

Rättsekonomi i spökdirkt. En kommentar till Dag Østerberg

CARL MARTIN ROOS

Författaren polemiserar mot Dag Østerbergs artikel om rättsekonomi (Retfærd 69). Roos framhåller att rättsekonomi berikar rättsforskningen. Rättsekonomi kan inom sig beakta och kombinera olika infallsvinklar. Författaren anser att Østerbergs bidrag förvränger huvudtendenserna i rättsekonomi.

Egentligen har jag slutat med rättsekonomi – det är nästan omöjligt för en jurist att hitta en nisch där man kan få koncentrera sig på ämnet.

Men jag har inte kunnat låta bli att anta utmaningen från Retfærd att svara på Østerbergs artikel. Anledningen är att jag inte känner igen mig i Østerbergs beskrivning trots att jag har sysslat med rättsekonomi i många år och trots att jag noga har undersökt hur ämnet bedrivs vid några ledande universitet i USA.

Det verkar som om Østerberg först på egen hand tillverkar ett spöke som han kallar rättsekonomi och sedan hjältemodigt avrättar samma spöke.

Fundamentalister och polyrationalister

Grundläggande för diskussionen är en distinktion som Østerberg för fram men inte använder konsekvent. Det finns i vetenskapen fundamentalister, sådana som bara kan tänka sig *ett* förnuftigt synsätt och *en* förklarande teori. Men det finns också polyrationalister som kan tänka sig flera förnuftiga förklaringsmodeller bredvid varandra.

Jag kan mycket väl förstå, att en rättsekonomi med fundamentalistiska anspråk kan uppfattas som en hot mot rättsvetenskapen. Mina iakttagelser tyder på att rättsekonomi inte har sådana anspråk. I amerikanska law-schools inordnar sig rättsekonomi anspråklöst bredvid andra hjälpetenskaper till juridiken. Vid handels-högskolor och liknande är rättsekonomi ett av flera forskningsämnen i ekonomi.

En forskare som ibland hävdar nästan fundamentalistiska anspråk för rättsekonomi är den av Østerberg citerade Richard Posner. För detta har Posner kritiserats hårt av rättsekonomer och andra vetenskapare. Posner får ses som undantaget som bekräftar regeln.

Redan genom konstaterandet att rättsekonomen normalt är polyrationalistisk faller Østerbergs resonemang som ett korthus och hans farhågor smälter som snö i sol. Jag kunde egentligen ha stannat här men jag vill ändå gå vidare för att avvisa angreppen i detalj.

Rättsekonomi i praktiken

Rättsekonomi har en anspråkslös plats i rättsvetenskapen. Den kommer in vid sidan om andra teorier och utsagor i följande tre sammanhang:

1. Rättsekonomi kan förklara varför det finns rättsregler av ett visst innehåll. Med stöd av rättsekonomi kan man t ex komma fram till att det behövs regler om tillsyn över banker, eftersom bankerna har mer information om bankverksamhetens bedrivande än kunderna har.

2. Rättsekonomi kan ge argument vid tillämpning av en rättsregel. Man kan t ex använda rättsekonomi för att argumentera i frågan om vem av en ägare till en fjärrvärmeledning och en värmekonsument som skall bära risken om ledningen exploderar och vållar skada.

3. Rättsekonomi kan ge stöd vid konstruktion av nya rättsregler, t ex uppslag för hur ett avfallshanteringssystem kan förbilligas genom utnyttjande av kundernas ekonomiska incitament.

Mest betydelsefull är enligt min mening den sista varianten eftersom det inom rättsvetenskapen saknas en användbar teori för rättspolitik.

På det här sättet arbetar rättsekonomer dagligen i utbildning och forskning. Det finns inget i Østerbergs artikel som tyder på att han känner till denna rättsekonomis vardag.

Rättsekonomins historia

Østerbergs uppfattning om rättsekonomins historia avviker från den gängse.

Den vanliga bilden är att rättsekonomi växer fram under tjuo- och trettiotalen i

USA i samverkan mellan ekonomer och jurister om antitrust law.

Rättsekonomins definitiva startpunkt brukar anses vara Coase's artikel. The problem of social cost, 1960. Det är sällsynt att som Østerberg behandla rättsekonomi utan att ens nämna lärofadern.

Intresset för rättsekonomi ökade i juristkretsar då Posner ungefär ett decennium senare gav ut sin *The economic analysis of law* med en genomgång av rättsordningen område för område ur rättsekonomiskt perspektiv.

Spelteori har kommit in i rättsekonomi i ett senare skede, framför allt vid behandlingen av processrättsliga frågor.

Rational choice

Teori om rational choice eller economic man, att agenterna på marknaden väljer de handlingsalternativ om maximerar deras välfärd, är grundläggande i ekonomisk teori och därför också i rättsekonomi. Det finns i litteraturen mycket kritiska synpunkter på detta koncept, särskilt om man med välfärd bara menar förmögenhetsökning. När begreppet ändå används i denna tappning beror det på att det är svårt att hitta något bättre.

Becker menar i sin Nobelföreläsning, att den ideala formeln är, att man i rational choice-konceptet beaktar även den enskildes personliga önsknings, fördomar och rädsor.

Rent praktiskt innebär detta att en ekonom i ett första steg får hålla sig till en rent förmögenhetsmässig förklaring till agenternas val på marknaden, men att i ett andra steg resonemanget kan breddas till att

omfatta även andra mänskliga och kulturella faktorer.

Enlig min mening slår Østerbergs kritik av rational choice in öppna dörrar – rättsekonomin arbetar i Beckers anda i den riktning som Østerberg önskar.

Effektivitet

Det är riktigt att en del av rättsekonomin handlar om att mäta ekonomisk effektivitet med hjälp av Pareto-kriteriet eller Kaldor Hick's kriterium. För Posner synes detta vara den centrala uppgiften.

Mycket kritik har riktats mot Posner's ensidiga inriktning på effektivitetsproblem. Jan Hellner undrade redan 1977 om detta var en givande infallsvinkel. Andra betraktare menade att Posner på detta sätt nådde förutsägbara och politiskt konservativa resultat.

Calabresi slog huvudet på spiken när han framhöll att man vid studium av effektivitetsfrågor skjuter de viktigare fördelningsfrågorna i bakgrunden.

Numera har effektivitetsresonemangen kommit mera i skymundan i amerikansk litteratur. Även här sker alltså en självsanering i den riktning som Østerberg önskar.

Individen och kollektivet

Østerberg påpekar, att rättsekonomin i straffteoretiskt hänseende bygger på rational choice-modellen och alltså handlar om individens val mellan olika handlingsalternativ. Detta avviker från Durkheims modell, som är en av flera sociologiska modelleri sammanhanget. Enligt Durkheim

är straffet en kollektiv fråga som har att göra med social integration.

Mot den rättsekonomiska infallsvinkeln kan man rikta kritik om endast förmögenvärden beaktas i valsituationen. Med Becker's kriterium för rational choice faller emellertid den kritiken.

Med ett polyrationalistiskt synsätt kan det enligt min mening bara vara en fördel att det finns olika teorier som tillgodoser såväl en individuell som en kollektiv infallsvinkel på straffet.

Äktenskapet

Østerberg hävdar i polemik med Becker att äktenskap inte bygger på ekonomiska överväganden, däribland arbetsfördelning, utan på ömsesidig förståelse. Med ett polyrationellt betraktelsesätt tycks det möjligt att hävda att ett äktenskap dels kan ha sin grund i ekonomiska överväganden – bägge parter sänker sina kostnader- dels i ömsesidig förståelse.

Rättsordningen och rättsekonomin

Østerberg beskriver träffande att rättsordningen uttrycker en kollektiv uppfattning om rätt och fel, friheter, rättigheter och ansvar. Den kollektiva uppfattningen grundar sig på en liberal hållning och humanitet.

Jag är helt ense i detta bortsett från att jag vill karakterisera rättsordningen som socialliberal snarare än liberal. Jag tänker då på t ex konsumentslagstiftning och sociallagstiftning.

I detta sammanhang gör Østerberg två

som jag tycker förvirrade försök att bestämma hur ekonomin kommer in i sammanhanget. En rättsekonomin sådan bestämning vore att rättsordningen ofta avser ekonomiska transaktioner och att reglerna ofta har utformats efter ekonomiska överväganden. Men många regler avser kulturella värden av annat slag och reglernas utformning styrs ofta av andra omständigheter än ekonomiska.

Upplösning av gemenskaper

Avslutningsvis skriver Østerberg att rent ekonomiskt tänkande löser upp alla gemenskaper. Detta är nonsens på flera sätt. Om det vore så att ekonomisk teori gick ut på att alla gemenskaper skulle upplösas innebär detta inte nödvändigtvis att teorin i något läge kommer att besannas. Samhället är inte så beskaffat att alla teorier alltid slår igenom.

Nu har inte de ekonomiska teorierna detta normerande innehåll. Transaktionskostnadsteorin, som har en framskjuten plats i rättsekonomin beskriver när det lönar sig att bygga upp en organisation och när det inte gör det. Ekonomisk teori sysslar både med agenter som är individer och agenter som är organisationer. Särskilda aspekter på organisationer behandlas i organisationsteorin.

Ekonomisk vetenskap är inte på det sättet självverkande och på det sättet normativ som Østerberg insinuerar. Ekonomins normativa innehåll är i huvudsak att den främjar sänkta kostnader och höjda intäkter och detta är fullt förenligt med förekomsten av gemenskaper och organisationer.

Avslutning

Om det accepteras att rättsekonomin inte har några fundamentaliska anspråk bör den som jag har hävdad kunna förekomma gemensamt med andra rättsvetenskapliga synsätt i ett polyrationalistiskt vetenskaps-samfund. Jag har på alla punkter kunnat visa att Østerbergs varningar för rättsekonomi saknar varje rimlig grund.

Men rättsekonomin har antagligen av andra skäl en begränsad framtid i Norden. De flesta rättsvetare saknar lust och förutsättningar att ta in den nya kunskap som det gäller. Det hjälper inte att hänvisa till ämnets stora framgångar i främst USA och dess potential att lösa frågor som etablerad teori inte rör på. Man får acceptera att nordisk rättsvetenskap hamnar på efterkälken och i stället vara glad om ämnet får genomslag hos enskilda framsynta forskare.

Egentligen tror jag att Østerberg med sitt levande intellekt skulle kunna ha stor glädje av att studera rättsekonomi litet mera ingående och systematiskt. Tillämpningen av ämnet ger en helt annan bild än torrsim bland teorierna och de amerikanska artiklarna i ämnet håller ofta njutbart hög klass. Coase, som är det centrala namnet i rättsekonomin, är tex i högsta grad läsvärd.

Litteraturanvisningar

Grundläggande läroböcker är
Posner, *Economic analysis of law* (juridisk inriktning)
och
Cooter and Ulen, *Law and economics* (ekonomisk inriktning)

Klassikern på området är

Coase, *The firm, the market and the law*. Innehåller *The nature of the firm*, 1937 och *The problem of social cost*, 1960.

En utomordentlig introduktion på svenska är Göran Skogh, *Marknadens villkor*, 1988.

Se även Werin, *Ekonomi och rättssystem*, 1984 samt Lane-Skogh, *Äganderätten i Sverige*, 1993.

En översikt över rättsekonomin och hur rättsekonomer arbetar finns i min uppsats *Varför rättsekonomi?* i TfR 1993 s. 227, som också innehåller vidare hänvisningar till bl a nyare ameri-

kansk litteratur – jag tror den kan skingra en del missförstånd om vad rättsekonomi går ut på!

Den hittills bästa nordiska specialstudien i rättsekonomi är Trine-Lise Wilhelmsen, *Avtalelovens § 36 og økonomisk effektivitet*. TfR 1995 häfte 1, 246 s.

Författarupplysningar

Carl Martin Roos, jur.dr. professor vid Högskolan i Jönköping

RÄTTELSE:

Komplettering av författarupplysningar

I nr 71 hade två författarupplysningar fallit bort. Vi beklagar misstaget och kompletterar upplysningarna:

Mads Bryde Andersen, som medverkade med artikeln “Digitalisering og superhighways” är dr. jur. och professor i förmögenhetsrätt vid juridiska fakulteten, Københavns Universitet.

Henrik Stevnsborg, som medverkade med artikeln “Vingede væsener og retsvidenskab”. Han är dr. phil. och rektor i rättshistoria vid juridiska fakulteten, Københavns Universitet.