

William E Scheuerman

Globaliseringen och rättens öde

Få föreställningar inom modern politisk och juridisk teori har vunnit större acceptans än föreställningen om att kapitalism och en rättsordning som bygger på tydliga och allmänna normer, i förening med relativt formalistiska metoder för domslut, nödvändigtvis går hand i hand. Alltifrån John Locke till Max Weber har förekomsten av en »valfrändskap« mellan kapitalismen och rättsstaten varit en kärnpunkt i liberal teori. Det försök som Friedrich Hayek gjorde att direkt sammanse en formalistisk modell av rättsstaten med ett försvar för den fria marknadskapitalismen är bara en överdriven

formulering av vissa teman som redan finns inom den klassiska liberalismen.¹

Liberalismens motståndare har också förutsatt förekomsten av ett nära släktskap mellan en marknadsekonomi som bygger på privategendom och rättsliga institutioner som garanterar verklig juridisk förutsägbarhet. Marx trodde inte mindre än Locke och Weber på att formaliteterna i den »borgerliga« rätten var nära förbundna med den moderna kapitalismen, medan »postmarxistiska« radikala jurister (till exempel företrädare för kritiska juridiska studier i Nordamerika) nu ofta på ett liknande sätt

1. Friedrich A Hayek, *Vägen till trälldom* (1944).

återupprepar den traditionella uppfattningen om ett särskilt förhållande mellan kapitalismen och rättsstaten.²

Den främsta skillnaden mellan liberalerna och deras kritiker är att de senare vanligen utgår från föreställningen om en valfrändskap mellan kapitalismen och rättsstaten för att misskreditera båda institutionerna, medan de förra fortfarande ser marknadskapitalismen som oundgänglig till och med för minimala garantier för rättssäkerhet. I denna anda ser liberala politiker och publicister i dag betecknande nog marknadsreformer (till exempel i Kina eller Östeuropa) och rättsstaten som två sidor av samma mynt: kapitalismen och rättsstaten påstås förutsätta varandra, och således måste marknadsreformer åtföljas av rättsliga förändringar som pekar i riktning mot den liberala rättsstaten.

I ljuset av denna överraskande konsensus, lika väl som en imponerande mängd av historievetenskapligt arbete som dokumenterar de nära banden mellan den ekonomiska och rättsliga libera-

lismen i den moderna historien, kan det verka märkligt att utmana föreställningen om ett släktskap mellan kapitalismen och rättsstaten.³ Ändå hoppas jag göra just detta. Enligt min uppfattning fördunklar den traditionella tron på en valfrändskap mellan den ekonomiska liberalismen och rättsstaten det sätt på vilket den utveckling av en global kapitalistisk ekonomi som nu pågår *botar* de grundläggande dragen hos rättsstaten. Den samtida globala kapitalismen skiljer sig på många sätt från sina föregångare: ekonomier som drivs av enorma multinationella företag, blixtnabb elektronisk kommunikation, höghastighetstransporter och framträdandet av övernationella ekonomiska block representerar en ny utveckling i den moderna kapitalismens historia.⁴ Kapitalismens förhållande till rättsstaten förändras därmed också. En hittills oupptäckt dialektik har verkat inom den moderna kapitalismen: genom att oavbrutet revolutionera tids- och rumshorisonterna för det ekonomiska handlandet tenderar kapitalismen att

2. I denna anda: Roberto Mungabeira Unger, *Law in Modern Society* (1976).

3. Om de amerikanska förhållandena: Morton J Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780–1860* (1977), om Storbritannien: P S Atiyah, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract* (1979), om Tyskland: Franz Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung* (1974).

4. För en värdefull diskussion om begreppet ekonomisk »globalisering«: Paul Hirst och Graham Thompson, *Globalization in Question* (1996). Min diskussion här inriktar sig främst på de rättsliga implikationerna av tre av dess drag: (1) de multinationella företagens växande betydelse för världsekonomin, (2) transnationaliseringen av kapital- och finansmarknader och (3) »sammanpressningen av tid och rum«. Jag förbiser för tillfället den väsentliga frågan om hur tillväxten av de multinationella ekonomiska blocken (NAFTA, ASEAN, EU) påverkar den juridiska utvecklingen.

minska sitt beroende av en relativt robust rättsstatsmodell. Den kapitalistiskt framkallade »sammanpressningen av tid och rum« begränsar systematiskt kapitalismens beroende av konsekventa och allmänna former av juridiskt beslutsfattande. Den samtida ekonomiska globaliseringens rättsliga infrastruktur tyder på att denna historiska dialektik nu har burit frukt, då den liberala rättens traditionella sätt att verka figurerar allt mindre i den globala ekonomins operationer.

Jag börjar med att erinra om de begreppsliga konturerna hos den traditionella föreställningen om en valfrändskap mellan den ekonomiska liberalismen och rättsstaten (avsnitt I). Sedan försöker jag mig på en förklaring till hur det kommer sig att kapitalismens revolutionära implikationer för det ekonomiska handlandets tids- och rumshorisonter i dag gör viktiga drag i den gamla historien anakronistiska (avsnitt II). Slutligen drar jag några provisoriska politiska slutsatser (avsnitt III). Mitt mål här är *inte* att rädda en bankrutt intellektuell tradition, inom vilken rättsinstitutionerna främst analyserades i termer av sina sociala och ekonomiska funktioner; den traditionen har med rätta missskrediterats. Men ändå: att undersöka rättsliga praktiker »i monadisk isolering från deras sociala och ekonomiska kontext är – i många avseenden – som att spela *Hamlet* utan prinsen«. ⁵

I. En valfrändskap mellan den ekonomiska liberalismen och rättsstaten?

För mina syften räcker det att definiera rättsstaten så, att den kräver att statens handlande bygger på rättsliga normer som är 1) allmänna till sin karaktär, 2) relativt tydliga, 3) offentliga, 4) framåtblickande och 5) stabila. Enligt den moderna liberala teorins huvudfåra är det bara rättsliga normer av denna typ som garanterar ett minimum av säkerhet och bestämdhet vid det juridiska beslutsfattandet, garanterar att maktbärande kan hållas ansvariga och främjar ett rättvist delgivande av information. Rättsstaten gör maktbärandarnas aktiviteter förutsägbara och lämnar därmed ett ovärderligt bidrag till den individuella friheten. ⁶ I ett annat sammanhang har jag försökt argumentera för att ett principiellt stöd för en traditionell liberal rättsstatsmodell av detta slag inte i onödan får stå i vägen för strävan mot en generös välfärdsstat. Trots existensen av en imponerande intellektuell konsensus som försäkrar motsatsen, både *kan* och *bör* större social och ekonomisk jämlikhet gå hand i hand med mer formell legalitet. Enligt min uppfattning skulle den demokratiska vänstern göra klokt i att stödja en relativt robust rättsstatsmodell, delvis eftersom rättsvetare alltför

5. Mirjan R Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process* (1986).

6. Jag utvecklar dessa rättsstatens bekanta företräden efter hand i min framställning nedan.

ofta har fördunklat de potentiella faror som godtyckliga metoder för juridiskt och politiskt beslutsfattande innebär för socialt och ekonomiskt sårbara grupper. Antiformalism och socialdemokrati är dåliga sängkamrater.⁷ Genom att betona de grundläggande spänningarna mellan de traditionella formerna av liberal rätt och den aggressiva form av ekonomisk liberalism som nu dominerar inom de internationella ekonomiska mellanhavandena, representerar denna artikel ett ytterligare led i mitt försök att grundlägga ett distinkt *socialdemokratiskt försvar för rättsstaten*, i vilket den liberala rättstraditionens landvinningar tas på allvar.

Även om det ofta ignoreras av kritikerna, kräver ett ställningstagande för idealet om en rättsstat knappast trohet mot en osofistikerad hyperformalism, enligt vilken rättsstaten påstås förutsätta att det bara finns ett definitivt svar på varje juridisk fråga, och varje manifestation av juridisk eller admi-

nistrativ autonomi representerar en attack på legalitetens princip.⁸ Till och med den mest bindande lagregel kan ges flera olika, relativt avgränsade tolkningar, och det är ibland motiverat för en stat att delegera makt till domstolar eller byråkrater. Men även om själva lagen ofta inte kan ge ett enda riktigt svar, kan tydliga och bindande lagnormer erbjuda ett ramverk, inom vilket en relativt begränsad uppsättning av acceptabla svar skisseras. Ett visst mått av obestämbarhet inom lagens gränser är oundvikligt, men obestämbarheten kan begränsas och hanteras genom rättsnormer som kännetecknas av att de är allmängiltiga, tydliga, offentliga, framåtblickande och stabila. Kort sagt: rättsstaten är förenlig med vad vi skulle kunna beskriva som den begränsade obestämbarhetstesens, enligt vilken försvarare av rättsstaten inte behöver omfatta överdrivna föreställningar om rättssäkerhet och rättslig regelbundenhet.⁹

7. William E Scheuerman, »The Rule of Law and the Welfare State: Towards a New Synthesis«, i *Politics and Society* vol 22 (1994), s 195–213. Se även min *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law* (1994), där jag försvarar en socialdemokratisk modell av rättsstaten genom att anamma insikterna hos den tidiga Frankfurtskolans jurister Franz Neumann och Otto Kirchheimer.

8. Vad den moderna rättsteoretiska historien anbelangar så har verkligen vissa (särskilt tidiga liberala) teoretiker varit nära att försvara en alltför anspråksfull modell av rättslig formalism, medan många (senare) teoretiker inte har varit det.

9. Jag utvecklar begreppet »begränsad obestämbarhet« i inledningen till min *Carl Schmitt: The End of Law* (1999). Jag står i skuld till Lawrence Soloms upplysande artiklar om olika former av obestämbarhet inom lagen: »On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma«, i *University of Chicago Law Review*, vol 54 (1987), s 462–503 och »Indeterminacy«, i Dennis Patterson (red), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (1996), s 488–502.

Man kan hävda att den moderna kapitalistiska företagsamhetens kalkylerande etos utgör en förbindelselänk mellan kapitalismen och rättsstaten. I en argumentationslinje som utvecklades mest fullständigt av Max Weber uppfattas »den exakta kalkyleringen« regera suveränt inom den moderna kapitalismen. Då den på sitt mest grundläggande plan karaktäriseras av »ett systematiskt utnyttjande av varor eller privata tjänster«, i vilket »varje enskild handling hos parterna kräver kalkylering«, är den moderna kapitalismen beroende av högt utvecklade former av revision och bokföring, en åtskillnad mellan affärer och hushållsaktiviteter och ett formellt fritt arbete, vilket alltsammans är viktiga komponenter i strävan att uppnå förutsägbara former av ekonomisk aktivitet, vilka garanterar maximal kontroll över naturen.¹⁰ För Weber är den moderne entreprenören en behärskad, borgerlig karaktär som förkroppsligar en krävande »asketism [som] fördes från klosterlivet till vardagslivet«. ¹¹ Entreprenörens disciplin svarar mot de imperativ som kommer från ett allt mer kalkylerande och förutsägbart ekonomiskt universum, i vilket »de tekniska och ekonomiska villkoren för maskinproduktion [...]

bestämmer livet för alla de individer som föds in i denna mekanism [...] med tvingande kraft«. ¹² Enligt Weber var entreprenörskapet under de förmoderna kapitalismerna, framför allt under »den kapitalism som är särskilt angelägen om att exploatera krig«, ofta »irrationellt« och äventyrligt, och utmärktes av att »bolagsgrundare, spekulanter, koncessionsjägare« gjorde vinster genom hänsynslös spekulation, piratverksamhet och till och med våld. Under tidigare former av kapitalism (som för Weber är ett ekonomiskt system som har många olika historiska varianter) var principen om »exakt kalkylering« allt annat än överordnad. ¹³ Men i den moderna, »rationella« kapitalismen påstås entreprenören byta ut sina mer romantiska drag mot den försiktiga, kalkylerande affärsmannens självkontroll. Precis som den moderna kapitalismen bygger på principen om exakt kalkylering, så kommer dess frontfigur, den moderne entreprenören, att förkroppsliga ett disciplinerat, systematiskt och kalkylerande etos.

I ljuset av denna bild av den »asketiske« moderne kapitalistiske entreprenören är det lätt att förstå varför Weber, och så många som influerats av honom, ansåg att den moderna kapitalismen krä-

10. Max Weber, *Den protestantiska etiken och kapitalismens anda* (1978), s 9–10.

11. *Ibid.*, s 85.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*, s 10–11.

ver en rättsstat.¹⁴ Lika väl som den moderna kapitalismen gör »den exakta kalkyleringen« till överordnad princip, kan bara en modern »rationell legalitet«, definierad som grundad i allmängiltiga, tydliga och väldefinierade begrepp och normer, sörja för optimal juridisk förutsägbarhet. Den moderna kapitalismen strävar efter att uppnå maximal förutsägbarhet i ekonomiska affärer; en rättsordning vigd åt att garantera maximal förutsägbarhet representerar dess naturliga institutionella komplement. I Webers berömda beskrivning av den moderna lagen skulle de juridiska beslutsfattarna idealt sett approximera »en automat, i vilken juridiska dokument och besittningsrätter matas in högst upp så att [de] kan släppa ut domslutet i botten, tillsammans med motiveringarna, som uppläses mekaniskt från kodifierade paragrafer«.¹⁵ Den »maskinella« karaktären hos den moderna rationella legaliteten svarar direkt mot förutsägbarheten i den moderna kapitalistiska »maskinproduktionen«. Även om den självklart är överdriven, fångar Webers beskrivning av den moderna rättens »mekaniska« drag kärnan i den moderna liberala uppfattningen att rättsstaten är ett medel mot onödig oförutsägbarhet. Allmängiltighet inom lagen skyddar mot oregelbundenheter genom att kräva att

lika fall behandlas lika. Tydligheten fyller samma funktion, för vaga och osammanhängande lagar tillämpas och genomdrivs ofta på ett inkonsekvent sätt. På samma sätt hjälper också stabiliteten till att uppnå beräkningsbarhet; snabba eller förvirrande förändringar inom lagen bidrar till oförutsägbarhet och osäkerhet när det gäller dess tillämpning och genomdrivning.

II. Moderna implikationer för den ekonomiska handlingens tids- och rumshorisonter

Enligt min uppfattning har den sammanpressning av tid och rum som kapitalismen medför långtgående konsekvenser för alla de tre källor till valfrändskapen mellan kapitalismen och rättsstaten som har beskrivits ovan. Även om det fanns ett släktskap mellan kapitalismen och en relativt formalistisk modell av rättsstaten under en stor del av den moderna kapitalismens historia, antyder den pågående globaliseringen av den kapitalistiska ekonomin att så inte längre är fallet. Den ekonomiska globaliseringen kräver politiska och juridiska stödmekanismer. Ändå finns det få likheter mellan globaliseringens politiska och juridiska infrastruktur och den liberala rättsstatsmodellen och dess betoning

14. Webers sätt att formulera detta har haft ett enormt inflytande på den kontinentala rättsvetenskapen. En lista över alla som influerats av honom torde innefatta så gott som varje rättsvetare under 1900-talet.

15. Max Weber, *Economy and Society* vol 1 (1979), s 657.

av formell legalitet (allmängiltighet, tydlighet, offentlighet, ett framåtblickande drag och regelstabilitet).¹⁶ Jag börjar med en diskussion av de direkta juridiska implikationerna av det senaste anfallet av tids- och rumssammanpressning (1), innan jag undersöker dess inverkan på rättsstatens skyddsfunktioner (2) och beräkningsbarhetsfunktioner (3).

1. Sammanpressningen av tid och rum: juridiska implikationer

Låt oss erinra oss från vår diskussion ovan att rättsstaten traditionellt delvis tjänade som ett instrument för att reducera de osäkerhetsmoment som härrörde från det rumsliga och tidsliga avstånd som den ekonomiska aktiviteten var förenad med. Men den sammanpressning av tid och rum som följer med kapitalismen innebär att vissa av dessa osäkerhetsmoment nu redan dramatiskt har reducerats, särskilt i ekonomiska sektorer där transaktionerna i ökande grad är beroende av snabb information, snabb kommunikation och snabba transportteknologier. Avancerad teknologi tar hand om åtminstone vissa av de uppgifter som i en tidigare fas av kapitalismens historia utfördes av en liberal rättstradition inom ramen för tydliga, allmängiltiga och relativt stabila rättsregler. Tag till exempel en nutida valutahandlare på Wall Street.

Bara genom att trycka ned några tangenten på sin dator får hon enorma mängder valuta att byta ägare utan vidare, på bara några ögonblick. Upplever vår valutahandlare på Wall Street samma behov av en robust rättsstat som sina historiska föregångare? Datoriseringen har drastiskt reducerat den osäkerhet som avståndet och tiden innebar för affärerna. Hon skulle förmodligen betrakta sin 1700-talsföregångares gammaldags insisterande på fördelarna med en relativt oföränderlig, stabil lagstiftning som kuriös. Sannolikheten att blixtnabba transaktioner mellan henne och hennes kolleger i Frankfurt eller Singapore drabbas av störningar är liten, även om det skulle ske snabba förändringar i lagen, eftersom hennes transaktioner är datoriserade, medan förändringar i lagen än så länge inte är det. Hon kanske uppfattar snabba förändringar i lagen som obekväma, men knappast som den omedelbara fara som de utgjorde för en 1700-talsköpman, vars affärer var beroende av långa och riskabla resor.

Detta exempel är avsett som mer än ett akademiskt tankeexperiment. Faktum är att det internationella bank- och finansväsendets juridiska underbyggnad är anmärkningsvärt underutvecklad – den utmärks för det mesta av en uppsättning rekommenderade »bästa praktiker« som uppvisar föga förbundenhet eller tydlighet. De främsta centra

16. För vissa av detaljerna: Saskia Sassen, *Losing Control?: Sovereignty in an Age of Globalization* (1996), William E Scheuerman, »Economic Globalization and the Rule of Law«, *6 Constellations* (1999), Gunther Teubner (red), *Global Law Without a State* (1997).

för regleringen av internationell bankverksamhet (Baselkommittén för banktillsyn och Internationella regleringsbanken, som också den har sitt säte i Basel) har än så länge visat en slående preferens för öppna, flexibla riktlinjer, delvis på grund av skillnaderna mellan bankernas praxis världen över, men också av hänsyn till de tygellösa och oansvariga formerna av spekulativ »kasinokapitalism« som nu är vanliga i finansvärlden.¹⁷

Även om ett växande antal politiker nu uttrycker reservationer för det nuvarande systemet och börjar inse farorna med det, har bankmän på det internationella planet knappast ropat på ett system för transnationell samordning som bygger på tydliga, allmängiltiga och stabila statsstödda normer. Tvärtom har de i allmänhet bemött försök att utveckla ett sådant system med skepsis eller till och med fientlighet. Om min analys är korrekt, finns det åtminstone ett skäl till denna överraskande utmaning av den traditionella uppfattningen om en valfrändskap mellan kapitalismen och rättsstaten: sammanpressningen av tid och rum reducerar vissa entreprenörers

beroende av den klassiska liberala rätten. Särskilt inom finans- och kapitalmarknaderna innebär samtidigheten och omedelbarheten att den ekonomiska aktörens beroende av rättsstaten som ett instrument för att motverka den osäkerhet som följer av affärlivets långsiktighet och avstånd reduceras. Det är således ingen överraskning att juridiska trender där hamnar i en sådan dramatisk konflikt med den traditionella liberala modellen.

Förvisso är den datoriserade valuta-handeln ett ytterlighetsexempel inom det internationella ekonomin, eftersom samtidigheten och omedelbarheten har särskilt stor betydelse där.¹⁸ På samma sätt är det troligt att den pågående sammanpressningen av tid och rum påverkar en allt bredare uppsättning av affärsaktiviteter, allt eftersom teknologiska innovationer minskar den ekonomiska osäkerhet som följer av de tidsliga och rumsliga avstånden i de ekonomiska utbytena. De juridiska trender som för närvarande kan skönjas inom bank- och finanssektorerna – framför allt en preferens hos de ekonomiska aktörerna för porös och öppen lagstiftning – kan ut-

17. Tomaso Padoa-Schioppa och Fabrizio Saccomanni, »Managing a Market-Led Global Financial System«, i Peter B Kenen (red), *Managing the World Economy: Fifty Years after Bretton Woods* (1994), s 259–260, Paul Hirst och Graham Thompson, *Globalization in Question* (1996), s 130–136. Om spekulativa trender inom den internationella bank- och finansvärlden, se Susan Strange, *Casino Capitalism* (1986).

18. Det är också slående att den juridiska underbyggnaden för »kommers i cyberrymden« – det vill säga affärer som görs via Internet – har förblivit svårartat underutvecklad. För en beskrivning av vissa av dess rättsliga brister: Debora Spar och Jeffrey Bussgang, »Ruling the Net«, i *Harvard Business Review*, vol 74 (1996), s 125–133.

göra ett förebud om de grundläggande konturerna hos en allt viktigare uppsättning juridiska fora.¹⁹

2. Inverkan på rättsstatens skyddsfunktioner

Vad kan vi då säga om rättsstatens klassiska skyddsfunktioner? Trots sina uppenbart starka sidor, fördunklar den traditionella liberala uppfattningen de sätt på vilka den pågående globaliseringen av det ekonomiska livet kan göra vissa av dess huvuddrag anakronistiska.

Kanske är den mest omedelbara institutionella manifestationen av kapitalismens benägenhet att överskrida de tidsliga och rumsliga begränsningarna framträdandet av det gigantiska multinationella företaget. Det opererar samtidigt i många delar av världen och kan utbyta varor och tjänster över nationsgränser i hög hastighet. Ett sätt på vilket kapitalismen omvandlar den ekonomiska aktivitetens tids- och rumshorisonter är helt enkelt genom att framdriva »större« och »snabbare« firmor. Enligt de flesta beräkningar ökar globaliseringen den ekonomiska koncentra-

tionen i världsekonomin, delvis på grund av de omåttliga kostnaderna för att starta ett nytt företag som resultat av den avancerade teknologin. Oligopolistiska tendenser är mer genomträngande inom den globala ekonomin än vad som allmänt erkänns i den nyliberala retoriken eller teorin.²⁰ Eftersom de multinationella företagen i allt högre grad är i besittning av större muskelstyrka än alla utom de rikaste medlemmarna i det internationella statssystemet, förmår de också utrusta sig med juridisk auktoritet som rivaliserar med själva nationalstaten. Många av den internationella affärslagstiftningens faktiska normer bestäms direkt av de enorma »industriledande företag« som dominerar marknaden, och ett växande antal mellanstatliga ekonomiska uppgörelser pekar i riktning mot att privata företag och nationalstater placeras på samma spelplan i termer av rättslig ställning. Snart är kanske inte stater de enda juridiska enheter som är i besittning av lagligen erkänd suverän makt inom den internationella rättsordningen. Företag utövar i allt högre grad lagstiftningens »suveräna« makt, medan de har juridiska

19. För en livfull bild av de förändringar i affärspraxis som redan är på gång som ett resultat av datoriseringen, se Philip B Evans och Thomas R Wurster, »Strategy and the New Economics of Information«, i *Harvard Business Review*, vol 75 (1997), s 71–82.

20. John Stopford och Susan Strange, *Rival States, Rival Firms: Competition for World Market Shares* (1991), s 6–72, 92–97 och Robert Gilpin, *The Political Economy of International Relations* (1978), s 215–216. När jag skriver detta rapporterar en ledande tysk dagstidning att världsomspännande uppköp av främmande firmor och fusioner slog alla tidigare rekord 1997. »Euro läßt Fusionen rollen: Konzentrationswelle erreicht weltweit einen Höchststand«, i *Frankfurter Rundschau*, 15 september 1998, s 14.

»rättigheter« som inte är mindre imponerande än de rättigheter som tillfaller nationalstaten, i modern tid den traditionella innehavaren av suveräna rättigheter.²¹

Mot bakgrund av de multinationella företagens växande betydelse för det ekonomiska livet blir en allt större del av de ekonomiska aktiviteterna med nödvändighet mellanhavanden mellan företag. Men beslutsstrukturerna vid företagens mellanhavanden uppvisar »mer flexibilitet och [...] mindre konsekvens än vad som skulle göra besluten acceptabla ur rättslig synpunkt.«²² Profitjakt och konsekventa normer och procedurer går knappast hand i hand.

Till exempel föredrar multinationella företag vanligen differentierade arbets- och lönenormer, av det bekanta skälet att det förblir lönsamt att behandla arbetarna i de fattiga regioner med mindre respekt än arbetarna i de rika regionerna. Även om kontraktsrelationer kanske formellt finns mellan ett multinationellt företag och dess underleverantörer, är sådana kontrakt ofta inget mer än en order från ledningen som skrivits om i rättslig form, och de saknar i verkligheten de minimala attribut som kännetecknar det klassiska fria kontraktet, som bygger på samtycke.²³ P S Atiyahs framsynta observation att klassiska liberala former av kontrakt har

21. Industriledarna inom den internationella sjöförsäkringen är till exempel de huvudsakliga internationella lagstiftarna inom sin sfär, och storföretag spelade en avgörande roll vid standardiseringen av internationella handelskonventioner. Naturligtvis är stater »i allt högre grad beredda att utforma både inrikespolitiken och den ekonomiska politiken med hänsyn till de multinationella företag som är baserade hos dem«, vilket ofta innebär garanterade juridiska mekanismer som har skräddarsytt för att passa deras preferenser. Peter Muchlinski, »Global Bukowina« Examined: Viewing the Multinational Enterprise as a Transnational Law-Making Community«, i Teubner (red), *Global Law Without a State* (1997), s 85–89, 91. NAFTA ger företag rättigheter som hittills har förbehållits nationalstater: kapitel 11(B) tillåter privata företag att lämna in klagomål mot medlemsstater till en tremannatribunal, och medlemsstater och privata företag har lika rättigheter (!) att utse medlemmar av tribunalen. Det senaste förslaget till OECD:s Multilateral Agreement on Investments (MAI) pekar i samma riktning. För ett försvar av trenden att tillförsäkra företag rättigheter som hittills bara nationalstater har haft: DeAnne Julius, »International Direct Investment: Strengthening the Policy Regime«, i Kenen (red), *Managing the World Economy: Fifty Years after Bretton Woods* (1994), s 282–83. Muchlinski kritiserar denna nya tendens, och jag har också gjort det i min »Economic Globalization and the Rule of Law«, i *6 Constellations* (1999). Statsvetare och jurister har varit långsamma att inse de faror som det innebär att placera företag på samma juridiska spelplan som nationalstater. Politiska aktivister och intellektuella har hittills varit bättre på detta: Noam Chomsky, »Power in the Global Arena«, i *New Left Review* nr 230 (1998) s 23–27.

22. Muchlinski, »Global Bukowina« Examined«, i Teubner (red), *Global Law Without a State* (1997), s 82.

23. Ibid, s 83.

varit i avtagande i vårt århundrade, delvis som ett resultat av den allt viktigare rollen för storföretagen, i vilka »förhållandena styrs av administrativa procedurer och inte av marknadskontrakt«, blir allt viktigare mot bakgrund av det allt större utrymmet för gigantiska »globala spelare« i världsekonomin.²⁴ Kort sagt, även om vi bortser från de uppenbara institutionella skillnaderna mellan privatägda multinationella företag och nationalstater, är det svårt att hävda att den interna strukturen hos multinationella företag uppvisar ens minimala drag av legalitet. Allt eftersom de multinationella företagen får en allt viktigare plats inom världsekonomin, förlorar de klassiska liberala rättsliga formerna, som en gång i tiden var nödvändiga för att möjliggöra ekonomiska transaktioner mellan ekonomiska konkurrenter, likaså mycket av sin tidigare betydelse.

Problemet med ekonomiska relationer mellan företag är bara toppen på ett isberg. Få länder har i dag råd att nobba utsikter till investeringar från utlandet, och de multinationella företagens roll inom världsekonomin (i synnerhet deras *de facto*-monopol på avancerad teknologi) genererar ursinnig konkurrens mellan nationalstater, som tvingas att lägga sig platta för att dra till sig och behålla de utländska företagen. Det är erkänt i vida kretsar att de multinationella företagens relativa rörlighet och

enorma storlek ofta tillåter dem att neutralisera de regleringskapaciteter som den existerande nationalstaten har. Mindre välkänt är att icke-klassiska rättsliga former vanligen tjänar som ett outhärligt instrument för de multinationella företagen i deras strävan att göra detta. De strukturella fördelar som åtnjuts av de multinationella företagen i den internationella politiska ekonomin tillåter dem att få ett övertag över nationalstaten och dess en gång så imponerande arsenal av administrativa instrument. De stora kapitalistiska företagens beroende av rättsstatens klassiska skyddsfunktioner avtar likaså.

Två exempel på denna trend får räcka för stunden. Multinationella företag är som bekant underbeskattade i dag, delvis eftersom de effektivt utnyttjar diskrepanser inom och mellan nationella skatteskalor. Den internationella affärsbeskattningen uppvisar en utomordentlig ojämnhet och oordning, och multinationella företag har för det mesta gjort allt vad de har kunnat för att se till att det förblir på det sättet. Skälet till detta är nog så uppenbart: multinationella företag undviker »på laglig väg« att betala skatter genom att dra fördel av kryphål och luckor som härrör från den komplexa och inkonsekventa strukturen hos den internationella företagsbeskattningen, och de föredrar ofta *ad hoc*-förhandlingar bakom stängda dörrar, vilka genomförs av företagens

24. Atiyah, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract* (1979), s 82.

skattejurister och statstjänstemän som bestämmer hur mycket de skall betala.²⁵ I ett globalt ekonomiskt sammanhang, där 1) de multinationella företagen ofta har en aldrig förut skådad rörlighet, och 2) det verkar nödvändigt för det ekonomiska välbefinnandet att dra till sig investeringar från multinationella företag, har företagsrepresentanter uppenbara strukturella fördelar också när de går in i ad hoc-förhandlingar, också med skatterättsjurister från rika länder. På samma sätt har storföretagen (med politiskt stöd från sina hemländer) än så länge lyckats avvärja också blygsamma försök att etablera en internationell lagstiftning som kan verkställas och som utfärdar riktlinjer för affärsmässigt handlande. FN-sponsrade planer för litet sedan att ta upp kampen med ett förskräckande mått av inblandning av multinationella företag i värdländernas inre angelägenheter har slagits tillbaka, och försiktiga försök av Internationella Handelskammaren och OECD – knappast principfasta kritiker av internationellt företagande – har resulterat i rekommendationer som i bästa fall har karaktären av »mjuk« lagstiftning.²⁶ Också på detta område förefaller de multinationella företagen mestadels föredra ett in-

ternationellt regleringsscenario som dras med enorma inkonsekvenser och diskrepanser, eftersom dess inneboende struktur erbjuder mängder av kryphål som gör det möjligt att maximera de privilegier som de multinationella företagen åtnjuter inom den globala ekonomin.

De multinationella företagen drabbas inte heller i lika hög grad av att staten agerar godtyckligt som små och medelstora företag, som saknar de förras enorma resurser och rörlighet. Själva skrämselfiguren av en »orättvis« eller »diskriminerande« behandling från ett värdlands sida räcker ofta som incitament att inte investera där i vilket fall som helst. Och även efter att beslutet har fattats att investera på en särskild plats kan de multinationella företagen visa att de har få reservationer i fråga om att lägga ned och flytta någon annanstans vid tecken på att »företagsklimatet« försämras – till exempel när en nyvald regering hotar att tvinga de multinationella företagen att betala sin rättmätiga del av skatterna i enlighet med gällande lokala regleringar. Eftersom framför allt små och medelstora stater är alltmer beroende av investeringar från de multinationella företagens sida

25. Sol Picciotto, *International Business Taxation: A Study in the Internationalization of Business Regulation* (1992).

26. Muchlinski »Global Bukowina« Examined«, i Teubner (red), *Global Law Without a State*, s 90–96, Bernhard Grossfeld, »Multinationale Unternehmer als anstoß zur Internationalisierung des Wirtschaftsrechts«, i *Wirtschaft und Recht* vol 32 (1980) och Norbert Horn, »Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensnormen«, i *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* vol 44 (1980).

för sin ekonomiska utveckling, minskar dessutom deras intresse att handla fientligt och »godtyckligt« mot utländskt kapital avsevärt redan från början. Tvärtom innebär den betydelse som de multinationella företagens investeringar har för den ekonomiska utvecklingen att hugade värdstater typiskt sett tävlar om att dra till sig utländska investeringar genom att utlova vad som i själva verket utgör särskilda rättigheter och privilegier (skattelättnader, direkta och indirekta subventioner, statliga utlägg för forskning).²⁷ Därav följer att den oro som de multinationella företagen uttrycker i dag inte är föranledd av den traditionella skrämselfiguren av en oinskränkt eller godtycklig statlig fiendlig intervention mot strävan att göra vinster, utan i stället av utsikten att deras specialincitament kan vara mindre generösa än de som konkurrenterna har någon annanstans. Från de multinationella företagens perspektiv är statens »handlingsfrihet« ofta ett problem bara i den mån som den är otillräckligt lukrativ.

Den här situationen är helt annorlunda än den som utmålades av de klassiska liberala teoretikerna, som skrev så övertygande om den politiska godtycklighetens faror för affärlivet. Förvisso förblir dessa faror verkliga för vissa delar av affärsvärlden som inte förmår

neutralisera den administrativa auktoriteten genom att »spela ut« nationalstater mot varandra. För en alltmer betydelsefull sektor av den internationella ekonomin saknar likväl rättsstatens klassiska skyddsfunktioner den överordnade betydelse som de en gång hade. Om tjeckiska myndigheter misslyckas med att driva igenom lagar som kräver skydd av en kämpande, familjeägd livsmedelsbutik, som inte klarar av att betala beskyddaravgift till maffian, kommer butiken antagligen att tvingas slå igen. Detta kan ställas mot det faktum att om Coca-Cola får höra talas om motsträviga ämbetsmän, som vägrar att genomdriva anti-maffia-lagar, kan de hota de tjeckiska myndigheterna genom att ställa i utsikt att de kommer att välja en annan plats för sin nästa fabrik. I kraft av sådana hot kommer Coca-Cola inte bara att kunna försäkra sig om att anti-maffia-lagarna genomdrivs, utan kan också skaffa sig ytterligare lukrativa privilegier. Naturligtvis är det inte troligt att liknande hot från den lokala livsmedelsbutiken skulle ge upphov till något mer än en föraktfull blick från en lägre tjänsteman.

När tidiga liberaler som Locke och Montesquieu först beskrev lagens skyddsfunktioner var den kapitalistiska företagsamheten för det mesta småskalig och bunden till en särskild geogra-

27. Detta är den »nya pragmatism« i förhållandet mellan värdstater och utländskt kapital som beskrivs av Stopford och Strange i *Rival States, Rival Firms* (1991). WTO:s framgångar när det gäller att hålla aktiviteter av detta slag stängna har varit blandade: Ernest H Preeg, *Traders in a Brave New World: The Uruguay Round and the Future of the International Trading System* (1995).

fisk plats. Från den just flygfärdige entreprenörens synpunkt var de politiska myndigheter som utövade suveränitet på den platsen en kraft som man var tvungen att ta med i beräkningen. Vid 1900-talets slut reducerar den kapitalistiska produktionens omfattning och skala betydelsen av nationalstatens suveräna makt både *de facto* och *de jure*, och minskar därmed samtidigt betydelsen av rättsstatens traditionella skyddsfunktioner för de största och rörligaste kapitalenheterna. Det huvudsakliga problem som globaliseringen aktualiserar är inte så mycket att den internationella företagsamheten bara kan bevara sin autonomi genom att begränsa rättsstatens makt, utan att det enda sättet för den demokratiska nationalstaten att bibehålla sitt oberoende i förhållande till det internationella kapitalet är att motverka den så gott som globala kapplöpningen genom att ge utländska företag särskilda rättigheter och privilegier. Det behöver inte sägas att denna tävling har oroande implikationer för den demokratiska statens regleringskapacitet, för att inte tala om dess förmåga att åstadkomma ett nödvändigt minimum av ett socialt sammanhang: kapplöpningen för att förse främmande kapital med incitament att investera bidrar till en »underbudskonkurrens«, där stater välkomnar en numera välkänd uppsättning nyliberala reformer, däribland sänkningar av

bolagsskatten, tillbakadragande av välfärdsstaten och uppmjukade sociala och miljömässiga regleringar. Huruvida den liberala demokratin likväl kan hantera globaliseringens negativa biverkningar eller inte förblir en öppen fråga, för att inte tala om huruvida den kan garantera den samhälleliga konsensus som är nödvändig för dess stabilitet.

I en förbluffande omkastning av historien hotar nu de maktbefogenheter som skapades för den internationella företagsamhetens skull den demokratiska nationalstaten, medan den internationella företagsamheten ofta gör direkta vinster på specifika, oregelbundna regleringar (till exempel särskilda skattesänkningar för utländska investerare). Stater behöver ökad allmängiltighet, konsekvens och stabilitet i de internationella regleringarna för att kunna bevara sin okränkbarhet, medan de privilegierade ekonomiska intressena verkar vara helt tillfreds med juridisk inkonsekvens och oregelbundenhet hos de stater som är tvungna att uppvakta dem.²⁸

3. Inverkan på rättsstatens kalkylerande funktioner

Den sammanpressning av tid och rum som kapitalismen för med sig reser också viktiga frågor om det kapitalistiska företagets kalkylerande etos, som Weber, och många som har påverkats av

28. Denna omkastning gör på intet sätt rättsstatens skyddsfunktioner fullständigt anakronistiska. Min poäng här är helt enkelt att den gör det för de mest privilegierade delarna av företagsvärlden.

honom, betraktade som så viktigt för släktskapet med rättsstaten. Tidigare hänvisade jag till det faktum att Webers bild av den kapitalistiske entreprenören länge har varit föremål för svidande kritik. Joseph Schumpeter menade till exempel tidigt att Webers modell fördunklade kärnan i det kapitalistiska företaget, nämligen förmågan att handla på oförutsedda sätt som ofta verkar irrationella utifrån tidigare former av ekonomiskt handlande. Webers överdrivna fokus på den kapitalistiske entreprenörens kalkylerande etos påstås falla, eftersom »innovationsprocessens natur, den drastiska avvikelsen från befintliga rutiner, är något som inte kan reduceras till ren kalkylering, även om den påföljande efterbildningen av innovationen, när denna väl har genomförts, kan reduceras till just detta.«²⁹ För Schumpeter är det kapitalistiska entreprenörskapets *differentia specifica* just förmågan att åstadkomma ekonomiska innovationer genom att tränga igenom den utslitna affärsrutinens skal, något som inte fångas i en modell av kapitalismen där förutsägbarheten och beräkningsbarheten beskrivs som dess dominerande principer. För Schumpeter är den klassiske entreprenören en heroisk, till och med karismatisk figur just där-

för att han vräker över ända de metoder för ekonomisk aktivitet som bygger på förutsägbarhet och beräkningsbarhet.

Detta är inte rätt plats att välja sida i en av 1900-talets stora debatter inom den ekonomiska teorin. Men att erinra om Schumpeters kritik av Weber fäster åtminstone uppmärksamhet på det faktum att en av de inflytelserika formuleringarna av idén om en valfrändskap mellan kapitalismen och rättsstaten är beroende av en kontroversiell modellbild av det kapitalistiska företaget, åtminstone i viss utsträckning. Vilken ställning har då det kalkylerande etos som beskrevs av Weber i den ekonomiska globaliseringskontexten? I en viktig kritisk diskussion om denna fråga argumenterar Harvey för att en nyligen inträffad innovationsexplosion inom information, kommunikation och transportteknologi har givit upphov till omfattande förändringar av det samtida kapitalistiska företagens sätt att fungera. De nya ekonomiska möjligheter som ny teknologi erbjuder medför en särskild »belöning av »smart« och innovativt entreprenörskap, som får hjälp och stöd av all tillgänglig utrustning för ett snabbt, beslutsamt och välunderrättat beslutsfattande.«³⁰ Ökade möjligheter till samtidighet och omedelbar-

29. Nathan Rosenberg, »Joseph Schumpeter: Radical Economist«, i Mark Perlman och Yuichi Shionoyo (red), *Schumpeter in the History of Ideas* (1994), s 48. För textmässigt stöd för denna läsning: Joseph Schumpeter, *The Theory of Economic Development* (1934), s 79–83. Schumpeter är kritisk till Webers »tes om den protestantiska etiken« i sin *Business Cycles* (1939), s 228.

30. David Harvey, *The Condition of Postmodernity: An Enquiry into the Origins of Cultural Change* (1989), s 157.

het gör vissa former av »flexibilitet med avseende på arbetsprocesserna, arbetsmarknaderna, produkterna och konsumtionsmönstren« möjliga i en omfattning som skulle ha förbluffat tidigare generationer av entreprenörer.³¹ Framgångsrika kapitalistiska företag utmärks i dag av sin skicklighet i att snabbt anpassa sig till ny information och nya tekniker, vilket resulterar i ett »mycket intensifierat tempo för de affärsmässiga, teknologiska och organisatoriska innovationerna.«³² Sammanpressningen av tid och rum erbjuder inte bara större möjligheter till flexibilitet och rörlighet – den framgångsrike kapitalisten vet också hur han skall dra fördel av detta.

Vi gör antagligen klokt i att betrakta Harveys modell av entreprenörskap som en god beskrivning av vissa trender inom den globala ekonomin, men den ger knappast någon helhetsbild av situationen. Det vore ett misstag att överdriva den omedelbara verkan som nya teknologier har på det kapitalistiska företaget. Icke desto mindre ger hans beskrivning en värdefull utgångspunkt när

det gäller att göra ett antal nya juridiska trender begripliga.

Atiyah hänvisar till exempel till »förändringstakten i det moderna samhället« som en av källorna till nedgången för de klassiska formerna av det fria kontraktet.³³ Atiyah noterar att kontraktet i vårt århundrade, till skillnad från sina föregångare på 1800-talet, tenderar att ge de parter som är inblandade i ett ekonomiskt utbyte omfattande möjligheter att omförhandla sin överenskommelse »enligt villkor som är öppna för kontinuerlig justering så länge som relationen varar.«³⁴ Möjligheter till flexibilitet byggs nu in i kontraktens strukturer, vilket för Atiyah ger en fingervisning om att ett »växande erkännande av att möjligheten att ändra sig är en värdefull rättighet« har spelat en viktig roll i omvandlingen av kontraktsfriheten.³⁵ Min diskussion här när det gäller den sammanpressning av tid och rum som kapitalismen för med sig kastar nytt ljus över Atiyahs resonemang. Erkännandet av en rätt »att ändra sig« drivs förvisso delvis på av pågående förändringar i det kapitalistiska företagsstrukturen, enligt vilka

31. Ibid, s 147.

32. Ibid.

33. P S Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), s 713.

34. Ibid, s 717. »Den moderna affärstransaktionen är i praktiken väl lämpad att innefatta erbjudanden om att variera utbytesvillkoren, så att de passar de förhållanden som gäller vid tiden för verkställandet. Varor som erbjuds för framtida leverans kommer då sannolikt att erbjudas till de priser som gäller vid tiden för leveransen; klausuler om prisfluktuationer i byggnads- eller konstruktionsarbeten är regel snarare än undantag; klausuler om valutafluktuationer kan mycket väl innefattas i de internationella transaktionerna.« Ibid, s 714.

35. Ibid, s 756.

flexibilitet och möjligheten till blixtnabba justeringar blir avgörande för ekonomisk framgång. Kontrakten gör det möjligt för de ekonomiska aktörerna att ändra sig, delvis därför att rätten att ändra sig är alltmer oersättlig i en ekonomi som utmärks av att det blir alltmer betydelsefullt att utnyttja de möjligheter som omedelbarhet och samtidighet erbjuder. Atiyah fördunklar denna del av historien, eftersom de klassiska »verkställande« kontrakts tillbakagång hos honom framför allt kopplas samman med välfärdsstatens uppgång och tillväxten av offentlig verksamhet. Även om den i och för sig är korrekt, lyckas inte denna tolkning ge en tillfredsställande förklaring till varför flexibilitet inom kontraktslagstiftningen har blivit alltmer vanlig inom områden av lagstiftningen där varken offentlig verksamhet eller välfärdsstaten spelar en viktig roll.³⁶

Enligt de flesta är flexibiliteten särskilt utbredd inom den internationella ekonomiska lagstiftningen.³⁷ Mot bakgrund av min diskussion är inte heller detta överraskande: de »globala spelarna« har hittills visat sig vara de som är skickligast på att använda sig av nya informations-, kommunikations- och transportteknologier, och det är de som

närmast passar in i Harveys modell av det samtida kapitalistiska företaget. Det är följaktligen de som förefaller mest tillfreds med juridiska institutioner som erbjuder generösa möjligheter till flexibla sätt att lösa konflikter, särskilt när beslutsfattarna sympatiserar med den grundläggande ideologiska orienteringen hos den internationella affärsvärlden som helhet.

Analytiker av det blomstrande fältet för affärsmässig medling är till exempel i allmänhet överens om att dess juridiska struktur uppvisar föga formbundenhet och konsekvens. Den populära »hur man gör det«-litteraturen, som skräddarsys för den internationella affärsvärlden, lovprisar icke desto mindre medling mellan de inblandade parterna och menar att en sådan är överlägsen kostnadskrävande, tidskrävande och påstått rigida former av »byråkratiska« domslut, och det internationella affärslivet väljer i allt större utsträckning att lösa konflikter genom medlingstjänster i stället för att utnyttja traditionella former av domslut i domstol.³⁸ Det verkar som om den traditionella liberala rätten har blivit för stel och klumpig för de globala entreprenörerna, som hoppas kunna utnyttja de ekonomiska möjligheter som erbjuds genom sammanpressning-

36. Till exempel: *ibid*, s 759.

37. En viktig undersökning är Teubner, »Global Bukowina«, i Teubner (red), *Global Law Without a State* (1997), s 3.

38. Se artiklarna som har samlats i Thomas Carbonneau (red), *Lex Mercatoria and Arbitration* (1990). Också Jeswald W Salacuse, *International erfolgreich handeln* (1992), s 111–38.

en av tid och rum på ett optimalt sätt. I en värld där ekonomisk framgång kräver snabba reaktioner på komplexa, snabba ekonomiska förändringar medför ett system för rättslig koordinering som erbjuder stora möjligheter att fatta beslut efter omständigheterna uppenbara fördelar för entreprenörer som är i behov av många chanser att »ändra sig«. De ekonomiska transaktionerna äger i dag rum i snabbt tempo; plötsliga förändringar av marknadsförhållandena kräver flexibilitet och snabba reaktioner. Juridiska former som medger ett flexibelt beslutsfattande kan erbjuda ett ramverk inom vilket de ekonomiska aktörerna effektivt kan anpassa sig till marknadsplatsens föränderliga dynamiker.

Detta kan kontrasteras mot de klassiska metoderna för stabil och allmängiltig lagstiftning, som kan förefalla utgöra ett hinder för de blixtnsnabba reaktioner som den internationella ekonomins föränderliga diktat kräver. Den traditionella kodifierade lagen kan förefalla statisk och till och med livlös, en rest från det förflutna som inte svarar mot de senaste imperativen i en ekonomi där förmågan att anpassa sig snabbt skiljer vinnaren från förloraren.

III. Politiska lärdomar

Kapitalismens en gång så intima förhållande till rättsstaten verkar alltmer fjärran och främmande. Den valfrändskap

som har beskrivits av så många juridiska och politiska teoretiker både till höger och vänster tillhör, i det stora hela, rätts- och idéhistoriens skräphög. Även om det förblir sant att varje fungerande kapitalistisk ekonomi kräver något slags minimum av rättsligt skydd (skydd av privategendomen, ett kontraktssystem), är till och med detta minimum mer tänjbart än vad som vanligen erkänns.³⁹ Det är inte alls berättigat att omfatta uppfattningen att kapitalismen har goda utsikter att gå hand i hand med en robust rättsstat, som bygger på ett system av tydliga, allmängiltiga, stabila, framåtblickande, offentliga normer. Tvärtom blomstrar den ekonomiska globaliseringen just där sådana juridiska former saknas.

Trots denna överraskande historiska omkastning, förblir rättsstaten nödvändig för varje demokratiskt samhälle värt namnet. Tydliga, allmängiltiga, stabila, framåtblickande, offentliga normer är nödvändiga om vi skall kunna få kontroll över godtycklig maktutövning och förebygga tyranni. Det faktum att rättsstaten inte längre är nödvändig för det globala kapitalet gör den knappast mindre viktig som en grundläggande försäkrans om rättssäkerhet för medborgarna i ett demokratiskt samhälle. Dessutom har jag hävdats att rättsstaten i dag blir allt nyttigare som ett skydd för de demokratiska samhällena, som är före-

39. Om kontrakt: Atiyah, *The Rise and Fall of the Freedom of Contract* (1979). Om egendom: Karl Renner, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktionen* (1965).

mål för enorma ekonomiska intressens nyckfullhet. Godtyckligt beslutsfattande till gagn för det internationella affärlivet utgör ett växande hot mot den demokratiska statens politiska effektivitet. Om vi skall kunna avvärja den fara som nu dyker upp, ett internationellt ekonomiskt tyranni, där gigantiska ekonomiska intressen använder sig av sitt strukturella övertag för att diktera den ekonomiska och sociala politiken för resten av oss, måste vi omedelbart etablera transnationella ekonomiska, sociala, arbetsrelaterade och miljömässiga normer som kan genomdrivas; rättsstaten kan också på detta sätt fortsätta att fylla de grundläggande skyddsfunktionerna. Om inte annat så kan åtminstone sådana normer hjälpa till att minska farorna med social och miljömässig »dumpning« och därmed motverka den katastrofala trenden hos nationalstater att ge sig in i hänsynslös konkurrens för att dra till sig utländska investeringar. Om de skall kunna vara effektiva, måste dessa normer kännetecknas av många av de legalitetens attribut som beskrivs av den klassiska liberala teorin. I ljuset av de strukturella fördelar som det internationella affärlivet drar fördel av i dag, befinner det sig ofta i en ställning som ger det de bästa utsikterna att dra fördel av mångtydigheterna och diskre-

panserna inom de rättsliga och regleringsmässiga normerna. I en tidigare artikel har jag noterat att vaga former av avformaliserad rättsskipning inom den ekonomiska och sociala politiken ofta exploateras av de största och bäst organiserade intressena inom den politiska ekonomin på inrikesplanet.⁴⁰ Om jag inte misstar mig är dessa faror till och med större på den lokala arenan, där politiska mekanismer i stånd att motverka de potentiella farorna med den icke-formella rätten antingen är underutvecklade eller obefintliga. När vi har att göra med demokratiska samhällen, där de väljargrupper som utgörs av mellan- och låginkomsttagare har kunnat etablera ett visst mått av politiskt inflytande, kan åtminstone vissa av de faror som en icke-formell rätt innebär reduceras.⁴¹ Inom den samtida globala ekonomiska politiken förblir det emellertid oklart vilka samtida institutioner som skulle kunna fylla en liknande funktion.

Men gör inte de enorma kulturella, etiska och religiösa skillnaderna på den globala arenan det omöjligt att etablera en stärkt uppsättning bindande, transnationella, ekonomiska regleringar? Det finns radikala kritiker av rättsstaten som länge har argumenterat för att den moderna moraliska och politiska pluralismen nödvändigtvis underminerar det

40. William E Scheuerman, »The Rule of Law and the Welfare State: Towards a New Synthesis«, i *Politics & Society* vol 22 (1994).

41. Franz L Neumann framhöll denna punkt för över sextio år sedan i »The Change in the Function of Law in Modern Society« (1936), i William E Scheuerman (red), *The Rule of Law under Siege: Collected Essays of Franz L Neumann and Otto Kirchheimer* (1996), s 101–41.

traditionella projektet att åstadkomma rättssäkerhet genom en liberal rättsstatsmodell.⁴² Är det inte sannolikt att detta problem visar sig vara än allvarligare på den internationella arenan?

De utmaningar som »pluralismens faktum« ställer oss inför är naturligtvis större på den internationella än på den nationella arenan. Vi skulle dock antagligen göra klokt i att inte överdriva dem. Effektiva regler kan ofta åstadkommas även när de moraliska och politiska kontroverserna är vidsträckta, och allmän-giltiga regler förblir ett oersättligt instrument för att underlätta ett samhäll-
lelligt samarbete, i ljust av de det verkliga livets begränsningar i form av tid och energi, begränsningar som kan förväntas hindra de politiska och juridiska aktörerna från att lösa grundläggande moraliska konflikter. Som Cass Sunstein har påpekat i ett annat sammanhang:

[f]olk kan kräva en hastighetsbegränsning på 90 kilometer i timmen, ett förbud mot att ta med sig elefanter in i restauranger, ett maximistraff på tio år för våldtäktsförsök och mycket mer utan att ta ställning i diskussioner mellan kantianer och utilitarister [...] [R]egler minskar drastiskt nivån av oenighet mellan

de människor som är underkastade dem och mellan de människor som måste tolka och tillämpa dem. När det finns regler, behöver man inte tillgripa teorier på hög nivå för att veta vad reglerna innebär, och för att veta huruvida de är bindande.⁴³

Det finns kort sagt inget principiellt skäl till att pluralism skulle göra det omöjligt för nationalstater att samarbeta om att etablera strängare transnationella sociala och miljömässiga normer, lika väl som en mer formalistisk, genomskinlig internationell ekonomisk rätt.

Det enda svaret på rättsstatens kris är alltså mer rättsstat – som opererar på en transnationell nivå. Det är möjligt att bevara det demokratiska samhällets relativa autonomi vid konfrontationen med den internationella företagsamheten, men bara om de demokratiska staterna har ett nära samarbete för att etablera nya modeller av rigorösa, transnationella regleringar.⁴⁴

Det behöver väl knappast sägas att kampen för strikta transnationella normer säkert kommer att möta ursinnigt motstånd från både de privilegierade ekonomiska intressen och de rika nationalstater som har mest att vinna på *status*

42. I denna anda: Roberto Mungabeira Unger, »The Critical Legal Studies Movement«, i *Harvard Law Review* vol 96 (1983), s 571.

43. Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict* (1996), s 110–111.

44. För en diskussion av dessa utsikter: David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance* (1995).

quo. Men de ibland oss som känner störst engagemang för rättsstaten, liberalismens viktigaste vapen mot den godtyckliga maktutövningen, har inget annat val än att ge sig in i denna politiska strid. Jag hoppas att jag har givit ett inledande bidrag till den striden i denna artikel genom att misskreditera de föråldrade illusionerna om ett påstått släktskap mellan kapitalismen och rättsstaten.

När John Dewey skrev om *laissez fai-*

re-idéernas skadliga inverkan på den moderna liberala demokratin, fällde han kommentaren att »[t]raditionella idéer är inte bara irrelevanta. De är dessutom en belastning«. ⁴⁵ Detta är sant också i fråga om den traditionella föreställningen om en valfrändskap mellan kapitalismen och rättsstaten.

*Översättning från engelskan
av Daniel Lundgren*

45. Citerat ur John Patrick Diggins, *The Promise of Pragmatism: Modernism and the Crisis of Knowledge and Authority* (1994), s 264.