

*David Brandell*

### 1. Inledning

INOM RÄTTSDILESOFIN HAR inget problemkomplex tilldragit sig lika stor uppmärksamhet som förhållandet mellan rätt och moral. Rättslig positivism är ståndpunkten att rätten är ett socialt och institutionellt fenomen, vars existens inte beror av dess moraliska innehåll. Med John Austins ord: »The existence of law is one thing; its merit or demerit is another.» (1995:157). Positivisterna menar alltså att det i detta avseende inte finns något nödvändigt samband mellan rätt och moral. Vissa positivisterna har dock menat att det finns ett möjligt samband mellan rätt och moral i den meningen att existensen och innehållet av rättsliga regler kan bero av huruvida vissa moraliska kriterier är uppfyllda, om detta framgår av de socialt erkända rättskällorna. För att fastställa rättens innehåll skulle det alltså vara nödvändigt att stödja sig på moraliska skäl. Ståndpunkten att en sådan koppling är möjlig kallas »mjuk» positivism.<sup>1</sup> »Hård» positivism är ståndpunkten att det alltid går att identifiera rättens existens och innehåll utan att stödja sig på moraliska skäl.<sup>2</sup>

Joseph Raz (1985b) har framfört ett uppmärksammat argument för hård positivism.<sup>3</sup> Argumentet utgår från rättens auktoritativa natur. Jag kommer i denna uppsats först att rekonstruera Raz auktoritetsargument. Sedan kommer jag att redogöra för och kritisera tre invändningar som riktats mot argumentet. Slutligen kommer jag att framföra två egna invändningar. Jag kommer att försvara slutsatsen att auktoritetsargumentet ger svagt stöd för hård positivism.

### 2. Raz auktoritetsargument för hård positivism

AUKTORITETSARGUMENTET ÄR AVSETT att stödja vad Raz kallar »the sources thesis», vilken ger uttryck för hård positivism:

All law is source-based. [...] A law is source-based if its existence and content can be identified by reference to social facts alone, without resort to any evaluative argument. (Raz 1985b:295–296)

Auktoritetsargumentet bygger på Raz teori om legitim praktisk auktoritet.<sup>4</sup> »Auktoritet» används i hela denna uppsats för att beteckna »legitim praktisk auktoritet», om inte något annat framgår av sammanhanget. En huvudtes i Raz teori är att auktoritativa instruktioner bör vara baserade på skäl som skulle ha förelegat för instruktionens subjekt i frånvaro av de presumtiva auktoritativa instruktionerna. Raz (1985b:299) kallar sådana skäl för »avhängiga» (»dependent»). En annan huvudtes är »the normal justification thesis»:

The normal and primary way to establish that a person should be acknowledged to have authority over another person involves showing that the alleged subject is likely better to comply with reasons which apply to him (other than the alleged authoritative directives) if he accepts the directives of the alleged authority as authoritatively binding and tries to follow them, than if he tries to follow the reasons which apply to him directly. (Raz 1985b:299)

Tanken är alltså att auktoritet är rättfärdigad endast om det är rationellt för subjekten att underordna sig auktoritetens bedömning av vad subjekten bör göra.

Raz (1985b:300ff) hävdar att varje rättsligt system nödvändigtvis gör anspråk på auktoritet. Han hävdar vidare att om något gör anspråk på auktoritet, så har det kapacitet att ha auktoritet, under förutsättning att anspråket inte är oärligt eller begreppsligt förvirrat. Raz (1985b:302) identifierar villkoren för kapacitet att ha auktoritet med de icke-normativa villkoren för auktoritet. Ett exempel på ett icke-normativt villkor för auktoritet är förmågan att kommunicera. Eftersom träd inte kan kommunicera, har de inte kapacitet att ha auktoritet. Alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande måste ha två icke-normativa attribut: »First, a directive can be authoritatively binding only if it is, or is at least presented as, someone's view of how its subjects ought to behave. Second, it must be possible to identify the directive as being issued by the alleged authority without relying on reasons or considerations on which the directive purports to adjudicate.» (Raz 1985b:303).

Det är inte alldeles klart på vilket sätt Raz menar att de två attributen stödjer »the sources thesis». Med risk för att övertolka honom torde den bästa läsningen vara: Anta att rättsliga instruktioner någonsin identifieras med hjälp av moraliska skäl. I vissa fall kommer dessa skäl att sammanfalla med de skäl som instruktionerna är baserade på. Detta är rimligt att anta, eftersom det första attributet innebär att rättsliga instruktioner i huvudsak är baserade på moraliska skäl. När detta sker, kommer instruktionen ifråga inte att ha kapacitet att vara auktoritativt bindande. Eftersom rättens auktoritativa natur innebär att alla rättsliga instruktioner har kapacitet att vara auktoritativt bindande, så är det inte möjligt att moraliska skäl någonsin är nödvändiga för att identifiera rättsliga instruktioner.

Auktoritetsargument är tentativt och ibland svårt att tolka. Jag har efter bästa förmåga försökt att schematisera det som följer:

- (a) Det är en begreppslig sanning att alla rättsliga system gör anspråk på auktoritet. (Premiss 1)
- (b) Allt som gör anspråk på auktoritet har kapacitet att ha auktoritet. (Premiss 2)
- (c) Alla rättsliga system har kapacitet att ha auktoritet. (Från a, b)
- (d) Alla rättsliga instruktioner har kapacitet att vara auktoritativt bindande. (Från c)
- (e) Alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande utger sig för att vara baserade på bland annat moraliska skäl. (Premiss 3)
- (f) Alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande är möjliga att identifiera utan att överväga de skäl på vilka de utger sig för att vara baserade. (Premiss 4)
- (g) Om alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande är möjliga att identifiera utan att överväga de skäl på vilka de utger sig för att vara baserade, och alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande utger sig för att vara baserade på bland annat moraliska skäl, så är alla in-

struktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande möjliga att identifiera utan att överväga moraliska skäl. (Premiss 5)

- (h) Alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande är möjliga att identifiera utan att överväga moraliska skäl. (Från e, f, g)
- (i) Alla rättsliga instruktioner är möjliga att identifiera utan att överväga moraliska skäl. (Slutsats. Från d, h)<sup>5</sup>

3. Himmas förnekande av att rätten gör anspråk på auktoritet

PREMISS 1 I MIN schematisering av auktoritetsargumentet innebär att rätten nödvändigtvis gör anspråk på legitim auktoritet. Detta påstående har förnekats av Kenneth Einar Himma (2002:155ff). Eftersom premissen enligt Raz synsätt uttrycker en begreppslig sanning, är det tillräckligt att hitta ett begreppsligt möjligt motexempel för att falsifiera den. Himma söker konstruera ett sådant exempel:

Suppose there is a society S that is as much like ours as is consistent with the following properties: the lawmakers and law subjects in S, being philosophically sophisticated, have seen all the arguments and counter-arguments for the claim that the law can be legitimate. As a result, the residents of S and officials are all sceptical that law can ever give rise to a content-independent moral obligation to obey law. Thus, citizens and officials of S refrain from using potentially misleading terms like »authority», »duty», »obligation», and »right», relying instead on terms like »official», »required», »mandatory», »non-optional», and »permitted» (as opposed to »permissible»). [...] What plausible, non-question-begging reason could there be to deny that this system of rules is a legal system? (Himma 2002:156–157)

Himma föreställer sig alltså ett system som är väldigt likt vårt rättssystem (eller snarare det amerikanska), men som inte gör anspråk på auktoritet. Om detta system är att klassificera som ett rättsligt

system, så finns det åtminstone ett möjligt rättsligt system som inte gör anspråk på auktoritet, och premiss 1 är falsk.

Om Himmas exempel är övertygande, så undermineras en stor del av Raz teori om rätten. Men det finns enligt min mening en strategi för att rädda auktoritetsargumentet. Märk att premiss 1 endast används för att etablera (c), att rätten har kapacitet att ha auktoritet. Det är möjligt att argumentera för denna tes utan att acceptera att rätten gör anspråk på auktoritet.

Notera först att det inte är nödvändigt att *göra anspråk* på auktoritet för att *ha* auktoritet. Det är till exempel lätt att föreställa sig att Albert Einstein var en legitim teoretisk auktoritet på fysikens område, oavsett om han någonsin gjorde ett sådant anspråk. Samma sak gäller praktiska auktoriteter, vilket är tydligt inom välavgränsade områden såsom schack. Anta att jag spelar ett parti schack och under tiden får råd om hur jag ska spela av Garri Kasparov. Råden är inte avsedda att vara auktoritativt bindande och vi kan föreställa oss att Kasparov är helt likgiltig inför mitt agerande i partiet. Likväl kan råden mycket väl vara auktoritativt bindande i Raz mening, eftersom jag har större chans att vinna partiet om jag blint följer råden än om jag försöker agera i enlighet med de relevanta avhängiga skälen. Detta är innebörden av »the normal justification thesis».

En person kan alltså ha auktoritet utan att göra anspråk på auktoritet. Av detta följer att en person kan ha kapacitet att ha auktoritet utan att göra anspråk på auktoritet. Minns att Raz hävdar att villkoren för kapacitet att ha auktoritet ska identifieras med de icke-normativa villkoren för auktoritet, till exempel förmågan att kommunicera. Raz menar att alla rättsliga system uppfyller dessa villkor. Den enda relevanta skillnaden mellan det amerikanska rättssystemet och Himmas är, ex hypothesi, att Himmas system inte gör anspråk på auktoritet. Vi har konstaterat att ett anspråk på auktoritet inte är ett villkor för auktoritet. Följaktligen är ett anspråk på auktoritet inte ett *icke-normativt* villkor för auktoritet. Om det amerikanska rättssystemet har kapacitet att ha auktoritet, så är det tydligt att Himmas tänkta system också har det.

Premiss 1 skulle kunna formuleras om som följer: »Det är en begreppslig sanning att alla rättsliga system kan göra anspråk på auktoritet.» Premiss 2 blir följaktligen: »Allt som kan göra anspråk på auktoritet har kapacitet att ha auktoritet.» Premiss 1 är svagare än i den ursprungliga versionen, eftersom allt som gör anspråk på auktoritet kan göra anspråk på auktoritet. Himmas exempel underminerar inte den svagare versionen av premiss 1. Premiss 2 är starkare än i den första versionen. Enligt min mening stödjer Raz argumentation även den starkare versionen. Det Raz försöker visa är endast att vissa saker saknar auktoritet av begreppslig nödvändighet: »For example, what cannot communicate with people cannot have authority over them. Trees cannot have authority over people. [...] [O]ne cannot sincerely claim that someone who is conceptually incapable of having authority has authority if one understands the nature of one's claim and of the person of whom it is made.» (1985b:301–302). Poängen är att om det är möjligt att tillskriva en person auktoritet utan att vara begreppsligt förvirrad eller oärlig, så är personen något som har kapacitet att ha auktoritet. Huruvida anspråket faktiskt görs, av den presumtive auktoriteten eller någon annan, är inte relevant.

Steg (c) i min schematisering, att alla rättsliga system har kapacitet att ha auktoritet, följer från de två reviderade premisserna, varför resten av argumentet kan stå kvar oförändrat. Det kan dock påpekas att även de reviderade premisserna kan ifrågasättas.

#### 4. Colemans förenlighetsinvändning

JULES COLEMAN (1996:302ff; 1998:267ff; 2001:120ff) har framfört en invändning mot Raz argument avsedd att visa att rättens auktoritet är förenlig med mjuk positivism. Invändningen går ut på att visa att de moraliska skäl som en viss rättslig instruktion är avsedd att reflektera inte nödvändigtvis är identiska med de moraliska skäl som används för att identifiera instruktionen som giltig. Premiss 5 skulle därmed vara falsk. En liknande invändning har förfäktats av W. J. Waluchow (1994:139–140).

Coleman (1996:306–307) påpekar att mjuk positivism implice-

rar att det för att fastställa huruvida en viss regel är giltig kan bli nödvändigt att stödja sig på moraliska resonemang. För att avgöra huruvida en regel som förbjuder mord är giltig skulle det kunna krävas att man beaktar de moraliska skäl som rättfärdigar förbudet mot mord. Det är denna undersökning som enligt Raz är oförenlig med rättens auktoritativa natur. Coleman menar dock att det inte nödvändigtvis är de moraliska skäl som rättfärdigar förbudet mot mord som aktualiseras när man söker avgöra om regeln är giltig. Han föreställer sig ett rättsligt system som har »fairness» som ett generellt kriterium för giltighet. En lag är giltig om och endast om den är antagen av parlamentet samt inte orättvis. En domstol som har att fastställa huruvida förbudet mot mord är en giltig rättsregel undersöker först om den är antagen av parlamentet. Sedan undersöker den om regeln uppfyller kraven på rättvisa, till exempel att den lever upp till grundläggande rättssäkerhetskrav och att den inte är diskriminerande. Coleman skriver: »At no time, however, must the court look to the moral reasons for having a prohibition against certain intentional killings.» (1996:307). Sålunda är mjuk positivism förenlig med rättens auktoritet.

Brian Leiter (1998:541) underkänner denna invändning. Han menar att Coleman i bästa fall visar att det kan finnas ett fall där de moraliska kriterierna för giltighet inte sammanfaller med de avhängiga skäl som rättfärdigar normen. Detta räcker dock inte: »it suffices to defeat Soft Positivism as a theory compatible with the law's authority if there exists *any* case in which the dependent reasons are the same as the moral reasons that are required to identify what the law is; that there remain some cases where these reasons ›may› be different is irrelevant» (Leiter 1998:541).

Coleman tänker sig att ett rättsligt system skulle kunna inkorporera ett generellt gällande moraliskt kriterium på rättslig giltighet. Om prövningen av Colemans moraliska kriterium i något fall medför att de moraliska skäl som aktualiseras vid tillämpningen av kriteriet sammanfaller med de avhängiga skälen, så har instruktionen ifråga inte kapacitet att vara auktoritativt bindande. Men rättens auktoritet medför enligt Raz att *alla* rättsliga instruktioner har

kapacitet att vara auktoritativt bindande. För att visa att mjuk positivism är förenlig med rättens auktoritet är det alltså inte tillräckligt att visa att det i *något* fall är möjligt att identifiera en rättslig instruktion utan att överväga de avhängiga skäl som rättfärdigar instruktionen.

Vad Coleman skulle behöva är alltså en regel för identifiering av rättsligt giltiga instruktioner som innehåller ett moraliskt kriterium som aldrig kan komma att sammanfalla med de avhängiga skäl på vilka instruktionerna är baserade. Rättsvisekriteriet tycks inte vara någon bra kandidat. Som vi såg antar Coleman att en instruktion som är rättvis uppfyller krav på rättssäkerhet. I ett någorlunda välutvecklat rättsligt system kommer det att finnas regler avsedda att säkra dessa rättssäkerhetskrav, till exempel regler om åtalades rätt till försvar. När giltigheten av dessa instruktioner ska fastställas kommer domstolen tvingas överväga de avhängiga skäl som rättfärdigar instruktionerna. Enligt Raz synsätt har en sådan instruktion inte kapacitet att vara auktoritativt bindande, vilket innebär att systemet som sådant inte heller har kapacitet att ha auktoritet.

Enligt min mening gör Leiter rätt i att placera bevisbördan på Coleman och Waluchow i denna fråga. Han går dock längre än så och förnekar möjligheten av att de relevanta moraliska kriterierna *någonsin* är skilda från instruktionens avhängiga skäl: »Moreover, if moral reasons are always overriding in practical reasoning – a view accepted, in fact, by most moral theorists – then moral reasons will *always* be among the dependent reasons for any authoritative directive. Therefore, if identifying that directive requires recourse to moral reasons, the preconditions for authority will fail to obtain.» (Leiter 1998:541). Enligt min mening följer inte denna slutsats. En instruktions kapacitet att vara auktoritativt bindande kräver, enligt Raz, att de avhängiga skälen inte behövs för att identifiera instruktionens existens. Leiter konstaterar att moraliska skäl alltid finns med bland en instruktions avhängiga skäl och att moraliska skäl finns med i kriterierna för identifikationen av instruktionen. Men det är inte alls säkert att det är *samma* moraliska skäl. Detta var poängen med Colemans exempel.

En annan invändning mot Coleman har gjorts av Andrei Marmor (2002:118–119). Moraliska hänsyn kan användas på två sätt för att fastställa giltigheten av rättsliga regler. Det första alternativet är att moraliska överväganden är tillräckliga för att fastställa rättslig giltighet. Colemans exempel applicerar inte på detta fall. Det andra alternativet är att moraliska överväganden är nödvändiga för att fastställa rättslig giltighet. Det är detta som Coleman har i åtanke. Marmor menar att Coleman i så fall tvingas acceptera att rättsliga regler endast är giltiga prima facie. Detta är enligt Marmor oförenligt med lagens auktoritativa natur: »[L]egal authority is there to make a practical difference, and it could not purport to make such a difference if authoritative directives are only prima-facie valid, often awaiting, as it were, the confirmation of their validity on grounds which the putative subjects of the authority should figure out for themselves. It is as if the authority said: >do what I say, unless what I say goes against moral reasons.>.» (2002:118).

Det finns två problem med Marmors kritik. För det första tycks påståendet att den tänkta auktoritetens instruktioner inte skulle kunna göra någon praktisk skillnad helt enkelt vara falskt. Anta till exempel att Marmors auktoritets första instruktion är: »Kör på vänster sida av vägen.» Om vi antar att det inte går emot moraliska skäl att köra på någondera sidan av vägen, skulle en dylik instruktion göra en tydlig skillnad för auktoritetens subjekt, som fram till dess kört på höger sida. För det andra behöver de relevanta moraliska villkoren inte ha generell karaktär. Till exempel skulle de kunna gälla endast orättvis diskriminering av människor över hundra år. Det är måhända sant att moraliska spörsmål ofta är kontroversiella. Men ett moraliskt villkor för rättslig giltighet kan ha så begränsad räckvidd att medborgarna under normala omständigheter utan vidare kan bortse från det. Följaktligen är Marmors invändning mot Coleman otillräcklig.

##### 5. Colemans invändning om identifikation kontra giltighet

DEN INVÄNDNING AV Coleman som behandlades i föregående avsnitt avser att visa att rättens auktoritativa natur är förenlig med nödvändiga villkor för rättslig giltighet som är av moralisk karak-

tär. Coleman menar dock att moraliska principer i vissa fall är tillräckliga villkor för rättslig giltighet: »A clause that makes morality a sufficient condition of legality states that a norm is law just *because* it has certain moral features, and so its legality is completely dependent on precisely the justifying reasons its legality is supposed to exclude or preempt.» (2001:127). I avsikt att försvara även denna typ av villkor framför han en annan invändning, vilken är av mer grundläggande karaktär.

Coleman (1998:273) påpekar att ett visst rättsligt systems kriterier för rättslig giltighet har två aspekter. Den första aspekten är att kriterierna avgör vilka regler som är giltiga i systemet. Detta är en begreppslig fråga. Den andra aspekten är att kriterierna kan användas av medborgarna och rättens företrädare för att identifiera rättens innehåll. Detta är en epistemisk fråga. Coleman menar att den epistemiska funktionen hos kriterierna för rättslig giltighet är av underordnad betydelse, eftersom människor i allmänhet inte känner till kriterierna. Coleman hävdar att auktoritetsargumentet endast har bäring på den epistemiska frågan: »The argument from authority imposes essentially epistemic constraints. It has to do with the ways in which people figure out what the law is and what it demands of them. The argument from authority isn't about what can count as law.» (1998:273).

Slutsatsen i min schematisering av auktoritetsargumentet är att alla rättsliga instruktioner kan identifieras utan att överväga moraliska skäl. Detta implicerar att om något inte är möjligt att identifiera utan att överväga moraliska skäl, så är det inte en rättslig instruktion. Detta tycks onekligen vara ett begreppsligt påstående, vilket säger något om »what can count as law». Blotta påståendet att argumentet är av epistemisk karaktär säger inte något om argumentets giltighet.

Marmor utvecklar denna tankegång på ett klargörande sätt:

What actually fails here, however, is [Coleman's] argument, since it fails to notice that epistemic arguments can have non-epistemic, conceptual conclusions. [...] What matters for our purposes is that the law be able to make a practical difference,

and this is a conceptual point. More precisely, it is something that follows from the essentially authoritative nature of the law. The fact that nothing can make such a difference unless certain epistemic constraints are assumed, namely, that the authoritative directive must be such that people *can* identify it without having to rely on those same reasons which the authoritative directive is there to settle, does not entail that the conclusion of this argument is epistemic. The conclusion is a conceptual one. It imposes conceptual constraint on the kinds of things that can count as authoritative prescriptions. (Marmor 2002:119–120)

Enligt min mening är Marmors kritik tillräcklig för att avfärda Colemans argument.

#### 6. Normativa och icke-normativa villkor för auktoritet

RAZ ARGUMENT BYGGER på en distinktion mellan normativa och icke-normativa villkor för auktoritet. Denna distinktion används för att identifiera de egenskaper hos rätten som är villkor för kapaciteten att ha auktoritet. Det kan dock ifrågasättas huruvida distinktionen är adekvat för detta syfte.

Låt oss först betrakta distinktionen mellan olika typer av villkor: »There are two kinds of reasons for not having authority. One is that the moral or normative conditions for one's directive being authoritative are absent. Typically this will be because the normal justification [...] is unavailable or because though available it is insufficient to outweigh the conflicting reasons which obtain in this particular case. The second kind of reason for not having authority is that one lacks some of the other, non-moral or non-normative, prerequisites of authority, for example, that one cannot communicate with others.» (Raz 1985b:302).

Enligt Raz mening har alla rättsliga system, inklusive det nazistiska, kapacitet att ha auktoritet: »Nazi rules may not be authoritatively binding but they are the sort of things that can be authoritatively binding, whereas statements about volcanoes cannot. Most arguments about the authority of governments and their institutions revolve around their moral claim to the obedience of their

subjects. The existence of the non-moral qualifications is taken for granted.» (1985b:303).

Oförmåga att kommunicera är alltså en icke-normativ anledning att inte ha auktoritet. Men oklarhet i rättsregler, vilket leder till att lagstiftaren inte kan kommunicera sin vilja, är en typisk anledning att ifrågasätta ett rättsligt systems anspråk på legitim auktoritet. Det betraktas som en utmärkande egenskap hos rättsstater att de söker göra sin lagstiftning så tydlig som möjligt, i synnerhet när det gäller strafflagstiftning. Totalitära regimer däremot har ofta visat sig villiga att döma människor till straff med diffust lagstöd. Ett sådant förfarande skulle vara ett gott skäl att ifrågasätta rättssystemets anspråk på auktoritet. Detta innebär att även icke-normativa villkor kan komma ifråga vid bedömningen av legitim auktoritet, och att det inte tas för givet att dessa villkor är uppfyllda.

Ett annat exempel skulle kunna vara en rebellgrupp som tagit kontroll över de viktigaste regeringsbyggnaderna i en stat, samtidigt som regeringen drivits på flykt eller mördats. Om andra stater väljer att erkänna rebellgruppen som landets lagliga regering, är det ett tecken på att dessa stater betraktar gruppen som en legitim auktoritet. Men när dessa stater överväger huruvida de ska erkänna den nya regimen kommer de att behandla även icke-normativa spörsmål, till exempel huruvida den nya regimen har faktisk kontroll över landets territorium. Rebellgruppen är något som i och för sig skulle kunna ha legitim auktoritet. Den som hävdar att gruppen har auktoritet gör sig inte skyldig till begreppsförvirring, även om anspråket i själva verket skulle vara oberättigat på grund av att gruppen saknar territoriell kontroll.

Dessa två exempel visar att det inte är rimligt att identifiera de icke-normativa villkoren för auktoritet med villkoren för kapacitet att ha auktoritet. Det är värt att påpeka att Raz argument inte kräver att rättsliga system uppfyller samtliga icke-normativa villkor för auktoritet. Det räcker att alla rättsliga instruktioner (1) är presenterade som en åsikt om hur någon bör handla, och (2) är möjliga att identifiera utan att stödja sig på avhängiga skäl. Det är möjligt att alla rättsliga instruktioner uppfyller dessa villkor. Men denna hy-

potes får inget stöd av att villkoren är icke-normativa, eftersom det inte finns någon anledning att anta att allt som har kapacitet att ha auktoritet uppfyller samtliga icke-normativa villkor för auktoritet. Stödet för premisserna 3 och 4 försvagas därmed.

#### 7. Skiljedomaranalogen

PREMISS 4 ÄR ett kritiskt moment i Raz argument. Denna premiss säger att alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande är möjliga att identifiera utan att överväga de skäl som de är avsedda att reflektera. Detta påstående får stöd av en analogi. Jag tror att Raz här gör sig skyldig till en non sequitur, varför det är värt att undersöka analogin i detalj:

Suppose that an arbitrator, asked to decide what is fair in a situation, has given a correct decision. That is, suppose there is only one fair outcome, and it was picked out by the arbitrator. Suppose that the parties to the dispute are told only that about his decision, i.e., that he gave the only correct decision. They will feel that they know little more of what the decision is than they did before. They were given a uniquely identifying description of the decision and yet it is an entirely unhelpful description. If they could agree on what was fair they would not have needed the arbitrator in the first place. A decision is serviceable only if it can be identified by means other than the considerations the weight and outcome of which it was meant to settle. (Raz 1985b:304)

Enligt »the normal justification thesis» är en instruktion behjälplig endast om subjektet har större chans att handla i enlighet med de avhängiga skälen om hon accepterar instruktionen som bindande, än om hon försöker handla i enlighet med de avhängiga skälen. Anta att det i Raz hypotetiska situation okontroversiellt föreligger tre relevanta avhängiga skäl, vilka alla är av moralisk karaktär: *a*, *b* och *c*. Det är kontroversiellt i vilken riktning vissa av skälen pekar och vilken tyngd de har. Skiljedomarens instruktion kan då förstås som följer: »Handla i enlighet med *a*, *b* och *c*.» Det är lätt att inse att denna instruktion inte kan vara behjälplig i Raz mening, efter-

som parterna kommer att basera sitt handlande på exakt samma överväganden oavsett om de försöker följa instruktionen eller om de försöker handla i enlighet med de avhängiga skälen. Men av detta följer inte att en instruktion inte kan vara behjälplig om den innehåller någon hänvisning till något av de avhängiga skälen. Anta att skiljedomaren säger: »Handla i enlighet med *a* och ignorera *b* och *c*.» Måhända talar *a* okontroversiellt för den ena partens ståndpunkt. Eftersom parterna endast har ett skäl att ta hänsyn till har det ingen betydelse vilken tyngd det har. Parterna kan dra samma slutsats om beslutets innehåll och beslutet kan således vara dem behjälpligt, trots att det var nödvändigt för dem att överväga ett avhängigt skäl för att identifiera det. Analogin ger alltså inget stöd för premiss 4.

Enligt min mening är detta en springande punkt, och det kan därför vara värt att beskriva saken med ett konkret exempel. Anta att A köper en cykel av en cykelhandlare. Vid ett senare tillfälle stjälar X cykeln och säljer den vidare till B, som är i god tro. Det uppstår nu tvist mellan A och B om äganderätten till cykeln. Det faktum att A har köpt cykeln är ett skäl att hon ska ha äganderätt till cykeln. Samma sak gäller B:s köp. Eftersom inte både A och B kan äga cykeln måste det avgöras vilket skäl som ska väga tyngst, med beaktande av alla relevanta omständigheter. Anta nu att skiljedomaren ska avgöra frågan. Det finns bara två möjliga utfall: A eller B har bättre rätt till cykeln. Ett normalt sätt att formulera beslutet skulle vara: »Mitt beslut är att A har bättre rätt till cykeln än B.» Märk väl att det inte alls är en enkel sak att fastställa innebörden av detta domslut. Det har skrivits åtskilliga hyllmeter juridisk doktrin om hur ett dylikt påstående ska förstås. Anta att A och B med gemensamma krafter genomför en sådan undersökning. Inte vid något tillfälle kommer de att behöva överväga de skäl som gav upphov till tvisten, det vill säga deras respektive köp och omständigheterna därkring.

Anta nu istället att domaren formulerar beslutet på ett otraditionellt sätt: »Mitt beslut är det som jag borde ha kommit fram till om jag endast beaktat A:s köp av cykeln, och bortsett från B:s köp.» Eftersom B:s köp är det enda skälet att ge henne äganderätten, är det

uppenbart för båda parter att de två formuleringarna har samma innebörd vad gäller deras respektive rättigheter och skyldigheter. Även det senare beslutet är behjälpligt för parterna, trots att det kräver att de överväger ett skäl som domslutet är avsett att reflektera.

Det finns en annan möjlig läsning av skiljedomaranalogin, nämligen som ett *reductio ad absurdum* av mjuk positivism. Mjuk positivism som sådan ställer inte upp några begränsningar på hur kriterierna på rättslig giltighet utformas. Man kan alltså tänka sig ett rättsligt system som är utformat i analogi med skiljedomarens beslut. Hela systemet skulle kunna sammanfattas i uppmaningen: »Handla moraliskt!» Om vi antar att subjekten även utan denna instruktion bör handla moraliskt, kan instruktionen inte vara behjälplig. Eftersom instruktionen inte kan vara behjälplig har systemet inte kapacitet att ha auktoritet, och kan således inte vara ett rättsligt system. Eftersom det tänkta systemet enligt de mjuka positivisterna är ett möjligt rättsligt system, är mjuk positivism falsk. Leiter (1998:538, 543) tycks läsa Raz på detta sätt. Han kallar det tänkta systemet för »the extreme scenario».

Frågan är alltså: Är de mjuka positivisterna tvungna att hävda att det extrema scenariot är ett rättsligt system? Mjuk positivism kan formuleras som följer: Det finns minst ett möjligt rättsligt system som har moraliska kriterier för existensen eller innehållet av rättsliga regler. Detta är tveklöst förenligt med att det finns andra egenskaper hos alla möjliga rättsliga system som utesluter att det extrema scenariot är ett rättsligt system. Enda anledningen att tro motsatsen skulle vara om mjuk positivism vore avsedd att uttömmande beskriva egenskaperna hos alla möjliga rättsliga system. Det är inte troligt att någon mjuk positivist någonsin haft en sådan avsikt. Detta är tillräckligt för att avfärda denna alternativa läsning. Det kan dock vara intressant att se vilken typ av egenskaper hos rättsliga system som mjuka positivisterna skulle kunna anföra för att undvika det extrema scenariot.

H. L. A. Hart (1994:250ff) är den mest berömde företrädaren för mjuk positivism. Han (1994:79ff) menar att rättsliga system består av primära och sekundära regler. De primära reglerna är de som

direkt styr subjektens handlande. Den viktigaste sekundära regeln är en »rule of recognition», vilken avgör vilka regler som är gällande i systemet. En annan sekundär regel specificerar hur primära regler ändras. Eftersom det extrema scenariot inte innehåller någon regel om hur rättsliga regler ändras, är det enligt Harts teori inte ett rättsligt system. Denna observation visar att mjuka positivisterna ingalunda måste acceptera det extrema scenariot.

Enligt min mening ger skiljedomaranalogin alltså inte stöd för premiss 4. Den ger i bästa fall stöd för den svagare tesen att instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande inte kan identifieras med övervägande uteslutande av de skäl som de är avsedda att reflektera. Om analogin säger något om rättsliga system, skulle det vara att moraliska överväganden aldrig är tillräckliga för att identifiera rättsliga instruktioners existens och innehåll. Detta är förenligt med att moraliska överväganden är nödvändiga för samma syften och att mjuk positivism är sann. I frånvaro av annat stöd för premiss 4 ger auktoritetsargumentet svagt stöd för hård positivism.

#### 8. Avslutning

RAZ HAR SKAPAT ett komplext argument som på ett slående sätt aktualiserar flera av skiljelinjerna inom den rättspositivistiska skolan. Auktoritetsargumentet har gett upphov till värdefull och intressant debatt. Enligt min mening har dock en del av kritiken mot argumentet varit missriktad.

Jag har i denna artikel sökt visa att vissa av argumentets premisser finner svagt stöd i Raz argumentation. Detta gäller i synnerhet påståendet att alla instruktioner som har kapacitet att vara auktoritativt bindande är möjliga att identifiera utan att överväga de skäl som de är avsedda att reflektera. Auktoritetsargumentet ger därför svagt stöd för hård positivism.<sup>6</sup>

→

*David Brandell är jur.kand. och fil.kand. i praktisk filosofi.*

## Noter

- 1 Samma innebörd har termen »inclusive (legal) positivism».
- 2 Samma innebörd har termen »exclusive (legal) positivism».
- 3 Denna artikel, »Authority, law, and morality», finns omtryckt i Raz (1994:kap.10).
- 4 Dessa frågor behandlas mer ingående i Raz (1985a). Artikeln finns omtryckt i Raz (1986:kap.3).
- 5 Detta kan jämföras med två andra schematiseringar, vilka bygger på i viss mån avvikande läsningar av Raz: Himma (2002:149–150) och Waluchow (1994:126–127).
- 6 Jag vill tacka Jonas Olson och Jens Johansson för värdefulla synpunkter.

## Referenser

- AUSTIN, J. (1995) *The province of jurisprudence determined*, Cambridge: Cambridge University Press.
- COLEMAN, J.L. (1996) »Authority and reason», i: R.P. George (red.) *The autonomy of law: essays on legal positivism*, Oxford: Clarendon.
- COLEMAN, J.L. (1998) »Second thoughts and other first impressions», i: B. Bix (red.) *Analyzing law: new essays in legal theory*, Oxford: Clarendon.
- COLEMAN, J.L. (2001) *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford: Oxford University Press.
- HART, H.L.A. (1994) *The concept of law* (2. uppl.), Oxford: Clarendon.
- HIMMA, K.E. (2002) »Inclusive legal positivism», i: J.L. Coleman & S. Shapiro (red.) *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press.
- LEITER, B. (1998) »Realism, positivism, and conceptual analysis», *Legal theory* (4), s. 533–547.
- MARMOR, A. (2002) »Exclusive legal positivism», i: J.L. Coleman & S. Shapiro (red.) *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, J. (1985a) »Authority and justification», *Philosophy and Public Affairs* 14, s. 3–29.
- RAZ, J. (1985b) »Authority, law, and morality», *The Monist* 68 (3), s. 295–324.
- RAZ, J. (1986) *The morality of freedom*, Oxford: Clarendon.
- RAZ, J. (1994) *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*, Oxford: Clarendon.
- WALUCHOW, W.J. (1994) *Inclusive legal positivism*, Oxford: Clarendon.