

Under publicering i *Tidskrift för politisk filosofi* (nr 2, 2005)

Mot ett internationellt lagstyre: att skilja internationella lagbrytare från potentiella lagstiftare¹

Robert E. Goodin

SAMMANFATTNING: Ett intressant faktum rörande den internationella sedvanerätten är att det enda sätt på vilket man kan föreslå en ändring av den är genom att bryta mot den. Hur kan detta särskiljas från ett vanligt lagbrott? Vilka moraliska normer skulle kunna appliceras på denna typ av internationellt beteende? Jag föreslår att vi använder oss av normer som är analoga med de som används för att skilja civila olydnadsaktörer från vanliga lagbrytare: potentiella lagstiftare måste, precis som civila olydnadsaktörer, bryta öppet mot lagen; de måste godta rättsföljderna av sina handlingar; och de måste vara redo att underkasta sig samma lagar som alla andra.

NYCKELORD: lagstyre; internationell sedvanerätt; civil olydnad; supermakt; skälighet

För en moralisk universalist finns det förmodligen ingen ambition lika djärv som idén att förverkliga ett världsstyre, av federalt slag, och med en suverän lagstiftande församling rättvist indelad i förhållande till befolkningens mängd. Men hur nobel denna ambition än må vara har den inte den ringaste möjlighet att realiseras, varken i denna värld eller någon närliggande, möjlig sådan. För att vara av någon som helst praktisk nytta måste drömmar kunna vägleda handling. Det kan inte omöjliga drömmar.

Vi kan dock tänka oss en enklare dröm, med en liknande inriktning, enligt vilken den internationella ordningen åtminstone borde ledas av ett "lagstyre."² Inte heller denna mer anspråkslösa dröm omfattas universellt, ofta på grund av realistisk

resignation.³ Således väddar en framstående internationell advokat till oss att inte ”ytterligare slita på det redan slitna ordet ’lagstyre.’” (Henkin, 1969, s. 656). Men åtminstone som en moralisk angelägenhet, internationell såväl som nationell, förmodar jag att grundprincipen om ”skälighet” tilltalar många, och en väsentlig del av denna är att vi själva bör följa de regler som vi vill att andra ska följa.⁴

Ett internationellt lagstyre är inte detsamma som ett världsstyre. Det kan finnas lag utan någon central lagstiftare. På nationell nivå är den allmänna civilrätten ett exempel på detta. Ingen har stiftat den; istället har den vuxit fram organiskt genom olika domslut från olika domstolar genom åren. Den internationella sedvanerätten är ett annat, ofta nämnt, exempel på detta. Också den representerar sedvänjor, upprättade sedan lång tid tillbaka genom olika stater mellan havanden.

Detta är inte det enda slaget av internationell rätt.⁵ Avtal representerar ett annat slag. Det kan även finnas vissa *jus cogens*-principer (såsom restriktioner på tillgripandet av våld eller respekten för de mänskliga rättigheterna, förslagsvis) som borde upprätthållas internationellt, även i avsaknad av avtal eller sedvänjor eller till och med i strid mot dem.⁶ Men i detta sammanhang är det den internationella sedvanerätten som intresserar mig. När jag diskuterar en minimal form av ett internationell lagstyre, så avser jag respekten för den internationella sedvanerätten.

I. Vad är ett lagstyre?

I nationella sammanhang, talar man om att vara av ”lag styrd, *icke av individer.*” Där kontrasteras lagstyret mot något egenmäktigt styre av en nyckfull kung, eller hans moderna motsvarighet, en statlig ämbetsman med obegränsad makt att behandla sina underordnade precis som han eller hon behagar (Dicey, 1908, del 2, samt Waldron, 1990, kap. 3).

Även i en välorganiserad rättsordning, såsom USAs, kvarstår vissa områden som ger anledning till oro. USAs immigrations och integrationstjänst brukade användas som typexempel, även om den statliga säkerhetstjänsten som handlar i enlighet med USAs *Patriot Act* kan komma att ta dess plats. Det finns skäl för oro över att säkerhetstjänstens ämbetsmän åtnjuter ett alltför vitt spelrum för gottfinnande i utövandet av deras rättsliga makt, och att lagstyret tar skada som en följd av detta.

Den internationella analogin till att vara av ”lag styrd, icke av individer” är att vara av ”lag styrd, icke av stater.” Det internationella lagstyret kan i första hand kontrasteras mot den internationella laglöshet vari varje stat beter sig exakt så som den behagar, eller vågar, utan att tyglas av några internaliserade normer.⁷ Ett sådant styre skulle innebära ett ”viljans styre, understödd av makten.”

Givetvis kan det förekomma en del regelbundenheter i ett sådant styre. Men även om dessa är laglika så är de inte lagar i någon relevant mening. I samma ögonblick som viljorna förändras, eller maktbalansen, försvinner dessa regelbundenheter eller ersätts av andra (Goldsmith och Posner, 1999).

Det internationella lagstyret skulle, i andra hand, kunna kontrasteras mot något som, internationellt sett, kan liknas vid en allsmäktig kungs egenmäktiga styre. Den internationella analogin skulle här vara en stat med tillräckligt mycket makt för att kunna påtvinga sin vilja på resten av världen, utan att tyglas av några internaliserade normer.

Naturligtvis är aldrig en stat så allsmäktig att den bokstavligen kan tvinga alla andra att göra vad helst den behagar, lika lite som en kung är så mäktig att han kan tvinga alla sina undersåtar att göra exakt vad han vill. Men i båda fallen saknas ett lagstyre i den meningen att en betydande makt kan utövas på precis det sätt som dess ägare önskar.

Även i detta fall kan det finnas betydande regelbundenheter i de mönster som vi kan observera. Men dessa regelbundenheter är enbart laglika, inte lagstyrda. I samma ögonblick som maktbarendens önsknings ändras så ändras också mönstret.

Det finns två logiskt skilda sätt att inrätta ett internationellt lagstyre, vilka motsvarar dessa två kontrasterade fall. Ett lagstyre skulle kunna uppstå, externt, som en lösning på en situation av laglöshet och anarki, vari varje stats makt ställs mot makten hos andra, till allas förfång. Under sådana förhållanden skulle en stat, av rent rationella ”Hobbesianska” skäl, ansluta sig till ett regelsystem för att begränsa sina rättigheter i utbyte mot att de andras rättigheter skulle begränsas på samma sätt. Alternativt skulle ett lagstyre kunna uppstå, internt, om de mäktigaste staterna skulle internalisera de skyldigheter och det ansvar som kan betraktas som moraliskt förpliktande för den som äger en betydande makt.⁸

Idag lever vi förstås i en värld med en ensam supermakt.⁹ Från ett realpolitiskt perspektiv innebär detta att den enda supermakten står inför frestelsen att bete sig

laglöst. Det finns inte många yttre tyglar som kan hejda dess maktutövande; inte mycket som, externt, kan hindra den enda kvarvarande supermakten från att påtvinga sin egenmäktiga vilja på världen. Om den enda supermakten faller för denna frestelse skulle den inte respektera det internationella lagstyret. Då skulle vi endast få ett slags ”den starkares styre.”

Men även om det saknas externa metoder för att tvinga den enda kvarvarande supermakten att respektera lagstyret, så skulle den ändå självmant kunna internalisera lagstyrets normer. Lagen har alltid en inre aspekt, varmed en aktör kan betrakta sitt eget handlande med ett kritiskt reflekterande förhållningssätt, och bedöma det i förhållande till de etablerade regler som lagen konstitueras av (Hart, 1961, s. 56). I den mån som en suverän skulle internalisera lagens normativa krav på detta sätt, så *skulle* den sägas respektera lagstyret, oavsett hur allsmäktig denna suverän än må vara. Detta gäller för en suverän stat likväl som för en kunglig suverän.¹⁰

I vår tid är alltså den viktigaste frågan för ett internationellt lagstyre huruvida den enda kvarvarande supermakten verkligen internaliserar de etablerade regler som styr relationerna mellan civiliserade nationer, eller ej. Om den gör det skulle den respektera lagstyret, internationellt. Men om supermakten tvärtom faller för frestelsen att helt enkelt påtvinga sin vilja på världen, utan hänvisning till och utan att tyglas av etablerade regler, då skulle den inte respektera det internationella lagstyret.

II. Lagstiftning genom lagbrott¹¹

Det finns naturligtvis många områden inom vilka en supermakt skulle kunna påtvinga sin egenmäktiga vilja på resten av värld, helt i strid mot ett internationellt lagstyre. En del fall framstår som uppenbara. Andra fall är mindre uppenbara, eftersom en stats agerande tillåter olika tolkningsmöjligheter. I dessa mer ambivalenta fall finns det ett starkt behov av försvarbara kriterier som kan avgöra vilken tolkning som är den riktiga. Det är här filosofer kan göra det största bidraget. Att göra distinktioner är, trots allt, filosofens specialitet.

A. Att ändra sedvanerätten

Inom det nationella rättsväsendet brukar jurister dra en skarp gräns mellan ”sedvanerätt” och ”allmän civilrätt.” I detta sammanhang ska jag dock betrakta den

allmänna civilrätten som en underart av sedvanerätten: med andra ord, såsom ”domarnas sedvanerätt” (Simpson, 1973. s. 77–99). Om vi betraktar förhållandet på detta sätt kan både den internationella sedvanerätten och den nationella allmänna civilrätten ses som former av sedvanerätt.

Det största problemet med sedvanerätt i allmänhet är avsaknaden av ändringsprocedurer. På samma sätt som det inte finns någon formell metod för att skapa sedvanerätt, så finns det inte heller någon formell metod för att omskapa den.¹² I ett samhälle som enbart styrs av sedvanerätt, påpekar Hart ogillande,

Finns det inga medel [...] för att avsiktligt anpassa lagarna till förändrade omständigheter, varken genom att utesluta gamla lagar eller genom att introducera nya: [...] ty detta förutsätter att det finns andra typer av lagar än de primära skyldighetslagar, vilka detta samhälle uteslutande lever efter (Hart, 1961, s. 90).¹³

I Harts terminologi, är problemet med sedvanerätten att den saknar ”sekundära lagar” – lagar om lagar, hur man stiftar lagar och hur man ändrar dem.

På nationell nivå förändras den allmänna civilrättens tillämpning när domarna börjar att döma annorlunda de i fall som åläggs dem. På internationell nivå förändras den internationella sedvanerättens tillämpning när stater och tribunaler börjar att godta tillämpningar som de inte godtog tidigare. (Eller då de slutar att godta tillämpningar som de tidigare godtog: men det är det första fallet som jag ska koncentrera mig på här.)¹⁴

Ett viktigt förhållande i sammanhanget är följande: både inom allmän civilrätt och internationell sedvanerätt förutsätter en lagändring att ett fall tas upp i domstol. Det betyder att alla lagliga ändringar av det slag som diskuteras här förutsätter att någon har gjort något som, enligt gällande rätt, är en *lagöverträdelse*.

I avsaknad av formella ändringsprocedurer finns det bara ett sätt på vilket stater kan föreslå en ändring av sedvanerätten, nämligen genom att *bryta* mot den.¹⁵ Det är helt enkelt så som sedvanerätten fungerar.

Därmed uppstår den fråga som i huvudsak intresserar mig här, nämligen huruvida stater respekterar det internationella lagstyret, eller ej. Hur är det möjligt att skilja mellan de aktörer som faktiskt respekterar sedvanerättens styre, och som endast

föreslår en ändring i respekt mot denna, och de aktörer som rätt och slätt bryter mot lagen?

B. Är ett brott alltid ett brott?

Ett möjligt svar på frågan är att förneka att det faktiskt finns någon skillnad mellan dem. Tanken är här att om en lagsamling inte rymmer några stadgar för sin egen förändring, så kan den helt enkelt inte förändras. Varje försök att förändra en oföränderlig lag innebär helt enkelt ett lagbrott.

Som ett exempel kan man ta John Lockes konstitution för staten Carolina från 1699. Dess sista klausul lyder, ”Dessa grundläggande konstitutioner [...] skall vara och i all evighet förbli Carolinas högt vördade och oföränderliga statskick.”¹⁶ Var och en som skulle försöka ändra på Lockes grundläggande konstitution för Carolina skulle alltså handla illegalt, helt i strid mot denna klausul.

Sedvanerätten uppvisar måhända ett mildare fall. Den rymmer inga explicita förbud mot förändringar; den saknar bara en intern stadga för hur dessa bör utföras. Naturligtvis förändras sedvanerätten, eftersom sedvänjor ändras. Men den förändras endast genom långsamt tillkomna tillägg, inte abrupt, genom avsiktliga ingripanden.¹⁷ Den som bryter mot sedvanerätten i avsikten att så småningom förändra den kan så småningom också få upprättelse. Men för stunden, och i den närmaste framtiden, så skulle var och en som utförde en sådan handling endast bryta mot lagen.

När lagen inte rymmer några stadgar för sin egen förändring så skulle, enligt detta synsätt, en respekt för lagstyret innebära att vi måste respektera dess lagar så som de är, och inte försöka förändra dem. Det finns inget respektfullt sätt att föreslå förändringar.

Detta är måhända en formellt sett korrekt analys, från en snävt juridisk synvinkel.¹⁸ I enlighet med den stränga (om än oskrivna) sedvanerättens bokstav, så finns det ingen skillnad mellan ”lagbrytare” och ”potentiella lagstiftare.”

Men, rent moraliskt sett, vill vi förstås kunna göra en sådan distinktion. Och även från en vidare rättslig synvinkel så förmodar jag att vi vill göra detsamma.

Man kan betrakta detta som en angelägenhet för lagstyret. Lagbrytaren vill handla utanför lagen. Den potentiella lagstiftaren vill upprätta nya lagar, inom lagstyret. Hon eller han anser att handlingar bör styras av lag; hon eller han anser blott

att de bör styras av något annorlunda lagar. Kort sagt: den potentiella lagstiftaren vill bevara lagstyret, även när han vill ändra på dess enskilda lagar. Lagbrytaren, däremot, vill underminera lagstyret, eller åtminstone dess tillämpning på hans eget handlande.

Detta är en givetvis en viktig distinktion, moraliskt sett, men kanske även i ett större juridiskt sammanhang: distinktionen mellan dem som försöker utesluta sig själva från allmänna handlingsregler, och de som endast försöker att ändra på dem.

III. Normer för potentiella lagstiftare

Häri ligger huvudskillnaden mellan potentiella lagstiftare och vanliga lagbrytare: de förra respekterar lagstyret på ett sätt som den senare inte gör. Sålunda skulle vi kunna skilja dem åt på följande sätt: av potentiella lagstiftare förväntar vi oss att de ska godta följderna av sina överträdelser mot gällande lag;¹⁹ av rena lagbrytare, däremot, förväntar vi oss att de kommer att försöka undvika att ta ansvar för sina lagöverträdelser.²⁰

För att göra denna distinktion operationell, skulle vi kunna applicera en klass av kriterier som påminner om dem som används, på nationell nivå, för att skilja mellan ”civila olydnadsaktörer” och ”vanliga lagbrytare.” Även där förmodas huvudskillnaden ligga i att civila olydnadsaktörer respekterar lagen i allmänhet, även när de bryter mot någon enskild lag i protest.²¹

För att betraktas som civil olydnadsaktör, måste folk bete sig på ett sätt som ger yttre bevis på att de faktiskt respekterar lagen i allmänhet.²² I första hand måste de öppet tillstå att de bryter mot lagen: de måste bryta mot lagen officiellt, snarare än i smyg. I andra hand måste de godta rättsföljderna av sina brott, snarare än att försöka undslippa dem. Om de skulle handla på något annat sätt skulle de knappast betraktas som civila olydnadsaktörer, som individer som officiellt insisterar på en förändring av en lag genom att bryta mot den. Istället skulle de endast vara vanliga lagbrytare.

Vi skulle rimligtvis kunna applicera liknade kriterier när vi skiljer mellan internationella lagbrytare och potentiella lagstiftare. Låt oss beakta kraven i tur och ordning.

A. Att öppet bryta mot lagen

Låt oss börja med att beakta det första villkoret: för att en individ på ett korrekt sätt ska kunna betraktas som en civil olydnadsaktör, måste individen öppet ha brutit mot lagen. Samma krav borde ställas på de stater som bryter mot internationell sedvanerätt i ett ärligt uppsåt att förändra den: även de måste bryta öppet mot lagen.

Det är ju faktiskt så att ett ingripande endast kan förändra sedvanerätten på ett direkt sätt i den mån som det *betraktas* som en uppenbar kränkning av en äldre lag, en lag som i efterhand kommer att ändras som ett resultat av detta ingripande. Att bryta mot lagen *i smyg* skulle helt enkelt strida mot uppsåtet att ändra på lagen. En vanlig lagbrytare skulle kanske vilja göra det. Men ett sådant beteende vore fullkomligt meningslöst för den som bryter mot en av sedvanerättens lagar i blotta syftet att anstifta en ändring av denna lag.²³ För att lyckas med det måste fallet tas upp i domstol.

Naturligtvis kan lagändringar uppstå genom att lagar omtolkas lika väl som att de avskaffas. Och i praktiken är detta den vanligaste utvecklingsgången.²⁴ Detta förhållande ger upphov till en annan, mellanliggande strategi för potentiella lagstiftare.

Den potentiella lagstiftaren skulle kunna stå till buds med ett prövningsfall. Som en väsentlig del av detta måste hon eller han insistera på att det hon eller han gör inte står i strid mot lagen utan tvärtom är fullkomligt förenligt med den ”riktiga” lagen. Detta är detta synsätt som potentiella lagomtolkare skulle anmoda de relevanta myndigheterna att godta.

Många fall av civil olydnad fungerar på detta sätt. Man kan tänka på medborgarrättskämparna *Freedom Riders*. Det bröt ofta mot Jim Crows rasåtskillnadslagar för Mississippi, enbart i syftet att få lagarnas konstitutionsenlighet prövade i överklaganden till federala domstolar (Wasserstrom, 1961, s. 647).²⁵

De potentiella lagstiftarna skulle kunna handla på ett liknande sätt, på internationell nivå. Istället för att rättframt tillstå att de bryter mot den internationella sedvanerätten i syftet att förändra den, skulle de kunna säga att, trots att det tycks som om deras handlingar strider mot den internationella sedvanerätten i dess befintliga form, så är förhållandet ett annat, enligt en riktig tolkning av sedvanerätten.

Här är ett exempel: Den internationell sedvanerätten har sedan lång tid tillbaka tillåtit nyttjandet av militära medel för nationellt självförsvar. Genom åren har många stater utnyttjat sig av detta som en ursäkt för militära ingripanden utomlands, i försvar för sina landsmän eller intressen. Vid vissa tillfällen har dessa anspråk blivit allmänt

godtagna, och den internationella sedvanerätten har rättat sig därefter.²⁶ Vid andra tillfällen har de inte godtagits.

Att öppet medge att de bryter mot lagen för att förändra den är alltså inte det enda tillvägagångssättet för potentiella lagstiftare i färd med att försöka ändra på sedvanerätten. Att argumentera för en ändring av de förhärskande tolkningarna av vedertagna föreskrifter är ytterligare en, lika god strategi; och som en väsentlig del av denna, är det viktigt att de potentiella lagstiftarna förnekar att de överhuvudtaget bryter mot den ”riktiga” sedvanerätten.

Men oavsett valet av strategi består kravet på öppenhet. Även de potentiella lagstiftare som använder omtolkningsstrategin måste göra det officiellt, snarare än i smyg. Dessutom är det så att om deras ingripande ska resultera i en ändring av sedvanerättens *allmänna tolkningsmönster* (snarare än i en tolkningsändring av just detta enskilda fall), så måste de offentligt tillstå att de argumenterar mot en äldre tolkning och för någon ny. Även de potentiella lagstiftare som använder sig av denna omtolkningsstrategi måste alltså offentligt tillstå att deras handlingar innebär en kränkning av sedvanerätten, under de nu förhärskande tolkningar som de hoppas att deras ingripande kommer att förändra.

B. Att godta rättsföljderna av ens lagöverträdelse

Låt oss nu se på det andra villkoret: för att visa respekt för lagstyret, måste en individ vara beredd att godta rättsföljderna av sin lagöverträdelse.²⁷

När civila olydnadsaktörer protesterar mot en orättfärdig lag på nationell nivå så godtar de rättsföljderna av sina handlingar till viss del för att skilja sig från vanliga lagbrytare som ihärdigt försöker undvika upptäckt och straff. Civila olydnadsaktörer avmönstrar sig från dem genom att tappert godta rättsföljderna av sina brott, och därmed understryka med vilket moraliskt allvar de protesterar mot den gällande lagens orättfärdighet och vädjar om en ändring.

Men bortom detta vagt strategiska hänsyn, finns det även en större principalsak. Genom att de civila olydnadsaktörerna godtar rättsföljderna av sina överträdelser, även mot lagar som de bedömer som djupt orättfärdiga, visar de respekt för lagen som sådan. Att de tar sitt straff är ett tydligt bevis på deras respekt för lagstyret. Detta är

en välkänd taktik bland civila olydnadsaktörer, från Sokrates till Martin Luther King, Jr. (King, 1969, s. 73–89).

Varför är det så viktigt att aktörer – individer såväl som stater – är villiga att godta rättsföljderna av sina lagbrott, även då de har brutit mot lagar som de betraktar som djupt orättfärdiga? Ett självfallet svar anknyter till idén om skälighet (Rawls, 1967, s. 3–18, samt 1971, kap. 5).

Vilken komplex kodex som helst rymmer en mängd av bestämmelser, varibland några är till din fördel och andra är till min. Att följa de bestämmelser som är till din fördel är det pris som jag är tvungen att betala för att du ska följa de bestämmelser som är till min fördel. Vi kan inte ta isär hela paketet, så att vi endast följer de bestämmelser som är till vår fördel och struntar i de andra, utan att hela systemet kollapsar; och även om vi skulle kunna göra det vore det moraliskt fel. Att godta rättsföljderna av ens samvetsgrant utförda lagöverträdelse är en viktig del av vad det innebär att godta hela paketet, och att respektera lagstyret som helhet.

Att ta sitt straff för en lagöverträdelse är naturligtvis inte ”sak samma” som att rätta sig efter lagens krav. Ibland kan det kanske vara ”lika så bra” (som i vissa civila sammanhang, exempelvis kontrakt), men oftast är det definitivt inte det (inte i kriminella sammanhang, förstås, och kanske inte heller i vissa civila sammanhang, som irreparabel skada). En del internationella lagöverträdelser är mer lika det första fallet, andra är mer lika det andra. Men även när det avtjänade straffet inte räcker som fullständig kompensation för den orätt som har begåtts, så når det åtminstone en bit på vägen mot att ställa det orätta till rätta – eller åtminstone mot ett medgivande att en orätt har begåtts, om så bara i betydelsen av att någons legitima förväntningar har svikits.²⁸

På nationell nivå är det tydligt vad det innebär för civila olydnadsaktörer att inställa sig till domstol och godta de straff som domstolen lagligen påbördar dem. I vissa fall finns det även en exakt internationell analogi. Som ett exempel kan man ta en tribunal som är bemyndigad att behandla rättsfall och påbörda straff i enlighet med något avtal som alla parter har undertecknat. I detta fall innebär ett godtagande av de rättsliga påföljderna i stort sett detsamma på internationell nivå som det gör på nationell: att underkasta sig tribunalens jurisdiktion; att framlägga ens fall inför den; att godta dess beslut; att lyda dess order; och så vidare.

Även då det saknas en tribunal med tvingande jurisdiktion (grundad på avtal, eller på något annat sätt) är det alltid möjligt för stater att frivilligt överlämna omstridda fall till medling – det gjorde till exempel Frankrike och Nya Zeeland då de överlämnade alla ärenden som uppkom i och med sänkningen av Greenpeacefartyget Rainbow Warrior till FN:s generalsekreterare för att få ett domslut som de var överrens om skulle vara bindande för båda (*American Journal of International Law*, 1987, s. 325–328).²⁹ Också i detta fall skulle godtagandet av de rättsliga påföljderna innebära att man överlämnar fallet till någon domare; att man samarbetar med denne genom att stå till tjänst med den information som behövs för ett domslut; att man godtar dennes domslut, snarare än att avvisa det; att man utför de handlingar som krävs enligt domslutets villkor; och så vidare.

Detta, hävdar jag, är exakt vad potentiella lagstiftare skulle göra, om de med ärligt uppsåt försöker att förändra den internationella sedvanerätten. Om en stat vill inkludera någon ny princip eller tolkning i den internationella sedvanerätten måste den vädja till någon oberoende myndighet som står utanför kontroversen. Den måste få principen godkänd av neutrala, reflekterande aktörer som samvetsgrant försöker uppskatta den föreslagna principens förhållande till den internationella sedvanerättens befintliga kanon.

Varje stat som vägrar att underkasta sig ett opartiskt dömande organ eller som motsätter sig domslutet – så som USA gjorde med den internationella domstolens beslut i ärendet *Nicaragua v. USA* (1986)³⁰ – har inte överträtt den internationella sedvanerätten i syftet att förändra den. En sådan stat är ingenting annat än en internationell lagbrytare, utan några lagstiftarambitioner som kan tjäna som ursäkt för dess överträdelse.

IV. Det mjuka lagstyret

Moderna rättsteoretiker som är specialiserade på ”mjuk lag” muttrar nu att allt detta är ett seglivat gammaldags sätt att se på saken, ett som bara kan appliceras på den ”hårda lagen.”

Den hårda lagen är de fanatiskt trogna positivisternas lag. Det är den lag som råder när en suverän ger order och understödjer dem med hot. Det är den lag som råder när en domstol har tvingande jurisdiktion och myndighet att tolka regler och applicera

dem på enskilda fall, samt makt att sätta in sanktioner mot dem som kränker den. Kort sagt karakteriseras den hårda lagen av ”*bindande* förpliktelser som är *exakta* (eller som kan göras exakta genom domslut eller detaljerade föreskrifter) och som *delegerar* myndighet för att tolka och verkställa lagen.” (Abbott och Snidal, 2000, s. 421, egen understrykning).

Den internationell rätten har aldrig fungerat på det viset, åtminstone inte i någon hög grad. Den internationella sedvanerätten är synnerligen ”mjuk” i alla lagens viktiga dimensioner: dess förpliktelser är inte särskilt exakta och inte särskilt bindande; och det finns sällan någon myndighet som har makt att tolka och verkställa den (Kunz, 1952, s. 504). ”Dess värre för den internationella rätten,” har positivisterna traditionellt ansett. Men det synsättet har inte tagit fasta på alla de viktiga sätt genom vilka den mjuka lagen faktiskt skulle kunna institutionaliseras och komma att styra folk och staters handlande.³¹

A. Utvecklingen av mjuk lag

Denna process tar sin början (logiskt sett, om än inte bokstavligen) från den situation av internationell rättslöshet som har beskrivits tidigare. Anta att staterna helt saknar internaliserade normer för internationellt handlande; anta att varje stat strävar mot sina egna mål och utnyttjar sina fördelar så långt den bara kan, givet den makt och de mål som de omgivande staterna äger. Även i en sådan i grunden konkurrensbetonad miljö så kommer det ändå alltid att finnas utrymme för gemensamma vinster genom samarbete och ömsesidig återhållsamhet. Till en början handlar en sådan process förmodligen mer om ömsesidig anpassning än om en jakt på gemensamma mål. Men på dessa öar av samarbete kommer med tiden en allt tätare undervegetation av normer att slå rot.³² Staterna kommer att börja följa normerna, även vid den gräns (och med tiden även bortom den gräns) där detta står i motsats till deras egna omedelbara intressen och mål. Internationella normer som till en början är väldigt ”mjuka” kommer i realiteten att bli allt hårdare, vare sig det sker genom avtal eller praxis.

Inom den mjuka lagens välde är det dock aldrig lika tydligt vad som ska räknas som ett lagbrott, som det är i den hårda lagens välde. Den mjuka lagen är vag per definition, och saknar auktoriserade uttolkare som kan göra den mer exakt. Inom den mjuka lagens välde är det inte heller tydligt vad ett godtagande av de rättsliga

påföljderna exakt skulle innebära. Den mjuka lagen saknar, per definition, någon myndighet som har makt att upprätthålla den.

Även om det inte finns någon central myndighet som kan upprätthålla lag och ordning så kan den internationella rätten ändå ses som bindande och obligatorisk. Som Hart påpekar:

[D]et finns ett allmänt tryck att föga sig efter reglerna; fordringar och erkännanden grundar sig på dem och deras överträdelse anses berättiga bestämda krav på kompensation, såväl som repressalier och vedergällning. När reglerna inte respekteras så är det inte på grund av att de inte är bindande; istället görs ansträngningar för att dölja detta förhållande (Hart, 1961, s. 214–215).

Kort sagt finns det ett starkt socialt tryck inom statsamfundet att följa vad som anses vara etablerade normer enligt den regim som styr den mjuka lagsamlingen i fråga. Och detta är nästan tillräckligt för att uppfylla Harts nödvändiga och tillräckliga villkor för existensen av en rättsordning.

B. Att respektera mjuk lag

En realpolitisk analytiker kan fråga sig vad det kan betyda att ”godta rättsföljderna” av ens överträdelse mot internationell sedvanerätt, när både domslut och deras verkställande helt överlämnas till samspelet mellan den lagbrytande staten och övriga stater. I realpolitiska termer är det oklart vad det skulle innebära att ”godta” rättsföljderna, eftersom det är oklart vad det skulle innebära att *inte* godta dem. De andra staterna handlar som de nu handlar som svar på din överträdelse; och du handlar som du nu handlar som svar på deras svar; och så vidare. Från ett realpolitiskt perspektiv är deras handlingar ingenting annat än ett faktum om yttervärlden – ett faktum som du lika lite kan godta eller avvisa som du kan godta eller avvisa fakta om gravitation eller elektromagnetism.

Men i detta realpolitiska perspektiv ignoreras emellertid lagens inre aspekt, som även återfinns (ja, som kanske särskilt återfinns) inom den mjuka lagen. En stat som försöker förändra, förbättra eller utvidga någon princip som hör till den mjuka lagen godtar i grund och botten den gällande normsamling som den försöker förändra. Den

har internaliserat dessa normer som normer som den i allmänhet bör försöka att följa, för deras egen skull, i första hand (fastän det i sista hand kan visa sig ske av helt egennyttiga skäl). När de allmänt godtagna normerna kränks, godtar en sådan stat att de andra staterna har legitima skäl för klagomål.

Som en följd av ett sådant godtagande, skulle en stat som är involverad i ett försök att förändra, förbättra eller utvidga någon princip inom den mjuka lagen avstå från att försöka avvisa de andra staternas klagomål med alla tillgängliga medel. Istället skulle en sådan stat försöka visa att den uppriktigt försöker förändra, förbättra eller utvidga den mjuka lagen genom att betala ersättning eller skadestånd, även när maktförhållanden är sådana att den skulle kunnat låta bli.

C. Att upprätthålla mjuk lag

En realpolitisk analytiker betraktar de internationella utfallen såsom en krafternas vektorsumma, där varje stat enbart handlar för egen vinning. Men de stater som har engagerat sig i uppbyggandet av ett lagstyre (om så bara ett mjukt lagstyre) skulle låta bli att utnyttja alla sina fördelar, till en början då och då, men med tiden allt oftare, i respekt för åtminstone några av de mer etablerade normerna i lagsamlingen.

I de fall där staterna i fråga är så gott som jämstarka kan hänsynen till egenintresse och principalsak förenas i kravet på staterna att gemensamt rätta in sig inom den mjuka lagens ramar. En del stater rättar måhända in sig mer än andra. En del stater vinner måhända lite mer på ett inrättande än andra. En del stater skulle måhända klara sig lite bättre än andra om regimen föll ihop till internationell anarki. Men så länge som dessa variationerna alla ligger inom den betydande osäkerhetsmarginal som utan undantag omger utfallen av vilket realpolitiskt maktspel som helst, så kommer den mjuka lagen i allmänhet att respekteras.³³ Det visar sig att den mjuka lagen, av sig själv, kommer att internaliseras i en allt högre grad och därmed få en allt starkare normativ kraft.

Dessa villkor saknas i en värld med en enda supermakt. Visserligen kan de svagare alltid förenas mot den starkare; och detta skulle kanske få supermakten att hejda sig (Hart, 1961, s. 214).³⁴ Men ju större koalitionen måste vara för att kunna kontra den starkares makt, desto mindre troligt är det att en sådan kollektiv aktion skulle kunna organiseras och upprätthållas. Om supermakten endast behöver plocka

bort ett fåtal parter från motkoalitionen så skulle motkoalitionen knappast kunna få den att hålla sig till ett mjukt internationella lagstyre.

Enligt detta realpolitiska betraktelsesätt, så upprätthålls den mjuka lagen till en början endast genom egenintresse, men blir med tiden allt mer internaliserad och normativiserad ju mer den respekteras i praktiken.³⁵ Men en sådan internaliserings- och normativiseringsprocess kommer helt enkelt aldrig att påbörjas av en ensam supermakt som inte har några egennyttiga skäl att respektera dessa lagar från början. Övriga stater kommer kanske att lyda under en allt mer internaliserad kodex av en allt hårdare lag. Men den enda supermakten kan helt enkelt gå sin egen muntra väg, och göra vad helst den behagar, utan att bekymra sig över de hinder som finns inom ett mjukt internationellt lagstyre.

V. Generaliserbarhet: hur man testar staters uppriktighet

En tumregel som vi kan använda för att testa huruvida stater (även ensamma supermakter) verkligen respekterar det mjuka lagstyret grundar sig på en egenhet hos lagstyret som sådant. Det är avgörande för själva idén om att vara av ”lag styrd, icke av individer” att det finns ”en lag för alla” (Waldron, 1990, s. 37). En lag måste, för att vara lag, vara av allmän form. *Ad hominem* beslut (beslut om dödsstraff och sådant) representerar kungörelser, inte lagar.³⁶

I en grupp av så gott som jämstarka stater som är i färd med att utveckla ett mjukt lagstyre för egen del, räcker det ofta med vanlig ömsesidighet för att på ett effektivt sätt applicera generaliserbarhetstestet på de lagar som föreslås. När varje stat kan och kommer att tvinga de andra staterna att följa de regler som dessa har tvingat denna att följa så kommer ingen stat att föreslå en regel som den inte skulle vilja applicera på sig själv.

I denna situation är det ömsesidig härmande (*tit-for-tat*) som ser till att en stats avvikelse omedelbart kommer att upprepas av alla. Under sådana förhållanden skulle ingen aktör avvika från rådande normer om den inte vore beredd att godta att alla andra kommer att handla på samma sätt. Ingen aktör skulle bryta mot gällande lag utan att avse (eller åtminstone inse och godta) att avvikelsen kommer att betraktas som den nya lagen.

I en värld med en enda supermakt är förhållandet inte nödvändigtvis detsamma. Den enda supermakten kan tvinga andra att följa lagar som den själv har makt att undslippa. Mäktigare stater har alltid betett sig så gentemot svagare stater, särskilt i de fall då deras egna intressen, på något allvarligt sätt, har stått på spel.³⁷ En ensam supermakt befinner sig i en position som ger den möjlighet att bete sig så i övermått – om den skulle välja att göra det.

Naturligtvis skulle den ensamma supermakten kunna bestämma sig för att inte utnyttja sin makt till fullo. Den skulle kunna internalisera de internationella normerna, även om den, realpolitiskt sett, inte är tvungen att göra det. När den avviker från den internationella rättens sedvanliga regler så *skulle* den faktiskt kunna föreslå en förändring av de äldre lagarna i ljuset av nya omständigheter, snarare än att enbart förklara sig stå över lagen.

För att bestämma vilket som är fallet måste vi formulera generaliserbarhetstestet i en hypotetisk form. I praktiken vet vi att samma regler förmodligen inte gäller för en supermakt som för alla andra.³⁸ Men *skulle* supermakten vara beredd att hålla sig till samma regler som den föreslår bör tillämpas på andra?

Sådana hypotetiska frågor är ofta svåra att besvara. Men ibland tycks svaret självklart. Betrakta följande två exempel:

- I de fall då USA skickade hemliga agenter för att mörda Castro, eller organiserade Chiles militär för att mörda Allende, var det så att USA helt enkelt bröt mot gällande internationell rätt, eller föreslog USA en ändring av den internationella rätten enligt vilken mord på statsöverhuvuden borde anses acceptabelt?³⁹ Nåväl, ett test skulle kunna vara huruvida USA skulle anse att mordet på Kennedy av kubanska agenter vore lika legitimt (givet att det var så det gick till).
- I det fall då USA påbörjade sin invasion av Irak, påstod USA att de hade rätt att göra det i syftet att förekomma ”fruktansvärda hot innan de är fullt utvecklade.”⁴⁰ Föreslog USA verkligen en ny princip för den internationella rätten, i enlighet med vilken varje stat som befinner sig under avlägset hot från någon annan stat har rätt att attackera denna i

förebyggande försvar? Nåväl, ett test skulle kunna vara huruvida USA skulle anse att en irakisk attack på Texas vore lika legitim, när det fanns Texasbor som helt klart avsåg att attackera Irak.⁴¹

Förmodligen inte. Förmodligen krävde USA i dessa fall att undantas från vanliga handlingsnormer, snarare än att faktiskt föreslå förändringar av dessa slag inom den internationella sedvanerätten.⁴²

Men i andra fall kan jag tänka mig att vi kan hitta exempel på mäktiga stater som bryter mot den internationella sedvanerättens gällande normer, just i förhoppningen att andra ska handla på samma sätt och att en ny norm därmed kan uppstå. Här är fyra typexempel:

- ”Storbritannien utnyttjade sin position som marin stormakt på 1800-talet för att bekämpa sjöröveri på haven. Detta ledde så småningom till avtal och samordnade aktioner bland de största staterna, för att skydda skeppning på haven” (Ikenberry, 2003, s. 540, samt Lowenheim, 2003, s. 23–48).

- Ett lands territoriella vatten definierades traditionellt i termer av ett bestämt avstånd från stranden (cirka fem kilometer: så långt som en kanonkula kunde projekteras från ett batteri på stranden) (Goldsmith och Posner, 1999, s. 1158). 1945 förklarade President Truman enväldigt att USA skulle sträcka sig ända bort till kontinentalsockelns ände. Genom att göra så förväntade han sig och godtog att alla andra nationer skulle följa efter, och det skedde så småningom genom Förenta Nationernas havsrättskonvention (Truman, 1945).⁴³

- ”I början av 1970-talet avskaffade President Nixon enväldigt Bretton Woods monetära system, enligt vilket dollar kunde konverteras till guld och vice versa. Detta upprörde både Japan och de Europeiska länderna, men ledde så småningom till upprättandet av den internationella valuta fonden och G8:s årliga toppmöten” (Ikenberry, 2003, s. 540).

• På samma sätt som Storbritannien på 1800-talet försökte klassificera sjöröveri på haven som ett brott enligt universell jurisdiktion, i idealt sett (och så småningom) praktiskt taget alla länder, skulle förmodligen Belgien glädja sig åt att se andra länder följa dess föredöme genom att tillåta åtal mot brott mot de mänskliga rättigheterna i nationella domstolar, oavsett var i världen dessa brott har begåtts.⁴⁴

Jag förmodar alltså att det finns några fall där potentiella lagstiftare bryter mot den internationella sedvanerätten i ett uppriktigt uppsåt att förändra den.⁴⁵ Tyvärr tycks det inte vara så som dagens enda supermakt har valt att spela den internationella politikens storslagna spel.⁴⁶

Robert E. Goodin är professor i både statsvetenskap och filosofi vid Australian National University i Canberra, Australien.

Noter

¹ Artikeln ingår i forskningsprojektet *Gränslös Demokrati*, vilket är finansierat av Vetenskapsrådet. Översättning från engelskan av Karin Enflo.

² För en tilltalande illustration av en sådan ”moralisk minimalism,” se May, 2004, i synnerhet kap. 3 och 11.

³ I detta hänseende står idealismen hos Nationernas förbund i skarp kontrast till tendensen till maktkoncentration hos de Förenta Nationerna; se Kunz, 1952, s. 504–508. Den realistiska positionen formuleras väl av Eric Posner, på följande vis: ”de beteenden som uppenbarligen rättar sig efter internationell rätt kan betraktas som enbart rationellt beteende [...] Eftersom staterna inte har någon önskan i sig att rätta sig efter internationell rätt så begränsas all internationell rätt av egennyttiga aktörers rationella val. Alla försök att förbättra det internationella samarbetet måste böja sig för denna logik, och [...] stater kan inte själva sätta igång ett samarbete genom att hitta på regler och kalla dem för ’lagar’” (Posner, 2003, s. 1919, samt Goldsmith och Posner, 1999, s. 1113–1177).

⁴ Givetvis är varken ”lagstyret” eller en allmän ”skälighet” det enda moraliska värdet som står på spel. Vi borde dock vara försiktiga med att lättvindigt byta ut sådana värden. Se Waldron, 2003, s. 191–210.

⁵ I vad som ”allmänt betraktas som ett fullständig framställning av den internationella rättens källor” specificerar artikel 38.1 av den internationella domstolens stadga:

a) internationella konventioner [dvs., traktat] [...];

-
- b) internationell sedvänja, utgörande bevis för en allmän praxis, godtagen såsom gällande rätt;
- c) allmänna rättsgrundsatser, accepterade av civiliserade nationer;
- d) [...] judiciella beslut och läror från olika nationers mest framstående internationella rättsexperter [...] (Brownlie, 1990, s. 3). Fullfjädrade positivister skulle kanske föredra att enbart betrakta det första som "internationell rätt," i strikt mening, och betrakta det andra som enbart "internationell moral"; se t.ex. Sidgwick, 1891, kap. 17, s. 272–284. Jag stödjer mig på det enkla faktum att internationell rätt och internationella domstolar faktiskt erkänner alla dessa andra källor.

⁶ Artikel 53 av 1969-års Wien-konvention om traktaträtt hävdar att, "En traktat är ogiltig om den vid tiden för dess ingående strider mot en tvingande internationell rättsnorm. I denna konventions förstås med en tvingande internationell rättsnorm en norm, vilken har godtagits och erkänts av det internationella statsamfundet som helhet, som en norm från vilken inga avvikelser är tillåtna och vilken endast kan ändras genom en efterkommande internationell rättsnorm av samma karaktär"; (*International Legal Materials*, 1969, s. 679–713).

⁷ Denna modell för internationella relationer är typisk för "realistiska" teoretiker, som exempelvis Morgenthau, 1961; jfr Bull, 1977.

⁸ Eller – för att göra uppräknigen fullkomlig – skulle ett lagstyre kunna uppkomma genom vilken praktiskt möjlig kombination som helst av dessa två processer. Resultat från den experimentella spelteorin visar dock på en svårighet med att motivera sådana blandade fall. Se Goodin, 2003, s. 123–126.

⁹ Jfr Brilmayer, 1995 samt Nye, 2002.

¹⁰ Vi skulle kunna bekymra oss, på ett republikanskt sätt, över lagstyrets "elasticitet," under sådana omständigheter; se Pettit, 1997, del 1. Men den suverän som internaliserar lagstyret, och intar en kritisk reflekterande ståndpunkt i förhållande till sitt eget beteende i ljuset av dess regler, är åtminstone helt olik den som endast "har som regel" (som en beteendemässig regelbundenhet) att göra något liknande. Detta är en viktig distinktion hos Hart, 1961, s. 55–56.

¹¹ Mitt eget intresse för denna typ av problem väcktes under en diskussion av ett föredrag av Allen Buchanan, senare publicerad som "From Nuremburg to Kosovo: The Morality of Illegal International Legal Reform," 2001 och nu omtryckt som kap. 11 i hans *Justice, Legitimacy and Self-determination*, 2004. Även om våra analyser kom att styra åt olika håll så är jag ändå tacksam mot honom för denna första inspiration.

¹² Informellt sett, gäller förstås alltid Wittgensteins påpekande: man omskapar alltid regler då man handlar efter dem. Även inom den internationella sedvanerätten så innebär en tillämpning av lagen ett lagstiftande. Se Allott, 1990.

¹³ Vid ett senare tillfälle oroar sig Hart för att den internationella rätten "inte bara saknar sekundära regler för förändring och rättsskipning [...], men också en enande regel som kan specificera vad som ska gälla som lagkällor och vad som ska betraktas som lagar" (Hart, 1961, s. 209).

¹⁴ Den internationella normbildningen är ett bra exempel på det andra fallet; för ytterligare en mängd exempel, se Braithwaite och Drahos, 2000.

¹⁵ Som ett alternativ skulle de givetvis kunna lägga fram förslag inför FN eller på diverse internationella sammankomster, de skulle kunna lämna in skrivelser till ICJ och så vidare. Men att överträda gällande rätt och tvinga fram ärendet i någon internationell tribunal sätter saken på sin spets på ett sätt som de andra metoderna inte gör, och kan därför betraktas som den främsta metoden för en stat att föreslå en ändring av den internationella sedvanerätten.

¹⁶ ”The Fundamental Constitutions of Carolina,” § 120; i Wootton (red), 1983, s. 232.

¹⁷ Hart beskriver det på följande vis: ”Den enda sättet att ändra reglerna [...] är genom en långsam utvecklingsprocess, där de beteenden som en gång betraktades som valfria, först blir vanemässiga eller vanliga, och sedan obligatoriska, samt genom den omvända sönderfallsprocessen, där de avvikelser, som till en början bestraffades strängt, först tolereras och sedan inte ens noteras”; (Hart, 1961, s. 90).

¹⁸ Precis som Dean Griswolds synsätt kan tyckas korrekt för den civila olydnadsaktören: ”Lagens kärna ligger i att den appliceras på alla på samma sätt, och binder alla på samma sätt, oberoende av personliga hänsyn. Detta är anledningen till att en person som av moraliska skäl överväger att utföra en civil olydnadshandling inte bör bli förvånad eller bitter om ett fällande brottmålsdom blir följden”; citerad och kritiserad i Dworkin, 1977, s. 206.

¹⁹ Det betyder inte att myndigheterna vore berättigade att ålägga samma straff på en samvetsgrann lagbrytare som har goda skäl att bryta mot lagen; jfr Farrell, 1977, s. 165–184. Jag vill endast påpeka att om en myndighet faktiskt väljer att påbörja ett sådant straff så bör en genuin civil olydnadsaktör vara villiga att påta sig detta straff.

²⁰ Jag påstår endast att detta är ett sätt – ett allmänt procedurellt sådant – för att skilja mellan lagbrytare och potentiella lagstiftare. Men en del aktörer som klarar sig igenom detta procedurella test skulle ändå räknas som lagbrytare. Detta skulle vara fallet om, till exempel, den ändring av den internationella sedvanerätten som samvetsgrant föreslås på detta sätt i sig skulle kränka den internationella sedvanerättens oföränderliga (*jus cogens*) kärna. Jag står i tacksamhetsskuld till Dora Kostakopoulou för denna observation.

²¹ Detta är endast yttre indikatorer av ett operationellt slag, genom vilka vi kan uppskatta en lagbrytares faktiska avsikter och motiv (om än på ett inexact sätt). Huruvida en stat faktiskt är en potentiell lagstiftare eller helt enkelt bara en lagbrytare, när den överträder den internationella sedvanerätten är, per definition, uteslutande bestämt av dess avsikter och motiv. (Till skillnad från civila olydnadsaktörer som ibland skulle kunna definieras enbart genom yttre indikatorer.)

²² Se, t.ex.: Wasserstrom, 1961, s. 641–653 samt Bedau, s. 6653–6665 respektive; Bedau (red), 1969; Cohen, 1971; samt Rawls, 1971, s. 363–390.

²³ Samma sak gäller för en civil olydnadsaktör: ”det är viktigt att regeringen känner till hans handling om avsikten är att regeringen ska ändra sin policy som en följd av denna handling” (Bedau, 1961, s. 656); se även Rawls, 1971, s. 366.

²⁴ Skälet till detta är att domstolar inte vill betraktas såsom lagstiftande. Om en part inställer sig inför domstol, nationellt eller internationellt, och erkänner att han har kränkt lagen och går med på att betala skadestånd, så kommer domstolen nästan utan undantag att betrakta fallet som avslutat; det sker

praktiskt taget aldrig att domstolen avvisar erkännandet och utdelar en fällande dom mot den andre parten, som alla anser har (den gällande) rätten på sin sida.

²⁵ Rawls har kanske rätt i sin tanke att detta med att ta upp fall till prövning ligger i den civila olydnadens halvskugga. (Rawls, 1971, s. 367).

²⁶ Som i det fall då Israel utförde en raid på Entebbe Airport för att rädda israeler som tagits som gisslan, eller det fall då USA stoppade ett egyptiskt flygplan som rymde terrorister ansvariga för mordet på en amerikansk medborgare ombord på det kapade fartyget, *Achille Lauro*. Detta är den passivapersonlighets-princip som diskuteras i Henkin et al., 1987, § 404 (kommentar a) och § 402 (kommentar g). Se även: Halberstam, 1988, s. 269–310; samt Rodin, 2002, s. 110.

²⁷ Om (och när) förändringen antas så kommer det givetvis inte att finnas några rättsliga följder att godta. Även den internationella sedvanerätten kan ibland ändras ganska snabbt. Om omedelbart antagna sedvänjor, se Cheng, 1983, s. 513–554.

²⁸ Detta kriterium används, bland andra, för att skilja mellan civila olydnadsaktörer och revolutionärer. Men märk väl att även revolutionärer skulle kunna respektera lagstyret, åtminstone i den meningen att de vill upprätta en lagstyrd ordning (fast en med en helt annan samling av lagar).

²⁹ Hur ”bindande” skiljedomen egentligen var kan ifrågasättas i ljuset av det faktum att fransmännen i efterhand såg till att förflytta sina aktörer till franskt territorium, med hänvisning till allehanda suspekta hälsoskäl; skadestånd betalades dock. Se mer allmänt om detta i Young, 1967.

³⁰ Inom skäligen tid hade USA givetvis kunnat dra sig undan domstolens jurisdiktion; men så hade inte skett då domslutet tillkännagavs.

³¹ Måhända effektivare än den hårda lagen. Se, utöver Abbott och Snidal: Abbott, Keohane, Moravcsik, Slaughter och Snidal, 2000, s. 457–488; samt Keohane, 1984.

³² Denna process beskrivs på ett träffande sätt av Reus-Smit, 2003, 591–625.

³³ Vad Hart säger *a propos* normer mot aggression kan generaliseras till att även gälla andra mjuka normer inom internationell rätt: ”Att starta ett krig innebär, även för den starkare makten, att ta en stor risk för ett utfall som sällan kan förutsägas med någon rimlig säkerhet”; (Hart, 1961, s. 214).

³⁴ Ryssland må vara försvagat, men landet har fortfarande kvar en betydande kärnvapenarsenal, så det kan mycket väl hända att USA började tvivla på sin nya doktrin när President Vladimir Putin kungjorde, ”Om principen om preventivt våldsbruk fortsätter att utvecklas inom internationell praxis, så förbehåller Ryssland sig rätten att på ett liknande sätt försvara sina nationella intressen” (*Canberra Times*, 5:e nov., 2003, s. 16).

³⁵ Ett egenintresse, som i första hand, visar sig på följande sätt: att vi inte dumpar giftiga kemikalier i de floder som flyter vidare in på deras territorium är ett *quid pro quo* för att de inte ska dumpa kemikalier i de floder som flyter vidare in på vårt territorium; att vi inte kränker de mänskliga rättigheterna för deras medborgare är ett *quid pro quo* för att de inte ska kränka de mänskliga rättigheterna för våra medborgare; och så vidare.

³⁶ Detta hör till de första saker som alla författare som skriver om ett lagstyre utan undantag tar upp. Se t.ex., Fuller, 1964, s. 46–49; Sunstein, 1996, s. 104; samt Eskridge och Ferejohn, 1994, s. 265. Naturligtvis finns det ett välkänt problem med generalisbarhetstest inom både etik och rättslära,

nämligen att de principer som förefaller allmänna till formen kan vara extensionellt ekvivalenta med utpekandet av en namngiven individ. För ett exempel från skatterätt, se Hardin, 1982, s. 78. Detta krav borde alltså formuleras så att det kräver både en allmän form och ett allmänt innehåll. Man bör notera att generaliserbarhet endast är ett bland många nödvändiga villkor för att lagstyret ska respekteras.

³⁷ ”Det är ingenting nytt i det att mäktiga stater som är krigförande tvingar neutrala stater att bryta alla handlingsförbindelser med fienden, trots att samma mäktiga stater, när de själva är neutrala i krig mellan mindre makter, håller strikt på den internationella rättens regler, enligt vilka neutrala stater har [...] rätt att handla med alla krigförande makter”; (Kunz, 1952, s. 504).

³⁸ Eller kan effekterna av att tillämpa samma regler vara vitt skilda, givet olika förutsättningar för att utnyttja reglerna till sin fördel.

³⁹ Åtminstone i relevant liknande omständigheter, vilket någon som önskar åtskilja dessa fall skulle kunna hävda fanns i de första fallen men saknades i fallet med Kennedy.

⁴⁰ George W. Bush, ”Remarks at Fort Drum, NY, July 19, 2002”; citerad i Byers, 2003, s. 181.

⁴¹ Nu i efterhand skulle ett försvar för invasionen av Irak kunna återropa andra skäl – ett humanitärt ingripande i försvar för ett undertryckt folk, exempelvis – som USA kanske med större trovärdighet skulle vara redo att se generaliserade. Men dessa skiljer sig från Bush doktrin om förebyggande försvar, vilken kungjordes vid Fort Drum. Notera att ett allmänt problem med begreppet om förebyggande försvar är att hotets avlägsenhet eliminerar skillnaden mellan angripare och försvarare: i den mån som de uppfattade fientliga avsikterna inte är ”fullt utvecklade,” så tycks ditt förebyggande försvar mot mina endast ofullbordade fientliga avsikter, från min synvinkel, som en mycket starkare avsikt från din sida att attackera mig, mot vilken jag har en i motsvarande grad mycket starkare rätt att försvara mig, genom att i förebyggande syfte attackera dig.

⁴² Eller krävde kanske särskilda undantag från de allmänna reglerna, på grundval av idén att med en särskild maktposition följer ett särskilt ansvar, nämligen att agera som världens *de facto* polis. Men glöm inte att polisen är underkastad lagen på samma sätt som alla andra, och att dess särskilda makt måste införlivas med lagen på vanligt vis – vilket, inom den internationella sedvanerätten, måste ske via hela statssamfundets samtycke och sedvanliga praxis.

⁴³ Förenta Nationernas havsrättskonvention, ingådd 1982, började gälla 1994.

⁴⁴ På ett begränsat sätt ger faktiskt USAs *Alien Tort Claim Act* från 1789 USAs federala domstolar ”jurisdiktion över varje civil handling, utförd av en utlänning, vilken resulterar i skada och strider mot nationernas rätt eller ett av USAs fördrag.” Denna stadgas tolkning och räckvidd är judiciellt omtvistad, nyligen i USAs högsta domstol i fallet *Sosa v. Alvarez-Machain*, No. 03–339, konsoliderad med fallet *U.S. v. Alvarez-Machain*, No. 03–485 (muntligt argument från juli 2004).

⁴⁵ I sitt eget intresse, naturligtvis – åtminstone var det så i de tre första fallen, även om det värsta som även den mest cyniska ärkeréalist kan invända mot Belgien är att det är lätt för Belgien att anta denna policy eftersom Belgien inte har så många trupper stationerade utomlands som kan komma att fastna i en generalisering av denna policy (vilket är USAs officiella oro över den internationella brottmålsdomstolen).

⁴⁶ Tidigare versioner av denna artikel har presenterats vid Stockholms universitet och vid American Philosophical Association Pacific Divisions minikonferens om ”Global rättvisa.” Jag är tacksam för kommentarer, då och senare, från Gustaf Arrhenius, Lars Bergström, Jim Bohman, John Gardner, Lena Halldenius, Dora Kostakopoulou, Larry May, Eric Posner, John Tasioulas och Janna Thompson.

Referenser

Tryckta källor

- Abbott, Kenneth W., och Snidal, Duncan, ”Hard and Soft Law in International Governance,” *International Organization*, 54, 2000, s. 421–456.
- Abbott, Kenneth W., Keohane, Robert O., Moravcsik, Andrew, Slaughter, Anne-Marie och Snidal, Duncan, ”The Concept of Legalization,” *International Organization*, 54, 2000, s. 457–488.
- Allott, Philip, *Eunomia: New Order for a New World*, Oxford: Oxford University Press, 1990.
- Bedau, Hugo Adam, ”On Civil Disobedience,” *Journal of Philosophy*, 58, 1961, s. 6653–6665.
- Braithwaite, John, och Drahos, Peter, *Global Business Regulation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Brilmayer, Lea, *American Hegemony: Political Morality in a One-Superpower World*, New Haven: Yale University Press, 1995.
- Brownlie, Ian, *The Principles of Public International Law*, 4:e uppl., Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Buchanan, Allen, ”From Nuremburg to Kosovo: The Morality of Illegal International Legal Reform,” *Ethics*, 111, 2001, s. 673–705.
- Buchanan, Allen, *Justice, Legitimacy and Self-determination*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Bull, Headley, *The Anarchical Society*, London: Macmillan, 1977.
- Byers, Michael, ”Preemptive Self-defense: Hegemony, equality and Strategies of Legal Change,” *Journal of Political Philosophy*, 11, 2003, s. 171–191.
- Canberra Times*, 5 nov., 2003, s. 16.

- Cheng, Bin, "Custom: The Future of General State Practice in a Divided World," i R. St. J. Macdonald och Douglas M. Johnston (red), *The Structure and Process of International Law*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1983, s. 513–554.
- Civil Disobedience: Theory & Practice*, Hugo Adam Bedau (red), New York: Pegasus, 1969.
- Cohen, Carl, *Civil Disobedience*, New York: Columbia University Press, 1971.
- Dicey, A. V., *The Law of the Constitution*, 7:e uppl., del 2, London: Macmillan, 1908.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, London: Butterworth, 1977.
- Eskridge, William N., Jr., och Ferejohn, John, "Politics, Interpretation and the Rule of Law," i Ian Shapiro (red), *Nomos XXXVI: The Rule of Law*, New York: New York University Press, 1994, s. 265–294.
- Farrell, Daniel M., "Paying the Penalty: Justifiable Civil Disobedience and the Problem of Punishment," *Philosophy & Public Affairs*, 6, 1977, s. 165–184.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, 2:a uppl., New Haven: Yale University Press, 1964.
- Goldsmith, Jack L., och Posner, Eric A., "A Theory of Customary International Law," *University of Chicago Law Review*, 66, 1999, s. 1113–1177.
- Goodin, Robert E., "How Amoral Is Hegemon?," *Perspectives on Politics*, 1, 2003, s. 123–126.
- Halberstam, Malvina, "Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety," *American Journal of International Law*, 82, 1988, s. 269–310
- Hardin, Russell, *Collective Action*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.
- Henkin, Louis, "International Organization and the Rule of Law," *International Organization*, 23, 1969, s. 656–682.
- Henkin, Louis, et al., *Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States*, Washington, D.C.: American Law Institute, 1987.
- Ikenberry, G. John, "Is American Multilateralism in Decline?," *Perspectives on Politics*, 1, 2003, s. 533–550.
- International Legal Materials*, 8, 1969, s. 679–713.
- Keohane, Robert O., *After Hegemony*, Princeton: Princeton University Press, 1984.

- King, Martin Luther, Jr., "Letter from Birmingham City Jail," i Bedau (red), *Civil Disobedience: Theory & Practice*, s. 73–89.
- Kunz, Josef L., "The United Nations and the Rule of Law," *American Journal of International Law*, 46, 1952, s. 504–508.
- Locke, John, "The Fundamental Constitutions of Carolina," i David Wootton (red), *Political Writings of John Locke*, New York: Penguin/Mentor, 1983, s. 210–232.
- Lowenheim, Oded, "'Do Ourselves Credit And Render A Lasting Service to Mankind': British Moral Prestige, Humanitarian Intervention and the Barbary Pirates," *International Studies Quarterly*, 47, 2003, s. 23–48.
- May, Larry, *Crimes Against Humanity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Morgenthau, Hans J., *Politics Among Nations*, 3:e uppl., New York: Knopf, 1961.
- Nye, Joseph S., Jr., *The Paradox of American Power: Why the World's Only Superpower Can't Go It Alone*, New York: Oxford University Press, 2002.
- Pettit, Philip, *Republicanism*, Oxford: Oxford University Press, 1997.
- Posner, Eric A., "Do States Have a Moral Obligation to Obey International Law?," *Stanford Law Review*, 55, 2003, s. 1901–1919.
- Rawls, John, "Legal Obligation and the Duty of Fair Play," i Sidney Hook (red), *Law and Philosophy*, New York: New York University Press, 1967, s. 3–18.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- Reus-Smit, Christian, "Politics and International Legal Obligation," *European Journal of International Relations*, 9, nr 4, 2003, s. 591–625.
- Rodin, David, *War & Self-defense*, Oxford: Clarendon Press, 2002.
- "Ruling Pertaining to the Differences between France and New Zealand arising from the Rainbow Warrior Affair," *American Journal of International Law*, 81, 1987, s. 325–328.
- Sidgwick, Henry, *The Elements of Politics*, London: Macmillan, 1891.
- Simpson, A. W. B., "The Common Law and Legal Theory," i A. W. B. Simpson (red), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 2:a serien, Oxford: Clarendon Press, 1973, s. 77–99.
- Sunstein, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University Press, 1996.

Waldron, Jeremy, *The Law*, London: Routledge, 1990.

Waldron, Jeremy, "Security and Liberty: The Image of Balance," *Journal of Political Philosophy*, 11, 2003, s. 191–210.

Wasserstrom, Richard, "Disobeying the Law," *Journal of Philosophy*, 58 (1961), s. 641–653

Young, Oran R., *The Intermediaries*, Princeton: Princeton University Press, 1967.

Otryckta källor

Nicaragua v. United States, 1986, på [www.icj-](http://www.icj-cij.org/icjwww/Icases/iNus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf)

[cij.org/icjwww/Icases/iNus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf](http://www.icj-cij.org/icjwww/Icases/iNus/inus_ijudgment/inus_ijudgment_19860627.pdf),

besökt 30:e okt. 2003.

Truman, Harry S, "Presidential Proclamation No. 2667: Policy of the United States with Respect to the Natural Resources of the Subsoil and Sea Bed of the Continental Shelf," 28:e sep.1945, på www.oceanlaw.net/texts/truman1.htm, besökt 8:e april 2004.

the US Supreme Court in *Sosa v. Alvarez-Machain*, No. 03-339, consolidated with *U.S. v Alvarez-Machain*, No. 03-485, muntlig argumentation juli 2004.