

Rettsøkonomi – Hvor forsiktige bør jurister være?

ENDRE STAVANG

Dag Østerberg gir sin vurdering av rettsøkonomien i Retfærd nr. 69. Hans framstilling stimulerer til svar fordi den gir et misvisende bilde av rettsøkonomien. Ut fra ønsket om å bedre grunnlaget for arbeid innen juss og samfunnsforskning, drøfter derfor denne kommentaren Østerbergs kritikk nærmere.

Fra 1960-årene har det vokst fram en litteratur i grenselandet mellom juss og økonomi som nå ansees for å utgjøre en egen rettsøkonomisk disiplin. Rettsøkonomien ser rettslige problemer gjennom ideer, begreper og teorier som vanligvis behandles i sosialøkonomiske framstillinger. Siden sosialøkonomien er et bredt forskningsfelt, er rettsøkonomien i prinsippet også svært bred. For eksempel kan mye marxistisk analyse ansees for å være del av rettsøkonomien. Dagens forskning bruker imidlertid de samme tre analytiske ideene som dominerer sosialøkonomien alment. Disse ideene er maksimalisering, effektiv ressursbruk og likevekt (Cooter & Ulen 1988). Rettsøkonomien er mangfoldig fordi analysene i varierende grad er avhengig av disse ideene og fordi analysene varierer i den nærmere utforming og formulering av ytterligere forutsetninger.

Det er ikke noe klart skille mellom frambringelse og bruk av rettsøkonomisk forskning. Store deler av litteraturen kan betraktes som anvendt økonomi, men også som rettsvitenskapelig litteratur. Aktive forskere på feltet anser, ihvertfall deklarativt, at interessen i en nærmere klassifikasjon er snevert byråkratisk. På den annen side er

avstanden stor, på grunn av forskjellen i formulering og stil, mellom framskritt i matematisk formulering av rettslige problemer og juridiske anvendelser som følger normer for rettsdogmatisk analyse.

Jurister bruker rettsøkonomien når de diskuterer rettslige problemer gjennom ideer, begreper og teorier fra sosialøkonomien. Tre eksempler fra erstatningsretten kan nevnes. For det første kan sosialøkonomien komme til nytte ved erstatningsutmålingen, særlig ved kompensasjon for tap i framtidig inntekt. For det andre kan jurister utnytte sosialøkonomien når de diskuterer valget av egnet ansvarsgrunnlag eller spørsmålet om hvordan erstatningsretten bør samordnes med annen sikkerhetsregulering. For det tredje kan jurister bruke sosialøkonomien til å gi innhold til rettslige forestillinger om forsvarlig opptreden eller hvilke skader som er oppstått.

I samsvar med eksemplene foran mener Dag Østerberg at økonomiske hensyn åpenbart kan være av betydning for den som skal tolke lover og regler innen rettsvesenet og rettsvitenskapen. Særlig er dette åpenbart innen erstatningsjuss og lignende områder (s. 14). Østerberg tror imidlertid at rettsøkonomien har et videre siktemål og at

dens virkning kan være å løse opp rettens fellesskap (s. 14, 26). På denne bakgrunn foretar han en kritisk granskning av rettsøkonomiens teorigrunnlag og dens praktiske konsekvenser og advarer mot en ukritisk innføring av rettsøkonomien i rettsvitenskapen og i praktisk juss. Denne kommentaren diskuterer enkelte spørsmål knyttet til rettsøkonomien som hans kritiske granskning reiser.

Et generelt trekk ved Østerbergs kritikk er at han bruker ladete karakteristikk som ledd i sin framstilling av rettsøkonomien. For det første sier han at rettsøkonomien er basert på en kynisk tenkning omkring rasjonelle valg (s. 19). For det andre knytter han rettsøkonomien til en ideologisk bevegelse av liberalistisk type (s. 15). For det tredje antyder han at når man i rettsøkonomien tenker som den skuffede, frustrerte og bitre italienske liberale Vilfredo Pareto, så forutsetter man eliter og masser (s. 20-21). For det fjerde sammenligner Østerberg effektivitetshensyn i jussen med benpiper som stikker ut av et brukket ben (s. 25). For det femte beskylder han rettsøkonomien for å være positivistisk (s. 23). For det sjette kritiserer han rettsøkonomien for å kolonialisere rettsvitenskapen og mener at effektivitetstenkning innen retts-systemet forårsaker en upassende kolonialisering av livsverdenen i Habermas sin forstand (s. 23). Disse beskrivende og navnsettende karakteristikkene inviterer ikke til kommentarer. Denne kommentaren drøfter i det følgende de delene av Østerbergs kritikk som inviterer til dialog.

Østerberg kommer med iallfall fire utsagn om rettsøkonomien som kan tolkes som vesentlige innvendinger. Det første utsagnet er at rettsøkonomien overser den

preferanseskapende virkningen av rettsreglene (s. 19, jfr. s. 16-17). Innvendingen består altså i en påstand om at rettsøkonomien er ufullstendig. Det andre utsagnet er at rettsøkonomisk teori bygger på modeller av rasjonelle valg som representerer undertrykkende kynisme (s. 18-19). Jeg slutter fra dette at modeller av rasjonelle valg kan forårsake uheldige former for undertrykkelse. Det tredje utsagnet er at grunnnormene i samfunnet identifiseres gjennom et kulturelt prosjekt (s. 24-25). Innvendingen mot rettsøkonomien består her i at denne ikke er del av det kulturelle prosjektet, og derfor ikke istand til å bidra til avklaring av grunnleggende verdier. Det fjerde utsagnet er at fenomenene kriminalitet og ekteskap må rubriseres som kulturelle motsigelser (s. 21-22). Innvendingen er her at kriminelle handlinger, kjærlighetshandlinger og reguleringen av slike handlinger ikke kan forstås ut fra rettsøkonomiens teorigrunnlag. Østerberg konkluderer med at jurister bør være forsiktige med å bruke rettsøkonomiske resonnementer (s. 26). Jeg vil i det følgende diskutere disse og andre poenger som ligger implisitt i kritikken.

Konklusjonen om at jurister bør være forsiktige

Jeg er enig i at jurister bør bruke rettsøkonomien med forsiktighet. Den beste begrunnelsen for denne konklusjonen er imidlertid at jurister bør nærme seg andre akademiske disipliner med respekt. Men det betyr også at jurister bør forstå rettsøkonomien før de bruker eller kritiserer den. Østerberg frister med en snarvei til kritikk.

Påstanden om at rettsøkonomien er ideologisk

Til denne påstanden kan man ihvertfall merke seg tre forhold. For det første påstår ikke rettsøkonomien at den er den eneste gyldige tilnæringsmåten til rettslige problemer, slik ideologier ofte underforstår. For det andre er det ikke opplagt at nøkkelbegrepene i rettsøkonomien er ideologiske. Karl Ove Moene, Jon Elster, Gudmund Hernes, Leif Johansen, Ian Ayres og Lester Thurow er noen av mange moteksempler mot påstanden om konservativ eller liberalistisk slagside. For det tredje er vurderingsmåter og standpunkter som syntes ideologiske i 1940- og 1950-årene ikke like ubalanserte idag. Forklaringen på dette ligger kanskje i sammenbruddet i tradisjonell marxistisk forskning og statspraksis på 1980-tallet.

Påstanden om at teorien om rasjonelle valg er undertrykkende kynisk

Teorien om rasjonelle valg dominerer dagens samfunnsvitenskap. Selv vesentlige deler av sosiologien er forenlig med kjernen i denne teorien. En grunn til dette er at teorien om rasjonelle valg kaster lys over, og forklarer, virkeligheten mer tilfredsstillende enn andre teorier. Hvis dette er tilfellet, og man føler seg undertrykket, så er det virkeligheten som undertrykker, og ikke teorien om den. Det er ikke galt å erkjenne en slik virkelighet dersom den eksisterer. På den annen side bør man foretrekke en alternativ teori om virkeligheten dersom denne er bedre.

I den grad kritikken mot teorien om rasjonelle valg er riktig, så treffer den ikke all rettsøkonomi med samme kraft. Grunnen er at rettsøkonomer i varierende

utstrekning gjør seg avhengig av nøkkelbegrepene maksimalisering, effektiv ressursbruk og likevekt. Gary Becker og Richard Posner representerer Chicagoskolen som gjerne legger alle de tre nøkkelbegrepene til grunn i umodifisert form. Ronald Coase avviser på sin side forutsetningen om individuell maksimalisering (og er skeptisk til likevektsbegrepet). Andre, slik som Oliver Williamson, tar uttrykkelig i bruk Herbert Simons begrep om begrenset rasjonalitet. Det er også viktig å merke seg, som Kenneth Arrow nylig framhevet, at ideene om effektiv ressursbruk og likevekt ikke avhenger av teorien om rasjonelle valg eller prinsippet om metodologisk individualisme. Alt i alt er det et teoretisk mangfold i rettsøkonomien som åpner for selvstendige vurderinger og valg. Min egen vurdering er at Chicagoskolen har tatt et analytisk sett fruktbart første skritt. Men for å få fram bedre forståelse/forklaringer, forutsigelser eller anbefalinger, bør man formulere fyldigere teorier eller sette flere partielle teorier sammen med hverandre.

I forlengelsen av det siste poenget er det min vurdering at antakelsen om gitte preferanser i rettsøkonomien er en fruktbar selv-pålagt begrensning i måten å produsere kunnskap (prediksjoner, som så kan testes mot data). Men uansett hvor realistisk eller urealistisk denne antakelsen er, er den ikke et uunngåelig trekk ved rettsøkonomisk analyse. Cass Sunstein studerer for eksempel betydningen av såkalte endogene preferanser i en artikkel om miljørett (Sunstein 1993). Det er også verdt å merke seg at enkelte nyere rettsøkonomiske arbeider bygger inn nye funn fra kognitiv psykologi.

Påstander om effektiv ressursbruk

Fra Østerbergs kritikk er det lett å sitte igjen med inntrykk av at økonomer generelt, og rettsøkonomer spesielt, ikke er interessert i fordelingsproblemer. I teorien er imidlertid Paretoeffektivitet forenlig med mer eller mindre ulikhet. Et sentralt resultat i velferdsøkonomien er at (a) fullkommen konkurranse leder til et Paretoeffektivt resultat, og (b) ethvert Paretoeffektivt resultat kan realiseres gjennom fullkommen konkurranse ved å variere den initiale fordelingen av inntekt. Effektivitet og fordeling er knyttet sammen i den forstand at analysen omfatter begge virkninger. Fra et gitt rettslig status quo kan forsøk på å endre inntektsfordelingen lede til redusert effektivitet. En sentral problemstilling er derfor hvorvidt og hvordan fordelingsmålingene kan realiseres uten for store effektivitetstap. Det er ikke opplagt at alle rettsregler bør se like mye hen til fordelingsvirkninger. Hvis for eksempel fordelingsmålingene knytter seg til økt likhet i samlet inntekt eller forbruk, er nok skatter og overføringer mer egnet enn privatrettslige regler.

Tre ytterligere poenger er verdt å merke seg om effektiv ressursbruk. For det første kan man fra Østerbergs kritikk få inntrykk av at rettsøkonomi bare handler om penger. Dette er en misforståelse. I en nyttekostnadsvurdering er det viktig å ta med alle de vurderinger som partene har av det foreslåtte prosjektet eller regelverket. For det andre kan det være bred enighet om å unngå ressursløsning, selv om andre hensyn enn effektiv ressursbruk gjør seg gjeldende. Effektiv ressursbruk kan derfor spille en sentral rolle selv om det ikke dominerer fullstendig. For det tredje er det en oppgave for rettsøkonomien å forklare rettsregler. I

den grad vestlige samfunn reflekterer hensynet til effektiv ressursbruk, må det være legitimt å søke vitenskapelig forklaring og forståelse. Hvis man skulle unngå de mest passende begrepene for slike forklaringsforsøk fordi man misliker trekk ved de vestlige samfunn, ville dette være å bryte rimelige krav til vitenskapelig virksomhet.

Påstanden om at rettsøkonomien ikke er del av det kulturelle prosjektet som består i å finne grunnverdier i samfunnet eller å forstå kriminalitet eller familieliv.

Denne påstanden er ikke vel begrunnet i Østerbergs artikkel. Siden rettsøkonomien etter min mening er del av samfunnet og kulturen, tillater jeg meg simpelthen å være uenig i påstanden. Det er ikke uten videre klart hvorfor rettsøkonomiske begreper og teorier er ute av stand til å fange kriminell adferd, familieliv eller rettsreguleringen av kriminalitet og ekteskap.

Påstanden om at det finnes bedre alternativer til rettsøkonomien.

Østerberg er mer konstruktiv når han antyder alternative eller komplementære teorier til rettsøkonomien. Eksemplene hans begrenser seg imidlertid til kriminalitet og straff, samt problemet med for mange jurister. La oss imidlertid anta, for diskusjonens skyld, at konkurrerende teorier eksisterer over hele spekteret av interessante rettslige problemer. Det vil likevel gjenstå å klargjøre forholdet mellom rettsøkonomien og alternativene.

Generelt sett kan forholdet mellom rettsøkonomien og andre teorier ta forskjellige former. For det første kan det tenkes at alternative teorier har de samme positive og normative implikasjoner som retts-

økonomien. Spørsmålet er da hvilken teoretisk formulering som gir best veiledning og den mest egnede måte å diskutere rettslige problemer. For det andre kan det tenkes at andre teorier er ufullstendige og at de derfor mangler evnen til å motsi rettsøkonomien. Spørsmålet er da hvordan partielle teorier kan settes sammen. For det tredje kan andre teorier motsi rettsøkonomien. Spørsmålet er da hvilken teori som har sterkest empiriske støtte, eller den største overbevisningskraften.

Alt i alt er Østerbergs kritikk av rettsøkonomien hverken overbevisende eller innovativ. Han presenterer heller ikke noe godt alternativ. Men selv om Østerberg ikke viser det i sin artikkel, er det klart at retts sosiologien inneholder mye fruktbar teori om juss. En utfordring er derfor å samordne ulike samfunnsfaglige perspektiver. For å forbedre rettsreglene og forskningen omkring dem, mener jeg derfor at det bør utarbeides sammenlignende analyser av konkurrerende samfunnsvitenskapelige rettsteorier. En måte å begynne er å skille ut årsaker og virkninger av rettslige institusjoner (f.eks. lovgivningsmakten, forvaltningsmyndigheten og domstolene) som ett sett av emner. Et annet sett av emner ville være å forstå og vurdere ulike rettsområder (f.eks. privatrett, offentlig rett, skatterett, markedrett og miljørett). Det er naturligvis ingen bestemte grenser for hvilke teorier slike sammenligninger kan omfatte, men etter min vurdering ville det være nyttig å starte med de etablerte sosiologiske og økonomiske tilnæringsmåter. Ut fra den sans

for proposjoner som jeg har utviklet gjennom juridiske studier, synes retts sosiologien å være mer opptatt av institusjonell analyse, mens rettsøkonomien er mer opptatt av de enkelte rettsområdene. Hvis dette inntrykket er riktig, kan disse søskendisciplinene komplementere hverandre i større grad enn de utligner hverandre. På de områder hvor den sosiologiske og den økonomiske tilnæringsmåten konkurrerer om oppmerksomhet, ville det imidlertid være ønskelig med en utvikling i retning av teoretisk brobygging og syntese.

På rettsøkonomisk hold er det flere som arbeider for å gjøre teorien rikere og mer forenlig med annen samfunnsforskning. Hvis forsøk av denne typen lykkes (i retts sosiologien eller rettsøkonomien), vil vi i framtida få en mer enhetlig samfunnsvitenskapelig tilnærming til rettslige problemer. Denne muligheten burde være spesielt attraktiv for retts sosiologer. Tross alt var de tidlige giganter i retts sosiologien opptatt av å gjøre samfunnsforskningen integrert og praktisk brukbar for å løse samfunnsproblemer. Og juristene på sin side bør ikke være redd for å nærme seg slik forskning. I så fall vil vi være mer forsiktige enn hva som er til det felles beste.

Litteratur

- Cooter, Robert & Thomas Ulen *Law and Economics*. Glenview, Illinois & London, England 1988.
- Sunstein, Cass Endogenous Preferences, *Environmental Law Journal of Legal Studies* 1993