

Normativ rättsekonomi

Den forskningsgren inom nationalekonomin som kallas rättsekonomi kan sägas bestå av två olika delar, en deskriptiv och en normativ. Den normativa rättsekonomin handlar till stor del om att rättfärdiga ekonomisk effektivitet. En av de ivrigaste förespråkarna för att vi bör välja ekonomiskt effektiva lösningar på juridiska problem är den amerikanske juristen Richard A. Posner (1939–). Posner är såväl professor i juridik som domare och räknas som en av företrädarna för "the Chicago school of law and economics".

Enligt Posner finns det en inneboende ekonomisk rationalitet i "the common law". Många avgöranden kan förklaras i termer av ekonomisk effektivitet fastän avgörandena inte uttryckligen bygger på ekonomiska överväganden. De juridiska avgörandena korresponderar ofta med de ekonomiskt effektiva lösningarna, och eftersom de är ekonomiskt effektiva har de också en positiv inverkan på välbefindandet i samhället. Rättsekonomin skiljer emellertid mellan två olika typer av ekonomisk effektivitet. Det första kriteriet för ekonomisk effektivitet kallar rättsekonomen för *Paretokriteriet*. Detta kriterium är uppfyllt om åtminstone en individ får det bättre utan att någon annan individ får det sämre. Det är viktigt att här påpeka att rättsekonomin inte uppställer något objektivt kriterium för när en individ får det bättre respektive sämre. Om en individ föredrar apelsiner framför citroner, så menar rättsekonomen att denna har större nytta av att ha tillgång till apelsiner än citroner. Därför brukar man säga att rättsekonomin är anti-paternalistisk.

Många olika beslut och åtgärder resulterar emellertid i att några individer får det sämre medan andra får det bättre. Således behövs ytterligare ett kriterium för ekonomisk effektivitet som är lättare att tillfredsställa än Paretokriteriet. Det andra kriteriet för ekonomisk effektivitet kallar rättsekonomen för *Kaldor–Hicks-kriteriet*. Detta är uppfyllt när några individer får det bättre än vad de övriga individerna får det sämre. Om vinsten är större än förlusterna, så föreligger Kaldor–Hicks-effektivitet. Antag att en viss åtgärd resulterar i att A:s respektive B:s välbefindande ökar med vardera 300 kr. Vidare medför åtgärden att C:s välbefindande minskar med 400 kr. I detta fall ökar det totala välbefindandet med 200 kr, och således tillfredsställer åtgärden i fråga Kaldor–Hicks-kriteriet.

Den stora och viktiga skillnaden mellan dessa båda typer av ekonomisk effektivitet är deras förhållande till kompensation. Eftersom Paretokriteriet endast är uppfyllt under förutsättningen att ingen individ får det sämre, så bygger det på *faktisk* kompensation. Det vill säga alla individer är kompenserade fullt ut och åtminstone

en individ är överkompenserad. Eftersom Kaldor–Hicks-kriteriet kan vara uppfyllt fastän några individer får det sämre, så bygger detta kriterium istället på *hypotetisk* kompensation. Det vill säga de som får det bättre får det så mycket bättre att de skulle kunna kompensera övriga individer fullt ut och fortfarande vara överkompenserade.

Eftersom Paretokriteriet inte medför att någon individ får det sämre så är det relativt okontroversiellt. Det hävdas ofta att detta kriterium för ekonomisk effektivitet kan rättfärdigas med många olika argument som härrör från konkurrerande teorier. Om någon får det bättre utan att någon annan i samhället får det sämre, så kan man sluta sig till att nyttan i samhället ökar av den Pareto-effektiva förändringen. Således finns det ett utilitaristiskt argument för detta kriterium. Det kan emellertid invändas att kriteriet är konservativt i och med att många mer genomgripande förändringar hindras, eftersom dessa oftast resulterar i att åtminstone en person får det sämre. Vidare bygger kriteriet oftast på individernas uttryckliga samtycke, och således tillfredsställer det libertarianismens teori om självägarskap. Posner försvarar Paretokriteriet just genom att hänvisa till samtycke. Om alla har samtyckt till något, kan det inte vara orättfärdigt. Posner menar att detta kriterium är attraktivt eftersom det inte kränker personlig autonomi. De flesta juridiska avgöranden och regleringar bygger emellertid på att någon missgynnas medan andra gynnas. Det kriterium som Posner fokuserar på är därför det mer kontroversiella Kaldor–Hicks-kriteriet.

Rättsekonomisk analys bygger på ett mycket centralt antagande om hur individer beter sig i valsituationer. Alla individer, menar rättsekonomen, strävar efter att maximera sin egen tillfredsställelse. Eftersom välbefindande har karaktären av en primär nytta som hjälper alla individer att uppnå tillfredsställelse, så är det rationellt att sträva efter att maximera detta värde. Detta medför att varje individ i en specifik valsituation kommer att handla så att den egna vinsten maximeras. Denna beskrivning av individen som en ständigt ekonomiskt rationell varelse är teorin om *homo economicus*. Denna teori ligger till grund för i det närmaste all ekonomisk analys.

Teorin förklarar till exempel varför nyttigheter omallokeras på en fri marknad så att de ständigt hamnar hos någon som värderar dem högre och varför ekonomiskt effektiva lösningar, när inga transaktionskostnader föreligger, ersätter ekonomiskt ineffektiva regleringar. Eftersom förutsättningarna varierar är utfallet emellertid svårt att förutsäga. Detta aktualiserar frågan om hur individer handlar i situationer som utmärks av

osäkerhet. Om alla individer alltid strävar efter att maximera sin egen vinst, så kommer de i situationer som utmärks av osäkerhet att samtycka till det alternativ som *förväntas* rendera dem störst vinst.

Vid första påseendet verkar det emellertid problematiskt att basera Kaldor–Hicks-kriteriet på samtycke. De individer som får det sämre kan knappast sägas ha samtyckt till försämringen eftersom detta skulle vara ekonomiskt irrationellt. Det centrala är då att fråga vad individerna i samhället skulle samtycka till innan de ser hur en specifik lösning på ett juridiskt problem påverkar dem.

Posner förlitar sig här på vår naturliga okunnighet om framtiden. I situationer som utmärks av osäkerhet kommer individer att samtycka till det alternativ som förväntas maximera deras vinst. Posner hävdar nu att individernas vinst maximeras av Kaldor–Hicks-kriteriet. Det finns nämligen ingen anledning att antaga att de individer som gynnas respektive missgynnas av detta kriterium alltid kommer att vara samma individer. Det är istället rimligt att antaga att en individ stundtals

kommer att gynnas och stundtals kommer att missgynnas av dess tillämpning. Och då en individ sannolikt inte tillhör förlorarna oftare än den tillhör vinnarna och den sistnämnda gruppen alltid vinner mer än vad den förra gruppen förlorar, så är det rationellt för en individ att samtycka till Kaldor–Hicks-kriteriet. När det tillämpas som den övergripande principen för juridiska avgöranden kan individerna räkna med att de ekonomiska vinsterna kommer att överstiga förlusterna, och vi antar att individerna i samhället skulle samtycka till kriteriet om de hade konfronterats med ett val. Om det nu finns ett implicit samtycke i samhället för detta kriterium, så kan en tillämpning av detsamma inte vara orättfärdig, enligt Posner.

CHRISTIAN DAHLMAN, JOAKIM NERGELIUS,
DAVID REIDHAV & CHRISTOFFER WONG

paternalistisk = präglad av förmyndarattityd

omallokera = omfördela