# Några tankar om naturrättsidéer och positivism — tillika en kritisk kommentar till vår tids missbruk av termerna ”naturrätt” och ”positivism”

Av professor emeritus ÅKE FRÄNDBERG

*Det florerar i våra dagar en spridd användning av termerna ”naturrätt” och ”positivism”, som dels vilar på ett logiskt felslut och dels är ohederlig. I artikeln presenteras dessa uppfattningar och förklaras varför de lider av dessa båda defekter. Detta sker i relief mot en idéhistorisk exposé över de båda begreppens idéutveckling. Man kan skilja mellan två stadier i denna: (1) Den klassiska naturrättsläran och den klassiska positivismen samt (2) den moderna naturrättsläran och den moderna positivismen. Mot bakgrund av denna exposé behandlas sedan ovannämnda ”urartade” naturrättstanke och ”urartade” positivism.*

## 1 Klassisk naturrätt

Den röda tråden i allt *naturrättstänkande i termens klassiska mening* är det intima sambandet mellan rätt och förnuft.

Naturrättslärans referens till naturen måste tas på allvar. Det förklarar till viss del sambandet mellan rätt och förnuft. En embryonisk form av naturrätten finner vi redan hos försokratikerna. I deras studium av världen och universum utvecklades tanken (i) att hela naturen består av en enda grundsubstans (för Thales vatten, för Anaximenes luft och för Anaximander *apeiron*, det obestämda och obegränsade), (ii) att de begränsningar som all substans är underkastad är skilda tilldragelser inom denna grundsubstans och (iii) att dessa tilldragelser inom grundsubstansen styrs av universella lagar.

Naturrättsläran har sitt ursprung i en tid då man inte gjorde någon klar åtskillnad mellan det faktiska och det normativa. Ett slående exempel på detta är ett uttalande av Anaximander, där han likställer en sådan universell lag (vad vi idag skulle kalla en naturlag) med en lag enligt vilken en domare dömer en brottsling.

Steg för steg infinner sig nu tanken (iv) att dessa universella lagar, som styr naturen, är *rationella* — de är ett uttryck för förnuftet (*nous*). Här finner vi fröet till naturrättsläran. Idén finns antydd hos Anaxagoras och är fullt utvecklad hos stoikerna. Enligt dem är hela världen styrd av en rationell själ och denna själ är god. (Rationalitet och godhet är i hög grad oskiljaktiga i den naturrättsliga traditionen.) Naturrätten är en del av denna rationella världssjäl (ontologisk naturrättslära) och med hjälp av vårt eget, individuella förnuft kan vi nå

kunskap om naturrättens innehåll (epistemologisk naturrättslära). Inom naturrättstraditionen skiljs inte klart mellan ontologi och epistemologi. Redan hos Aristoteles är skillnaden mellan positiv rätt och naturrätt klar.

Medan innehållet i den positiva rätten varierar från land till land är naturrätten universell och evig. Cicero, som var starkt influerad av stoikerna, uttalar om naturrätten: ”Det utfärdas inte en regel i Rom och en annan i Aten; inte heller innehåller den en regel i dag och en annan i morgon”.

När under högmedeltiden kristendomen — tidigt starkt påverkad av den stoiska filosofin — underkastar sin lära en mer intellektuell bearbetning, utmynnande i Thomas av Aquinos grandiosa syntes av kristet och aristoteliskt tänkande, blir den rationella naturrättsläran en integrerad del av kristendomen. Thomas skiljer mellan fyra olika rättssystem: den eviga, den naturliga, den gudomliga och den mänskliga rätten. Den eviga rätten är Guds plan för skapelsen. En del av denna kan människan, ensam bland djuren, till dels förstå med sitt förnuft. Denna del är den naturliga rätten. Här fortlever alltså den antika förnuftsidén inom kristendomens ram. I den gudomliga rätten avslöjar Gud en del av den eviga rätten, som vi inte kan förstå med vårt förnuft. Detta sker genom uppenbarelser. Den mänskliga rätten är den rätt vi människor själva skapar, den positiva rätten.

Tanken om naturrätten som en förnuftsrätt lever vidare i vad som brukar betraktas som naturrättslärans storhetstid, den lära som utvecklades i Europa under 1600- och 1700-talen. Att förnuftet är källan till naturrätten är en gemensam tanke för klassiker som Grotius, Hobbes, Pufendorf och Locke. Enligt min uppfattning är naturrättstraditionen från antiken via kristendomen och fram till dessa klassiker en påtagligt homogen lära med förnuftet som den minsta gemensamma nämnaren.

En vanlig missuppfattning är att, så snart man omfattar en teologisk, religiöst grundad rättsteori, så är man ofrånkomligen en naturrättsanhängare. Så är emellertid inte fallet. Enligt naturrättsläran är rättens bas förnuftet, vare sig detta är gudomligt eller icke-gudomligt. Men åtskilliga religioners rättssyn är inte alls förnuftbaserad. För dem är rättens bas en gudomlig vilja. En sådan rättssyn kan snarast karakteriseras som teokratisk voluntarism. Judendomens och islams rättssyn präglas av en sådan teokratisk voluntarism, icke av en förnuftsbaserad sådan. I det antika Grekland finner vi prov på båda hållningarna.

Den intellektuellt sett mest förödande torpeden riktad mot det klassiska naturrättstänkandet levereras på 1700-talet av David Hume. Hans kritik träffar själva kärnan i naturrättstänkandet: att förnuftet är den bas på vilken värden och normer vilar. En sådan bas utgörs enligt Hume, grovt förenklat uttryckt, av vårt emotionella själsliv — en idé som senare återkommer hos rättsrealisterna.

## 2 Klassisk positivism

Vad som emellertid definitivt detroniserar den klassiska naturrättsläran är 1800-talets *klassiska positivism*. Rättens grund är för dess företrädare varken förnuftet eller emotionerna. I stället hänvisar man till en annan avdelning av själslivet: viljan. Rätten är ett uttryck för vilja — lagstiftarens, statens. Viljan i den positivistiska meningen är en tämligen ”avpsykologiserad” vilja, predicerad på suveräner, stater eller folk.

Den klassiska positivismen uppträder i något olika skepnader i de tre ledande kulturländerna England, Frankrike och Tyskland. De dominerande gestalterna i brittisk positivism, Jeremy Bentham och John Austin, uppfattar rätten som ett uttryck för suveränens vilja (och det är en empirisk tillfällighet om suveränen är en despot, en konstitutionell monark eller en demokratiskt vald lagstiftande församling). Denna vilja uttrycks i form av imperativer, som emanerar direkt eller indirekt från suveränen i form av lagar och domstolsavgöranden. För att garantera människornas efterlevnad av dessa imperativer är sanktioner knutna till brott mot dem.

Frankrike följer en annan väg. Sedan tidigt 1800-tal ägde fransmännen något som under detta sekel saknades både i England och i Tyskland (och som alltjämt saknas i England): vittfamnande lagkodifikationer, som täckte civilrätten, straffrätten och processrätten, de napoleonska cinq codes. Fransk positivism är en märklig sammansmältning av positivism och naturrättslära. Kodifikationerna uppfattades som uttryck för lagstiftarens vilja, men lagstiftaren är folkets representant. Därför emanerar rätten ytterst från folket. Det är Rousseaus idéer om folksuveräniteten och la volonté générale som influerat den franska rättsuppfattningen. Men la volonté générale är rationell vilja och därför är den en naturrättsidé.

Den tyska utvecklingen av positivismen följer en tredje väg. Viljan bakom rätten är varken suveränens eller folkets, utan statens. För Hegel är rätten statens vilja, som är positiverad (”gesetzt”) i imperativ form. Denna tanke kom att prägla tysk rättsuppfattning under 1800-talet och en bit in på 1900-talet.

Positivismen i klassisk mening har delat samma öde som den klassiska naturrättsläran. Båda tillhör numera rättsfilosofins historia. Förnuftsrättsuppfattningen har endast överlevt inom den katolska nythomismen och hos den därmed nära besläktade Oxfordjuristen John Finnis (i arbetet *Natural Law and Natural Rights*, 1980). Den kanske tyngsta kritiken mot den klassiska positivismen har levererats av Uppsalaskolan (Hägerström, Lundstedt och Olivecrona). Kritiken riktar sig mot viljebegreppet. Förenklat uttryckt går kritiken ut på att viljan är ett psykologiskt fenomen, som bara människor och andra djur kan ha. Abstrakta storheter som stater eller folk kan inte ha någon vilja. Att tillskriva sådana entiteter en vilja är bara ett slappt metaforiskt tänkande. En tung kritik av den engelska positivismen har levererats av H. L. A. Hart.

Emellertid är övergången från klassisk naturrättslära till klassisk positivism ett framsteg i rent vetenskaplig bemärkelse. Positivismens ståndpunkt att det inte finns någon juridisk rätt utanför vad som kan fastställas rent empiriskt, dvs. grunda sig på sociala faktorer som är observerbara, medförde ett mer verklighetsnära studium av rätten. Först med positivismen kan vi tala om en mer vetenskapligt inriktad rättsfilosofi.

**3 Modern naturrätt och modern positivism**

Det finns två betydelsefulla tankar hos en del klassiska positivister (men inte alls hos alla), som har kommit att leva sitt eget liv efter den klassiska positivismens frånfälle. Den ena är en specifikt rättsfilosofisk tanke, som var central i flera ledande klassiska positivisters uppfattning — främst Bentham och Austin — nämligen tanken att den juridiska rätten och moralen är två skilda saker, att moraliska krav inte skall bakas in i en rent deskriptiv definition av rätten och att faktiskt existerande rättsordningar både kan uppfylla även högt ställda moraliska krav men också vara omoraliska, ja djupt omoraliska. Denna tanke har i dagens rättsfilosofiska diskussion fått beteckningen ”the separation thesis”. Den andra tanken, som i motsats till den första inte är av specifikt rättsfilosofisk utan av kunskapsteoretisk och moralfilosofisk natur, är non-kognitivismen. Dess innebörd är följande. Satser som kan vara sanna eller falska sägs ha en kognitiv mening. Satser som uttrycker värden eller normer kan förvisso ha mening men inte kognitiv mening. Det finns ingen verklighet som moraliska, rättsliga eller estetiska satser refererar till. Hur sådana satser skall uppfattas råder bland non-kognitivister delade meningar om. En vanlig uppfattning är att de är känslouttryck. Dessa båda idéer har under 1900-talet, var för sig eller tillsammans, av åtskilliga rättsfilosofer uppfattats såsom kännetecknande för positivismen. Att göra non-kognitivismen till ett kriterium på positivism är i själva verket ett högst ohistoriskt synsätt, eftersom åtskilliga av rättspositivismens klassiker, som hävdade en åtskillnad mellan rätt och moral, inte alls var några non-kognitivister. Att det beträffande båda ståndpunkterna är fråga om något helt annat än den klassiska positivismen ligger i öppen dag. Jag kallar denna uppfattning *den moderna positivismen*.

Rättsfilosofer som bestrider någon eller båda av dessa ståndpunkter kallas nu för tiden för naturrättsanhängare, fastän dessa ståndpunkter — låt oss kalla dem *modernt naturrättstänkande* — är någonting helt annat än klassisk naturrättslära, precis på samma sätt som den klassiska och den moderna positivismen är två skilda saker.

Den klassiska naturrättsläran ansåg att det finns två slag av ”rätt” — den positiva rätten och den naturliga rätten. Den klassiska positivismen förnekade existensen av den senare. I den moderna naturrättsuppfattningen har tanken på en särskild naturrätt vid sidan av den

positiva rätten övergivits. Vad man i stället hävdar är att den positiva rätten logiskt (konceptuellt) står i en nödvändig relation till moralen.

De försök som gjorts under de senaste decennierna av en del rättsfilosofer att påvisa ett nödvändigt konceptuellt samband mellan rätt och moral är föga övertygande. Fullers åtta principer, som han menar utgöra ett slags ”inner morality of law”, kan bättre uppfattas som antingen utomrättsliga krav som måste ställas på rättshanteringen för att denna skall vara effektiv eller som en utomrättslig rättsstatlig standard med vars hjälp rättsordningar kan värderas från rättsstatssynpunkt.[1] Dworkin har förvisso mycket att säga om förhållandet mellan rätt och moral men det är svårt att utläsa ur hans mångordiga utläggningar huruvida han hävdar (i) att det föreligger ett nödvändigt samband mellan dessa båda företeelser (och vari denna nödvändighet i så fall skulle bestå) eller att det inte gör det, (ii) att hans teorier är generella rättsteorier (i vilket fall de är uppenbart oriktiga) eller att de bara avser dagens USA och (iii) att hans teorier är normativa eller att de är analytiskt-deskriptiva. Dworkin själv undviker att använda termen ”naturrätt” men medger att han företräder en naturrättslig uppfattning i den svagare betydelsen att man ibland inte kan avgöra vad som är rätt utan att göra en moralisk bedömning.[2] Raz, som förvisso är positivist i betydelsen att man kan fastställa vad som är rätt uteslutande med hjälp av faktiska kriterier, hävdar likväl att rätten uppträder med ett krav på legitimitet, dvs. moralisk auktoritet, och inget normsystem är ett rättssystem, om det inte inkluderar detta krav.[3] Alexy vill visa att det råder ett nödvändigt konceptuellt samband mellan rätt och moral genom att göra gällande att de som hävdar motsatsen gör sig skyldiga till en ”performative contradiction”.[4] Rätten uppträder nämligen med ett krav på moralisk korrekthet. Detta krav är ett nödvändigt element i rättsbegreppet. Vad det består i uttrycker han med hjälp av ett exempel. I den första paragrafen i en fiktiv konstitution står att läsa: ”X är en suverän, federal och orättvis republik”. Denna paragraf upplever vi som absurd, och det beror inte på någon teknisk, moralisk eller konventionell brist utan just på att den uttrycker en performativ motsägelse. Skälet till att vi uppfattar stadgandet som absurt är att en lagstiftningsakt nödvändigtvis innebär ett krav på moralisk korrekthet. Raz’ och Alexys försök att etablera ett nödvändigt samband mellan rätt och moral ger på mig ett intryck av krystad skolastik. Men även om de godtas *arguendo* är min huvudinvändning mot dem är att de verkar vara förenliga med vilket slags moral som helst, även en föga

[1] Lon Fuller, *The Morality of Law*, 1969, s. 38 ff. Om rättsstatsideologin som en utomrättslig standard se Åke Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State. An Essay in Philosophical Jurisprudence*, Springer, 2014.
[2] Ronald Dworkin, ”´Natural´ Law Revisited”, *University of Florida Law Review,* 34, 1982, s. 165.
[3] Joseph Raz, ”Hart on Moral Rights and Legal Duties”, 4 *Oxford Journal of Legal Studies*, 1984, s. 131.
[4] Robert Alexy, ”The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, Vol. 23, 2010, s. 167–182.

humanistisk sådan. Därmed förlorar dessa teorier åtskilligt av intresse. De är så urvattnade att de blir i det närmaste innehållslösa.

Jag uppfattar denna skillnad mellan modernt naturrättstänkande och modern positivism som en rent teoretisk, inte en normativ fråga. Eftersom det måste förhålla sig på antingen det ena eller det andra sättet både ifråga om giltigheten eller ogiltigheten av the separation thesis — antingen finns det ett nödvändigt samband mellan rätt och moral eller också gör det inte det — och beträffande kognitivismen kontra non-kognitivismen, är en tredje ståndpunkt inte möjlig. Häri skiljer sig de moderna uppfattningarna från de klassiska. Klassisk naturrättslära och klassisk positivism uttömmer inte hela det rättsteoretiska området. Det finns rättsteorier som varken är det ena eller det andra, exempelvis teokratisk voluntarism och (skandinavisk och amerikansk) realism.

Det är förvisso inte glasklart vad man hävdar, när man hävdar att rätten är nödvändigt relaterad till moralen. Ett sådant påstående kan preciseras i olika riktningar, t.ex.: (i) Existensen av moralen är en nödvändig förutsättning för existensen av rätten, (ii) I varje korrekt definition av ”rätt” måste begreppet ”moral” ingå i definiens, (iii) För att ett normsystem skall vara ett rättssystem krävs att varje i systemet ingående norm uppfyller vissa moraliska krav. (Det råder delade meningar inom den moderna naturrättsriktningen om hur starka sådana krav i så fall skall vara).

För att kunna ta ställning för eller emot den moderna naturrättsläran och rättspositivismen måste begreppen ”moral” och ”rätt” tilldelas en mer bestämd innebörd. Om man med ”moral” menar allmänt förekommande moraluppfattningar i ett givet samhälle vid en given tidpunkt — såsom t.ex. rådande moraluppfattningar i det romerska kejsardömet eller i det imperialistiska Japan under 1930-talet — blir preciseringen (i) närmast en trivialitet. Men vad de moderna naturrättsanhängarna förespråkar är naturligtvis inte detta utan en moral av humanistisk karaktär. (En sådan präglade förvisso inte den klassiska naturrätten, där t.ex. en princip som Kungadömet av Guds nåde betraktades som naturrättslig).

Också rättsbegreppet måste i detta sammanhang preciseras. Den moderna debatten på hithörande område lider av en fundamental brist, som gör debatten en smula förvirrad. Vad som borde vara den grundläggande frågan ges inte, vad jag kunnat finna, någon explicit formulering. Man tycks inte ha riktigt klart för sig vad det är man har skilda uppfattningar om. Kanske kan frågan formuleras på följande sätt: Vad är det som hävdas stå eller inte stå i en nödvändig (konceptuell) relation till moralen?

På denna fråga kan man inte svara: rätten. För naturrättsanhängarna hävdar ju att rätten med nödvändighet implicerar moralen. Det måste därför finnas något, om vilket man initialt håller öppet huruvida det är ”rätt” eller ej. Och finner man att detta något står i en

nödvändig relation till moralen så är denna företeelse, enligt modern naturrättsuppfattning, rätt, annars icke. Att svara ”rätten” på ovanstående fråga, dvs. att från början läsa in moralen i rätten, är ju att, som engelsmännen säger, ”beg the question”.

Detta neutrala något, vilket vi alltså inte från början betecknar som ”rätt”, kan inte gärna vara något annat än ett slag av sociala normativa ordningar, säg *N*, med vissa karakteristiska egenskaper — dvs. vad som i dagligt tal konventionellt och ”ofilosofiskt” går under beteckningen ”en rättsordning”. Sådana karakteristiska egenskaper hos detta slag av sociala ordningar är t.ex. att deras normer emanerar från vissa, därtill skapade institutioner såsom lagstiftande församlingar och prejudikatdomstolar, att dessa regler är generella, att det finns organ som auktoritativt tillämpar reglerna, att det finns en polisorganisation, att det finns organ som verkställer domstolarnas beslut, att det finns ett advokatstånd osv. Det är svårt att tänka sig någon annan kandidat, som skulle vara mer lämpad som föremål för det som vår fråga avser än *N*. Vår fråga kan då omformuleras så här: Står *N* i en nödvändig relation till moralen eller ej?

Jag tror inte att jag begår en orättvisa mot den moderna naturrättsläran, när jag formulerar problemet på detta sätt. Ändå är det alldeles uppenbart att man dessvärre inte har några som helst svårigheter att finna sociala normativa ordningar av typ *N*, som djupt kränker en humanistisk moral. Ingen kan väl gärna frånkänna den romerska rätten dess egenskap av rätt trots dess barbariska straffrätt och en köprätt, som — även om dess principer på det stora hela var sunda — på ett omänskligt sätt var tillämplig även på handel med slavar. Och det verkar egendomligt att säga att det inte fanns någon rättsordning i det nazistiska Tyskland, fastän denna i långa stycken var av den mest brutala och omänskliga karaktär. Att påstå att dessa rättsordningar i konventionell mening inte var rättsordningar (eller, med andra ord, att innehållet i deras regler inte var romersk eller tysk rätt) är grovt missvisande. Därför finns det, sett från denna rent empiriska synpunkt, inget nödvändigt samband mellan rätt och moral. Att inskränka betydelsen av termen ”rätt” till ”moraliskt acceptabel rätt” är lika besynnerligt som om en idéhistoriker skulle säga att nazismens, stalinismens och maoismens läror inte är läror därför att de är så uppenbart förvridna och omänskliga.

## 4 En kritisk kommentar

Men under de senast förflutna decennierna har distinktionen naturrättslära–positivism begåvats med ytterligare en innebörd — en innebörd av en rent normativ karaktär. Denna, som jag uppfattar som en vulgärversion, skall jag av skäl som strax skall presenteras kalla *den urartade naturrättsläran* respektive *den urartade positivismen*. Den skiljer sig från såväl (i) den klassiska naturrättsläran och den klassiska positivismen som (ii) den moderna naturrättsläran och den moderna posi-

tivismen. Den är över huvud taget ingen teori om rätten alls. Låt oss nu rikta vår uppmärksamhet mot (iii) den urartade naturrättsläran och den urartade positivismen. Här kommer jag så till sist fram till min poäng — min kritik av vad jag i denna artikels rubrik kallat missbruket av termerna ”naturrätt” och ”positivism”.

Den urartade naturrättsläran består i ett avståndstagande från en extrem, ortodox legalism — att rättsreglerna skall tillämpas av rättstillämparna oavsett om dessa regler uppfyller berättigade krav på moralisk kvalitet eller ej. Rättstillämparna skall inte anlägga moraliska aspekter på sin verksamhet, de skall vara formalister. Fiat iustitia, pereat mundus, som gamle kejsar Ferdinand I uttryckte saken. Denna ståndpunkt kallar den urartade naturrättsläran för ”positivism” — en positivism som jag här benämner ”den urartade positivismen”.

Ledarskribenter, opinionsbildare och även en del jurister excellerar i prisande av vad de kallar ”naturrätt” och öser sin galla över de stelbenta och amoraliska formalisterna, ”positivisterna”. Men är då inte en stelbent ”positivism” (formalism) något moraliskt beklagansvärt?

När jag ställer mig starkt kritisk till dagens urartade naturrättslära beror det inte alls på att jag försvarar en stelbent legalism. Jag är motståndare till en sådan. Vad jag starkt opponerar mig mot är själva beteckningarna ”naturrätt” och ”positivism” för dessa båda motstående hållningar till legalismen. Nu kan det givetvis invändas att detta är en rent terminologisk fråga och att det väl inte spelar så stor roll vad man kallar dessa båda ståndpunkter. Men då begår man ett stort misstag. Anledningen till att jag kallar denna naturrättslära urartad beror på två, för denna lära djupt graverande, omständigheter. För det första vilar den på ett logiskt felslut och för det andra är den ohederlig. Det som är moraliskt beklagansvärt är en stelbent, ortodox legalism. Men att kalla en sådan ”positivism” och motsatsen ”en naturrättslig uppfattning” är både missvisande och orättvist. Att ledarskribenter och andra opinionsbildare fått saken om bakfoten må vara hänt. Men utbildade jurister borde veta bättre.

Det logiska felslutet ligger i en obefogad hopkoppling av en strikt legalism med non-kognitivismen och the separation thesis. Av ståndpunkten att värdeomdömen och normsatser saknar sanningsvärde — de är varken sanna eller falska — följer inte alls någon strikt legalism. Non-kognitivismen är enbart en teori om hur sådana satser skall uppfattas och förpliktar inte till någon som helst hållning i moraliska frågor. Inte heller följer av denna en amoralisk hållning: att man inte kan inta och argumentera för en viss moralisk hållning. Detsamma gäller förhållandet mellan the separation thesis — att rätt och moral är skilda saker — och en strikt legalism. The separation thesis implicerar på intet sätt någon strikt legalism.

Men, sägs det då, låt vara att detta logiska samband saknas. Non-kognitivismen och the separation thesis skapar ändå ett andligt klimat

av ”värdenihilism” — att allting är tillåtet och inget är rätt eller fel. Hur detta tänkes gå ihop med en ortodox formalism är inte helt lätt att förstå. Inte heller finns det någon evidens för att dessa filosofiska ståndpunkter skulle skapa ett sådant andligt klimat.

Och härmed har vi kommit över till den andra graverande omständigheten som vidlåder den urartade naturrättsläran — dess oheder-lighet. Genom att som ”positivister” beteckna alla som bortser från moraliska krav på rätten gör man de teoretiskt och vetenskapligt inriktade positivisterna i modern mening en djup orättvisa. Inga av de ledande moderna rättspositivisterna under 1900-talet var några ortodoxa legalister eller ”värdenihilister” i ordets vulgärmening. Hans Kelsen, som företräder en alldeles speciell variant av modern positivism, den s.k. rena rättsläran, uttalar exempelvis i sitt huvudarbete *Reine Rechtslehre* (1934) efter att ha presenterat sin formulering av the separation thesis [min övers.]:

> Vad som därvid förkastas är självfallet inte kravet att rätten skall vara moralisk, dvs. god. *Detta är en självklarhet* men vad det betyder är en annan fråga [min kurs.] Vad som förkastas är blott att rätten som sådan är en del av moralen och att därför all rätt, såsom rätt, är i någon mening och i någon utsträckning moralisk.

Andra ledande positivister under 1900-talet, som t.ex. Hart, är allt annat än ortodoxa legalister. Detsamma gäller svenska företrädare för en modern positivism som exempelvis Hägerström, Hedenius och Ekelöf. (Ingemar Hedenius har berättat att Hägerström vid flera tillfällen uttalade att moralen ”har trumf över” rätten och därmed gjorde han sig som non-kognitivist på intet sätt skyldig till någon motsägelse.) Särskilt Hägerström har på ett sätt som präglas av i lika delar arrogans och okunnighet gjorts ansvarig för en alltför stor statslojalitet hos svenska jurister, ja, han har t.o.m. på ett lätt löjeväckande sätt lastats för dessas slaviska bundenhet vid förarbetena. Orsakerna till dessa företeelser är säkerligen helt andra än de hägerströmska tankarna och står utan tvivel att finna i historiska omständigheter, som ligger i tiden långt före Hägerströms uppdykande på scenen.

Att påstå att man företräder en naturrättslig uppfattning så snart man anlägger ett moraliskt perspektiv på rätten och rättsanvändningen är rena struntpratet.

Saken har också en rent intellektuell sida. Moderna naturrättsföreträdare och positivister är eniga på två punkter (i) det finns sociala ordningar, rättsordningar i konventionell mening, och (ii) sådana sociala ordningar kan vara djupt omänskliga, brutala och barbariska. Frågan kan då ställas: Hur skall vi rent intellektuellt — begreppsligt — artikulera dessa båda insikter?

Låt oss utgå från ett exempel (som utgör ett slags abstraktion och renodling av det rättsfall som var föremålet för den välkända Hart–Fuller-debatten). En person, *a*, utför vid tidpunkten *t* en handling, *h*,

som djupt kränker en humanistisk moral. Vid *t* utgör handlingar av typ *h* enligt en regel, *r*, fullgörande av en lagstadgad skyldighet (i rättsfallet hade en kvinna angivit sin make för antinazistiska uttalanden, vilket riskerade makens liv). Vid en senare tidpunkt, *t´*, ställs *a* inför rätta för denna handling. Låt oss nu granska de argument som å ena sidan framförs från naturrättslig synpunkt och å andra sidan de som framförs från positivistisk synpunkt. Både naturrättaren och positivisten är i exemplet för att *a* skall straffas för att ha begått *h*. Den förre resonerar så här: *r* är en uppenbart omoralisk regel och därför var den ej gällande rätt vid *t*. Den senare resonerar så här: *r* var gällande rätt vid *t* men på grund av dess omänsklighet skall den upphävas retroaktivt. Därvid måste först en avvägning göras mellan två motstående värden: värdet av att inte tillämpa straffrättsliga regler retroaktivt och värdet av att man inte skall kunna gömma sig bakom legaliteten om man begått djupt omänskliga handlingar. Finner man att det senare värdet väger tyngst i detta fall skall de straffrättsliga regler som är gällande rätt vid *t´* tillämpas retroaktivt.

Vilket synsätt är att föredra från rent intellektuell synpunkt? Enligt min uppfattning är det den positivistiska. Den naturrättsliga sopar värdekonflikten under mattan medan den positivistiska tar fram den i dagsljuset. Detta gör den positivistiska synen mer klargörande och också mer rättvisande. De moderna naturrättsanhängarna har förvisso intet som helst moraliskt övertag över de moderna positivisterna.

Avslutningsvis, hur skall man då se på frågan om legalism (formalism) och anti-legalism, om man befriar sig från det grumliga talet om naturrätt och positivism?

Här, som så ofta annars, kan det vara fruktbart att se saken aristoteliskt — som en fråga om hur man bäst navigerar mellan två ytterligheter. Det bästa är därvid ett mellanläge mellan dessa. Den ena ytterligheten är den idealtypiska antilegalismen, dvs. antilegalismen i dess starkast tänkbara form. Den andra ytterligheten är den idealtypiska legalismen, dvs. legalismen i dess starkast tänkbara form. Den första innebär att man över huvud taget inte behöver följa rättsreglerna. Den andra innebär att man alltid skall göra det, oavsett vilka konsekvenserna därav blir. Om vi begränsar oss till dagens svenska jurister, eller för den delen dagens västerländska jurister, torde mycket få av dem tangera någon av dessa ytterligheter, en ”naturrättsanhängare” inte den förra och en ”positivist” inte den senare. En långtgående antiformalism präglade den i början av 1900-talet florerande Frirättsskolan och för att finna en långtgående formalism får man nog gå tillbaka till 1800-talets Tyskland. Det påstås ibland att en ”positivistisk” syn på rätten skulle ha medverkat till rättsstatens och demokratins förfall under Weimarrepublikens sista år och därmed banat väg för det nazistiska maktövertagandet. Sannolikt förhåller det sig tvärtom. Det var bristen på legalism hos en antidemokratisk och illojal domarkår och statsförvaltning som bidrog till detta förfall. Om vi skall finna

prov på en mer markant formalism i dagens Sverige, får vi nog rikta blicken mot de rättstillämpare, särskilt i lägre befattningar, inom den offentliga förvaltningen som saknar en juridisk examen och som är ängsliga för att göra fel. Få jurister torde bestrida att legalitetstanken i själva verket är ryggraden i rättsprojektet. Ty vad skulle detta tjäna till, om rättens funktionärer inte upprätthåller rättsordningen? Skillnaden mellan ”naturrättare” och ”positivister” är inte så vid som man har fått för sig. Men framför allt är det på tiden att man börjar kalla saker och ting vid deras rätta namn: legalism (formalism) respektive antilegalism (antiformalism), vilka båda kan vara mer eller mindre ortodoxa.