængighed, der kun i ringe omfang har brudt med enevælden. Den indgående forskning i europæiske stater historiske sociologi viser tilmed, at kun få stater (England og Sverige) har oplevet så ringe en grad af forvaltningspolitiske brud som Danmark. På den anden side havde netop Sverige og England, lige som Nederlandene, langt mindre absolutistisk-despotiske traditioner, end vi havde i Danmark, der i 1700-tallet formodentlig har været den højest oprustede stat i verden (Ertman 1997; Ladewig Petersen 1984; Kaspersen 2008; Jørgensen & Westrup 1982; Jespersen et al 2000).

I det følgende vil jeg holde mig til en afklaring af Bourdieus og Luhmanns positioner. Min påstand er, at de to tilgange supplerer hinanden og af en lang række grunde

er særdeles sammenlignelige, for eksempel ser Bourdieu og Luhmann begge, hvordan magt magter magt ved at synkronisere samfundet med sig selv og ekskludere det usamtidige. Eksempelvis skal ret gøres gældende som samtidig ret, hvilket endda kan gøres ved at autorisere ret som evigt gældende, og det vil sige også gældende i nye situationer. I den type analyser iagttager Luhmann og Bourdieu således *tid* på sammenlignelige særegne måder og i en fælles inspiration fra Cassirer, Simmel og Kant (Harste 2006; 2010a).

Imidlertid kan man sige, at netop med hensyn til analyser af magtdeling og funktionel differentiering mellem felter henholdsvis systemer iagttager de så at sige fra hver sin side (Bourdieu 1987a; 1987b, 1994; 1997: 96-117; Luhmann 1972/1987; 1987a; 1987b; 1996). Begge er forsvarere for en kritik af en totalitær og despotisk overintegration eller afdifferentiering. Bourdieus tilgang accentuerer manglen på differentiering og kommer dermed eksempelvis i sit syn på individets (manglende) frihed i problemer, mens Luhmann accentuerer differentieringen og dermed tvinges til at indføre begreber om kobling mellem differentierede systemer. Med en radikal magtkritisk analyse kan man muligvis hævde, at Bourdieus kritik står sig bedre i en analyse af den danske magtstat end i en analyse af den franske (Harste 2004). Dog vil man blandt magtudredningens 85 rapporter kunne finde analyser af, hvorledes de danske eliter optræder mere klart differentierede fra hinanden, end det Bourdieu lige som Ezra Suleiman mener at kunne finde belæg for i Frankrig (Christiansen et al 2001; Suleiman 1974; 1978).

Såvel Luhmann som Bourdieu tager afsæt i en dobbelt kritik. På den ene side af en dedifferentieret tilstand, hvor rettens mulighed for retteligt at rette sig selv efter ret, koloniseres af andre felter og funktionssystemer. På den anden side hævder de både alment og i analyser af specifikke felter, at eksempelvis retskoder kun får realitet i og med, at de gøres til gældende ret i operativ kommunikation henholdsvis i symbolske praktikker. Rene teorier à la Hans Kelsens *Reine Rechtslehre* (1934) er ikke timelige, men ahistoriske og atidslige. Faktisk kategoriserede Kant da også retsfakultetet som en af de "højere" anvendte videnskaber (sammen med medicin og teologi). For både Luhmann og Bourdieu er gældende ret en snavset affære, en uharmonisk ret baseret på kompromisser og forlegenhedsformularer lige så vel som på forsøg på at skabe koherente afgørelser. Der er ingen tvivl om, at Bourdieus tidlige artikel om rettens felt (1987) mislæser Luhmanns (endnu tidligere) tilgang som en formalistisk forlængelse af Kelsen. Kelsen hæftede sig ved rettens koherens, Schmitt fastholdt rettens enhed, mens Luhmann påpeger, at rettens doxa, retsdogmatikken, aldrig udgør en enhed: Ret består af differens og kobler således bestandigt involution og innovation, doxa og heterodoksi i en anvendelse af paradokser. Faktisk argumenterer Bourdieu for en operativ retslære, hvis fokus på retspraksis er nær Luhmanns. Ret forsøger at stabilisere forventninger i kontingente situationer. Bourdieu har fokus på juristers praksis, mens Luhmann iagttager ret som det, der kommunikeres som ret. Til gengæld har Bourdieu sværere ved at iagttage ret, når den ikke praktiseres af uddannede jurister. Jura autoriseres af uddannelsen ifølge Bourdieu. Sådan er det ikke i Luhmanns

systemteori, i hvilken jura ikke kan defineres som det jurister laver, videnskab ikke som det universitetsansatte laver, og politik ikke som det politikere laver. Økonomi er jo heller ikke defineret ved det, økonomer laver.

Vil man forstå, hvad Foucault, Bourdieu og Luhmann egentlig taler om, når de analyserer fænomener som ledelsesteknologi, overintegration og magtdeling, må vi imidlertid ind i den franske magtudvikling. Bourdieus påstand, som han deler med Foucault og Luhmann, er, at man kan spore sådan form for "etatisering", at stat og etater (stænder) smelter sammen. Staten får sit navn simpelthen som en beskrivelse af, hvorledes der skabes en form for embedsetat omkring fyrstedynastiet, idet dynastiske arverettigheder fortolkes som privilegerede indtagelser af positioner og poster, som de statslige eliter har ret til at kunne varetage (Bourdieu 2004; Foucault 2004; Luhmann 1989: 65-148).

Autoriseringen af disse rettigheder bliver dermed styrende for den analyse af den moderne stats retsdannelse, som Bourdieu har fremført i en af samfundsforskningens mest brillante værker, artiklen med den dobbelttydige titel "Dans l'esprit d'État", ("I statens ånd", der også kunne betyde: i etatens ånd). Eller sagt omvendt: Statskonceptet, iagttagelsen af staten, sandheden om staten, om statsdannelsen og retsdannelsen undslipper ikke eliternes greb. Retsdannelsen får ikke sin egen dynamik og selvreference uafhængigt af eliternes monopolisering af ret, hvilket Luhmann ellers ville hævde i overensstemmelse med den magtdelingsdoktrin, som synes at komme frem med Charles Montesquieus berømte beskrivelse heraf i *L'esprit des loix* fra 1748. Det er nøjagtig den samme problemstilling, Luhmann analyserer i sine mange analyser af den semantiske udvikling af strukturer i sine empiriske hovedværker *Gesellschaftsstruktur und Semantik 1 – 4* (1980-1995) samt sine analyser af de enkelte funktions-systemer og deres sammenhæng (Luhmann 1993; 2000; 1997). Men Luhmanns konklusion er vidt forskellig fra Bourdieus. De er enige i statsteorien, og i vid udstrækning i karakteristikkene af retspraksis. Men ikke i spørgsmålet om, hvorvidt ret med en kantiansk formulering kan usurperes af den udøvende statsmagt eller af andre praktiseringer af magt (Kant 1798/1977: 435, § 48).

En af de væsentligste nyere retshistoriske fremstillinger af problemstillingen om, hvorvidt der er skabt en retlig uddifferentiering, er Harold Bermans to binds undersøgelse om *Law and Revolution* (1983, 2003). Tilsyneladende i overensstemmelse med Bourdieus fremstillinger af den retlige autorisering af en retlig doxa indenfor dannelsen af en juridisk *esprit de corps* i en stand af dommere og advokater, bryder Berman med Webers individualiserende og instrumentaliserende fremstilling af retsrationaliseringen (Bourdieu 1987). Til gengæld viser Berman, at det retlige take-off i den systemdannelse, der, som Luhmann siger, koder rettens ret til at have ret, allerede ligger i tiden 1050-1250. I Bermans fremstilling undersøger andet bind retsrevolutionerne i Tyskland i 1500-tallet og England i 1700-tallet. Men man savner her en undersøgelse af den franske *État de justice* og dens eventuelle retsrevolutioner. Da Frankrig i perioden fra midten af 1500-tallet til begyndelsen af 1800-tallet var eller opførte sig som datidens dominerende supermagt, ikke mindst juridisk, må man

spørge, om manglen skyldes, at der i Frankrig, som Bourdieu antyder, ikke skabtes en moderne retligt rationaliserende revolution. Franske historikere som Pierre Chaunu og Roland Mousnier taler (lige som Foucault, 1976: 109-120) om en *État de justice*, hvis storhedstid lå i 14- og 1500-tallet, altså i en tid hvor stænderforsamlinger var afgørende politiske og finansielt bevilligende institutioner (Chaunu 1977: 49-128; Mousnier 1980: 249-658). Domstolene var den gang forsamlinger af potentater baseret på adelsfamilier og var såvel retlige som politiske.

I den mere eller mindre officielle franske historieskrivning er fortællingen kort formuleret den, at krigsfinansieringens krav om en despotisk statsræson satte denne justitsetat til side til fordel for en finansetat. Bourdieu synes, lige som Foucault, at følge den fortælling (Bourdieu 1994/1997b: 105-107). Imidlertid viser han også, at det ikke er finanseliternes omgangsformer, netværk, ritualer, symbolske praktikker og habitus, der kom til at dominere udviklingerne under oplysningstiden og de efterfølgende forskydninger i retning af et bourgeoisie, som kobler adelens og borgerskabets organiseringskoder. Et alternativ kunne være det klassiske militære felt (*la noblesse d'épée*), som Bourdieu kun nævner (Bourdieu 1994/1997b: 115), men ikke analyserer. Det rummer mængder af symbolsk kodificerede praktikker, som også kunne have domineret statsudviklingen i retning af den militarisme, der eksempelvis gjorde sig gældende i 1800-tallets Preussen, Danmark og Italien. Organiseret monopolisering af fysisk vold har brug for retfærdiggørelse af symbolsk vold, hvilket også kendes fra absolutismens iscenesættelser, men sjældent i den rene form som kunne ses i det 20 århundredes totalitære stater.

Det er følgende noget paradoksalt justitsembedsmændenes interaktionspraktikker, hvis koder for høflighed, respekt, velformuleret elegance, konversation, kropslig hexis og inkorporeret dømmekraft som, hævder Bourdieu, blev dominerende for *La noblesse d'État*, som hans hovedværk herom da også hedder. Det er justitsetatens institutionelle path dependency og dens kommunikationskoder, der kom til at sætte sig på det bureaukratiske felt (Bourdieu 1989: 531-560; 1997: 114-133). Bourdieu synes således at indtage en position mellem Foucault og Luhmann. Foucault ser "politik som en forlængelse af krig, men med andre midler" (Foucault 1975: 170; 1997: 41) og ser ligeledes retsudviklingen i den forlængelse (Foucault 1997: 114; 2004: 103). Luhmann understreger derimod retssystemets selvreferentielle lukning om sig selv som en afgørende komponent i den funktionelle differentiering, som han med Montesquieu og Kant hævder slet og ret er det, der definerer oplysningens epoke i 1700-tallet (1981b: 113-153; Luhmann 1993; 1981: 157ff; 1989: 11-64; Harste 2008a; 2009). I alle tre tilfælde må vi se på den periode, hvori Montesquieu skrev sit store værk, og det vil sige den tidlige oplysningstid, der strækker sig fra kritikken af den militærstatslige despotisme satte ind frem til en tid, hvor det højmoderne samfund begyndte at få sin form. Det er så at sige det moderne samfunds formateringsperiode, vi skal se på.

Domstolsmodellen

I konklusionen på sin bog om den franske magtelite, *La noblesse d'État. Grandes écoles et esprit de corps* forsøger Bourdieu at udrede, hvor koderne i magteliternes symbolske praktikker kommer fra. Som hos Norbert Elias er pointen, at *l'ancien régime*s højadelige interaktionskoder har bredt sig nedad og udad i samfundslagene (Elias 1933/1981; 1939/1976). Brugen af gaffel, bordskik, hilseformer, formulering af sætninger, kropsholdninger, diskretion i blikke, lytte- og taleteknikker og så videre er udformet historisk og har flyttet sig fra de dominerende lag til de, der forsøger at efterligne de dominerende. Georg Simmel havde i sin artikel om "Moden" fra 1908 demonstreret logikken heri så overbevisende, at der ikke er meget at tilføje, men til gengæld oprindelser, generaliseringer og aktualiseringer at opspore. Forinden finder vi filosofien for det gode selskabs kommunikationsformer gennemanalyseret i Kants *Kritik af Dømmekraften* (1790/1974, spec. §§ 20-22, 40-41, 82-83; Schmitz 1982; Harste 2006).

Den sociale logik, der blev skabt i oplysningstiden, er ofte blevet beskrevet som en slags domstolsmodel (Kant 1781/1787: B 780-781; O'Neill 1989: 17). Domstolsmodellen angår både ytringer og retfærdiggørelser af dem; den angår, hvad jeg vil kalde en homologi mellem begrundelsestyper, hvor forsvarere, anklagere, procedurer og domsafsigelser ikke blot optræder i domstole men også i offentlige debatter, videnskabelige debatter og organisatoriske beslutningsprocesser. Habermas kan have meget ret i, at der er tale om en universalisering af en bestemt diskursetik, som han begyndte at opstøve i disputatsen om *Borgerlig Offentlighed* (tysk 1962: 54-57; norsk 1975: 31-34; Dalberg-Larsen 2001: 95). Begrebshistorikeren Reinhart Koselleck har beskrevet denne allestedsnærværende generalisering af domstolsmodellen således:

Uden at blive sig dette bevidst, forvandlede den borgerlige gejst i det attende århundrede historien i en proces (...) Fornuftens høje domstol, til hvilken den opstigende elite talte sig som naturlige bisiddere, viklede alle livets områder ind i sin procesførelse gennem en række etaper. Teologien, kunsten, historien, retten, staten og politiken og endeligt også fornuften selv bliver før eller senere sat på anklagebænken og har så at sige svare for sig. Den borgerlige gejst ("Geistigkeit") fungerede i denne retshandel som anklager, som øverste domsinstans og – hvad der for historiefilosofien skulle blive af afgørende betydning – samtidig som parti. Fremskridtet var altid allerede på den borgerlige dommers side. Ingen og intet kunne undslippe den nye jurisdiktion, og hvad der ikke til enhver tid holdt stand mod den borgerlige kritikers dom, blev overgivet den moralske censur, som gjorde sit til at diskriminere den dømte og dermed fuldbyrde domskendelsen. (Koselleck 1959/1973: 6).

Det er ikke blot denne tankegang, refleksions- og retfærdiggørelsesproces, som Bourdieu forsøger at opspore. Det er også dens opførelsesformer, den inkorporering, der former det, Bourdieu med Kant kalder "habitus" (Kant 1790/1974: § 91, da. overs.:

291; Bourdieu 1980: 88-101): Hvordan opfører man sig socialt, hvis man forsøger at optræde som et på en gang retfærdighedsorienteret og retfærdiggørende menneske?

Bourdieu henviser i konklusionen på sit værk til den franske advokat, senere statsadvokat og kansler Henri-François d'Aguesseau (1668-1751), der med Hertug Saint-Simons ord var "parlamentets ørn" (Saint-Simon 1743/1965: 326-335) og allerede fra 1693 som advokat kom til at præge fransk retsliv frem til midten af 1700-tallet. Bourdieu markerer, at han gerne ville citere hele den tale d'Aguesseau holdt til parlamentet i Paris i 1693 om "L'indépendance de l'avocat". Parlamentet var en slags politisk højesteret (Bluche 1961/1986: 24ff, 201ff; Barbiche 1999: 47-76, 105-113, 153-171). Luhmann foretager en enkelt henvisning til d'Aguesseau, og Foucault en enkelt skjult henvisning (Luhmann 1980: 190; 1997: 114). Der er ingen tvivl om, at d'Aguesseaus virke udgør svaret på det, oplysningstidskendere som Patrick Riley (1978), Ernst Cassirer (1933/1999) og Koselleck ellers har kaldt et "missing link" i tiden før Kant, Rousseau og Montesquieu. Hans omfattende skrifter og betydning er selvfølgelig kendt blandt franske og nogle få andre historikere (Antoine 1989: 334-344; Storez 1996; Behrens 1985: 89-99). Men der er, som vi skal se, gode grunde til at se Bourdieu i kortene på det punkt og for at sammenligne den med en systemteoretisk læsning af d'Aguesseaus markante forandring af semantikker i den tidlige oplysningstid.

Bourdieu, Luhmann og Foucault kan for en umiddelbar betragtning ikke alle tre have ret på samme tid. Hvis Bourdieu har ret i sin antagelse om, at en *etatiseringens* reetablering af stændersamfundet, men med nye midler, dominerer samfundsudviklingen, kan Foucault ikke have ret i, at en *governmentalisering* dominerer den. Men ikke mindst *governmentaliseringen* strider mod den *departementalisering*, som Luhmanns funktionelle differentiering kan siges at udtrykke (Harste 2010b). Bourdieu hævder, at det moderne samfund endnu hænger fast i stændersamfundets sociale lim, så den moderne statsliggørelse må fortolkes som en etatsliggørelse. Foucault hævder derimod, at den militærstatslige despotiske styring slog igennem først som disciplinering, og derefter som en mere raffineret selvledelse. Mens Luhmann hævder, at der faktisk foregik et brud, så der på trods af fortsættelse af "gammeleuropæiske" integrationssemantikker faktisk blev skabt en række moderne revolutioneringer, som differentierede retlige koder fra politiske koder, den udøvende magts koder, økonomiens koder, krigens koder, uddannelsens koder, kunstens koder og forskningens koder. Bourdieu hævder også, at den type binære koder er på spil og optræder indenfor differentierede felter; men han hævder, at de ikke får ret til at adskille sig så meget, at de på et andet ordens niveau koder første ordens koder. Det sker ifølge Luhmann, når ret koder ret, videnskabsteori forsker i forskning, banker betaler for betalinger, kunst reflekterer kunst, og krig bekriger krig. Tværtimod blandes koderinger ifølge Bourdieu uophørligt sammen med de familiære sociale netværk; juridisk kapital overintegreres med social kapital. Det Luhmann kalder interaktionssystemets og organisationssystemets inklusionsmekanismer ikke blot kobler mellem felternes koder, men overintegrerer dem i mængder af halvkorruperte former, der ikke formår at holde sig til sagen

selv. Herfra ser Bourdieu med udefrakommende skepsis på den monopolisering af eksempelvis rettens doxa, vision og illusio, som retsdogmatikken demonstrerer. Luhmann derimod går ind i retssalene og iagttagelse argumentationen indefra.

Vi kommer dermed ind i den tidlige oplysningstid. Bourdieu iagttagelse her en genetablering af en standsordning i en ny mere moderne tilstand, som imidlertid bevarer de overleverede forskelssættelser ved at raffinere dem og give dem en ny form. Hos d'Aguesseau kan man finde en nærmest eksplosiv semantisk omkodificering, der skabte nye former i kravene til embedsmænd, til ekspertise, professionalisering, meritkabelse, perfektibilitet, til rationalisering, begrundelse, specialisering og ikke mindst til juridisk kodning og anvendelse af juridiske koder i statens nye organisatoriske apparater. Det var i den periode Den røde Bygning ved Christiansborg blev skabt til at huse den samlede danske centraladministration (og i dag huser finansministeriet). I Frankrig var administrationerne selvfølgelig langt større.

Nu afholdt d'Aguesseau ikke blot en enkelt skåltale, men 22 for pariserparlamentet ved dets åbninger 1693-1715 (d'Aguesseau 1759 T. 1: 1-213; 1819 T. 1: 1-234). Alle uddyber de, hvilke symbolske praktikker og binære koder dommere og advokater må tage i brug, hvis de skal regne med at gøre sig gældende. Arv og fødsel giver ikke rettigheder til at blive hørt. Det gør derimod ræsonnement, præcision, viden, ikke overdreven inadækvat viden, men tilpasset situationsorienteret viden indrettet til et publikum, der skal respekteres for dets fornuft, moral og opmærksomhed. Det er en ekstremt omfattende dydslære for den moderne stats embedsmænd, d'Aguesseau her udtrykker. Bourdieu ser i denne dydslære de krav, der skal til for at blive optaget i det Hegel kaldte "den universelle stand", nemlig den etat af embedsmænd der kan autorisere symbolsk kapital i form af neutrale, universelle, saglige og kompetente afgørelser, som vi ser dem i det bureaukrati, Hegel var den første til at beskrive videnskabeligt (Hegel 1821: §§ 286-297), og som Weber gjorde til en historisk opstået idealtipe (Weber 1922/1980: 541-579, 815-837; 2003: 47-111; Bourdieu 1989: 538ff).

Den type stat, der blev skabt i Frankrig og efterlignet overalt i Europa i 1600-tallet, gjorde krav på et nyt moderne rationale med en sakraliseret og evig række af ordninger, som først kunne supplere og siden erstatte den hellige kirkes orden på tværs af stridighederne og borgerkrigene mellem de katolske centralister og de protestantiske decentralister (Cornette 1993; Jouanna 1996; Thuau 2000). Den skabte en semantik, som den selv betjente sig af i sin egen selvreferentielle opbygning (Luhmann 1989: 65 – 148). Og den gjorde sig mere gældende nogle steder, som i Danmark efter 1660 og mindre andre steder, som i Polen og Nederlandene (Gorski 2003).

For Bourdieu er der tale om, at d'Aguesseau repræsenterer en ny gruppe, en statsadel,

som kæmper for anerkendelsen af deres korps, som de spontant tænker som universel, nemlig parlamentsmedlemmerne som siden juristerne i det 16. århundrede skaber fundamentene til den moderne politiske filosofi frem til de, der i det 18.

århundrede udarbejder begreber beregnet til at inspirere Den franske revolution. (Bourdieu 1989: 544).

Spontant er det nu ikke, og slet ikke hos d'Aguesseau, som Bourdieu påkalder som vidne, og som også ses som den centrale omdrejningsfigur eksempelvis i François Bluches klassiske analyse af pariserparlamentet (1961/1986). Hvis Bourdieu har ret i den tese, har retsstatens principper ikke principielt ret til noget som helst, der repræsenterer formen for et universaliserende princip, der transcenderer andre tilfældige egoistiske stands- og klasseprincipper i det moderne samfund. Eller sagt med retssociologiske begreber hentet fra Weber: formel positiv ret samt naturret og menneskerettigheder bliver blot til interessebetonet material ret.

Bourdieus begreber til indfangning af disse principper angår den vision, hvis skolastiske eksercits skal fremme en *illusio*, der via sin *sensus communis* skal sprænge "privatbetingelsernes illusion" (Kant 1790/1974: 225). Bourdieus kritik af den juridiske fornuft er således en alvorlig sag, så alvorlig en sag, at han endda har svært ved at forholde sig selvironisk til sin egen analyse af den (Bourdieu 1997: 34-37, 65-80; 2005; se dog 2006: 41). Hvis principiel argumentation blot er fremkommet som en dyd, der kan reduceres ad hominen, har den retslære, som bygger på 1700-tallets domstolsmodel, der også med Kant blev til en erkendelsesteori, videnskabs- og refleksionsteori fået så trange kår, at en hvilket som helst politisk, interessebaseret eller populistisk kritik af den vil kunne stå som fuldt så legitim som retslæren selv. For tyskere, der som Luhmann, Habermas og Stolleis har oplevet "Recht in Unrecht" (Stolleis 1994) er manglen på en universaliserende (ikke: universalistisk) retskritik for alvorlig en sag til, at den kan undvære en seriøs selvironi, der indrømmer dens eget blinde punkt.

Bourdieu bruger begrebet *transcendental* på niveauet for en almen første orden:

De fleste af disse forfattere var nogle folk, der under dække af at beskrive staten frembragte en stat, der passede til deres interesser, der til en vis grad var universelle interesser. De har forfægtet det universelle, fordi de havde interesse i det universelle. (Når man endnu en gang tænker på eurokraterne, tror jeg analogien giver sig selv). Disse folk har gjort sig til en slags statsadel ved at lave en stat, om hvilken de sagde, og som gennem dem sagde, at for at kunne styre den, var det nødvendigt at være som dem, dvs. universelle, *rettens* indehavere. Den franske revolution ligger ud fra denne logik fuldt og helt i forlængelse af den forudgående periode; den var kun fuldførelsen af en proces, der begyndte i det 12. århundrede (Bourdieu 1993/2010: 127-128).

Bourdieu får dermed ikke blot enormt vanskeligt ved at udtænke koder for gyldigheden af en naturret i modsætning til en positiv ret, han får også svært ved at modsætte en altid forhåndenværende kobling af legalitetens og legitimationens fakticitet med deres legitimitet (Habermas 1992; Maus 1992; Luhmann 1996; 2008: 228-252).

Temaet er centralt i specielt tysk retsteoretisk debat, hvor tråden trækkes tilbage til den franske 1700-tals diskussion om folkets forfatningsgivende kraft (Böckenförde 1991: 90-114). Det er muligt, at det der tæller som legitimitet har dets oprindelse i denne fakticitet, men det har også altid overskredet den. Det er ikke blot i vor moderne nutid, at legitimitetens gyldighed overskrider genesen, overskridelsen har altid gjort sig gældende fra Sofokles (tænk på Antigones legitimationskritik), Marsilius af Paduas *Defensor Pacis*, Bodin og selv Richelieu, d'Aguesseau, Rousseau selvfølgelig og frem til Kant med alt hvad deraf følger. "Disse folk, der opfatter sig selv som dem, der tænker objektet, er i virkeligheden selv en del af objektet, og de har andel i objektets genese" – tænker Bourdieu (1993/2010: 131), der følgelig også selv er den del af det objekt og må tænke i forlængelse af interessekampe. Vi ser, hvorledes Bourdieu skaber en indsigtfuld interessereduktionisme, som imidlertid inviterer til, at vi iagttager hans materiale, hans tekster ved hjælp af en anden iagttagelsesmetodologi, Luhmanns metodologi til anden ordens iagttagelse.

Retten – en højere ordens iagttagelse

Vi må således erstatte skellet mellem den generaliserbare fællesvilje/almenvilje (Rousseaus *volonté de tous/volonté generale*) med et skel mellem en første ordens almenhed/en anden ordens almenhed og derefter iagttage, hvad vi hermed får iagttaget for så at sammenligne med Bourdieus fangst. Til den første orden hører den *Preussiske almene landret* (1794; Koselleck 1975) og d'Aguesseaus ordonanser fra 1730'erne, som skabte baggrunden for *Code Civile* (Code Napoleon 1804); til den anden orden har vi niveauet for Kants *Die Metaphysik der Sitten* og d'Aguesseaus retsfilosofi fra 1720'erne. I forhold til den europæiske retsudvikling i EU, som Bourdieu også sigter mod, må vi skelne mellem en traktatlig retskonstitutionalisme centreret omkring et *acquis communautaire* som i Joseph Weilers beskrivelser (Weiler 1999) og en deliberativ forfatningsskabelse i Kants og Habermas' forstand (Harste 2009). Når Kant i *Kritik der praktischen Vernunft* i 1788 hævder et "fornufts faktum" (§7) kan det, som Luhmann hævder, skyldes, at selvreference udgør et faktum (Luhmann 1981: 31, 63, 191), der på et tidspunkt begynder at kalde sig selv fornuft, fordi alternativet ville være despoti, sindsfortabelse og galskab. Midt imellem den pragmatiske retskonstitutionalisme og en universalpragmatiks retskonstitutionalisme finder vi den form for de facto reflektive ret, som eksempelvis Günther Teubner og Inger-Johanne Sand gennem mange studier har beskrevet som post-statslig retskonstitutionalisering: en fyrstefamilie med mange hoveder og kroppe (Teubner 1997).

Ifølge d'Aguesseau udgør juridisk uddannelse et krav, men kravet består også i evnen til en anvende uddannelsen og bedømme regler, sagsbeskrivelser og saglig viden med en omsorg for den rette bedømmelse, hvor det afgørende mere er, at sociale konflikter løses og mægles, end at magtspil føres igennem. "Magt er at magte" indflydelse og lydørhed uden at ødelægge andres respekt og selvrespekt. Kløgtig og fornuftig forhandling ("deliberation") og *rèsonnement* udgør krav. Sløvhed og dekadence kritiseres næsten lige så stærkt som egeninteresse, egensindighed og egoisme.

Ræsonable pligter og hensyn gøres til dyderne bag domstolens afgørelser og beslutninger. Borgerne, der træffes af afgørelserne, skal behandles som medborgere ("concitoyens"), og afgørelser må altid ses ud fra, hvad den trufne ville kunne have indvendt mod dem. Der er vitterligt tale om øvelser i elegance:

Jeg har sagt, at I er guder, men at I dør som de andre mennesker (...) man søger forgæves at distingvere den private person og den offentlige person hos embedsmanden; det er den samme ånd der forener dem, mennesket, familiefaderen, borgeren, alt er hos ham helliget embedsmandens ["magistratens"] hæder ["gloire"] (...) Embedsmanden lader os se mennesket fuldt ud og viser os i den tilstand ["état"], hvor han i sandhed er sig selv. (d'Aguesseau 1759 T.1: 98 i "Les mœurs du magistrat", 1702).

Her ser vi en af Bourdieus teser bekræftet: Habitus består i en sammensmeltning af det private og det offentlige. Vi ser ikke Rousseaus senere sprængning af individet i menneske, statsborger og undersåt, for ikke at sige Kants sprængning af individets tanker og følelser adskilt fra dets kommunikation. Det er ikke de Charnys ærefulde "perfekte ridder" fra 1300-tallet (de Charny 1353/1994), men den perfekte embedsmand for ikke at sige, den perfekte borger, der bliver skabt (Luhmann 1980: 162 – 234; 1989: 194, 226 – 236). I så henseende har Bourdieu fat i en pointe: Regeringen kan regere borgerne ved hjælp af perfekte embedsmænd, hvis alle borgerne er lige så dydsikrede som disse perfektibiliserede statslige tjenestemænd. Det er stats-tjenestemanden, der skabes. I Luhmanns tolkning er dette perfektibiliseringskrav, som retter sig mod karrieren, udtryk for en ny type "uro", en søgning der en ny type frisættelse af personen, men som i første omgang blot er formbar. Men hos d'Aguesseau er der langt mere på spil.

Fra 1706 får talerne en brod, hvor kritikken af uduelige privilegerede adelige embedsmænd udvides til en kritik af den despotiske statsræson, sådan som den kom til udtryk i en militærstat, der under Den spanske Arvefølgekrig (1702 – 13) sled sin befolkning op. I stadig højere grad blev det enevældige monarki genstand for kritik, samtidig med at d'Aguesseau i sit virke som statsadvokat ("procureur du roi") tog jansenisternes parti og formulerede det retsgrundlag, hvormed det franske monarki endeligt fuldstændigt brød med pavekirken: Selv kardinaler lå under det franske retsapparets retskendelser. Mennesker er netop dødelige og fejlbarlige og kan derfor ikke forene beslutningsinstanser blot i et enkelt hoved; udøvelse og vedtagelse af love kræver forskellige kundskaber, bedømmelse en tredje. Ikke mindst plæderede d'Aguesseau for en lighed i beskatning, hvilket gav ham en enorm popularitet, som samtidig med Ludvig den 14.s død (1715) nærmest gjorde hans udnævnelse til kansler til en selvfølge (Storez 1996). Han var nu officielt nummer to efter den mindreårige konge, men blev underlagt regenten Hertugen af Orleans, med hvem han fra 1720 til 1727 kom i en så voldsom konflikt, at han blev exileret til sit slot i

Fresnes uden for Paris. Men da han som kansler ikke kunne afskediges, brugte han tiden på at gennemtænke en ny retsfilosofi for en ny type retsstat.

Retten til at skabe ret

Gennem de fem år efter 1715 forsøgte d'Aguesseau at undersøge, hvad det var, staten og dens magt gjorde ved sig selv, når den forsøgte at magte sig selv. Han forsøgte at undersøge justitsstatens historiske fremkomst og placering, dens betydning i forbindelse med retsreformer og dens potentiale i udviklingen af nye retsreformer. Mest berømt blev hans redegørelse for de såkaldte "remonstrances" fra 1718-1720. Der var tale om en form for sanktionering af retlig godkendelse af lovgivning, som pariserparlamentet kunne undlade for således at begrænse udøvelsen af despotisk magt. Ludvig den 14. havde i statsræsonens "nødvendige" navn dyrket en slags provisorielovgivning, ikke ulig den vi i Danmark fik under Estrup sidst i 1800-tallet.

Skriftet *Fragments sur l'origine et l'usage des remonstrances*, der ikke har været udgivet siden 1819, demonstrerer et uhyre overblik over retsfilosofiens politiske teori og historiske sociologi, som placerer det ind mellem på den ene side Toulouseadvokaten Jean Bodins store afhandlinger *Methode de l'histoire* (1566/1951) og *Les six livres de la république* (1576) og på den anden side *L'esprit de loix* (1748) skrevet af Charles Montesquieu, parlamentspræsident i Bordeaux. Den placering er ikke blot historisk, men også tematisk. Bodin forsvarede muligheden for, at den nye type stat, der var under udvikling i 1500-tallet, kunne forene sin komplekse opbygning i et centralt perspektiv, netop fordi den rummede muligheden for en ny form for retligt ordnet hierarkisering. Montesquieu påpegede derimod, at samfundet bestod af mange forskellige typer lovmæssigheder med hver deres ånd, nemlig lovgivningens, administrationens, domstolens, uddannelsens, økonomiens, krigens, religionens og landskabernes ånd. Dette udtrykker den magtdeling mellem felter og mellem funktionssystemer som Bourdieu og Luhmann undersøger. Lovgivning, lovudøvelse og lovforklaring måtte indpasse sig i denne forskellighed. Ræsonnementet bag denne tilgang baserede sig på en metodologi, som Montesquieu havde fra sin chef, kansleren.

I modsætning til d'Aguesseaus store senere retsfilosofiske afhandlinger er fragmentet et lille og oversigtligt skrift. Rygtet siger, at det er Montesquieu og forinden enkelte englændere Boolingbrooke, John Milton og John Sadler (Vile 1967: 30ff), der skabte doktrinen om magtdeling mellem tre instanser. Forinden havde der som nævnt været to instanser svarende til det teologiske skel mellem det evige og det jordiske. Men faktisk havde Bodin allerede i 1566 klart udsondret de tre instanser: "Man må skelne autoriteten, kapaciteten til at deliberere, og sanktionen" (Bodin 1566/1951: 289). Til den første regnes monarken, der kommanderer; til den anden magt regnes parlamenterne, der taler; til den sidste det at dømme. Faktisk var skellet inadækvat for hans tid, men var gennemargumenteret, også i empirisk henseende. Det er imidlertid først med Sullys monopolisering af centraladministrationen omkring 1600, at de retspolitiske parlamenter afkobles fra udøvende funktioner og dermed får den besked, at

de jo så må specialisere sig i jura (Barbiche 1987). Den tankegang tog d'Aguesseau op:

Hvor stor kongens autoritet end måtte være, så må de love, der interesserer hele staten, ikke kun afhænge af viljen hos en enkelt, men må blive eksamineret hos de, der tager del i deres udøvelse, og som er beføjet til at varetage opretholdelse af den offentlige orden. De gamle parlamenter må være som nationens generelle råd, idet kongerne altid tager og følger deres mening, hvad angår lovgivningen. Frasier de lovenes autoritet, eller bekræfter de dem. (d'Aguesseau 1718/1819 T. 10: 5).

Viljen skal delibereres og derigennem gøres "ræsonabel" (ibid. 8). Dette er den traditionelle doktrin om folkesuveræniteten, og kobling mellem parlamenternes justits-tilstand og de mangfoldige former for stænderforsamling, der endnu sås i 1500-tallets Frankrig (Jouanna 1996, 1989; Maus 1992). Denne højt celebrerede "ret til modstand" består således i sin grund i, at ret kun fungerer, hvis ret kommunikeres og diskuteres deliberativt, og det vil sige diskuteres i de relevante forsamlinger ud fra forestillinger om, hvad ret kunne være, hvis ret skulle være ret. Rettens faktum og rettens principielle gyldighed opretholdes således af enhver ret, der indgår i sociale systemers kommunikation, eller som man endnu sagde dengang "dans l'esprit de communication des corps" (Genet 2003: 121; Leibniz 1695/1994: 72; Richet 1973: 95-117).

Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at d'Aguesseau i sin videre retshistoriske fremstilling af retstraditionen understreger Richelieus naturretlige forståelse af statsræsonens magtudøvelse. Richelieu, der netop med sin praksis efter 1624 og i sit *Testament Politique* fra 1638 satte statsræsonen på tronen. Udøvelse af statsræson skulle hjemles retligt og ikke despotisk. Men Richelieu begik dermed som senere Colbert den fejl autoritativt "under ét hoved" at ville monopolisere rettens ånd sammen med udøvelsens ånd. Det er dermed ikke blot viljen og fornuften, der generaliserer, men administrationen der generaliserer og udtrykker "l'esprit général" (ibid. 12). Richelieu ville med sin lovbog fra 1641 lige som Sully lade parlamenternes "ret til modstand" begrænse til rent juridiske anliggender. Problemet var at undgå, at decentraliseringens friheder førte til borgerkrig. I stedet måtte der skabes en balance mellem monarkens absolutte magt og folkenes frihed. Staten er fri, og samfundet udfolder sig frit: Og hvad gør, siger d'Aguesseau, de retspolitiske parlamenter så herimellem? Problemet er, og det gælder i øvrigt også en række andre stater, de tyske og ikke mindst den danske, at staten fra 1660'erne til 1715 udfoldede sig som gehejmestat i det, Bodin kaldte en *imperii arcana* (Bodin 1566/1951: 167; d'Aguesseau 1718/1819: 14; Stolleis 1990: 37 - 72).

Opgaven blev derefter at omformulere det retlige ræsonnements *a priori* principper på den *ex post* betingelse, at centraladministrationen siden midten af 1500-tallet var vokset eksplosivt, ikke blot i antallet af embedsmænd, med en ny permanens i deres ansættelsesforhold (fra temporært udnævnte embedsholdere til fastansat,

lønnen, kontorpersonale), men også i mængden af opgaver og funktioner (Harste 2005; 2008a). Kan ret så tilføjes på gamle traditionelle præmisser? Nej, så begrænses administrationernes enevælde nemlig ikke. Ret skal ikke længere formulere rettigheder ud fra interessebaserede privilegier, men ud fra en desinteresse. Men hvor langt vil man kunne gå i ræsonnementet over denne desinteresse? Er det den nye statsadels dyder, der universaliseres? Eller er det slet og ret det, som Kant slutteligt kalder det tænkende fornuftsvæsen, der gøres til det moderne princip for dømmekraft, altså fornuftens domstol?

Allerede i 1699, i talen "Om grunde til veltalenhedens forfald" ser vi en vending fra at være i "E(s)tatens og statens tjeneste" i afgørelsen af søgsmål, hvor "det ikke mere er ønsket om helt og holdent at indgå i det offentliges tjeneste i en glørværdig profession; men at være organet og stemmen for de, der ignoreres, og hvis svaghed forhindrer dem i at blive hørt (...) man giver kun afkald på interessen" (d'Aguesseau 1759 T. I: 33).

Faktisk var det mindre de berømte remonstrancer og den retlige modstand, der gjorde, at regenten eksilerede d'Aguesseau, men kanslerens kritik af den nye finansrevolutions spekulative overmod, som kunne seddelpresse og aktiespekulation erstatte skat med John Laws hasarderede finanssystem i, hvad der regnes for den første moderne spekulationsboble (Kindleberger 1984: 96-98).

Eksilet varede i to perioder. I den første, tungere periode skrev d'Aguesseau en omfattende næsten 800 sider lang afhandling *Méditations Métaphysiques*, om hvad det vil sige at ræsonnere over "sande og rigtige principper for retfærdighed" (1722/2005). I den anden kortere, 110 sider lange mere koncise afhandling *Essai d'une Institution au droit public*, står resultaterne klarere (d'Aguesseau 1759 T I: 442 - 552; 1819 T. 15: 164 - 272). Tænkning må formulere sig over et sprogligt ræsonnement, som generaliserer ud over den enkelte interesse. Vi kommer langt hinsides den gyldne regel om ikke at gøre mod andre, hvad man ikke ønsker gjort mod en selv. Det er derimod "l'empire de la raison", der forfølges.

D'Aguesseau er netop fjernet fra sine interessesammenhænge og er så at sige anbragt i en anden ordens position. Som Gramsci da han skrev sine fængselsnoter, men blot udstyret med et omfattende bibliotek, med besøg og selskab. Vi kommer her meget nærmere Kant, end Rousseau nogensinde kom:

I den nuværende tilstand hvori vi ser menneskeheden kan vi kun håbe at se intelligenserne og alles vilje ['les volontés de tous'] hos medlemmerne af samme korps kunne blive så meget ledet af den naturlige fornuft, at de ikke ledes til at gøre noget ondt mod deres medborgere (...) men hvorledes vil man kunne håbe at se fornuftens magt regere mellem de som ikke er forenet af noget fælles bånd? (d'Aguesseau 1759: 529).

Svaret ligger i ræsonnementets kommunikation og sprog om reciprocitet, som "fornuftens imperium" er ledet af. Som altid med den slags skrifter kan man også gå til-

bage og finde forløbere, for eksempel Malebranche (1684/1707/1995) eller Mersenne (1623/2002). Forskellen er, at gud ganske vist tænkes med ind, men blot som princip for en universaliserbarhed, der igen kan undværes, så snart menneskers synder, uret, lovbrud, straf og forbrydelser skal tænkes med, for dem ville en gud kun kunne kende fra os mennesker. Teologisk ræsonnement bruges som en stige, ræsonnementet kan betjene sig af, blot for at smide stigen væk, når ræsonnementet er kommet op.

Pointen, som bedst fremgår af *Essai*, er, at når først denne refleksionsforhøjelse er sat ind, kan den ikke gøres ugjort. Vi kan ikke ved hjælp af sproget, argumentationen og ræsonnementet, ræsonnere os tilbage til en førsproglig, førargumentatorisk afræsonneret tilstand af interesseorientering. Og denne form for anden ordens iagttagelse kan man så i øvrigt rekonstruere hele vejen tilbage til Sokrates og Sofokles. Når den alligevel slår igennem på en ny måde her i den tidlige oplysningstid, skyldes det, at den bogstavelig talt får ret til at få plads. D'Aguesseau kunne, som kansler, for det første give sig selv ytringsfrihed og forskningsfrihed. For det andet kunne han også vide, at han som noget nyt kunne reflektere moralprincipper og viljesdannelse "rent" og ubetinget, fordi han samtidig kunne begynde at planlægge de retsreformer, der med positivisering af retten blot skulle regulere handlingsadfærd frem for handlingsmotiver.

Allerede før eksileringen havde kansleren nedsat nogle omfattende kommissioner til reform af justitsvæsenet. Fra 1727 arbejdede kancelliet på fuld styrke. Kommissionen havde 10 mand ansat permanent til at homogenisere og standardisere den hidtidige meget forskellige og privilegieorienterede ret i Frankrig. Modellen herfra bredte sig ud til andre stater i Europa og de mindre blev som Nederlandene, Bayern og Preussen hurtigere færdig end Frankrig, hvor det tog 75 år at færdiggøre de 80 retsområder, hvoraf d'Aguesseau selv kun nåede at færdiggøre fire (Storez 1996: 318ff).

Det er imidlertid ikke tilfældigt, at d'Aguesseaus reform af gældende ret begyndte med en standardisering af arveretten. Uden en sådan første ordens generalisering fik man ikke brudt med decentraliseringens landadelige privilegier. Det forhold bekræfter vigtigheden af Bourdieus tilgang.

Man kan ikke reducere den funktionelle differentiering mellem felter eller kommunikationssystemer til enkeltpersoner. Tilsvarende bestræbelser kunne ses i Preussen under Frederik den Store og i England (Ogris 1987; Koselleck 1975). Man kan som Kant hævde, at det var de indbyrdes voldsomt konkurrerende militærstater, der funktionelt havde brug for, at retssystemerne blev specialiserede i ret, så man ikke fik skatteoprør og tilmed fik standardiseret skatteudskrivelse, hvorefter de logistiske forsyninger til militærstaterne organiseredes uden problemer.

François Olivier-Martin gjorde i en af sine klassiske analyser af parlamenternes kamp mod absolutismen opmærksom på, at magtdelingen var et *fait accompli*, da Montesquieu beskrev den i 1748 (Olivier-Martin 1951/1997: 500-511). I 1738 gennemførte d'Aguesseau en reform, der gjorde, at man måske skal datere magtdelingen i Frankrig til det år. Han nedsatte en permanent ankekommission, der under ledelse af en dommer rekrutteret fra pariserparlamentet og ansat i et af de kongelige råd, skulle

behandle klager over administrative afgørelser (Phytilis 1978). Fra det øjeblik var administrativ sagsbehandling nødt til at ræsonnere over muligheden af omgørelser og kritik. Lige netop denne form for foregribelse af mulig oppositionel kritik markerer denne forandring fra første ordens beslutninger og interessevaretagelse til anden ordens beslutninger. Foregribelsen begyndte som en kodificering af høflighed, respekt, hensyn, netop hos en beslutningstager i forhold til en beslutningstruffet. Derefter inkorporeres den og bliver til habitus, en anticiperende kompetence i interaktionspraksis, en implicit underforstået regeldannelse om, at beslutninger har konsekvenser for andre, en form for et a priori anticiperende ræsonnement om muligheden for opposition, kritik og omgørelse, som også analyseres i Kants forarbejder til fornuftskritikken (Riedel 1989).

Konklusion: Grænserne for et interessekritisk perspektiv på retsstaten

Jeg har forsøgt at give plads til en anden fortælling end den så at sige officielle franske statshistorie, som Bourdieu forsøger at bryde med ved at gøre opmærksom på den. Men han reproducerer den også. Lige som Tocqueville tidligere reproducerede dens form (Tocqueville 1856/1988; Furet 1988). Den drejer sig om et forældet, traditionsbundet og dedifferentieret standssamfund, som i sin naivitet bliver domineret af en enevælde, der siden Richelieu og med en storhedstid under Ludvig den 14. og Colbert despotisk styrer Frankrig mod en krigsbaseret bankerot, som Revolutionen bryder med, hvorefter det moderne demokratiske samfund gennem flere skridt genetableres efter Napoleon og i hvert fald finder en moderne form med Den tredje republik efter 1875, hvis modernitet Durkheim så glimrende har beskrevet i sin politiske teori (Durkheim 1908/1969). Bourdieu reproducerer fortællingen om, at det tidligt moderne var førmoderne; mens hans fortælling er, at det moderne aldrig er blevet helt tilstrækkeligt moderne.

Bourdieu vil kritisere den sociale kapitalens dedifferentiering af alskens kapitalformer, også den juridiske, men paradoksalt nok får hans hudfletning af jura, som det juristprofessionen praktiserer, vanskeligt ved at fastholde, hvorfor juraen fastholder sin egen skolastik, dogmatik og *illusio*. Det, der kunne have været markeret i en anden ordens kritisk iagttagelse af dedifferentiering, bliver selv lige så hudflettet. Han får svært ved at fastholde, at gyldigheden af hans egen kritik som et faktum er bundet til de logikker, han kritiserer, og han iagttager ironisk nok ikke det blinde punkt heri, med noget der ligner den selvironi, der ellers kendes fra Luhmann, Foucault, Adorno og endda Kant. Han er som barnet, der demaskerer kejserens klæder, men overser at han dermed risikerer ikke selv at være klædt på til denne afklædningsscene. Hvor d'Aguesseau sad i exil i Fresnes, kom Bourdieu fra et medfødt exil i Pyrenæerne. D'Aguesseau havde ført modstand mod en despotisk regerende militærstat, og Bourdieu havde med sin generation af samfundstænkere efter Anden Verdenskrig, den franske Vietnamkrig og Algierkrigen opfattet sig som både seriøst og alvorligt forpligtet på en modstand mod et kun hyklerisk oplyst herredømme. Kan man sige, at

begge positioner eller kun den ene af dem gav en privilegeret adgang til anden ordens iagttagelse af iagttagelser? Kan vi ikke alle være i exil?

Imidlertid er der også en bredere historisk vinkel. I Frankrig er der gennem de sidste årtier foregået et opgør med det despotiske og traditionalistiske billede af Frankrig før 1789 (Beik 1985; Descimon, Guery 1989: 211-515; Cosandey, Descimon 2002; Asch & Duchhardt 1996). De mange deliberative forsamlinger, råd, stændermøder og domstole skabte nok grobund for en embeds- eller statsadel, en *noblesse de robe*, men der var mængder af rationaliseringer, reformdannelser og læreprocesser, som har været uomgængelige for det moderne samfund. Oplysningstiden begyndte så at sige langt tidligere, end man ofte hævdede, nemlig ikke blot som en administrativ revolution, som Tocqueville og efter ham Foucault hævdede, men som en forandring i retfærdiggørelser, dels som juridisk argumentation (Luhmann 1993: 341ff, 378ff) og deliberativ procedure (Habermas 1992).

Når statsbegrebet i tiden fra Bodin til Richelieu kom til at dominere det hidtil gængse begreb om *res publica*, om det offentlige, skyldes det, at statsbegrebet netop rummede en abstrakt flertydighed. Det er elastisk på en måde, der tillod en overdetermineret sammenlægning af begreber i ét ord. Status, etat, tilstand, estates, kobles alle ind i én form (Luhmann 1990: 166; Luhmann 1989: 65-147; Foucault 2004: 262). Den samme abstraktions- og refleksionsforhøjelse ses med overgangen fra korporale begreber om helhed/del i et corpus mysticum til systembegrebet, der mindre hierarkisk og mere fleksibelt også betjener sig af skel mellem helhed og del. Det skriftte ses hos Bodin og Hobbes (Kantorowicz 1957; Harste 2002).

Under alle omstændigheder ser vi, at den franske statsdannelsesmodel, der skulle være så enevældig og så voldsomt baseret på hævdelser af en statsræson, netop optræder begrænset, modereret og temmelig magtdelt. Hvad enten vi lægger Bourdieus eller Luhmanns beskrivelser til grund, skyldes denne uddifferentiering af det retlige felt også, at der fandtes retlige eliter. På d'Aguesseaus tid var der omtrent 6000 advokater, jurister og dommere i Frankrig, hvoraf omtrent 1000 var knyttet til domstolene i Paris (Barbiche 1999). Magtdelingen bestod ikke blot i principper af mere eller mindre universel karakter. Den bestod også af de grupper, institutioner, interessedannelser, som ville kæmpe for rettens perspektiv. Grupper som modsatte sig enevælden, despotiet og centralperspektivet fra Versailles slotstrappe. Men det er vigtigt at se, at retten også består i en ret til magtdeling, en ret til at "ret har ret til at have ret" (Luhmann). Bourdieu citerer d'Aguesseau for at statsadelen var i statens tjeneste, i en "service d'État" – en formular der gentages hos Preussens oplyste kong Frederik den Store. Men faktisk gør d'Aguesseau langt mere ud af, at embedsmændene skal være "slaver af fornuften" og dermed stille sig i "retfærdighedens tjeneste" ("en service de la justice"). Om og om igen optræder netop den formular fra først til sidst i hans forfatterskab. Luhmanns systemteori har brug for Bourdieus perspektiv på de interesser, der er i at kæmpe for differentieringen af funktionssystemer; mens Bourdieus perspektiv på doxa har brug for de paradokser, som den luhmannske analyse af anden ordens kommunikation kan iagttage, hvad enten det så drejer sig om rettens

felt/funktionssystem, religionens, videnskabens, og formodentlig flere andre områder, som kunne undersøges tilsvarende. Aktualiteten heraf kan jeg kun antyde her afslutningsvis, men den er bestemt ikke til at overse.

I Danmark har vi ikke haft denne form for modereret enevælde, hverken i dens interessebaserede bourdieuske form eller i dens principielle luhmannske form. Der har ikke været omfattende eliter, som talte magten midt imod og skabte helt anderledes politisk-retlige koder for hensyntagen, respekt og opmærksomhed rettet mod borgeren. Som Jens Peter Christensen (2003) og retshistorikeren Inger Dübeck (2003) gør opmærksom på, har magtdelingen i Danmark ikke haft nogen lang institutionshistorisk *path dependency*. I Danmark (som i Sverige) udgjorde præsterne mellemløbet mellem statens monarkisk-militære top og borgerne (Gustafsson 1994). Deres interesser var ikke retlige, men religiøse og deres ræsonnement var teologisk. I den lutherske version skulle alle troende følge kongens tro, og borgeren var en synder for ikke at sige en kætter, hvis han ikke fulgte præstemagtens ortodoksi, visioner og *illutio*. Så der var ikke engang nogen mulighed for at *tænke* en naturretligt betinget modstand mod den enevældige vilje. Guds vilje, monarkens vilje og folkets vilje var forenede på forhånd.

Inden for den historiske sociologi, der beskæftiger sig med statsdannelse, er der følgelig en udbredt opfattelse af, at ingen af de stater, "vi plejer at sammenligne os med", har så stort et potentiale for absolutisme som den danske stat (Knudsen 1995: 114ff; Tamm 1993: 92, 96; Gustafsson 1994: 162; Stolleis 1990: 167-196; Ertman 1997: 310). Den tese kan for det første synes at stride mod en udbredt opfattelse af, at Danmark skulle have en stærk retslig tradition, der også med Grundloven har fået sikret magtfordelingen mellem den lovgivende, udøvende og dømmende magt. For det andet er det ikke givet, at enevældepotentialet også aktualiseres. Imidlertid finder man eksempelvis i den såkaldte Magtudredning en lang række rapporter om forskellige komponenter i den danske retsstat, som synes at begrænse den differentiering mellem forskellige felter eller funktionssystemer, som udgør den bagvedliggende struktur under magtdelingen (mest eksplicit: Knudsen 2003; Harste 2004). Magtstaten synes ikke blot i Frankrig, men også i Danmark i mange henseender at træde i stedet for en magtdelt retsstat. Bruddet kom sent, ikke i 1789, men i 1901. Det er ikke så mærkeligt, at bruddet så let igen kunne forsøges afviklet hundrede år senere, i 2001, med en globaliseringsangst "krig mod terror", hvis angst synes parallel til fundamentalistisk-religiøse retfærdiggørelser af en modernitetsangst.

Den muslimske modernitetsangst kom frem med Det muslimske broderskabs organisering i mellemkrigstiden i kølvandet på Osmannerrigets opløsning og den engelske ordning af Mellemøsten. I Tyskland fik modernitetsangsten efter Første verdenskrig et populistisk udtryk, som trods oplysningstraditionen for en stadig mere udbygget magtdeling også påkaldte sig en fornyet forening mellem folkets og despotens suverænitæt i førerviljens undtagelsestilstand. I Vesten er vi langt fra i dag at være i den tilstand. Imidlertid er det vigtigt at tage ved lære af de magtdifferentieringer, som opbyggedes i oplysningstiden. Bourdieus modernitetskritik kan siges at bestå i

påpegninger af det skandaløse i, at moderne samfund stadig er blevet hængende i den tidlige modernitets forsvar for standsdifferentieringer frem for differentieringer af felternes funktionelle gyldighedsfordringer. Skal vi i dag formulere os retligt, må vi imidlertid gå fra den franske glorificerede oplysningstradition til den tyske nok så smertefulde rekonstruktion af magtdifferentieringens retlige potentiale.

Man kan reformulere de retspolitiske advarsler mod dedifferentiering, der kom frem i mellemkrigstiden. På baggrund af Max Webers advarsel om et sammenbrud i formelle rettigheder til fordel for en materiel ret og på baggrund af Carl Schmitts forsvar for en ret i undtagelsestilstanden fremførte retssociologen og forfatningsjuristen Hermann Heller dengang en politisk retslære, som stadig har gyldighed. Den rækker tilbage til Immanuel Kants forsvar for en folkerepræsentation konstitueret af magtdeling og retsprincipper. Og den er blevet reformuleret af blandt andet Ingeborg Maus i en position, der lægger sig mellem Luhmanns og Habermas (Maus 1986: 173ff): Folket må retteligt kun ville det materielle, der kan kommunikeres som retligt formalt gældende lovgivning. Og den formalt gældende lovgivning har kun gyldighed, såfremt den har sin oprindelse i den gyldighed, hvormed den har repræsenteret folket. Mediet for denne strukturelle kobling mellem ret og politisk vilje udgøres af det ræsonnement, som kommunikation om loven fordrer, nemlig i den strukturelle homologi mellem proceduralt ræsonnerende domstole og proceduralt ræsonnerende parlamenter. Efterprøvelsen af homologien foregår i offentligheden i medier og videnskab. Usikkerheden i homologien giver imidlertid også anledning til en transdepartemental suboffentlighed i den deliberation i komitéer, råd og nævn, som sætter præmisser for, hvad der gælder som homologi, nemlig ud fra præmisser om hvad der regnes for praktisk gennemførligt (Luhmann 1969). Homologien vil da ikke nødvendigvis tage sig ud som retspleje (tyskernes "Rechtssprechung"), og den klassiske beskrivelse af homologien som den strukturelle kobling af magtdeling bliver da afbøjet risikabelt.

Modsætningen til den advarsel er i Danmark ikke den doktrin, som hævder en monarkisk absolutisme, men en parlamentsabsolutisme, hvor parlamentet kan gribe ind i enkeltsager og fastholde sin egen interesse og vilje i at der "ingen er over eller ved siden af Folketinget" (Rosén 2005; 2007). Et typisk nutidigt felt for en sådan materialretlig afbøjning under implementeringshensyn ses i miljøretten (Luhmann 1986: 124 – 149), mens storpolitisk pragmatik eksempelvis kendes fra de uprøvede fængslinger i Abu Graib og Guantanamo.

Min påstand er her, at kritikken af en sådan absolutisme ikke kan nøjes med som Bourdieu at fastholde, at retten har interesser i at have ret. Enhver politisk, organisatorisk og offentlig argumentation har den interesse, fordi den er iboende i, hvad det vil sige overhovedet at kommunikere om ret og retten til at forandre.

Gorm Harste, lektor, Institut for Statskundskab, Aarhus Universitet

Referencer

- Agamben, Giorgio 2005. *State of Exception*. Chicago: Chicago University Press.
- d'Aguesseau, Henri-François d' 1759. *Essai d'une institution au droit public i Oevres T. I*. Paris: Ches les libraires associeés.
- d'Aguesseau, Henri-François 1722/2005. *Méditations Métaphysiques sur les vraies ou les fausses idées de la justice*, Paris: Fayard.
- d'Aguesseau, Henri-François 1693-1751/1759-69. *Oevres T. I–XIII*. Paris: Chez les libraries associés.
- d'Aguesseau, Henri-François 1693-1751/1819. *Oevres Complètes du chancelier d'Aguesseau T. I–XVI*. Paris: Fantin.
- Antoine, Michel 1989. *Louis XV*, Paris: Fayard.
- Arendt, Hannah 1951/1979. *Det totalitære herredømme*. København: Notabene.
- Asch, R. og Duchhardt, H. 1996 (Hrsg.). *Der Absolutismus – ein Mythos ?* Köln: Böhlau.
- Barbiche, Bernard 1987. *Une révolution administrative*. In André Stegman (dir). *Pouvoir et Institutions en Europe au XVIème Siècle*, Paris: Vrin.
- Barbiche, Bernard 1999. *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne*. Paris : Puf.
- Behrens, C.B.A. 1985. *Society, Government and Enlightenment*. London: Thames and Hudson.
- Beik, William 1985. *Absolutism and Society in Seventeenth-century France*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Berman, Harold (1983, 2003). *Law and Revolution I, II*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Bluche, François 1961/1986. *Le magistrats du parlement de Paris au XVIIIe siècle*. Paris: Economica.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1991. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt : Suhrkamp.
- Bodin, Jean 1566/1951. *La méthode de l'histoire*. Paris: Puf.
- Bodin, Jean 1583/1961. *Les six livres de la république*. Aalen: Scientia.
- Bourdieu, Pierre 1979. *La distinction. Critique sociale du jugement*. Paris: Les éditions du minuit.
- Bourdieu, Pierre 1980. *Le sens pratique*. Paris: Les éditions du minuit.
- Bourdieu, Pierre 1982. *Ce que parler veut dire*. Paris : Fayard.
- Bourdieu, Pierre 1987. *The Force of Law*. In *The Hastings Law Journal*, 38 (juli): 814–853.
- Bourdieu, Pierre 1987. *La délégation et le fétichisme politique*. In *Choses dites*, Paris: Les éditions du minuit.
- Bourdieu, Pierre 1989. *La noblesse d'État*. Paris: Les éditions du minuit (eng. overs. 1998).
- Bourdieu, Pierre 1994. *Esprits d'État*. In *Raisons pratiques*, Paris: Seuil, ("I statens ånd". In *Af praktiske Grunde*. København: Hans Reitzel 1997).
- Bourdieu, Pierre 1997. *Méditations pascaliennes*. Paris: Seuil.
- Bourdieu, Pierre 2005. *Viden om viden og refleksivitet*. København: Hans Reitzel.
- Bourdieu, Pierre 2004. *From the King's House to the Reason of State*. In *Constellations*, 11(1): 15–36.
- Bourdieu, Pierre 2006. *Udkast til en selvanalyse*. København: Hans Reitzel.
- Bourdieu, Pierre 1993/2010. "Modstridende interesser i staten". In *Praktiske Grunde*. nordisk tidsskrift for kultur- og samfundsvidenskab, nr. 1-2: 121-134.
- Cassirer, Ernst 1932/1999. *Die Philosophie der Aufklärung*. Hamburg: Felix Meiner.
- Charny, Geoffroi de 1353/1994. *Bogen om Ridderlighed*. N. Tengberg (red.), Roskilde: Roskilde Universitetsforlag.
- Chaunu, Pierre 1977. *L'État*. In F. Braudel ; E. Labrousse (éds.). *Histoire économique et sociale de la France T. I, 1450 – 1660*. Paris: PUF.
- Christensen, Jens Peter 2003. *Domstolene – den tredje statsmagt*. Århus : Aarhus Universitetsforlag (Magtudredningen)
- Christiansen, P.M., Møller, B. og Togeby, L. 2001. *Den danske elite*. København: Hans Reitzels Forlag.
- Colbert, Jean-Baptiste 1664/1975. *Mémoire pour messieurs les maitres des requêtes*. In L. Trenard (red.), *Les mémoires des intendants pour l'instruction du Duc de Bourgogne*. Paris: Bibliothèque nationale.
- Collins, James 1995. *The State in Early Modern France*. Cambridge University Press.
- Constant, Jean-Marie 1994. *Absolutisme et modernité*. In G. Chaussinand-Nogaret et al. *Histoire des élites en France*, Paris: Tallandier.
- Cornette, Joël 1993. *Le roi de guerre*. Paris: Payot.

- Cosandey, Fanny; Descimon, Robert (2002). *L'absolutisme en France*. Paris: Seuil.
- Cramer, Konrad 1987. "Über Kants Satz: Das: Ich denke, muss alle meine Vorstellungen begleiten können". In Konrad Cramer u.a. (Hrsg.), *Theorie der Subjektivität*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Dalberg-Larsen, Jørgen 2001. *Pragmatisk Retsteori*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Dorwart, August 1953. *The Administrative Reforms of Frederick Wilhelm of Prussia*. Cambridge Mass.: Harvard University Press.
- Durkheim, Émile 1924. *Montesquieu et Rousseau comme précurseurs de la sociologie*. Paris: Rivière.
- Durkheim, Emile 1893/1930/2000. *De la division du travail social*. Paris: Puf. (dansk overs. Om den sociale arbejdsdeling, København: Hans Reitzel 2000).
- Durkheim, Émile 1908/1969. *Leçons de sociologie*, Paris: Puf.
- Dübeck, Inger 1993. *Hvornår blev Danmark en retsstat?* In Blomquist, H. og Ingesman, P. (red.). *Forvaltningshistorisk antologi*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Elias, Norbert 1939/1976. *Über den Prozeß der Zivilisation Band 1-2*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Elias, Norbert 1933/1979. *Die höfische Gesellschaft*. Darmstadt: Luchterhand.
- Ertman, Thomas 1997. *Birth of the Leviathan*. Cambridge: Cambridge University press.
- Foucault, Michel 1976. *La volonté de savoir*. Paris: Gallimard.
- Foucault, Michel 1997. *'Il faut défendre la société'*. Paris: Gallimard.
- Foucault, Michel 2004. *Securité, territoire, population*. Paris: Gallimard.
- Frédéric le Grand 1777/1788. *Essai sur le formes de gouvernement, et sur les devoirs des souverains*. In *Oevres posthumes de Frédéric le Grand T.XI*, Berlin.
- Friedrich, Carl 1949. *Constitutional Government and Democracy*. Boston: Ginn (2.udg).
- Furet, François 1988. *Penser la revolution française*. Paris: Galimard.
- Genet, Jean-Philippe 2003. *La genèse de l'État moderne*, Paris: Puf.
- Gerhardt, Volker 1996. *Ausübende Rechtslehre, Kants Begriff der Politik*. In G. Schönrich, og Y. Kato (Hrsg.). *Kant in der Diskussion der Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Globaliseringsrådet 2006. *Fremgang, Fornyelse, Tryghed*. København: Globaliseringsrådet.
- Gorski, Philip 2003. *The Disciplinary Revolution*. Chicago: University of Chicago Press.
- Gustafsson, Harald 1994. *Political Interaction in the Old Regime*. Lund: Studentlitteratur.
- Habermas, Jürgen 1992. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Hanley, Sarah 1985. *Legend, Ritual, and Discourse in the Lit de justice Assembly: French Constitutional Ideology 1527-1641*. In Sean Wilentz (ed.). *Rites of Power*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Harste, Gorm 2002. *Systemteoriens idéhistorie*. In *Passage*, (42): 5-15.
- Harste, Gorm 2003. *Fra statsræson til demokratisk retsstat – Luhmann og Foucault om magtdelingens betydning*. In C. Borch og L. Thorup Larsen (red.). *Perspektiv, magt og styring: Luhmann og Foucault til diskussion*, København: Hans Reitzel.
- Harste, Gorm 2004. *Magtudredningens magt – i enevældens skygge?* GRUS nr. 71: 45 – 68.
- Harste, Gorm 2005. *Den europæiske stats dannelse*. In *Politica*, 37(1): 21-43.
- Harste, Gorm 2006. *Autopoiesis eller illusion: Luhmanns, Bourdieus og Kants kunstsociologi*. In L. Møller og M. Rosendahl Thomsen (red.). *Produktive paradokser. Festskrift til Svend Erik Larsen*, Århus: Aarhus Universitetsforlag.
- Harste, Gorm 2007. *Magtdelingens politiske teori – Schmitt, Habermas eller Luhmann?* In Mikkel Thorup (red.). *Den ondeste mand i live?*, København: Museum Tusulanums Forlag
- Harste, Gorm 2008a. *Statsræsonens retlige rationalisering*. In *Politica* 2008, 40/4: 425 - 441
- Harste, Gorm 2009. *Kant's Theory of European Integration*. In *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Band 17: 53 - 84.
- Harste, Gorm 2010a. *Magtens autopoiesis*. In L. Hilt (red.). *Luhmann og makt*. Bergen/København: Unge Pædagoger.
- Harste, Gorm 2010b. *Departementaltitet eller governementaltitet*. In *Slagmark* (udkommer).
- Hinrichs, Ernst 1989. *Das Fürstenbild Jean Bodins und die Krise der französischen Renaissancemonarchie. Ancien Régime und Revolution*, Frankfurt: Suhrkamp 1989.
- Jespersen, Leon et al 2000. *Dansk Forvaltningshistorie Bind 1*. Dansk Jurist- og Økonomforbunds Forlag.
- Jouanna, Arlette 1989. *Le devoir de révolte*. Paris: Fayard.

- Jouanna, Arlette 1991. Des "gros et gras" au "gens d'honneur". pp. 17 – 144 i G. Chaussinand-Nogaret et al: Histoire des élites en France. Paris: Tallandier.
- Jouanna, Arlette 1996. La France du XVIe siècle, 1483–1598. Paris: PUF.
- Jørgensen, F. og Westrup, M. 1982. Dansk centraladministration i tiden indtil 1848. København: Dansk Historisk Fællesforening.
- Kant, Immanuel 1781/1787/1966. Kritik der reinen Vernunft. Stuttgart: Reclam.
- Kant, Immanuel 1790/1974. Kritik der Urteilkraft, Werkausgabe Band X. Frankfurt: Suhrkamp.
- Kant, Immanuel 1798/1977. Die Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Band VIII. Frankfurt: Suhrkamp.
- Kaspersen, Lars Bo 2008. Danmark i Verden. København: Hans Reitzels Forlag.
- Kindleberger, Charles 1984. A Financial History of Western Europe. London: Allen & Unwin.
- Kantorowicz, Ernst 1957. The King's two Bodies. Princeton: Princeton University Press.
- Knudsen, Tim 2003. Offentlighed i det offentlige. Om historiens magt. Århus: Aarhus Universitetsforlag (Magtudredningen).
- Koselleck, Reinhart 1973. Kritik und Krise. Frankfurt: Suhrkamp.
- Koselleck, Reinhart 1975. Preussen zwischen Reform und Revolution. Stuttgart: Klett-Cotta.
- Krieken, Robert van 2003. Legal reasoning as a field of knowledge production. Luhmann, Bourdieu and law's autonomy, paper to 6th ESA Conference, Murcia.
- Ladewig Petersen, Erling 1984. Magtstaten i Norden i 1600-tallet og de sociale konsekvenser. Odense: Odense Universitetsforlag.
- Leibniz, Gottfried 1695/1994. Système nouveau de la nature. Paris: Flammarion.
- Luhmann, Niklas 1969. Legitimation durch Verfahren. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas 1980, 1981, 1989, 1995. Gesellschaftsstruktur und Semantik Band 1–4. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas 1972/1987. Rechtssoziologie. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas 1981. Ausdifferenzierung des Rechts. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas 1987. Machtkreislauf und Recht in Demokratien. Soziologische Aufklärung Band 4. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas 1987. Widerstandsrecht und politische Gewalt. Soziologische Aufklärung Band 4. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas 1993. Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas 1996. Quod Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas's Legal Theory. In Cadozo Law Review. Habermas on Law and Democracy, 17(4–5): 883–900.
- Luhmann, Niklas 1997. Die Gesellschaft der Gesellschaft Band 1–2. Frankfurt: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas 2008. Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen? Die Moral der Gesellschaft, Frankfurt: Suhrkamp.
- Malebranche, Nicolas 1684/1707/1995. Traité de la morale. Paris: Flammarion.
- Marx, Karl 1867/1962. Das Kapital Band 1, MEW 23. Berlin: Dietz.
- Maus, Ingeborg 1987. Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats. In Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus, Stuttgart: Fink Verlag.
- Maus, Ingeborg 1992. Von der Metaphysik des Widerstandsrechts zum nachmetaphysischen Prinzip der Volkssouveränität: die Demokratietheorie Kants, pp. 13–249. In Zur Aufklärung der Demokratietheorie, Frankfurt: Suhrkamp.
- Mersenne, Marin (1623/2002). L'usage de la raison. Paris: Fayard.
- Mitteis, Henrich 1940/1972. Die Staat des hohen Mittelalters. Darmstadt: Wissenschaftliches Buchgesellschaft.
- Montesquieu, Charles 1749. De l'esprit de loix, T. 1–4. Amsterdam: Chatelain.
- Mousnier, Roland 1971. La vénalité des offices sous Henri IV et Louis XIII. Paris: Puf.
- Mousnier, Roland 1974, 1980. Les institutions de la France sous la monarchie absolue. T.1-2, Paris: Puf.
- Ogris, Werner 1987. Friedrich der Große und das Recht. In O.Hauser (Hrsg.). Friedrich der Große in seiner Zeit, Köln: Böhlau.
- Olivier-Martin, François 1951/1997. L'absolutisme français & Les parlements contra l'absolutisme traditionnel au XVIIIe siècle, Paris: LGDJ.
- O'Neill, Onora 1989. Constructions of Reason. Cambridge: Cambridge University Press.

- Pallesen, Thomas 2003. Den vellykkede kommunalreform og decentraliseringen af den politiske magt i Danmark. Århus : Aarhus Universitetsforlag (Magtudredningen).
- Phytillis, Jacques 1977. Justice administrative et justice déléguée au XVIIIe. L'exemple des commissions extraordinaires de jugement a la suite du conseil. Paris: Puf.
- Richelieu, Armand 1638/1990. Testament politique. Paris: Complexe.
- Richet, Denis 1973. La France moderne: l'esprit des institutions. Paris: Flammarion.
- Riedel, Manfred 1989. Urteilkraft und Vernunft. Frankfurt: Suhrkamp.
- Riley, Patrick 1978. General Will before Rousseau. Political Theory. Vol. 6, No. 4, nov.: 485 – 516.
- Rosén, Frederik 2005. Retspolitik: retsstatsbegrebet som politisk kampzone. Retfærd nr. 110.
- Rosén, Frederik 2007. Permanente nødretsorganer – en Schmittiansk drejning i dansk retspolitik. In Mikkel Thorup (red.). Den ondeste mand i live?, København: Museum Tusulanums Forlag
- Rousseau, Jean-Jacques 1762/1971. Du contrat social. Oeuvres complètes T.2. Paris: Seuil.
- Saint-Simon, Duc de 1743/1965. Mémoires T. 1. Paris: Bonnot.
- Schmitz, Hermann 1982. Die transzendente Kommunikationsgemeinschaft bei Kant. In W. Kuhlmann og D. Böhler (Hrsg.). Kommunikation und Reflexion. Zur Diskussion der Transzendentalpragmatik. Antworten auf Karl-Otto Apel. Frankfurt: Suhrkamp.
- Silverstone, Scott 2007. Preventive War and American Democracy. London: Routledge.
- Simmel, Georg 1908/1983. Die Mode. Philosophische Kultur. Berlin: Wagenbach.
- Smith, David 1996. The Idea of the Rule of Law in England and France in the Seventeenth Century. In Ronald Asch, Heinz Duchhardt (Hrsg.), Der Absolutismus – ein Mythos? Köln: Böhlau.
- Stein, Peter 1999. Roman Law in European History. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stolleis, Michael 1990. Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Frankfurt: Suhrkamp.
- Stolleis, Michael 1994. Recht in Unrecht. Frankfurt: Suhrkamp.
- Storez, Isabelle 1996. Le chancelier Henri François d'Aguesseau (1668–1751). Paris: Publisud.
- Suleiman, Ezra 1974. Politics, Power and Bureaucracy. Princeton : Princeton University Press.
- Suleiman, Ezra 1978. Elites in French Society. Princeton : Princeton University Press.
- Tamm, Ditlev 1993. Stat, forvaltning og samfund I det 19. århundrede. In H. Blomquist og P. Ingesman (red.). Forvaltningshistorisk antologi. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Teubner, Günther 1997. The King's many Bodies. Arena Papers, 22, Oslo.
- Tocqueville, Alexis 1856/1988. L'ancien régime et la révolution. Paris: Flammarion.
- Vile, M.J.C. 1967. Constitutionalism and the Separation of Powers. Oxford: Clarendon Press.
- Weber, Max 1913/1980. "Rechtssoziologie", pp. 387–513 i Max Weber Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen: Mohr. (udvalg i dansk oversættelse, København: Hans Reitzels Forlag 2003).
- Weiler, Joseph 1999. The Constitution of Europe. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wolf, Michael 2005. Trias Politica. Erläuterungen zu Kants Verfassungslehre in seinen Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre. Paper til seminar om Freiheit und Recht, IUC, Dubrovnik, Oktober.