

‘Leidige tröster’: Folkrätt som naturrätt i går och i dag

1 Inledning

Ord är politik. När vokabulärer förändras kan sådant som tidigare inte kunde sägas nu uttalas av alla; det som verkade självklart i går kan inte mera uttryckas. Med nya vokabulärer uppstår nya auktoriteter. Då alla talar engelska känner de som talar det som modersmål sig berättigade att rätta alla andra. Vissa vokabulärer gäller en och samma aspekt av världen, men på specialiserade sätt. Etik och ekonomi till exempel: båda talar om det mänskliga livet, men ur olika perspektiv, med olika slutsatser. Därför måste deras jurisdiktion klart avgränsas: på sjukhus gäller etiska vokabulärer, i köpcentra de ekonomiska. Eller så får vi hoppas i alla fall. Social omvälvning medför ofta konflikter mellan vokabulärer. Gamla språkbruk börjar verka otillräckliga, så som gamla eliter. Det gäller också i juridiken: med nytt juridiskt idiom blir nya jurister auktoritativa.

Jag skulle vilja jämföra två perioder av internationell omvandling under vilka juridiska vokabulärer kolliderade. Det ena är slutet av 1600-talet, perioden efter trettioåriga kriget, det moderna statssystemets början. Det andra är det tidiga 2000-talet, också en efterkrigsperiod, eran efter det kalla kriget, när det moderna statssystemets och folkrättens gamla språk inte längre verkar kunna uttala viktiga intressen. Det som sammanbinder de två tidsavsnitten är kollisionens *form*: å ena sidan en anakronistisk vokabulär och en gammal elit som klamrar sig fast vid sina privilegier, å den andra komplexa teknologiska språk som tränger igenom det politiska livets yta för att ge uttryck till de dynamiska krafterna därunder. Den moderna folkrätten föddes ur försvaret av sekulariserad absolutism mot teologi och feodalism. I dag utmanas den politiska suveräniteten av de

nya idiomerna – ”globalisering” och ”transnationell styrning” (*global governance*). I båda tidsavsnitt verkar det ”gamla” konstgjort och fragmentariskt medan det ”nya” framstår som naturligt och universellt. Nu som då framställs förändring som en naturlig nödvändighet. Det var precis detta jämförelse av det politiska med det naturliga som gav Immanuel Kant anledning att anklaga grundarna av den moderna folkrätten – Grotius, Pufendorf och Vattel – för att vara ”leidige Tröster” (”förtretliga tröstare”). Denna anklagelse vill jag vända mot den internationella maktens nya vokabulärer.

Denna föreläsning är i tre delar. Jag ska börja med att beskriva den statsmaktens och folkrättens vokabulär som utvecklade sig i slutet av 1600-talet och början av 1700-talet, representerad av naturrättsfilosofen Samuel Pufendorf. I den andra delen kommer jag att beskriva vokabulären som används i *global governance* som på internationell nivå återger vad naturrätten hade frambringat på det nationella planet. I den tredje delen försöker jag påminna om varför Kant tyckte att fredens, säkerhetens och det effektiva styrelsesättets nya språk lämnade någonting osagt, nämligen det som han valde att kalla frihet.

2 Samuel Pufendorf: naturrätten som socialvetenskap

Krisen mot slutet av 1600-talet kändes intensivast i Tyskland. Kriget hade förintat upp till 50 procent av landsbygdsbefolkningen och omkring en tredjedel av städernas invånare. Det lokala kulturlivet var utplånat och dess ekonomiska grundval förstörd. Westfaliska freden befäste det tyskromerska rikets sönderfall. Den placerade de tre trosbekännelserna – lutheraner, kalvinister och katoliker – under särskilda territoriella regimer. Freden uppammade dogmatism, misstro och missuppfattning. Den skapade djup ångslan över tillvarons meningslöshet.

Skepticism var överallt. Klerikalt styre mötte motstånd från olika delar av renässanshumanismen: neostoicismen och tacitismen, machiavellismen och *raison d'état*, som framställde politiken som helt autonom från moral eller religion, med sina egna lagar, jämförbara med naturlagar. Framstegen inom naturvetenskaperna i början av 1600-talet – Galilei och Bacon, Newton litet senare – frambringade en helt ny syn på sanning och vidskepelse som kunde få intressanta tillämpningar i politiken och rätten.

Ur sådant material utvecklade Samuel Pufendorf, vid den tiden rådgivare till den svenska regeringen, år 1672 den första moderna regeringsvokabulären. Folkrätten var en viktig del av den. För den gamla aristoteliska skolan "rätten" deltog i det sökande efter det goda som bodde i tingens innersta väsen. Enligt Pufendorf uttryckte den sociala relationer mellan grupper som delar *olika* uppfattningar av det goda – alltså situationen i det post-westfaliska kejsardömet *par excellence*. Det nya juridiska språket talade om "civilsamhället" som styrdes av principer analoga med de som reglerade den fysiska världen. Denna syn på sociala relationer förenade Pufendorf med en framställning av den moderna staten – den westfaliska staten – som en moralisk person vars regent förväntades uppnå två saker: (a) *pax et tranquillitas* – fred och säkerhet – samt (b) *conservatio status*, att beskydda och stärka regeringen och att öka folkets välfärd. Både i nationell och i internationell rätt skulle detta uppnås genom härskarbefallningar vars bindande kraft härleddes från naturrätten. En sådan vokabulär framställde rätten varken som ett religiöst eller metafysiskt utan ett "socialt" fenomen. Dess infödda talare var varken teologer eller filosofer, utan jurister. Inte jurister i den ena eller den andra positivrättsliga uppfattningen, men specialister i *universell rätt*.

Denna vokabulär uttrycker ett intellektuellt, politiskt och professionellt projekt.

Det *intellektuella projektet* hade att göra med visshet och universalitet. Närvaron av skepticism, konfessionell antagonism och inbördeskrig i 1600-talets Europa gjorde det frestande att försöka använda naturvetenskapens språk för att tala om samhället med likadan visshet. Pufendorfs avsikt var att utveckla en särskild vetenskap som skulle fokusera på "socialitas", socialitet. Aristoteles och Grotius hade skrivit om socialiteten som en *medfödd* egenskap hos människan – kärlek – som kunde uppnås genom metafysisk reflektion. Men Pufendorf hade läst sin Hobbes och trodde inte på medfödd socialitet. Vilka regler som än existerade, var de skapade av människorna själva. Reglerna var ju inte godtyckliga av den orsaken utan uppkom genom tillämpning av förnuft på empiriska data. Det mest fundamentala faktumet om människan var hennes egenkärlek nära knuten till en stark självbevarelsedrift i ett tillstånd av beklämmande svaghet. För sådana varelser dikterade förnuftet en regel av yttersta vikt, nämligen socialitet:

"Människan framstår således som ett djur helt inriktat på sin egen överlevnad, blottat på egna resurser, oförmöget att klara sig utan hjälp från sina li-

kar men i högsta grad lämpat att befrämja ömsesidiga fördelar”. (Pufendorf, *Om de mänskliga och medborgerliga plikterna enligt naturrätten*, [1672/2001] Bok I, kap. 3, § 7)

Egenkärlek, svaghet och socialitet tillåter ett antal slutsatser – såsom nödvändigheten av att ha lagar och skatter för att säkra samhällslivet och att ha en suverän som genomdriver lagarna. Han sörjer för den fred som låter egenkärleken vända sig mot spontana sysselsättningar som produktivt arbete och handel.

Argumentet förklarade rättens universalitet. För Aristoteles hade det goda ingen universell form. Tvärtom, sunt moraliskt omdöme måste beakta särarten hos varje enskilt fall. Detta stämde överens med den skeptiska iakttagelsen av den stora mångfalden av mänskliga samhällen och mänskliga lagar. Det ifrågasatte möjligheten av normer som skulle röra hela mänskligheten. Pufendorfs sanningar var däremot universellt giltiga. Hur är detta möjligt? Genom tillflykt till den hypotes om naturtillståndet som sammanfattade det vi visste om människor överallt – nämligen att de motiverades av egenkärlek och svaghet men att de också kunde förstå behovet av socialitetens plikter. Det var ingenting specifikt med dessa drag: de hade samma universella kraft som geometrins lagar. Studiet av politiska stater genom idén om naturtillståndet gjorde juridiken till ett slags naturvetenskap.

Det *politiska projektet* var att finna en teknik för att upprätthålla samhällsfred på en varaktig grund. Naturrätten föreskrev – och här citerar jag Pufendorf – ”varje människa måste efter måttet av sin förmåga vårda och slå vakt om den mellanmänskliga samlevnaden” (Bok I, kap. 3, § 9). Men att konstatera detta var otillräckligt. Pufendorf kom från en lutheransk prästfamilj och visste att människorna var fulla av synd. Till och med när de accepterade socialitetsplikten, förstod de denna förpliktelse på olika sätt. Det behövdes en världslig härskare för att översätta det naturliga förnuftets påbud till positiva lagar som förpliktade alla.

Vad detta innebär för förhållandet mellan de universella reglerna och lokalt bindande positiv rätt är viktigt. Eftersom den positiva rätten uppkommer från suveränens befallning, kan den inte binda honom. Liberala jurister har uppfattat det här som skandalöst. Men Pufendorf anser inte alls att suveränen är *juridiskt* obunden. Han är i sin tur bunden av naturrätten. ”Folkets säkerhet är den högsta lagen”, skriver Pufendorf och börjar en lång diskussion om de lagar och straff som behövs för *pax et tranquillitas*. Fursten är till exempel förpliktad att hålla sina före-

gångares fördrag. Moderna jurister har inte varit imponerade. Eftersom naturrätten inte har någon straffpåföljd, är den inte *faktiskt* bindande. Men för Pufendorf kommer själva verkligheten till hjälp: härskaren som inte följer naturrätten kommer att ruinera sin egendom och sitt rike. Naturrättens bindande kraft sammanfaller med *raison d'état* enligt vilken man måste skilja mellan det korta och det långa perspektivet, lägga åsido sin nuvarande preferens i syfte att nå viktigare mål i framtiden. Här ligger *naturrättens sociala rationalitet*. Dess befallningar uttalas med vetenskaplig kunskap om vad som behövs för att bevara fred och säkerhet och att främja välfärd. Om den går förlorad är den sociala makten förlorad; sambandet mellan skydd och lydnad bryts. Suveränen ruineras som en rationell konsekvens av sitt misslyckande med att regera rätt.

Samma principer gäller på det internationella planet. Argumentet om egenkärlek och svaghet gav en trovärd bild av Europa som en uppsättning av egoistiska men suveräna stater, beroende av varandra, i vilkas intresse det låg att samarbeta, inte att slåss. I motsats till Grotius förkastade Pufendorf åsikten att furstar hade en allmän rätt att implementera naturrätten. Krig skulle inte föras mot Amerikas indianer på grund av deras påstådda kannibalism – endast om de faktiskt förorsakade skada för oss. Krig var inte straff utan försvar av vars säkerhet och egendom. Våra gärningar i krig måste vara förenliga med framtida fred och säkerhet. Folkrätten hade inte att göra med religiösa frågor eller samvetsfrågor. Som rätten i allmänhet, bestod den av kalkyler av för- och nackdelar, intäkter och kostnader.

Detta passar in på det *professionella projektet*. Att regera är en komplicerad uppgift: "konsten att regera – skrev Pufendorf – är så svår att den kräver människans hela förmåga ...". Därför borde härskare "göra visa män och sådana som är väl bevandrade i mänskliga angelägenheter till sina vänner och hålla smickrare, oduglingar och alla som inte lärt sig någonting annat än dårskap på avstånd". Naturrätten stiger nu fram som den auktoritativa vokabulären som höll igång den nya ordningen. Naturrättsexperten framträdde samtidigt med moderna regeringsmetoder från moderna universiteten – *raison d'état*, *Staatskunst*, jämförande övningar: *ius publicum universale*. Naturrätten uppstod som grundläggande för andra statsvetenskapliga discipliner, och som en oundgänglig metod för vetenskapligt regerande och det rätta fackspråket för en rådgivare till fursten: vetenskapligt sann och universellt bindande.

Pufendorf var ju själv anställd vid det svenska hovet varifrån han flyttade till Preussen och koncentrerade sitt senaste arbete på en undersök-

ning av vissa monarkers statsmannakonst. Under 1700-talet började naturrätten integreras alltmer med specialiserade statsvetenskapliga discipliner som kameralism och *Policeywissenschaft*. Den utvecklades till en sofistikerad regerandets teknologi som nådde sin höjdpunkt i de historiska och jämförande undersökningar vid universitetet i Göttingen, såsom till exempel Gottfried Achenwalls ”*Statistik*”, en metod för att samla information från alla stater för att förklara orsakerna till deras styrka eller svaghet och kunna utveckla vetenskapliga regeringsprinciper med hänsyn till varje stats reella intressen och politiska situation.

Pufendorfs vokabulär lät i sin rigorösa empirism som naturvetenskap – men skilde sig från denna genom sin moraliska prägel. Genom sin stränga rationalism påminde den också om filosofin, från vilken den skilde sig genom att den gjorde anspråk på att vara tillämplig i praktiska regeringssammanhang. Denna övergång till någonting ”mitt emellan” – som i Tyskland kallades ”eklektisk filosofi” – hade viktiga konsekvenser för folkkrätten. Den befäste den politiska suveräniteten och gav officiell status åt den antropomorfa metaforen; stater som ”moraliska enheter” bundna av det naturliga förnuftet. Detta var varken teologins sjunde himmel eller machiavellismens mörka förnuft. Det uttryckte en *social rättskonception* som kunde användas till att förklara vilken nuvarande regim som helst som en reflektion av djupare mänskliga nödvändigheter.

3 Naturrättens dolda karriär

Jag har nu talat mycket om en avlägsen period och en litet känd person med ett roligt namn. Varför? Som jag blev lärd vid den juridiska fakulteten i Helsingfors på 1970-talet, är naturrätten död. Men när jag sedan specialiserade mig på folkrätt vid finska utrikesministeriet och Förenta Nationerna, byggde varje doktrin, varje rättslig institution på antaganden som Pufendorf hade formulerat. Det var omöjligt att driva ut naturrätten; alternativet tycktes alltid vara en helt godtycklig voluntarism. Någon form av ”djupare” logik om samhällslivet behövdes.

Från och med slutet av 1800-talet har folkrättsjuristerna ansett ”suveränitet” stå för statlig egoism, godtycke och absolutism. Motsatsen till suveränitet var bindande folkrätt. Men var folkkrätten verkligen bindande? Det inflytelserikaste svaret på denna fråga gavs av den österrikiska statsrättsjuristen Georg Jellinek år 1880: Stater är bundna av fördrag på grund av sin egen vilja. Men detta betyder inte att de kan överge sina förpliktelser hur som helst. För denna vilja är inte fri. Den begränsas av

vad Jellinek efter Pufendorf och hela naturrättstraditionen kallade *Staatszweck* – statens ändamål, nämligen att sörja för folkets skydd och välfärd. Detta var möjligt endast genom samarbete med andra. Den internationella världens natur – *Natur der Lebensverhältnisse* – krävde att stater håller sitt ord.

Folkrätten var alltså, som också jag lärde mig säga, ett ”socialt fenomen”, och det berodde enbart på hur man uppfattade ”social” om man slöt sig till optimisterna eller pessimisterna: altruism eller egoism? Grotius eller Hobbes? Detta var också Pufendorfs fråga. På 1950- och 1960-talen strävade jurister från de juridiska fakulteterna vid Yale och Columbia efter att skapa ett robust sociologiskt språk för att backa upp folkrätten mot den i deras ögon anakronistiska formella diplomatin. På 1970- och 1980-talen utvecklades mänskliga rättigheter, miljöskydd och internationell handel till självständiga vokabulärer som uttryckte nya funktionella behov. Frågan om nya traktaters eller institutionernas ”bindande kraft” besvarades med sociologisk generalisering: ömsesidigt beroende eller upplyst egen nytta.

Men få var de jurister som undersökte vad det här betydde. Det var tillräckligt att arbeta med formella rättsregler: fördrag, rapporter, beslut och så vidare, och att förklara dem alla som produkter av någonting liknande ett samhällskontrakt mellan regenter – någonting mellan vetenskaplig hypotes och historiskt faktum. Ställda mot väggen påstod juristerna att det inte var deras uppgift att förklara hur detta fungerade utan sociologernas uppgift. Ändå skulle de hoppas att det var *dem* fursten skulle lyssna till, inte *de där människorna*.

4 Den nya naturrätten

Efter slutet på det kalla kriget – 1989 och allt det där – blev suveränitetens, diplomatins och politikens språk föremål för attack överallt. Alternativa vokabulärer växte upp som svampar ur jorden: handel och mänskliga rättigheter, miljö och säkerhet, kampen mot straffrihet och terrorism, integration, migration, religion, alla hade sina infödda talare, institutioner och politiska projekt. Suveräniteten hade förlorat sin övertygande kraft, åtminstone i västen och åtminstone tills alldeles nyss. Ta till exempel debatten om humanitär intervention. Suveräniteten skulle väl ändå inte hindra ingripande om tusentals liv stod på spel. Den var inget mantra eller tabu. Vi respekterar den i den mån den gör det möjligt för oss att uppnå värdefulla mål såsom *pax et tranquillitas*, lycka och säkerhet

för befolkningen. Om meningen med suveräniteten är att den ska sörja för allt detta, så kan den väl inte åberopas för att underminera det. Eller tänk på miljöproblemen. Under suveränitetens vokabulär ställs källstatens rätt att vidta ekonomiska och teknologiska åtgärder helt enkelt emot målstatens rätt till en ren miljö. Ingen lösning kommer att finnas. Det behövs en vokabulär *utanför suveräniteten*. Varifrån skulle den komma?

Den traditionella responsen var att stifta nya och bättre regler – avtal, resolutioner, deklarationer och så vidare. Men det finns ett allvarligt problem med regler – nämligen deras bristande flexibilitet, deras oförmåga att ta hänsyn till specifika omständigheter. Föreskrifter om humanitär intervention kommer alltid att godtyckligt skilja mellan de fall som överstiger interventionströskeln och fall som med minsta möjliga marginal inte når upp till den. Och de kommer samtidigt att auktorisera kränkningar just till den punkten, precis under interventionströskeln. En regel som skulle förhindra all förorening verkar säkert förnuftig om den tillämpas på en utvecklad stat med en konkurrenskraftig ekonomi, men totalt förfelad om den används till att hindra ett fattigt land att utveckla sådana billiga med ganska litet miljöskadliga teknologier som andra alltid använt.

Av dessa skäl har inget formellt eller konstitutionellt system uppstått på det internationella planet. Diplomatin har inte ersatts med legalism. I stället har den nya folkrätten transformerats till ändlöst flexibla kooperativa ramverk. En invecklad förvaltningsvokabulär uppkom, som talar varken om suveränitet eller regler utan om *mål, värden och intressen*. Sluta bekymra er över den rättsliga eller den institutionella formen! Räkna ut för- och nackdelar, intäkter och kostnader! Rationalisera, optimera, kalkylera. Allting blir förhandlingsbart och korrigerbart med tanke på att uppnå optimal resultat. Bomben tickar och tortyr kunde kanske rädda liv

Den nya vokabulären introduceras i sex etapper.

4.1 Från institutioner till ”regimer”

Det första steget består av att beskriva internationella normkomplex inte som formella institutioner, utan som ”regimer”, det vill säga direktiv, värden, och praxis inom specifika sakområden som är beroende på tillgängliga teknologier för kunskapsproduktion. Där den gamla vokabulären talade om formell kompetens, representation och ansvarsskyldighet är regimens språkbruk helt funktionellt. De är skrivna enligt det strategiska handlandets grammatik och den används för beslut från fall till fall. Juris-

terna inviteras att debattera "regimplanering" – dvs. att skaffa kriterier för medlemskap och centralisering, med hänsyn till *flexibilitet* och *optimala resultat*. Regimteorins upphovsmän påpekade att meningen var att undvika att "slira ner i formalism" (uttrycket är hans). Det här exemplifierades till exempel av det skandalösa sätt på vilket instrument sådana som Kellog-Briandfredspakten av år 1927 betraktades som "lag" – uttalat av en av dessa experter – "fastän de inte hade några beteendimplikationer" (Robert Keohane, 'The Analysis of International Regimes: Towards a European-American Research Programme', in Volker Rittberger and Peter Mayer (eds) *Regime Theory and International Relations* [Oxford: Clarendon Press. 1993], 23–47, 27).

4.2 Från regler till "reglering"

Det andra skedet raserar skillnaden mellan formella regler och informella direktiv. I regimer är "legalisering" ett val av politisk linje som ibland dikteras av strategiska intressen, ibland inte. Den nya litteraturen är full av analyser av hårdare och mjukare regleringsmetoder. Eftersom målgrupperna antas bete sig som strategiska aktörer, måste direktiven bli lika strategiska: ibland käpp, ibland morot. Mjuk reglering alternerar med hård, privat tvång med offentligt.

Den akademiska forskningen kring reglering är helt instrumentell. Resultaten presenteras som variabler för att stärka den existerande regimen eller att skapa en ny. Som det nyligen stolt proklamerades i en undersökning av internationella institutioner: "our approach also provides an appropriate formulation for prescribing policy and evaluating existing institutions" (Barbara Koremenos et al., 'The Rational Design of International Institutions', 55 *International Organization* [2001], 767). Pufendorf – och hans furste – skulle ha varit stormförtjust.

4.3 Från regering till "governance"

Det tredje skedet består i en övergång i vokabulär från formell "regering" till informell "governance". Om "regering" betecknar administration och maktfördelning med formell ansvarsskyldighet, så refererar "governance" till faktiska kutymmer och är inriktad på maximerat produktionsvärde – i likhet med de företagsteknologier från vilka termen har utplockats. I stället för juridisk tvistlösning talar man om problemlösning – oftast genom assistans eller "facilitering", ibland genom underhandling eller adminis-

trativa åtgärder. Under denna vokabulär kan obegränsad internering, till exempel, äga rum genom administrativt dekret. Makten att upphäva lagen välsignar den slutliga segern av "governance" över regering.

4.4 Från ansvar till "iakttagande" eller "compliance"

Det fjärde skedet är att ge upp fixeringen på överträdelse och olaglighet, särskilt formell tvistlösning och domstolar. Som en avskräckande mekanism passar den juridiska ansvarigheten inte alls i ett internationellt sammanhang där rutinerna är få, situationerna otypiska och intressena stora. Att åberopa ansvar kan ofta vara kontraproduktivt. Det undergräver solidariteten i förhållande till regimens mål. I stället för "kontraktsbrott" talar nya miljövårdstraktater idag om "icke-iakttagande" (non-compliance). I stället för domstolar etablerar de mekanismer för rapportering, diskussion och assistans: informell påtryckning och subtil övertalning som socialt förankrade garantier för konformt beteende.

4.5 Från lag till "legitimitet"

Dessa föregående stadier pekar från normativa mot empiriska vokabulärer som inte kan skilja mellan tvång och rätt, eller *gunman* och *taxman* i HLA Harts språkbruk. Hur ska man dra den gränsen? Eller för att tänka som Pufendorf – hur ska man acceptera Hobbes men låta som Grotius? Med hjälp av "legitimitetens" vokabulär.

Begreppshistorien lär oss att de tidigaste exemplen på användning av "legitimitet" sammanfaller med "legalitet". Något var legitimt om det var lagligt. Men regimanalytikern vill veta någonting annat: varför eller när *skulle* lagen åtlydas? När västerländska experter deklarerade att interventionen i Kosovo 1999 kunde ha varit olaglig men var helt legitim, var deras syfte just att finna en normativ vokabulär som åsidosatte formell validitet. Detta var emellertid inte för att gå tillbaka till den tidigmoderna föreställningen om det politiskt "goda". Som den ledande legitimitetsteoretikern, Thomas M Franck säger, "legitimitet" är agnosticismens språkbruk.

"Legitimitet" är medelbart ord, retoriskt effektiv endast så länge som det inte kan bindas till formella regler eller moraliska principer. Under den weberska utsikten är legitimitet ett slags inställning till auktoritet och "en känsla av förpliktelse". Som sådan – som en psykologisk "känsla" – öppnar den sig för empiriskt studium. Statsvetaren beskriver bara den

”operativa process” genom vilken denna ”känsla” internaliserar en yttre standard. Som sådan är legitimiteten indifferent i förhållande till alla omständigheter: fruktan, begär, manipulation, vad som helst.

Legitimitet handlar inte om normativ substans. Meningen är ju att *undvika* sådan substans men att trots allt upprätthålla ett *sken* av substans. Den är därför lämpad för produktion inom kommunikationsindustrin, också den akademiska publikationsverksamheten. Hör hur Chayes och Chayes uttrycker det i sin allmänt använda bok om iakttagandet av internationella överenskommelser:

”The American people have not always understood that even when the United States has the military or economic power to act alone, the effectiveness of its actions might be undermined if it did not seek and achieve a degree of international consensus to give its actions legitimacy.” (Abram Chayes & Antonia Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements* [Harvard University Press 1995], 41)

Målet är kontroll. Den normativa strukturen är på plats. Handling är besluten. Den enda återstående frågan är hur målet skall nås med minimal kostnad. Det är här *legitimiteten* behövs – för att garantera publikens sympati för det som måste ske.

4.6 Från jurister till experter på internationella relationer

Det sjätte och sista skedet är en förändring i fråga om vem som skall bli auktoritet. Under 1990-talet började jurister bli inbjudna att samarbeta med experter på internationella relationer – särskilt vid amerikanska universitet. Endast begränsat samarbete ägde dock rum, eftersom det förblev oklart hur mycket utrymme som skulle lämnas åt formella begrepp som ”suveränitet” och ”bindande kraft”. Eftersom regimexperterna påstår, att ”regeringarna förhandlar endast om regler som de har för avsikt att följa” blir rätten endast en bisak. Varför skulle någon bry sig?

I en bok publicerad 2005 hävdar Jack Goldsmith – känd som författaren av en promemoria om flyttning av fångar från Afghanistan till orter där kan torteras, numera professor vid Harvard och Eric Posner från Chicago – att den gamla uppfattningen att de flesta stater följer de flesta folkrättsliga reglerna, stämmer endast för att juristerna presenterar faktiskt beteende som regel (Jack Goldsmith & Erik Posner, *The Limits of International Law* [Oxford University Press 2005]). Detta ger emellertid

ingen förklaring på frågan *varför* stater beter sig som de gör. Om, som de hävdar, staternas beteende förorsakas av, och borde förklaras med hänvisning till "ett sammanträffande mellan intresse och tvång", blir det helt irrelevant att säga att det handlar om "lag" eller "bindande kraft". Vokabulärerna gällande "avtal", "bindande kraft" och "formell tvistlösning" ersätts med samhällsvetenskapliga vokabulärer beträffande "förklaring" av beteende och uppnående av "iakttagande" (*compliance*). Låt mig citera ur Goldsmith och Posner: "Det finns en mera sofistikerad folkrättslig litteratur inom det samhällsvetenskapliga delområde som behandlar internationella relationer".

Folkrätt som ger uttryck för speciella intressen i funktionellt diversifierade regimer inom global governance och kontroll är en slags naturrätt, Naturtillståndet, som uppnås som en abstraktion av den positiva rätten, nu består av funktionella system: handel, mänskliga rättigheter, miljö, säkerhet, diplomati och så vidare. Eftersom det inte finns någon sanning utanför sådana vokabulär, kan de alla också inom sig återskapa den suveränitet som nationalstaten förlorad. Managerialismen blir absolutism, juristen en rådgivare till den funktionella maktinnehavaren genom den nya naturrättens språk: från institutioner till regimer, från regler till direktiv, "governance" i stället för regering och "compliance" i stället för ansvar. Den normativa optiken erhålls från en "legitimitet" avpassad enligt internationella relationer – den högsta domstolen i en manageriell värld.

5 Kant och folkrätten i dag

Jag kommer nu i min slutliga del till Kants kritik av den moderna naturrätten.

Folkrättsjuristerna har alltid varit förvånade över att Kant i sin *Zum ewigen Frieden* (1795) avfärdar folkrättens fäder – Grotius, Pufendorf och Vattel – som "*leidige Tröster*", förtretliga tröstare. Varför skulle Kant vilja angripa deras försök att humanisera relationerna mellan nationer? Kant menade väl dock inte riktigt det han sade ...

Men jag tror att Kants kritik av den tidigmoderna naturrätten kan tillämpas i dagens akademisk debatt. För Kant, till skillnad från Pufendorf, är rätten ingen vokabulär för teknisk governance. Den är ett projekt, eller bättre, föremålet för ett projekt för att åstadkomma vad Kant – kanske litet dunkelt – kallade "*Reich der Zwecke*", **ändamålens rike**. Naturligtvis hade rätten en funktionell aspekt, liksom ekonomin och säkerhetsteknologin. Men i motsats till dessa är rätten inte *enbart*, eller *ens till*

överbäggande del, instrumentell. I stället är den ett plan där vi genomför våra projekt och bedömer och kritiserar andras. Den är en plattform där vi, som Kant skulle säga, gör verklighet av vår frihet. För Pufendorf var den rättsliga relationen den mellan härskare och undersåte, för Kant är det den mellan medborgare.

Pufendorf skrev 1673 följande om ändamålet med staten och statens rätt:

”Det främsta ändamålet med stater är att människor genom ömsesidigt samarbete och bistånd kan vara trygga för de förluster och skador som de kan och brukar tillfoga varandra. För att erhålla detta av de människor med vilka vi lever i samma samhälle är det inte tillräckligt att vi ömsesidigt överenskommer att inte tillfoga varandra skador, eller ens att blotta viljan hos en överordnad kungörs för medborgarna; fruktan för straff är nödvändig, liksom beredskapen att verkställa det omedelbart. För att uppnå sitt ändamål bör straffet vara väl avvägt så att det tydligt kostar mera att bryta mot lagen än att lyda den; straffets stränghet måste väga mer än det nöje eller den fördel som vunnits eller förväntats genom brottet. För människor kan inte låta bli att välja det minst onda av två onda ting” (Bok II, kap. 7 § 3).

Allt i detta språkbruk var anstötligt för Kant: degraderingen av stater till mekanismer för att undvika ”förluster och skador”, idén att laglydnad är baserad på en uträkning av för- och nackdelar, intäkter och kostnader, och bilden av människorna som passiva slavar under sina njutningar. För Kant, erbjöd naturrätten säkerhet och välstånd till ett alltför högt pris: människans frihet. Detta, tror jag, gäller också för de nya vokabulärerna om governance och legitimitet.

Det nya språkbruket har uppstått från kritiken av folk rättens oförmåga att skapa säkerhet och lycka under globaliseringen. Det behövs ett nytt språk som kan översätta intresset för lycka och säkerhet i globalt effektiva handlingsprogram. Men om denna vokabulär är direkt inriktad på säkerhet och lycka, måste den vara långtifrån universell och hopplöst spekulativ. Har vi tillträde till andra människors fruktan och förhoppningar? Kanske är just några människors lycka orsaken till andras otrygghet? Eller tvärtom? Är humanitär intervention tillåten under FN-stadgan? Tja, ja och nej, skulle juristen svara. I stadgan talas det om både fred och mänskliga rättigheter. Utöver detta finns det enbart spekulation över vad som kunde vara en ändamålsenlig tillämpningsmetod. Nog kan den här frågan lösas. Men den kan inte avgöras genom själva vokabulärerna gällande fred och mänskliga rättigheter *utan att anta att vi redan gjort vårt val*.

Detsamma gäller för alla de nya vokabulärerna: handel och miljö, säkerhet och rättigheter, och så vidare. Om konflikterna i världen beskrivs som en krock mellan funktionella språk, kan dessa språk inte användas till att lösa dessa konflikter – det vill säga de kan inte användas så utan att man samtidigt bortser ifrån vad Kant ansåg beträffande frihet.

Liksom det sena 1600-talet präglas vår tid av oförenliga vokabulärer – handel och mänskliga rättigheter, teknologi och miljö, säkerhet och frihet, governance och diplomati. Den manageriella intuitionen skulle betona behovet av ”balansering”. Men vilka värden ska man då ”balansera”? Hur ska man mäta dem? Skulle framtida fördelar ha samma värde som nuvarande – och hur skulle det gå med de som inte är närvarande i balanseringsprocessen? Det här är inte rättssystemens utan sanningssystemens värld och språk. Var och en bestämmer enligt sin speciella logik, utan politiskt motstånd: den instrumentella kunskapens hybris. Vilket språk som till slut blir förhärskande är enbart en maktfråga: vilka experter lyckas klara det?

Mot detta ställer Kant vad han kallar **rättstillståndet**. Det är ett tillstånd av indeterminism. Som Kant betonar, preciserar regler aldrig villkoren för sin tillämpning. Det behövs omdöme. Det är just detta faktum som inte passar i naturrättsjuristernas värld. Det var ju *mot* omdöme och *för* sanning som naturrätten en gång skapades. Omdömet ersätts av fiktionen att tekniska eller empiriska vokabulärer skulle fungera utan omdöme – en fiktion som var nyttig för att behålla furstens öra. Och det var denna fiktion som kritiken av det rena förnuftet riktade sig emot: Kants angrepp mot den rationalistiska utopin å ena sidan (Leibniz-Wolffskolan) och den empiriska civilfilosofins apologi. För Kant gällde det att privilegiera det praktiska förnuftet gentemot det teoretiska, och omdöme gentemot instrumentell kalkylering. När sanningsvokabulärerna blir tysta, bedömer man endast särskilda fall.

Jag skulle vilja avsluta genom att säga några ord om vad detta kunde betyda.

I tillägget till *Zum ewigen Frieden* skiljer Kant mellan ”den politiska moralisten” och ”den moraliska politikern”. Den förre, skriver han, ”underordnar principerna syftet ” (Immanuel Kant, ’Perpetual Peace. A Philosophical Sketch’, i *Political Writings* [Cambridge University Press 1991], 118–121). Den politiska moralisten sköter funktionella system och talar det instrumentella idiomet. Men eftersom dessa idiom är öppna och i strid mot varandra, blir användningen av dem, i kantskt språkbruk, *Schwärmerei*. Val måste träffas, tolkning bör äga rum, omdöme måste

gälla. Användning av den tekniska vokabulären döljer detta. Politisk bedömning ser ut som en övning i teknisk färdighet. Resultatet blir att ingen tycks regera. **Men medan makten förblir, försvinner ansvaret.** Detta är "realismen" i vad Foucault kallade "gouvernementalité", maktutövning genom tekniska diskurser som verkar motiverade genom sin förmåga att skapa säkerhet och välfärd. Men i kantskt språkbruk är detta att sätta "... människan i samma klass som andra levande maskiner", och enligt honom, räcker det att man blir medveten om vad som händer "för att i sina egna ögon bli de eländigaste av alla jordiska varelser".

Kant ansåg att lagtroheten inte innebar trohet mot någon speciell politisk eller funktionell substans. Vad lag skulle mena bestäms genom lagtillämparens omdöme. I motsats till modern rättsteori, erbjöd Kant inte någon rättslig hermeneutik, ingen modellvokabulär för tolkning och juridisk beslut. I själva verket hade Kant litet att säga om tekniska jurister – utom att avfärda några av dem som "förtretliga tröstare". Däremot hade han mycket att säga om den "moraliska politikern" vars uppgift var att använda språket med respekt för idealet i "*Reich der Zwecke*", för att söka efter maximalt frihet.

Tolkning och bedömning är en del av det institutionella förfarandet att tillämpa lagen på ett visst sätt i stället för ett annat. Kant tänker på just detta när han skisserar tänkesättet hos den moraliska politikern som är medveten om att det rätta beslutet inte kan härledas ur det instrumentella förnuftet och som i sitt tolkningsarbete och sina beslut strävar till att handla som, vad Kant kallar, en "äktarepublikan" med överblick av helheten. Vad kan det här betyda? Som bekant kompletteras Kants politiska teori av hans analys av den föreställningsförmåga som verkar i estetisk bedömning. Den estetiska bedömningen är varken inordnande under något rationellt eller helt subjektivt känslouttryck. Den utgör en inbjudan till åhörarna: är det här inte någonting som ni också skulle kunna acceptera? Att besluta som jurist och att tala om den gällande rätten är att göra anspråk på något som allmänt kan accepteras – skillnaden mellan att säga "detta är sant" eller "detta är bra" å ena sidan, och "detta är gällande rätt" å andra sidan, markerar avståndet mellan natur och frihet, en avgränsad identitet och universalitetens möjlighet eller horisont.

Men de juridiska vokabulärerna hör inte bara till jurister. De används i politiska strider och ger uttryck för politiska positioner. Folkrätten syns i allt högre grad i slagord och politiska tal som något som inte utgör ytterligare en metod för global governance. Betrakta debatten om kriget i Irak, om tortyr eller om handel och miljö. Folkrättsjuristerna förväntas

inte inlåta sig i tekniska hårklyverier. I stället används rätten för att lugna ängsliga själar, men även för att ge uttryck för frustration och vrede. Det moraliska patosets och religionens vokabulärer finner få åhörare. Institutionell politik innebär ofta partistyre. Därför, tror jag, har folkrätten plötsligt blivit nästan den enda offentliga vokabulären som är förbunden med en transcendent horisont, ett slags sekulär tro. När transnationella företag far hårt fram med miljön, mäktiga stater inleder krig eller globaliseringen rubbar samhällen hör jag ofta vädjanden till folkrätten. Det är konstigt och även något pinsamt att filosofer som Jürgen Habermas eller globaliseringskritiker som Joseph Stiglitz ständigt vädjar till folkrätten. Det gör de, antar jag, inte för att återopa särskilda regler eller institutioner, utan som platsmarkering för godhetens och rättvisans samt solidaritetens och ansvarighetens språk. Det här är Kants kosmopolitiska projekt, korrekt förstått: inte ett slutmål eller ett partiprogram utan användandet av kritiskt förnuft för att bedöma förhållandena i dag enligt ett universalistiskt ideal – ett ideal som självt inte kan omformas till en institution eller en definitiv regel eller styrelseform utan att förstöras.

Ord är politik och vokabulärer är manifest. I slutet av 1600-talet förenade sig suveränitetens poesi med den sekulära statens grammatik. Resultatet blev ett nytt slags auktoritativt språk och en ny klass av kompetenta talare. Naturrättens språk besatt en verklighetseffekt emot vilken kärlekens och fromhetens gamla idiom framstod som nostalgiska eller cyniska. Kant läste den nya poesin utmärkt, men var inte så tilltalad av idén att verkligheten själv talade genom den. Han ville fira den kreativa rösten i stället för Pufendorfs sachsiska romans. Det var inte tillräckligt att låta *sann*. Man borde också låta *rätt*. Detta var naturligtvis ambitiösare och omöjligt att uttrycka direkt som ett institutionellt projekt. För att uttrycka sin kritik av samtidens politik och för att undvika att göra ett institutionellt förslag, skrev Kant *Zum ewigen Frieden* i form av en ironisk kommentar till en skylt utanför en holländsk värdshus. Titeln tvetydighet används för att markera att man skriver – som dagens teoretiker skulle säga – med överstrykning.

Det här är det bästa argumentet för folkrätten. Det talar varken om empiriska eller analytiska sanningar. Det antyder engagemang i arbetet i en omgivning av rivaliserande vokabulärer, med full kännedom om deras indeterminism och en känsla av ansvarighet för de beslut man fattar. Och den skapar en norm för universalitet och fred – en norm som alltid uppfattats som en brist i nutida institutioner men ändå omöjlig att reducera till ett projekt för institutionell reform. Kant var ingen poet, långt

däriifrån. Men jag skulle vilja sluta genom att citera ett härligt avsnitt i *Metaphysik der Sitten*.

”Frågan är alltså inte längre om evig fred är verklighet eller fiktion eller om vi inte bedrar oss i vår teoretiska bedömning när vi antar att den är verklig. Vi måste i stället handla som om den vore verklig, trots att den kanske inte är det; vi måste arbeta för att få till stånd evig fred och det slags författning som verkar bäst främja den... och också om det fullständiga förverkligandet av detta mål för alltid förblir bara en önskan, bedrar vi ändå inte oss själva genom att göra det till vår princip och att ständigt arbeta för detta. För detta är vår plikt, och att medge att den moraliska rätten inom oss är vilseledande skulle hos oss framkalla en avskyvärd önskan att hellre bli av med allt förnuft och betrakta oss som störtade av våra principer in i samma naturmekanism som alla andra djurarter” (Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals* [Cambridge University Press, 1996], 123).

Tack så mycket.¹

¹ En längre version av denna text har publicerats som ”Miserable Comforters. International Relations as a New Natural Law”, 15 *European Journal of International Relations* (2009), 395–422.

