

## Frederik Thuesen Pedersen

Efter staten - globale netværk og retspluralisme?

- om Gunther Teubners visioner for retten i et verdenssamfund

### Nye toner 350 år efter Westfalen

Med tærne inde i et nyt millennium og resten af foden godt på vej, er det naturligt at overveje om vi er godt nok rustet til at forstå den tid vi bevæger os ind. Oven på flere års grasserende diskussion om globalisering og nationalstaternes afvikling gælder det specielt i spørgsmålet om hvilken fremtid der venter *retsstaten*?! Er vi på vej mod en situation hvor kongerækken af statsteoretikere – fra Bodin og Hobbes over Hegel, Kelsen m.fl. til senest Habermas – ikke længere er det naturlige sted at starte for en teori om retten da den ikke længere kan begribes med udgangspunkt i staten? Tanken er ikke længere utænkelig.

Freden i Westfalen i 1648 grundfæstede princippet om territorial suverænitets der siden har fungeret som rettens udgangspunkt på nationalt og internationalt niveau. Indadtil betød princippet staternes overhøjhed over enhver retsfastsættelse og -anvendelse, mens det på overstatsligt niveau indebar at etablering af international ret krævede staternes gensidige anerkendelse, og at international ret måtte håndhæves af dem i fællesskab. Siden 2.verdenskrig har principperne om menneskerettigheder sat visse grænser for staternes råderum, men ellers er doktrinen om territorial suverænitets i det store hele forblevet uantastet frem til i dag.

At udgive en antologi med titlen *Global Law Without a State* kan derfor stadig siges at være noget af en provokation, men det var ikke desto mindre det den tyske retssociolog Gunther Teubner gjorde i 1997 sammen med en række andre bidragydere. Teubners tese er at de senere års samfundsudvikling i retning af øget global integration også påvirker retten, og at der derfor er behov for et nyt begrebsapparat til at begribe retsudviklingen på globalt plan. To visioner kæmper imidlertid om at gøre sig gældende. Den ene eksponeres af de to seneste amerikanske præsidenter – Bush og Clinton – der begge har talt for at skabe en *New World Order* som skal baseres på et kompleks af moral,

politik og militær. Det eksisterende statssystem skal udbygges til et forbund af stater der skal udbrede 'the rule of law' til resten af verden. Man kan stille spørgsmålstejn ved om den amerikanske statsadministration stadig forfølger denne vision, USA's gæld til FN taget i betragtning med en delvis lammelse af det eksisterende globale forbund af stater til følge. Men Teubner mener at visionen er virksom og har en stærk forgænger i Immanuel Kant og hans idéer om en verdensborgerret sikret gennem en foderation af stater fra skriftet *Til Den Evige Fred*, 1795.

Den anden vision som Teubner selv tilslutter sig, hævder at retten ikke først og fremmest skal fastsættes og håndhæves af staten, men derimod af *samfundet selv!* Teubner henviser til Eugen Ehrlich som i 1913 i *Grundlegung zur Soziologie des Rechts* udformede teorien om 'lebende Recht.' Den *levende ret* havde iflg. Ehrlich sit udspring i samfundets forskellige sammenslutninger og grupper og var den i almindelighed virkende ret modsat statens *officielle ret* der først fik betydning i tilspidsede konfliktsituationer. Teubners kongstanke er derfor at udforme en globaliseret og systemteoretisk funderet version af Ehrlichs 'levende ret'. I artiklen '*Global Bukovina: Legal Pluralism in the World Society*'<sup>1</sup> der indleder *Global Law Without a State*, udformes tanken som tesen om at "global law will grow mainly from the social peripheries, not from the political centres of nation-states and international institutions." (1997:7). Teubner mener at en mangfoldighed af centrifugale kræfter i et civilt verdenssamfund vil skabe en spraglet samling af overlappende retsordner der ikke *kan* og ikke *bør* kontrolleres af staterne. Derfor må Kant/Clintons vision erstattes med en teori om *retlig pluralisme* der anerkender eksistensen af *flere overlappende retsordner* hvor statens blot udgør en blandt flere.

Man behøver ikke være enig med Teubner for at lade sig inspirere og provokere af hans tanker. Teubners vision rendyrker så at sige forestillingen om retsdannelse på baggrund af processer i det civile samfund. Ved at læse '*Global Bukovina: Legal pluralism in World Society*' i sammenhæng med de tidligere artikler om retspluralisme *Steuerung durch plurales Recht. Oder: Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft*, 1991, og *The Two faces of the Janus: Rethinking legal pluralism*, 1992, mener jeg at kunne udlede en 'teubnersk' model for en retsudvikling baseret på det civile samfunds logikker. Jeg vil dog tillade mig at kritisere Teubner for at negligere *politikens* betydning for retten og forsvare den tese at i stedet for 'global ret' *uden* stat, skulle man hellere operere med 'global ret' *i interaktion og samarbejde* med staterne. Jeg mener dog ikke at det rokker ved behovet for en retspluralistisk teori til at forstå ret og retsdannelse på globalt plan.

## Ret i et acentrisk verdenssamfund

Teubner mener at der allerede findes mangfoldige retlige fænomener i et civilt verdenssamfund som gør en teori om 'global ret' nødvendig. Det skitserer han således i forordet *Legal Regimes of Global Non-state Actors* fra *Global Law Without a State*: "Globalization of law creates a multitude of decentred law-making processes in various sectors of civil society, independently of nation-states. Technical standardization, professional rule production, human rights, intra-organizational regulation in multinational enterprises, contracting, arbitration and other institutions of *lex mercatoria* are forms of rule-making by 'private governments' which have appeared on a massive global scale. They claim worldwide validity independently of the law of nation-states and in relative distance to the rules of international public law" (Teubner, 1997:xiii). Det er i høj grad retlige fænomener relateret til økonomiens globalisering som sætter diskussionen om 'global ret' på dagsordenen, men også udviklingen på områder som menneskerettigheder, arbejdsret og oprindelige folks rettigheder som behandles af andre forfattere i *Global Law Without a State*. Den ret der bliver til via det politiske systems kontrol med lovgivningen, er ikke nødvendigvis altid den ret samfundet har behov for - et gennemgående tema i Teubners retssociologi siden han i 1982 lancerede teorien om *refleksiv ret*.<sup>2</sup> Det gælder dog specielt når samfundet må karakteriseres som et transnationalt verdenssamfund.

Forudsætningen for den traditionelle nationalstat var at den, via monopolet på udøvelse af effektiv legitim tvang, besad evnen til at kontrollere kræfter der måtte forsøge at etablere en selvstændig ekstra-statslig retsorden. Statens kontrol med territoriet gav doktrinen om statens suverænitet indhold i den forstand at parallelle retsordner kun kunne etableres med statens accept. Teubner mener imidlertid at globaliseringen, forstået som en stadig intensivering af verdensomspændende kommunikationsprocesser i en mangfoldighed af sociale systemer, er på vej til at ændre præmisserne for denne form for retsdannelse. Teubner henter sit grundlæggende begrebsapparat i Niklas Luhmanns teori om sociale systemer som man må inddrage for at kunne vurdere rækkevidden af hans vision for retten i et verdenssamfund.

Teubner knytter specielt an til Luhmanns argumenter for at det moderne samfund er *acentrisk* (Luhmann, 1984:34), og at det må beskrives som et *verdenssamfund* da den samfundsmæssige kommunikation er blevet global (ibid.:472). I dette verdenssamfund eksisterer nationalstater i henhold til et princip om territorial differentiering, men de repræsenterer ikke selvstændige samfund. Globaliseringen skal derfor heller ikke ses som en sammensmeltning af forskellige samfund med udgangspunkt i hver deres nationalstat, men derimod som en gradvis overgang fra ét dominerende princip for samfundsmæssig dif-

ferentiering til et andet - fra territorial til funktionel differentiering på verdensplan (Teubner, 1997:23).

Det betyder at en bestemt territorial tilknytning betyder mindre for udviklingen i en række af samfundets subsystemer, mens de til gengæld i stigende grad indgår i globale netværk med kommunikationskredsløb opbygget som dem selv. Hvad angår økonomien betyder globaliseringen fx at ikke kun handel, men også *produktion* i stigende grad gør sig uafhængig af geografiske faktorer. Det er ikke tilknytningen til et bestemt territorium, men derimod multinationale selskabers egne behov der spiller ind når de vælger en bestemt placering af en produktionsenhed (Robé, 1997:45ff). Med en let omskrivning af Fukuyamas tese om historiens endeligt har den udvikling af Paul Virilio fået betegnelsen *the end of geography* (efter Bauman, 1998:12). Teubner mener imidlertid at udviklingen ikke alene indbefatter økonomien, men også en lang række andre sociale systemer som videnskab, kultur, teknologi, sundhedsvæsen, transport, medier og turisme.

Globaliseringen drives dermed frem af det civile samfund og ikke af politiske institutioner, og derfor mener Teubner at en 'global ret' vil vokse ud af disse socio-økonomiske processer. Kilden til denne ret vil derfor heller ikke være etniske grupper og fællesskabers livsverden som hos Ehrlich, men tekniske processer i systemer og netværk: »The social source of global law is not the lifeworld of globalized personal networks, but the proto-law of specialized, organizational and functional networks which are forming a global, but sharply limited, identity« (Teubner, 1997:7, se også 1992:1456). Det betyder ikke at staterne vil forsvinde, men på rettens område er de på vej til at blive blot én blandt flere aktører. Den ret der vokser frem af verdenssamfundet, vil på mange områder adskille sig fra hvad vi kender fra nationalstaten. Teubner mener at forskellene kan opsummeres i fire punkter: <sup>1</sup>)Retten vil ikke følge territorielle grænser, <sup>2</sup>)lovgivning vil få svækket sin betydning som retskilde, <sup>3</sup>)rettens enhed (i nationalstaten) vil ikke kunne genskabes på globalt plan, og endelig <sup>4</sup>)vil retten ikke frembringes i relativ uafhængighed, men snarere i diffus og tæt afhængighed af andre sociale processer (Teubner, 1997:8). Om retten i nationalstaten frembringes i relativ uafhængighed af andre sociale processer, kan man i øvrigt stille spørgsmålstegn ved da et væld af formelle og uformelle mekanismer knytter ret og samfund sammen, fx høring af interesseorganisationer i forbindelse med ny lovgivning, mediernes indflydelse på samme og domstolenes brug af nævninge.

### **Retspluralisme defineret ud fra koden for retlig kommunikation**

Teubners teorier om retspluralisme i verdenssamfundet lægger sig i forlængelse af diskussionen om retlig pluralisme der har været central i retssociolo-

gjen siden starten af 1980'erne, og som jeg derfor kort vil komme ind på. Et glimrende overblik over diskussionen findes i Jørgen Dalberg-Larsens bog *Rettens Enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis* fra 1994 hvori det hedder at termen *retspluralisme* typisk bruges til at betegne ”en flerhed af overlappende retsordner *e.l.*” (1994:9). Begrebet retspluralisme blev kendt og vandt udbredelse i 1970'erne ved retsantropologiske studier i den 3.verden. Det skete specielt i forlængelse af retsantropologen M.B. Hookers studier i kolonier eller tidligere kolonisamfund og hans brug af betegnelsen om ”en situation hvor to eller flere retsregler samvirker» (efter Dalberg-Larsen, 1994:20f). Inden for et og samme politiske rum kunne der eksistere forskellige retssystemer – fx ét for hvide, ét der omfattede hovedparten af borgerne i en koloni, samt ét for bestemte etniske minoriteter. I Indien anerkendte den engelske kolonimagt fx at muslimer på visse områder benyttede islamisk ret. I nogle tilfælde var et parallelt fungerende retssystem således anerkendt, i andre tilfælde gjorde det sig gældende i det skjulte som en sædvaneret der modvirkede kolonimagtens eller statens forsøg på at håndhæve en ensartet retsorden.

I forbindelse med forsøg på at anlægge en retspluralistisk synsvinkel på moderne vestlige samfund bringes begrebet i anvendelse på en ny måde hvorfor bl.a. Teubner taler om en ’new legal pluralism.’ Retlig pluralisme beskriver nu den situation hvor normer med retslignende karakter i delvis autonome samfundssfærer eller blandt etniske og religiøse mindretal interfererer med den officielle retsorden. Begge former for ret opfattes som aspekter af det sociale. Det kendetegner også repræsentanter for den ’nye retspluralisme’ at de ikke opfatter ret som et fænomen der udelukkende bliver til via statens normproduktion og retshåndhævelse, ligesom lovgivning ikke tilskrives nogen fortrinnsstilling ved studiet af retten. Retspluralisme betegner ikke længere *adskillelsen* af to distinkte enheder – ret og samfund eller officiel og uofficiel ret – og svælget mellem dem, men derimod den *dynamiske interaktion* mellem forskellige former for normativ orden inden for samme sociale felt. Retssociologer som Sally Falk Moore, John Griffiths og Boaventura de Sousa Santos er ifølge Teubner eksponenter for denne ’new legal pluralism’ som er kendetegnet ved at ”It focuses on the dynamic interaction of a multitude of ”legal orders” within one social field” (Teubner, 1992:1448).

Teubner mener at det er en styrke ved den nye retspluralisme at den ikke forstår retten som et statisk, men derimod som et dynamisk fænomen. Imidlertid er han af den opfattelse at den nye retspluralisme mangler et ordentligt kriterium til at adskille ’det distinkt retlige’ fra ’det blot sociale.’ Hvis ret ikke er en betegnelse der reserveres for statsligt sanktionerede normer, hvordan da adskille retlige normer fra andre sociale normer, sædvaner, moral etc.? Hvornår bryder en handling med informel *ret*, og hvornår kommer den blot på

tværs af skik og brug? Retten som et distinkt socialt fænomen risikerer at gå i opløsning. Teubner foreslår derfor en definition af retspluralisme baseret på Niklas Luhmanns teori om at der findes en specifik *kode* for kommunikation i samfundets funktionelt uddifferentierede subsystemer, herunder retssystemet: »*Legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms in a given social field but as a multiplicity of diverse communicative processes that observes social action under the binary code of legal/ illegal*» (Teubner, 1992:1451). Teubner bruger også definitionen i forbindelse med karakteristikken af 'global ret', men desværre gør han sig aldrig den umage at forklare hvorledes han selv forstår den afgørende teori om kodning. Vender man sig mod Luhmann bliver man i første omgang temmelig overrasket, for hos Luhmann er koden nemlig det der sikrer retssystemets *embed!* Det fremgår af artikler som *Die Einheit des Rechtsystems* fra 1983 (på dansk i *Autopoiesis II*, 1995) eller *Die Codierung des Rechts* fra 1986.

Alligevel vil jeg mene at Luhmanns teori om sociale systemer godt kan danne udgangspunkt for Teubners retspluralisme, hvis man tager udgangspunkt i Luhmanns hovedværk *Sociale Systemer. Grundtrids til en almen teori* fra 1984. Her fremgår det at retten er baseret på normative forventninger, der kan stiliseres som det vi kender som normer (1984:379). Da normative forventninger frembringes *en masse* af forskellige sociale systemer, kræves imidlertid yderligere kriterier til selektion af de specifikt *retlige* normer: »Det er ikke eo ipso muligt at kvalificere al normativ forventning som ret. Forudsætningen er, at der kan antages en konsensus, ikke blot hvad angår den normative forventningsstil, men også hvad angår beredskabet til sanktioner og afgørelsen af mulige konflikter« (1984:386). Udover konsensus om *hvilke normer* der kandiderer til betegnelsen ret, kræves altså også konsensus om *beredskabet til afgørelse* af mulige konflikter og om *beredskabet til sanktioner*.<sup>3</sup> I værket *Recht als autopoietisches System* fra 1989 peger Teubner selv på behovet for *afgørelser* baseret på et *fællesskabs normer* som forudsætning for at tale om ret i rudimentær forstand (1989:51), men i modsætning til Luhmann nævner han ikke behovet for *sanktioner*. Også i '*Global Bukowina: Legal pluralism in the World Society*' afviser han at tilkende sanktioner en central plads i definitionen af retten, og skriver: "In contemporary debates, sanctions are only seen as one among many symbolic supports for normativity" (1997:12).

Holder vi os til ovenstående Luhmann-definition af retten, er det vigtigt at hæfte sig ved at den ikke forudsætter begrebet om en stat. Andre instanser kan foretage den nødvendige selektion af normer og mønstre et beredskab til sanktioner og afgørelse af konflikter. Faktisk mener Luhmann at det netop er hvad der sker i *alle* typer af sociale systemer: »Ligesom viden opstår ret rudimentært i alle sociale systemer og uden rekurs til den officielle ret, som

staten sætter og sanktionerer - altså også i organisationer, i familier, i grupper som bytter frimærker, i naboskabsforhold osv. Intet system kan i længere tid håndhæve kognitive eller normative forventninger, uden at der opstår viden eller ret« (1984:387). For at tage familien som eksempel – her er børns sengetid et eksempel på en forventningsstruktur med retskvalitet. Forældrene bestemmer både hvornår den ligger, de afgør hvornår den er overskredet, og de kan iværksætte sanktioner hvis junior ikke vil i seng når afgørelsen er truffet! Men selvfølgelig kun inden for de rammer som den statsligt sanktionerede ret sætter.

Derfor er det ikke alle forventningsstrukturer med retskvalitet der danner udgangspunkt for etableringen af et egentligt retssystem, men de fremhævede selektionskriterier er en forudsætning for at tale om retten og dens negation – uret. De danner dermed udgangspunkt for skemaet ret/uret som rettens kode er baseret på. Et egentligt retligt kommunikationskredsløb baseret på rettens kode kan så opstå når den ene retshandling kædes sammen med den næste, og nye elementer gennem *tilbageference* hæfter sig sammen med forudgående handlinger og strukturer. Koden kommer dermed til at fungere som *fordoblingsregel* der muliggør kopiering af forudgående strukturer over på nye hændelser, hvis hændelsen efter de tre ovenstående kriterier besidder retlig relevans (Luhmann, 1986:175; se også Baraldi m.fl.: 1998:33ff). Hændelsen kodes hvis den kan bedømmes efter kriterierne for ret, og en kodet hændelse virker som information i en kommunikationsproces som kan videreføres beriget af denne hændelse. Hændelser der ikke kan kodes, fungerer derimod som støj i kommunikationsprocessen. Koden sikrer at de elementer systemet bygges op af, er tilstrækkeligt ensartede, og at de rummer tilslutningsmuligheder for forudgående og efterfølgende kommunikation. Rettens kode er da en selektionsmekanisme ved opbyggelsen af et retligt kommunikationskredsløb, men selektionskriterierne indhold – de normative forventninger - er imidlertid en historisk og kulturelt variabel størrelse hvad der forklarer fremvæksten af forskellige retssystemer.

Retspluralisme beskriver dermed ikke forskellige normer i konflikt, men derimod den situation hvor *forskellige* systemer iagttager social handlen ved hjælp af koden ret/uret og bruger denne til at opbygge et kredsløb af retlig kommunikation. Teubners position er konstruktivistisk i den forstand at kriterierne på hvad der skal defineres som ret, fastlægges gennem juridiske og retssociologiske/ -filosofiske diskussioner om hvad ret er. Den diskussion er imidlertid ikke uafhængig af en evne til at udvikle begreber der kan beskrive hvorledes retten fungerer i forskellige sociale systemer. Derfor mener Teubner at det er ved 2. ordensagttagelse - ved at iagttage hvorledes sociale systemer selv iagttager normer som retlige eller ikke-retlige - at det er muligt at

afdække den grænse retten som social praksis drager mellem sig selv og sin omverden.

Det afgørende er at kriterierne for om en norm kan betegnes som retlig ikke afhænger af normen selv, men af den måde den iagttages. Moralske normer eller skik og brug er altså ikke dele af retten så længe disse ikke betragtes ved hjælp af koden ret/uret. Således kan selvsamme sociale handlen eller samme normer iagttages ved hjælp af en anden kode inden for et andet system. Handlen der betragtes som uret inden for retssystemet, kan betragtes som profitabel inden for det økonomiske system hvor trusler om at involvere retssystemet samtidig kan fungere som 'bargaining chips'. Den definition giver mulighed for at adskille retlig handlen fra andre former for social handlen, hvad enten koden påkaldes implicit eller eksplicit, og samtidig kan retspluralismens dynamiske og processuelle karakter bibeholdes. Ud fra denne definition kan både det interne reglement for personalet i et firma eller brugen af voldgift til afgørelse af konflikter betegnes som ret. Det samme gælder imidlertid også mafiaens ret, deres 'beskatningsregler' eller deres lov om tavshed - 'omertá', hvad Teubner selv anerkender (1989:51; 1992:1451), og hvilket er helt i tråd med hans deskriptive brug af betegnelsen *ret* om bestemte typer af meningssystemer.

### **Lex mercatoria som eksempel på ret med global gyldighed**

Herudover mener Teubner at kunne argumentere for at nogle retsordner kan gøre krav på en *gyldighed* som andre ikke kan, hvilket er baggrund for hans definition af 'global ret' som: "... a self-reproducing, worldwide legal discourse which closes its meaning boundaries by the use of the legal/illegal binary code and reproduces itself by processing a symbol of global (not national) validity." (1997:12). Teubner mener at det mest succesfulde eksempel på genuin 'global ret' udgøres af den såkaldte *lex mercatoria* - den almene internationale handelsret der i relativ uafhængighed af national ret finder anvendelse ved konflikter mellem parter involveret i kontrakter i forbindelse med international handel. *Lex mercatoria* kan karakteriseres som »... a source of law made up of custom, practice, convention, precedent, and many national laws« (Wegener, 1994:267, citeret efter Lowenfeld 1990), og den anvendes næsten udelukkende i forbindelse med voldgift der efterhånden er blevet den accepterede konfliktløsningsmodel i forbindelse med transnationale økonomiske transaktioner (Dezalay & Garth, 1996:59). Et voldgiftspanel bestående af tre personer udvalgt af de involverede parter i fællesskab afgør dermed en given konflikt ud fra skøn og i overensstemmelse med principperne i *lex mercatoria*. Fordelene er at begge parter undgår at underlægge sig hinandens retssystem, og at de samtidig kan holde afgørelser hemmelige for offentligheden!



*Lex mercatorias* historie er lige så fascinerende som retspluralismens og ligeledes præget af et spændingsforhold til staten. Den blomstrede først op i middelalderen som en praksis der rummede svar på de problemer afvigende regler i forskellige retsordner frembød for fjernhandel, men ved nationalstaternes fremkomst blev den stort set fortrængt da de ikke betragtede den som værende forenelig med deres monopol på retsafsættelse og -anvendelse (Wegener, 1994:266). Under den kolde krig fik den imidlertid en renaissance, specielt i forbindelse med transaktioner mellem vestlige olieselskaber og stater i den 3.verden associeret til østblokken, hvor modsætningsforholdet mellem øst/vest og nord/syd gjorde valget af retssystem til håndtering af kontraktlige konflikter problematisk (Dezalay & Garth, 1996:63ff). Derfor hedder det hos Dezalay og Garth: "The petroleum disputes were founding acts" (1996:75).

Den udbredte brug af *lex mercatoria* og voldgift til konfliktløsning på transnationalt plan har affødt heftig diskussion om disse blot er at betragte som en *retspraksis* der afleder gyldighed fra national ret, eller om de udgør et *selvstændigt retssystem* uafhængigt af national og international ret? (Teubner, 1997:8ff; Mertens, 1997:31ff) Teubner støtter det sidste standpunkt og underbygger det ved hjælp af den kontroversielle tese om at *kontrakter kan fungere som kilder til ret uafhængigt af staten*, selvom han mener det afvises inden for retsfilosofien siden den tyske jurist og filosof Friedrich Carl von Savigny. Allerede Hobbess mente imidlertid at en kontrakt indgået uden en offentlig magt til at *håndhæve* den var ugyldig (1651:91; kap. 14, 18.). Hegel var af samme opfattelse, men slog på at kontrakten manglede *almenhed* hvorfor han i sin retsfilosofi placerede den under kategorien 'abstrakt ret', der fordrer indfældning i sædelighed og stat for at antage gyldighed. Kontrakten var blot udtryk for kontrahenternes fælles vilje og ikke for en almen vilje: "Den identiske vilje, som får væren gennem kontrakten, er kun *fastsat gennem denne*, og dermed blot *falles*, og ikke i og for sig almen" (1821:80; §75, egen oversættelse, FTP). Hvis man konsulterer Hegels retsfilosofi, kan man altså konkludere at ret er karakteriseret ved en *almenhed* eller *generaliserbarhed* som kontrakter uden for en statslig ramme ikke besidder (se i øvrigt Luhmanns definition på ret, note 3).<sup>4</sup>

Teubner mener imidlertid at *lex mercatoria* netop er et forsøg på at honorere kravet om generaliserbarhed i forhold til kontrakter indgået uden for en statslig ramme. Hans argumentation tager udgangspunkt i at *lex mercatoria* er knyttet til globale og ikke nationale transaktioner, og på *globalt plan* findes der ikke nogen forud etableret retsorden som kontrakter kan referere til. Derfor er de nødt til selv at etablere en form for almen gyldighed. *Lex mercatoria* vokser ud af dette paradoks og omgår i praksis paradokset ved at lade kontrakterne indskrive sig i en proces der rækker ud over den enkelte transaktion og kontrakt: »The present contract extends itself into the past and into the

future. It refers to a pre-existing standardization of rules and it refers to the future of conflict regulation and thus, renders the contract into one element in a ongoing self-production process in which the network of elements creates the very elements of the system« (1997:16). Ved fortløbende indgåelse af kontrakter udkrystalliseres regler og modeller som fremtidige kontrakter kan referere til. Som quasi-domstole gør voldgiftspanelerne videre brug af argumenter med et alment sigte som også den tabende part i en given konflikt kan acceptere, og det løser samtidig deres afgørelser fra den partikulære kontekst. Dette træk bestyrkes af at voldgiftspanelerne kontrolleres og disciplineres af det globale netværk af internationale handelskamre og institutioner der beskæftiger sig med international handelsret. De samler afgørelserne og udfærdiger generelle regler og vejledninger og kommer dermed til at fungere som quasi-lovgivende institutioner.

*Lex mercatorias* umiddelbare kobling til *globale* transaktioner - som national ret ikke kan påberåbe sig - er altså første komponent i det Teubner betegner som dens *globale gyldighed*. Denne suppleres af den neutralitet som voldgiftspanelet er baseret på og deres afgørelses *generaliserbarhed* og *gentagelighed* som igen kontrolleres og gradvist kodificeres som en række principper af et globalt netværk af handelskamre. Hermed skulle indholdet i Teubners hovedtese - at den globale ret vokser frem fra verdenssamfundets periferi – samtidig gerne stå klart. Koblingen af kommunikation går imidlertid også den anden vej. De regler, principper og værdier som kontinuerlige handelskonflikter og voldgiftsafgørelser bidrager til at udkrystallisere, udstikker nogle rammer for fremtidig kontrakt dannelse og konfliktløsning. På denne vis bidrager handlinger og strukturer gensidigt til etablering af global ret: ”A global merchant’s law would belong to the multitude of fragmented legal discourses, whether the discourse is of state law, of rules of private justice or regulations of private government that play part in the dynamic process of the mutual constitution of actions and structures in the global social field” (1997:14). National ret og forskellige former for privat ret bidrager altså i fællesskab til konstitutionen af global ret!

### **En model for retsdannelse baseret på det civile samfunds behov**

Vekselvirkningen mellem kontrakter og *lex mercatoria* skaber en dynamik i forholdet mellem en spontan ’uofficiel’ ret og en organiseret ’officiel’ ret, som Teubner opfatter som en vigtig del af moderne ret (1997:17). Tankegangen kan præciseres ved hjælp af Teubners tidligere artikler om retspluralisme, hvor han hævder at historisk set har succesfuld retsdannelse forløbet over to faser. Han taler ligeledes om nødvendigheden af to adskillelser (1991:547), samt om to former for strukturel kobling og interdiskursivitet (1992:1455). På

den baggrund mener jeg at Teubner opererer med en 2-fasemodel for en ret orienteret mod det civile samfunds behov.

I 1. fase drejer det sig om at frembringe en kobling mellem et socialt felt og en 'privatretilig' diskurs. Transaktioner eller kommunikation fra det enkelte felt eller subsystem skal genkodes retligt, og derfor er koblingens funktion i 1.fase at *frembringe nyt retligt materiale* tilpasset det givne felt eller subsystems behov. Det er afgørende at det sociale felt og retsdiskursen er forbundet via en rekursiv kobling der sikrer gensidig reference mellem de faktisk forløbende processer og transaktioner i de to diskurser. Derfor skal der være så få begrænsninger på koblingen som muligt. Teubner taler om den formfrie kontrakt ('nuda pacta') og om generalklausuler som former der muliggør denne kobling på økonomiens felt (1991:539ff). Men man kunne også forestille sig at rapporter om menneskeretskrænkelser kunne have samme funktion – særligt hvis de fører til udspecificering af rettigheder der endnu ikke er kodificeret eller leverer afgørende information til domstolsbehandling af hidtil upåagtede menneskeretskrænkelser (se nedenfor).

I 2. fase kobles 'uofficiel' ret, konstitueret i 1.fase, til 'officiel' ret der enten kan være *statslig* (1991:547; 1992:1455) eller *global* (1997:17). 2. fases funktion er derfor at *organisere* og *legitimere* det retlige materiale der er frembragt i 1.fase. Det er i 2.fase at retlige normer på nationalt plan kodificeres i lovgivning, mens det på globalt plan er i denne fase at handelskamre og andre institutioner giver *lex mercatoria* en mere stabil og systematisk form. Samtidig er det i 2.fase at den frembragte rets gyldighed afklares – i hvilket omfang er den generaliserbar? På globalt plan kontrolleres det af de globale netværk der overvåger udviklingen på det økonomiske område eller menneskeretssituationen i forskellige lande.

### **Menneskerettigheder og global ret**

Har Teubners overvejelser nogen relevans ud over *lex mercatoria*? Andrea Bianchis artikel *Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors*, ligeledes fra *Global Law without a State*, dokumenterer at også på menneskerettighedernes felt skabes udviklingen i stadig højere grad af et civilt verdenssamfund. Gennem indsamling, forarbejdning og distribution af information om staters menneskeretskrænkelser samt ved at udøve lobbyvirksomhed over for nationale regeringer og internationale organisationer, bidrager NGO'erne kraftigt til retsudviklingen på dette felt hvor staterne ofte holder sig tilbage af frygt for at tage initiativer der kan blive vendt mod dem selv. Det gælder både produktion, fortolkning og implementering af internationale normer (1997:200). Bianchi peger eksempelvis på at *Amnesty Internationals* mobilisering af sine nationale afdelinger formodentlig var af stor betydning for FN's Generalforsam-

lings vedtagelse af *Deklarationen om Tortur* i 1984, og noget tilsvarende gjorde sig gældende op til vedtagelsen af FN's Børnekonvention hvor forskellige NGO'er efterfølgende kunne spore direkte indflydelse på 13 af konventionens artikler (ibid.:186f). Via netværk blandt NGO'er og andre organisationer skabes en rimeligt homogen standard for kommunikation – en retlig kode - der muliggør sammensmeltningen af moralske forestillinger og ideer til almene standarder og principper. NGO'erne aktiverer kommunikative processer der bedømmer regeringernes adfærd efter rettens kode, og de kan skabe et klima af fjendtlighed og negative attituder over for regeringer der opfører sig tyrannisk over for deres egen befolkning, hvorved den traditionelle skelen mellem bindende og ikke-bindende ret udviskes. Som den globale ret Teubner skitserer er der således også her tale om en temmeligt flydende og episodisk form for ret. Ovenstående udvikling på menneskerettighedernes område antyder at Teubners model ikke er begrænset til *lex mercatoria*.

Jeg mener imidlertid at menneskerettighedernes fremvækst efter 2.verdenskrig også kan bruges til at pege på alvorlige problemer for modeller der vil basere retsudviklingen på det civile samfunds logikker, idet udviklingen i menneskeretsbeskyttelsen hidtil i langt overvejende grad har været afhængig af *staternes* initiativer. Det gælder fx vedtagelsen af den Universelle Verdenserklæring om Menneskerettigheder i FN i 1948, og i Europa oprettelsen af Europarådet i 1949 og senere den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i 1959. Først efter at disse strukturer fra politisk hold – 'fra oven' - var bragt på plads, tog det civile samfund dem til sig. Den tidligere danske dommer ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol Isi Foighel beretter i sine erindringer *Jura er ikke nok* at domstolen de første 5 år af sin levetid kun afsagde 2 domme (1997:214), og i sine foredrag kan man høre ham fortælle at der gik op mod 15 år før enkeltindivider, advokater og organisationer blev opmærksomme på dens anvendelighed. Jeg mener det tyder på at det i mange tilfælde er nødvendigt *politisk* at frembringe institutioner og retlige strukturer – det civile samfund formår ikke at frembringe dem selvstændigt. At dette ikke er et forbigående træk ved den globale ret understreges af at hvad angår *implementering* af menneskerettigheder, fungerer NGO'ernes arbejde bedst hvis de kan henvise til etablerede konventioner og institutioner (Bianchi, 1997:190).

### **Afslutning - to traditionelle retsfilosofiske spørgsmål til Teubners vision**

Jeg mener derfor at Teubners grundlæggende tese udtrykker en optimisme man godt kan stille spørgsmålstegn ved. Hvad er garantien for at der fra verdenssamfundets periferi *vil vokse* en ægte 'global ret'? Mange lande og områder, fx i den 3.verden, har kun en meget løs tilknytning til de øvrige dele af verdenssamfundet. Og selvom de i højere grad blev *wired* i forhold til øvrige

globale kommunikationskredsløb og –netværk, er det stadig ikke sikkert de ville besidde en selvstændig evne til at generere 'global ret'. En udtalt præmis for Teubners model er at et givent system besidder ressourcerne til at etablere et netværk med beslægtede systemer på globalt plan, og formår at fremskaffe den fornødne juridiske ekspertise til at udkæmpe de kampe der skal til for at skaffe retlig anerkendelse af systemets behov. Derfor er det sikkert heller ikke noget tilfælde at det var vestlige landes behov for olie som tillod *lex mercatoria* at vokse frem som eksempel på selvstændig global ret. Den var fra starten forbundet med enorme interesser - og ressourcer. Behov i den 3.verden kan have en tilsvarende eller større berettigelse, men uden at besidde evnen til at skabe globale netværk. Jean-Philippe Robé argumenterer i artiklen *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order* fra 1997 som Teubner for at det er hensigtsmæssigt at operere med retspluralisme og en flerhed af kilder til ret på globalt plan. Alligevel drager han til slut den konklusion at der er et akut behov for at skabe politiske institutioner som kan modveje de multinationale selskabers magt: "The apparently completed apolitical and efficient system which has spontaneously organized itself urgently requires the creation of political institutions in a position to counterbalance the weighting of interests as they are now made by enterprises." (1997:71). Kun på den vis kan multinationale selskaber tvinges til i højere grad at tage hensyn til interesserne blandt dem der er berørt af deres adfærd. Også blandt bidragyderne til *Global Law Without a State* kan en føderalistisk vision for rettens udvikling i det globale samfund altså snige sig ind!

På et mere abstrakt plan mener jeg derfor man med god grund kan stille to traditionelle retsfilosofiske spørgsmål til Teubners vision for global ret. For det første hvilken legitimitet besidder den egentlig? Teubners begreb om *global gyldighed* er baseret på globale netværks evne til at frembringe ret der er funktionel og tilpasset krav om gyldighed i specifikke systemer. I tilfældet *lex mercatoria* gælder det behov relateret til international økonomi og handel. Men som det skulle fremgå af ovenstående afsnit synes denne retsorden samtidig at have problemer med at leve op til traditionelle demokratiske krav om at repræsentere almene interesser. Endvidere tæller muligheden for konfliktløsning uden for offentlighedens søgelys blandt de egenskaber der har gjort *lex mercatoria* attraktiv for multinationale selskaber. Det er imidlertid en egenskab der bringer den i direkte modstrid med et andet demokratisk ideal, kravet om offentlighed som fx Kant i *Til Den Evige Fred* fra 1795 formulerede som 'den offentlige rets transcendentale formel': "Alle handlinger, der er orienteret i forhold til andre menneskers rettigheder, og hvis maksime ikke er forenelig med offentlighed, er i strid med retten" (1795:78-79). Ingen stater lever fuldstændigt op til idealerne om en fri offentlighed og repræsentation af alle inte-

resser, men det er trods alt demokratiske retsstater der er nået længst i forhold til en institutionalisering af disse idealer. Hverken det Teubner selv kalder ”specialized, organizational and functional networks” eller stater der forfølger territorielt specifikke interesser kan påberåbe sig at repræsentere det globale samfunds almene interesser. Kun gennem interaktion mellem systemer med globalt virkefelt og stater som på hvert deres territorium kan påberåbe sig at repræsentere mere almene interesser, synes mere legitim global ret at kunne frembringes på alle de områder hvor verdenssamfundet endnu er præget af wild west-agtige tilstande. Er staterne ikke repræsentative hver for sig, forekommer det naturligt at de slutter sig sammen i forskellige former for samarbejde for at sikre et bredere legitimationsgrundlag der kan opveje funktionsspecifikke normative forventninger båret frem af diverse specialiserede netværk.

For det andet kan man spørge hvorledes retten skal håndhæves? Teubner nedtoner betydningen af sanktioner (se s.7), men det løser ikke problemet om hvem der besidder retten til at udøve tvang hvis den alligevel viser sig at være nødvendig. Tvangsmæssige sanktioner er måske ikke af stor betydning i forbindelse med konflikter der løses ved voldgift, fordi parterne ofte frivilligt indvilliger i at respektere en given afgørelse, og overordnet fordi de har behov for også i fremtiden at fremstå som troværdige handelspartnere der overholder indgåede aftaler. Men der er også former for ’global ret’ som formodentlig kun kan sikres gennem tvang; det kunne fx gælde håndhævelsen af et oprindeligt folks jordrettigheder over for andre befolkningsgrupper. En uoverskuelige situation ville opstå hvis andre instanser end staterne da skulle tillades udøvelsen af fysisk tvang, og man ville falde bagom indsigter i den klassiske retsfilosofi om at retten til at udøve vold må placeres hos én veldefineret instans der samtidig kan holdes ansvarligt for voldsmonopolets forvaltning. Også af den årsag er det svært at forestille sig global ret uden staternes medvirken.

Deskriptivt og normativt er det nødvendigt at operere med retspluralisme på globalt plan. Både fordi retsforholdene bedst kan beskrives som en mangfoldighed af overlappende retsordner, og for at fremme et samspil mellem retskilder på lokalt, nationalt og globalt niveau. Men jeg mener netop at det skal betones at global ret må blive til i vekselvirkning med stater og politiske institutioner - Teubners apolitiske vision for retten kan ikke stå alene. Jeg vil derfor svare benægtende på det spørgsmål jeg stillede indledningsvis. Jeg mener ikke at kongerækken af statstænkere har mistet enhver relevans, selvom de i dag må studeres i en anden kontekst. Deres forestillinger om ret og retfærdig kan fortsat tjene som inspirationskilder og som pejlemærker i forsøget på at skabe retsforhold der er et globalt samfund værdigt. De histo-

riske vilkår et retssamfund må tage højde for, er imidlertid nogle andre i dag end de var i den traditionelle nationalstat. Som en retsfilosofisk *agent provocateur* er det hvad sociologen Gunther Teubner må få os til at tænke over.

### Noter.

<sup>1</sup> Ehrlich var professor i jura i Bukowina, en fjern østlig provins i det nu hedengangne Østrig-ungarske dobbeltmonarki heraf Teubners titel på artiklen.

<sup>2</sup> Teubner (1982): *Refleksiv ret. Udviklingsmodeller for retten i sammenlignende perspektiv*, dansk oversættelse i: Born, A. m.fl.: *Refleksiv Ret*, København 1988. Iflg. Jørgen Dalberg-Larsen vil Teubner i sine senere artikler rode bod på at tidligere autopoietisk teori fortrinsvis har fokuseret på rettens lukkethed og dermed har forsømt at analysere "hvordan retten samtidigt var åben og lærevillig" (Dalberg-Larsen, 1995:131).

<sup>3</sup> Luhmann definerer normalt ret således: "Ret opstår følgelig uden personligt kendskab på baggrund af specifikke krav til kongruent generalisering i tidslig, social og saglig henseende" (1984:387, se også *Rechtssociologie*, 1972:94ff). I forhold til Teubner er det i nærværende sammenhæng mere hensigtsmæssigt at operere med førstnævnte definition.

<sup>4</sup> Det ligger uden for undertegnedes kompetence at vurdere dette spørgsmål i forhold til dansk ret. Det forekommer imidlertid at være i overensstemmelse med traditionen når man hos Jørgen Dalberg-Larsen får indtryk af at netop med statens accept kan kontrakten godt fungere som retskilde: "At man kan tale om formueretten som pluralistisk på en meget åbenlys måde hænger sammen med, at stater som vor egen i lange tider har accepteret, at erhvervslivet og dets aktører selv bør styre egne forhold gennem mekanismer som den private ejendomsret og den mere eller mindre rendyrkede kontraktsfrihed. Gennem kontraktsfriheden får kontrakten også en vigtig betydning som retskilde." (1994:111). I ovennævnte lærebog i erhvervsret afvises det imidlertid i det hele taget at betragte den enkelte kontrakt som retskilde, da: »Aftaler forpligter normalt ikke andre end de deltagende parter, og den enkelte aftale giver følgelig ikke grundlag for formulering af almindelige regler« (Wegener, 1994:133). Den opfattelse repræsenterer mao. den diametralt modsatte af den Teubner gør sig til talsmand for.

### Litteratur.

Baraldi, C. (1998): *GLU – Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Sammen ed Corsi, G. & Elena Esposito, Frankfurt a.M. Suhrkamp.

Bauman, Z. (1998): *Globalization – The Human Consequences*, Cambridge, Polity Press

Bianchi, A. (1997): *Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors*, i: G. Teubner (udg.): *Global Law Without a State*, Hants, Dartmouth

Dalberg-Larsen, J. (1994): *Retten Enbed. Om Retlig Pluralisme i Teorien og i Praksis*, København, Akademisk Forlag

- Dalberg-Larsen, J. (1995): *Kommentarer til »Retsystemets embed«*, i: Jens Christian Jacobsen (udg.): *Autopoiesis II*, København, Politisk Revy
- Dezalay Y. ( 1996): *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Sammen med Garth, B. Chicago, University of Chicago Press.
- Foighel, I. (1997): *Jura er ikke nok*, København, Aschehoug
- Hobbes, T. (1651):*Leviathan*, Ed. J.C.A. Gaskin, Oxford 1998, Oxford University Press.
- Hegel, G.W.F. (1821): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Hamburg 1995, Felix Meiner Verlag
- Kant, I. (1995): *Til Den Evige Fred*, København 1995, Gyldendal
- Luhmann, N. (1972): *Rechtssoziologie*, 2.erwidert Auflage 1983, Opladen, Westdeutscher Verlag
- Luhmann, N. (1982): *The World Society as a Social System*, i: Geyer, F. & Zouwen, J. (udg.): *Dependence and Inequality*, Oxford, Pergamon Press
- Luhmann, N. (1983): *Retsystemets Embed*, i: Jens Christian Jacobsen (udg.): *Autopoiesis II*, København 1995, Politisk Revy
- Luhmann, N. (1984): *Sociale Systemer. Grundrids til en Almen Teori*, København 2000, Hans Reitzels Forlag
- Luhmann, N. (1986): *Die Codierung des Rechts*, 17 *Rechtstheorie*, 171
- Mertens, H.-J. (1997): *Lex Mercatoria: A Self-applying System Beyond National Law?*, i: Teubner, G. (udg.): *Global Law Without a State*, Hants, Dartmouth
- Robé, J.-P. (1997): *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, i: G. Teubner (udg.): *Global Law Without a State*, Hants, Dartmouth
- Teubner, G. (1982): *Refleksiv Ret. Udviklingsmodeller for Retten i Sammenlignende Perspektiv*, i: Born, Asmund, m.fl.(udg.): *Refleksiv Ret*, København 1988
- Teubner, G. (1989): *Recht als Autopoietisches System*, Frankfurt, Suhrkamp
- Teubner, G. (1990): *Steuerung durch Plurales Recht. Oder: Wie die Politik den Normativen Mehrwert Geldzirkulation abschöpft*, in: W. Zapf (udg.): *Die Modernisierung Moderner Gesellschaften*, Frankfurt/New York, Campus Verlag



Teubner, G. (1992): *The two faces of the Janus: Rethinking Legal Pluralism*, Cardozo Law Review, vol.13

Teubner, G. (1997): *Foreword: Legal Regimes of Global Non-state Actors*, i: G. Teubner (udg.): *Global Law Without a State*, Hants, Dartmouth

Teubner, G. (1997): *'Global Bukowina': Legal Pluralism in the World Society*, i: G. Teubner (udg.): *Global Law Without a State*, Hants, Dartmouth

Wegener, M. (1994): *Juridisk Metode*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag