

Ratio Working Paper No. 79

Rättspositivism och äganderätt

Niclas Berggren

Rättspositivism och äganderätt*

Niclas Berggren[#]

Abstract. Rättspositivismen, en av Uppsalaskolans centrala läror, påstås ibland ligga bakom ett svagt svenskt äganderättsskydd och, rent allmänt, ett svagt rättighetsskydd, en försvagning av marknadsekonomin, höga skatter och en expansion av staten. Men det finns skäl att betvivla det. För det första argumenteras här för att rättspositivismen är *förenlig* med ett stöd för en stark äganderätt och att missförstånd av vad denna idé faktiskt säger är utbredda. För det andra analyseras det *kausala samband* som kan förväntas mellan rättspositivism och graden av äganderättsskydd. Analysen ger vid handen att ett sådant samband sannolikt inte existerar. Om målet är att stärka äganderätten bör därför argument om äganderättens positiva konsekvenser föras fram istället för angrepp på Uppsalaskolan.

1. Inledning

Få skolbildningar i Sverige är så omtalade – och förtalade – som Uppsalaskolan. Det är tveklöst så att Axel Hägerström och många av hans rivaler, medarbetare och efterföljare – såsom Adolf Phalén, Vilhelm Lundstedt, Konrad Marc-Wogau, Anders Wedberg, Torsten Undén, Tore Strömberg, Karl Olivecrona och Ingemar Hedenius – formulerade både rätts- och moralfilosofiska idéer som vann stor spridning i viktiga kretsar i vårt land, såväl bland politiker och filosofer som bland jurister.¹ Skolans inflytande kan i många avseenden sägas bestå än idag, om än i alltmer försvagad form. En av de mest centrala idéerna är *rättspositivismen*, som enligt vissa försvarare av äganderätt i hög grad har bidragit till en försvagad äganderätt och, mer allmänt, ett svagt rättighetsskydd, en beskuren marknadsekonomi, höga skatter och en stor, maktfullkomlig och interventionistisk stat. Det

* Jag är tacksam för kommentarer från Andreas Bergh, Anders Fogelklou, Rolf Henriksson, Nils Karlson, Dan Johansson, Henrik Jordahl och Aleksander Peczenik samt för finansiellt stöd från Torsten och Ragnar Söderbergs stiftelser.

[#] Ratio, Box 5095, 102 42 Stockholm. Telefon: 08-587 054 04. Fax: 08-587 054 05. E-post: niclas.berggren@ratio.se

¹ Förvisso finns viktiga skillnader mellan dessa herrars synsätt, men i föreliggande text fokuseras huvudsakligen på det som förenar dem. För Hägerströms synsätt, se t ex Hägerström (1939). Även statsvetare influerades av Uppsalaskolans idéer, däribland Alf Ross och Herbert Tingsten, liksom nationalekonomer som Gunnar Myrdal.

anses ha skett genom att denna idé direkt har influerat politikerna själva, genom att lagstiftningen har centraliserats och politiserats och därigenom ändrat karaktär och genom att den har skapat en rättskultur med jurister som är servila inför makten. Hayek (1960, 1976) gick så långt att han menade att rättspositivismen är oförenlig med och underminerar den klassiska liberalismen. Tror man på ett sådant orsakssamband och är man äganderättsförespråkare ligger det nära till hands att inta en starkt kritisk hållning till rättspositivismen.

Men är en sådan hållning motiverad? Bör man avvisa rättspositivismen om målet är att uppnå ett starkt äganderättsskydd? Det finns skäl att betvivla det. Jag kommer att argumentera för att rättspositivismen är *förenlig* med ett stöd för en stark äganderätt. Det finns alltså ingen logisk konflikt mellan att förespråka rättspositivismen och att förespråka ett starkt äganderättsskydd. Föreställningen att en sådan konflikt existerar beror på missförstånd av vad rättspositivismen faktiskt säger, och i försöket att klargöra dess innehåll kommer jag bl a att knyta an till en livaktig, samtida internationella diskurs, inte minst inspirerad av H. L. A. Hart med efterföljare.

Jag kommer också att analysera det *kausala samband* som kan förväntas mellan rättspositivism och äganderätt, i den mån ett sådant samband alls existerar. Frågan är om rättspositivismen bidrar till att försvaga äganderätten. Hayek (1960, 1976) tillhör dem som definitivt hävdar att svaret på frågan är "ja". Men jag representerar en mer skeptisk linje. Jag kommer hävda att betydelsen av rättspositivismen är överdriven och att det för den faktiska graden av äganderättsskydd troligen inte spelar någon roll om rättspositivismen anammas i ett land.

Det kan vara instruktivt att klargöra vad detta kapitel *inte* handlar om. Det är inte en idé- eller doktrinhistorisk text om Uppsalaskolan eller om någon av dess företrädare.² Fokus ligger istället på en idé som återfinns som ett centralt inslag i denna skola, rättspositivismen, men som också återfinns utanför densamma, inte minst i andra länder. Tanken är inte att gå igenom denna idé i detalj utan att lägga tonvikten vid dess huvudteser och sambandet mellan dessa och äganderättsskyddet. Jag går heller inte in på en sociologisk analys av hur synen på rättspositivism *de facto* ser ut och utvecklas i olika grupper i Sverige. Och detta är inte en normativ text. Jag tar inte ställning till om rättspositivismen i någon mening är sann, rätt, riktig eller bra utan ställer frågan hur, om alls, den *rätt förstådd* påverkar vissa viktiga

² För sådana analyser, se t ex Källström (1984, 1986) och Nordin (1984).

politiska beslut.³ Inte heller tar jag ställning till om ett starkt eller svagt äganderättsskydd är att föredra och berör därför inte heller filosofiska eller politiska argument i den frågan.

Slutligen: när Uppsalaskolan diskuteras är det viktigt att klargöra vilken av dess lärosatser som avses. Rättspositivismen är en viktig del; en annan, som inte tas upp här, är värdenihilismen.⁴ Men dessa är helt olika teorier, som även om de är förenliga inte följer av varandra.⁵ Man kan alltså mycket väl vara rättspositivist och anse att värderealismen är sann.⁶ Likaså kan man ta avstånd från rättspositivismen och förfäktat hållningen att värdenihilismen är sann (t ex om man är något slags anarkist). Och man kan, utan att logiskt motsäga sig själv, ta avstånd från både rättspositivismen och värdenihilismen, vilket t ex naturrättsliga företrädare gör. I ingen av dessa kombinationer finns någon logisk konflikt.

2. Definition av begreppen

Innan jag går in på förenligheten och sambandet mellan rättspositivismen och äganderättsskyddet är det av vikt att klargöra vad jag menar med begreppen.

Med *rättspositivism* avses enligt Himma (2002: 125) följande: "The conceptual foundation of legal positivism consists in three commitments: the Social Fact Thesis, the Conventionality Thesis and the Separability Thesis. The Social Fact Thesis asserts that the existence of law is made possible by certain kinds of social fact. The Conventionality Thesis

³ Av detta skäl presenterar jag inte kritik mot rättspositivismen (se t ex Fuller 1964, Dworkin 1977, 1986, Finnis 1980, Peczenik 1988, 1995).

⁴ Jag argumenterar däremot i Berggren (2004) för att det inte spelar någon roll om människor anser etisk subjektivism, varav värdenihilismen är en variant, eller etisk objektivism vara sann.

⁵ Holmes och Sunstein (1999:17) skriver om rättspositivismen: "It takes no stand on which human interests are, from a philosophical perspective, the most important and worthy. *It neither affirms nor denies ethical skepticism and moral relativism.* Instead it is an empirical inquiry into the kinds of interests that a particular politically organized society actually protects". (Egen kursivering.) Och Wright (1996) konstaterar att rättspositivismen är förenlig med "a wide range of meta-ethical views". Även om rättspositivismen inte implicerar värdenihilism är förstås inte kombinationen ovanlig, vilket exemplifieras av Hägerström med efterföljare samt av Kelsen (1956: 4), som menar att rättvisefrågor inte kan besvaras genom rationell kognition och att val som rör värderingar och mål ytterst vilar på intuitioner.

⁶ En poäng med ett rättspositivistiskt synsätt brukar anföras vara att det möjliggör en kategorisering av lagar: vissa är bra eller goda och vissa är dåliga eller onda. Om man sammanblandar lag och moral, om man bygger in moral i definitionen av lag, förefaller det svårt att göra en sådan utvärdering, med dess implikationer angående laglydnad eller lagtrots

claims that the criteria of validity are conventional in character. The Separability Thesis, at the most general level, denies that there is a necessary overlap between law and morality.”⁷

Med *äganderätt* avses ett knippe rättigheter som, enligt Cooter och Ulen (1988:91), ”describe what a person may or may not do with the resources he owns: the extent to which he may possess, use, transform, bequeath, transfer or exclude others from his property”. I föreliggande text syftar äganderätt på *privat* äganderätt; och när uttrycken *stark* respektive *svag* äganderätt används avses den grad med vilken nyss nämnda knippe rättigheter är oinskränkt. Om ägare t ex inte får använda sina egendomar som de vill eller sälja dem som de vill är äganderätten svagare än om de får göra precis som de vill.

3. Går rättspositivism och äganderätt att förena?

Rättspositivismen som idé är förenlig med uppfattningen att ett starkt äganderättsskydd är önskvärt, dvs en person kan utan att göra sig skyldig till en logisk motsägelse hävda både att rättspositivismen är ett korrekt sätt att förstå lagar och lagstiftning *och* att en stark äganderätt är önskvärd. Ett samhälle där *alla* är rättspositivister kan alltså mycket väl tänkas ha ett starkt äganderättsskydd. Detta eftersom rättspositivismen är en teori om lagars och rättssystemets karaktär, och därvidlag en teori som rör form och inte innehåll.⁸ Som teori

⁷ Jmf MacCormick (1978: 239-240), Soper (1995: 425) och Kramer (1999: 2). Den version av rättspositivismen som diskuteras i denna uppsats är den inklusiva - se vidare Waluchow (1994), Kramer (1999) och Himma (2002). Den exklusiva varianten, främst företrädd av Raz (1979, 1986), anser inte, som inklusivisterna, att det räcker att säga att det inte finns någon nödvändig koppling mellan lag och moral utan förnekar att det överhuvud *kan* finnas en sådan koppling. De betonar att dessa fenomen är separata, inte endast separabla. Se vidare Marmor (2002).

⁸ Kelsen (1967: 13), i sitt utvecklande av ”den rena rättsläran”, utreder vad som utgör lag genom att analysera vad alla lagar har gemensamt, och han menar att det inte har något med innehållet att göra. Posner (2003:18) beskriver Kelsens synsätt på följande vis: ”Law has no prescribed content; it is simply what people authorized to do law do until their authority is withdrawn from them by death, retirement, or forced removal from office by impeachment or other means”. Jmf Hayek (1960: 237-239). Detta är måhända en sanning med viss modifikation. Hart (1961: 187-195) talar om ”the minimum content of natural law”. Med det avser han att lagar krävs för att samhällen bortom mycket liten storlek ska kunna fungera stabilt och kunna fortleva, och dessutom krävs att dessa lagar måste innefatta vissa grundläggande förbud (mot mord, angrepp, vandalism, bedrägeri etc.). Som Bix (2002: 93-94) konstaterar är kopplingen till egentlig naturrätt mycket svag. Hart framför ett empiriskt, icke-normativt konstaterande byggt på Harts förståelse av människans egenskaper och belägenhet, att vissa saker krävs för ett samhälles överlevnad. Han erbjuder dock inte en moralisk teori eller ett konceptuellt argument; han påstår inte att något följer för kriterier på rättslig validitet eller för hur människor ska agera inom ramen för rättssystem.

säger den ingenting om hur den faktiska lagstiftningen bör se ut utan bara något om vad som utgör faktisk lagstiftning. En lag kan innehållsligt säga vad som helst och ändå vara lag – det finns t ex inget nödvändigt samband mellan en lag och hög moral.⁹ Det som avgör om en bestämmelse utgör lag eller inte beror däremot på om den har kommit till i enlighet med en yttersta norm eller regel, t ex Kelsens grundnorm eller Harts igenkännande- och erkännanderegler.¹⁰ Det är uppenbart att ett starkt äganderättsskydd kan uttryckas i lagstiftning (många rättspositivister skulle t o m hävda att det *endast* kan uttryckas i lagstiftning), och följaktligen föreligger ingen logisk konflikt mellan rättspositivism och försvaret av ett starkt äganderättsskydd.¹¹

Man kan här jämföra med begreppet demokrati och göra en distinktion mellan formella och innehållsliga definitioner.¹² De förra – förespråkade av bl a Alf Ross och Herbert Tingsten – motsvarar i någon mening rättspositivismens syn på lagen: demokrati definieras utifrån icke-normativa utgångspunkter och innefattar endast begreppets semantiskt nödvändiga element.¹³ Ett beslut är demokratiskt fattat om det sker i enlighet med en sådan minimalistisk definition, helt oavsett vad beslutet innefattar i innehållslig mening. En innehållslig definition, däremot, ger vid handen att ett beslut som förvisso fattas enligt en formell demokratidefinition kan anses odemokratiskt om det bryter mot något normativt kriterium som är inbyggt i den innehållsliga demokratidefinitionen. Förfäktandet av en stark äganderätt är helt förenlig med användandet av en formell demokratidefinition – men det går, med detta synsätt, inte att säga att en svag äganderätt är ett brott mot demokratin om

Kramer (1999: 43) konstaterar också: "Every legal positivist would readily agree that law is indispensable for the securing of basic social peace and co-ordination; H. L. A. Hart's famous discussion of the 'minimum content of natural law' is merely one notable example of the positivist position".

⁹ Se Hart (1958). Om Kelsens syn, se Stewart (1990).

¹⁰ Bindreiter (2001: 104, 113-114): "Kelsens Grundnorm är en norm som är begreppsligen förutsatt i den juridiska argumentationen och vilken som sådan måste förstås som den yttersta giltighetsgrunden för hela rättsordningen. ... Inom varje rättssystem menade Hart att det finns en yttersta Rule of Recognition – en förpliktande, sedvanerättslig regel som utpekar vissa kriterier vilka måste uppfyllas vid identifieringen av gällande rättsregler. Domstolarnas erkännande genom användande är avgörande för en regels tillhörighet till rättssystemet (och därmed för dess giltighet)."

¹¹ Även en svag eller en helt kollektivistisk äganderätt är förstås förenlig med rättspositivismen.

¹² Se Lundström (2001). Jmf Nergelius (1996: 133 ff).

¹³ Se Sartori (1984: 56).

lagstiftningen har införts i enlighet med den icke-normativa definitionen.¹⁴ Man kan däremot anse att ett demokratiskt beslut är önskat eller t o m omoraliskt.

Vad rättspositivister förnekar är att äganderätt kan existera *qua* lag utanför ett rättssystem bestämt av sociala fakta i enlighet med en yttersta normativ norm eller regel, t ex på naturrättslig grund.¹⁵ En rättspositivist kan därför inte acceptera påståendet att det skulle finnas "naturliga och medfödda rättigheter" (Nergelius 1996: 94). Källström (1991: 15) citerar Vilhelm Lundstedt från 1928, som ger uttryck för en variant av detta synsätt (där Lundstedt med äganderätt menar en rätt som existerar oberoende av positiv rätt): "Ty det finns ingen äganderätt och har i alla tider aldrig funnits någon äganderätt. Hela begreppet är blott en fantasiprodukt, logiskt otänkbar i verkligheten. Det finns överhuvud inga rättigheter. ... Talet om att en ny lag skulle kunna kränka äganderätten är lika meningslös som en papegojas pladder".¹⁶

De flesta rättspositivister skulle uttrycka sig något annorlunda och hävda att rättigheter existerar *men endast om de är fastslagna i positiv rätt*.¹⁷ Detta är dock i huvudsak en semantisk skillnad, och grundsynen är densamma hos Lundstedt: utan rättsregler, ingen äganderätt.¹⁸ Som Undén (1927: 53) klargjorde: "En ny lag kan aldrig utgöra 'intrång' i äganderätten som sådan. Ett sådant uttryckssätt innebär en motsägelse". Men notera återigen att detta synsätt inte säger något om hur stark eller svag äganderätten ska vara, bara att den ska förstås som resultatet av lagstiftning i någon på konvention baserad, accepterad

¹⁴ Vanberg (2005) tonar ned den av Hayek framlyfta konflikten mellan klassisk liberalism och demokrati och betonar att användandet av en formell demokratidefinition baserad på majoritetsprincipen är förenligt med en konstitutionell utformning som beaktar liberalismens strävan att upprätthålla vissa fri- och rättigheter.

¹⁵ Se Bix (2002) för mer om modern naturrättsteori. Han betonar att konflikten med rättspositivismen är överdriven, något som också betonas av Waluchow (1998). Huvudskillnaden anförs vara att naturrätten förkastar "The Neutral Description Thesis: It is both possible, desirable, and philosophically enlightening to describe (and explain) a legal system as it is without at the same time engaging in its moral evaluation".

¹⁶ Detta yttrande påminner både till innehåll och tonfall om Benthams (1987: 53) avfärdande av naturliga rättigheter som "nonsense upon stilts".

¹⁷ Posner (2003: 255) beskriver Kelsens synsätt på följande vis: "[T]he holder of a right is simply someone authorized to invoke the sanctioning power of the state". Bentham (1931: 113) säger: "[P]roperty and law are born together and die together. Before the laws there was no property; take away the laws, all property ceases". Jmf Holmes och Sunstein (1999: 60). De senare talar faktiskt, som rättspositivister, om "moraliska rättigheter" – se s. 16 ff.

¹⁸ Olivecrona (1976: 215 ff) anför att man kan använda ord som "rättighet" i lagstiftning av tydlighets- och smidighetsskäl – som del i ett språkspel. Se Peczenik (1995: 392). Samma syn framförs av Undén (1927: 24); och Strömberg (1985, 1989) betonade att begrepp som "rättsordning" och "gällande svensk rätt" fyller en funktion som sociala konventioner.

form. Det förtjänar att påpekas att rättspositivismen inte nödvändigtvis enbart erkänner "legislation" som lag; även sedvanerätt kan mycket väl erkännas inom ett rättssystem som positiv rätt.

4. Leder rättspositivism till en svag äganderätt?

4.1. Tesen om ett negativt samband

Att rättspositivism är förenlig (i logisk mening) med ett stöd för ett starkt äganderättsskydd är en sak. Så är tveklöst fallet.¹⁹ En kanske mer intressant och viktigare – men också mer svårbesvarad – fråga rör hur det kausala *sambandet* mellan dessa storheter ser ut. Leder, vilket många hävdar, rättspositivism *de facto* till en svag äganderätt och, mer allmänt, till ett svagt rättighetsskydd, en försvagning av marknadsekonomin, höga skatter och en expansion av staten?²⁰

Hayek (1976: 44, 53) uttrycker sin syn på följande vis:

Legal positivism has become one of the main forces which have destroyed classical liberalism because the latter presupposes a conception of justice which is independent of the expediency for achieving particular results. Legal positivism, like other forms of constructivism [sic] pragmatism of a William James or John Dewey or Vilfredo Pareto, are therefore profoundly antiliberal in the original meaning of the word, though their views have become the foundations of the pseudo-liberalism which in the course of the last generation has arrogated the name. ... Legal positivism is in this respect simply the ideology of socialism – if we may use the name of the most influential and respectable form of constructivism to stand for all its various forms – and of the omnipotence of legislative power. It is an ideology born out of the desire to achieve complete control over the social order, and the belief that it is in our power to determine deliberately in any manner we like, every aspect of the social order. ... Legal positivism has thereby also become the chief ideological support of the unlimited powers of democracy.

¹⁹ Eklund (1995: sektion 2.7) påstår felaktigt motsatsen: "Det kan inte nog understrykas att rättspositivismen i alla dess varianter är helt oförenlig med människans inneboende naturliga rättigheter".

²⁰ Notera att för den som ogillar en sådan utveckling innebär argumentet en annan typ av kritik av rättspositivismen än den rent filosofiska. Detta argument är istället inriktat på konsekvensanalys: rättspositivismen bedöms resultera i *vissa praktiska utfall* som i sin tur värderas på något vis, och beroende på hur den värderingen ser ut påverkas inställningen till idén som sådan.

Hayek (1960: 234-235) utvecklar detta vidare: "The ascendancy of these political views was greatly assisted by the increasing influence of various political conceptions which had arisen earlier in the century and which, though in many respects strongly opposed to one another, had in common the dislike of any limitation of authority by rules of law and shared the desire to give the organized forces of government greater power to shape social relations deliberately according to some ideal of social justice".²¹

Leoni (1991: 22, 90, 99) har en liknande syn:

It is also paradoxical that the very economists who support the free market at the present time do not seem to care to consider whether a free market could really last within a legal system centered on legislation. ... Even those economists who have most brilliantly defended the free market against the interference of the authorities have usually neglected the parallel consideration that no free market is really compatible with a law-making process centralized by the authorities. ... Individual freedom in all countries of the West has been gradually reduced in the last hundred years not only, or not chiefly, because of encroachments and usurpations of the part of officials acting against the law, but also because of the fact that the law, namely, the statutory law, entitled officials to behave in ways that, according to the previous law, would have been judged as usurpations of power and encroachments upon the individual freedom of the citizens.

Även svenska akademiker har hävdat att Uppsalaskolans idéer har haft betydelse för svensk juridik och politik, även om de uttrycker sig något mer försiktigt än i citaten ovan och, särskilt, jämfört med vissa populärdebattörer. Källström (1991: 1) gör t ex följande analys: "Axel Hägerström och uppsalafilosofin kan antas ha haft viss betydelse för framväxten av den svenska versionen av den sociala ingenjörskonsten, bl a via en socialdemokrat som Gunnar Myrdal. Den inspiration som utgick från Hägerström var i stor utsträckning generell till sin karaktär. Den handlade mycket om det nödvändiga i att anknyta forskning och samhällsförändring till vissa överordnade principer, t ex avvisande av 'metafysik' i olika former, rättens nödvändiga koppling till den politiska makten samt avståndstagandet från tron på objektiva värden".

Nergelius (1996: 94, 611, 613) anför denna bedömning:

Det är enligt min mening sannolikt att denna inflytelserika, långvariga och omfattande kritik mot alla föreställningar om naturliga och medfödda rättigheter bidragit till att försvaga de medborgerliga rättigheternas rättsliga ställning i Sverige och minska deras konkreta rättsliga betydelse. ... I den mer polemiskt inriktade rättspolitiska debatten påstås inte sällan att rättigheternas svaga ställning på någon

²¹ Se vidare Hayek (1960: kap. 16).

viss punkt i den svenska rättsordningen ytterst beror på Uppsalafilosofins skadliga inflytande. I praktiken är något sådant givetvis ytterst svårt att leda i bevis. ... Att härav dra slutsatsen att Uppsalafilosofin är *ansvarig* för någon viss tendens i svensk statsrätt är dock vanskligt; den svaga svenska rättighetstraditionen har sannolikt andra huvudorsaker [se 612]. Dock torde rättsrealismen ha förstärkt en idé-tendens som länge varit tydlig i svenskt rättsliv. (Kursivering i original.)

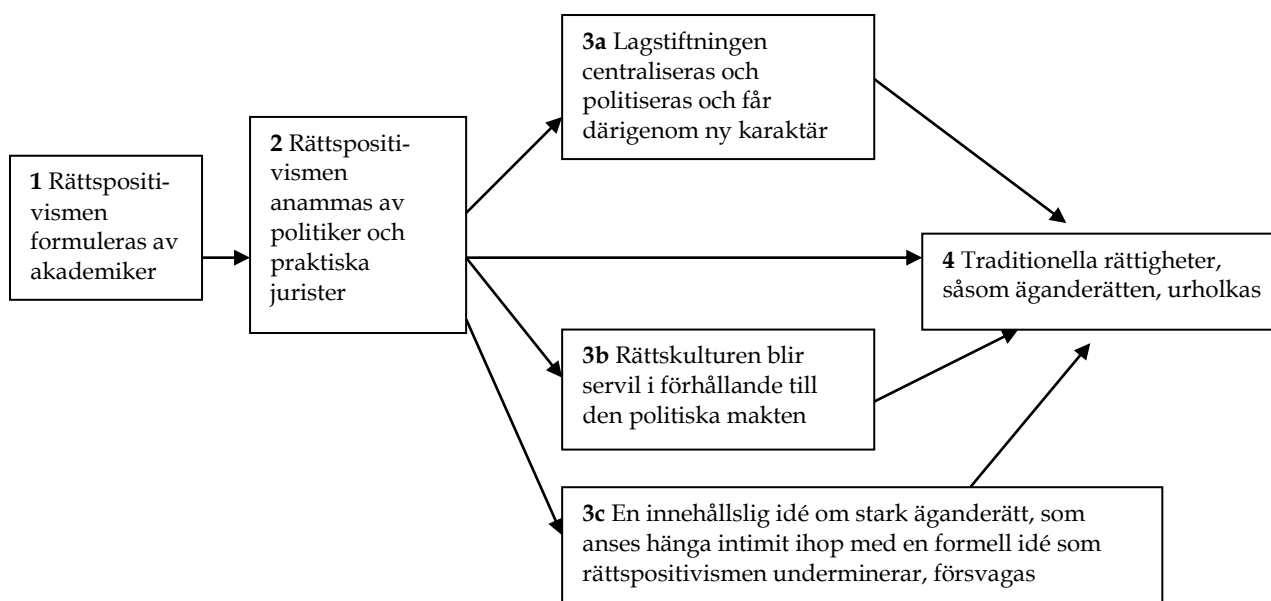
Peczenik (2001: 122-124) är mer tveksam till om Uppsalaskolan har haft något stort inflytande i Sverige, men hävdar ändå följande: "Även om det är svårt att stringent bevisa några historiska kausalsammanhang kan man i alla fall hävda att de viktigaste oskrivna principerna bakom svensk rättspraxis är värderativism och domstolars långtgående lojalitet mot lagstiftaren. Den förra bildar hägerströmianismens explicita kärna, den senare stämmer väl överens med Hägerströms tankesätt".

Har de hårda kritikerna av rättspositivismen rätt? Underminerar denna idé en stark äganderätt och en fri marknadsekonomi? Även om lagstiftare *kan* stifta lagar som innefattar en stark äganderätt och en fri marknadsekonomi, *kommer de* att göra det om de tror på denna idé? Eller finns inget samband alls mellan rättspositivismen och äganderättslagstiftningen? Förvisso svårbesvarade frågor.

Att politik i hög grad bestäms av *idéer*, som rättspositivismen är ett exempel på, betonades starkt av Keynes (1953: 383-384): "[T]he ideas of economists and political philosophers, both when they are right and when they are wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed the world is ruled by little else. Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influences, are usually the slaves of some defunct economist. ... But, soon or late, it is ideas, not vested interests, which are dangerous for good or evil".

För att analysera det påstått negativa sambandet mellan rättspositivism och graden av äganderättsskydd måste de tänkta mekanismerna preciseras. I Figur 1 presenteras ett sådant försök.

Figur 1. Hur rättspositivismen påverkar lagstiftning om äganderätt



Tabell 1 presenterar *min tolkning av* hur de ovan citerade akademikerna passar in i Figur 1.

Tabell 1. Skillnader mellan förespråkarna av tesen att rättspositivismen påverkar lagstiftning om äganderätt

	Karaktär på sambandet	Central mekanism
Hayek	Starkt, säkert, direkt	<i>Pilen mellan ruta 2 och ruta 4 i Figur 1:</i> Rättspositivismen utgör ett slags socialism som direkt och i sig själv influerar dess förespråkare att försvaga äganderätten.
Hayek-Leoni	Starkt, säkert, indirekt	<i>3a i Figur 1:</i> Politikerna, som har makt, transformerar rättsordningen från en decentraliserad, sedvanerättsdominerad till en centraliserad, lagstiftningsbaserad ordning → politikernas faktiska lagstiftning utgår från specifika frågor som ska lösas istället för de generella principer som tidigare styrde sedvanerätten samt påverkas av kortsiktighet och särintressen → politiken blir mer inriktad på social ingenjörskonst, nytta, omfördelning och distributiv rättvisa snarare än på traditionella rättigheter och äganderätten försvagas.
Källström-Nergelius-Peczenik	Halvstarkt, sannolikt, indirekt	<i>3b i Figur 1:</i> Rättspositivismen bidrar i viss mån till att rättskulturen blir servil i förhållande till den politiska makten därför att lagar enbart anses existera som ett resultat av politiska beslut och eftersom deras uttolkning primärt styrs av politikernas överväganden → den juridiska argumentationens oberoende och kraft försvagas → äganderätten försvagas.

Not: Med *starkt* samband avses att *givet att rättspositivismen får inflytande* så påverkar den saker och ting på ett väsentligt sätt. Med *säkert (sannolikt)* samband avses att *givet att rättspositivismen formuleras och anammas* så får den med säkerhet (hög sannolikhet) inflytande. Med *indirekt* samband avses att rättspositivismen inte i sig själv påverkar lagstiftningen om äganderätt utan att den gör det genom att påverka hur det konstitutionella systemet –

särskilt lagstiftnings- men också domstolsmakten – utformas och fungerar. Ruta 3c i Figur 1 kopplas inte till någon av personerna i tabellen men diskuteras i sektion 4.3.

4.2. Tesen ifrågasatt

I denna sektion argumenterar jag för att tre versioner av tesen att rättspositivismen urholkar äganderättsskyddet med varierande grad av sannolikhet är felaktiga.

Problem med tesen att rättspositivismen direkt underminerar äganderätten

Som har påpekats ovan måste man skilja på två typer av idéer: innehållsliga och formella. De förra är i grunden normativa och specificerar ett visst mål; de senare är i grunden icke-normativa och innefattar ett visst slags förståelse eller tolkning av verkligheten.

Rättspositivismen är en formell idé som inte specificerar något mål för etik, juridik eller politik utan endast innefattar en uppfattning om hur lagar och lagstiftning ska förstås eller tolkas konceptuellt. Om idéer spelar roll på det sätt som Keynes talar om – dvs om de har kausalt inflytande på mänskligt handlande (i detta fall lagstiftning) – är det rimligtvis innehållsliga, inte formella, idéer som spelar roll.²² Skälet är att mänskligt handlande är målorienterat – handling x snarare än handling y vidtas för att handling x bättre än handling y bedöms bidra till en viss måluppfyllelse – vilket innebär att en icke-normativ idé ytterst inte kan motivera handlande. Handlandet styrs av subjektiva preferenser, som om idéer spelar roll påverkas av innehållsliga idéer. Formella idéer kan inte påverka preferenser.

För att ta exemplet med äganderätt är den grad av äganderättsskydd man önskar ett uttryck för ens subjektiva preferenser. Är man starkt påverkad av den innehållsliga idén kommunismen önskar man t ex försvaga det privata äganderättsskyddet och överföra allt ägande till staten. Förvisso kan man vara rättspositivist och inneha denna uppfattning; men det kan inte vara rättspositivismen som orsakar den. Idén *per se* innehåller inget som kan motivera en sakpolitisk hållning. Hayeks (1976: 53) påstående om att "[l]egal positivism is in

²² En viss typ av icke-normativa idéer kan tveklöst ha en sådan kausal effekt - de som innefattar empirisk kunskap om orsakssamband. Ny sådan kunskap, som påvisar att ett visst mål kan uppnås bättre genom användandet av ett nytt medel, kan t ex orsaka politiska reformer. Ofta är dessutom samsynen stor om vilka mål som ska uppnås – desto viktigare roll får idéer som innefattar kunskaper om den icke-normativa verkligheten. Tag målet ekonomisk tillväxt, vilket delas av många i skilda politiska läger. Om det kan visas att ett starkt äganderättsskydd befämjar det målets uppnående (utan direkt negativa effekter) är sannolikheten stor att beslutsfattare kan vilja stärka äganderätten.

this respect simply the ideology of socialism..." är följaktligen uppenbart felaktigt i det att innehållsliga och formella idéer blandas ihop. Rättspositivismen är en icke-normativ, formell idé, till skillnad från socialismen, som är en normativ, innehållslig idé.²³ Om det finns ett samband mellan rättspositivism och ett urholkat äganderättsskydd rör sig det sannolikt om en korrelation, inte om ett kausalförhållande.

Problem med tesen att lagstiftningen centraliseras och politiseras och därigenom får ny karaktär

Hayek och Leoni anför en indirekt mekanism genom vilken rättspositivismens anammande leder till en urholkning av traditionella rättigheter såsom äganderätten. I Figur 1 illustreras denna i ruta 3a. De hävdar med emfas att rättspositivismen leder till centraliserad, politiserad lagstiftning, vilken ersätter en mer decentraliserad, sedvanerättsdominerad typ av rättsordning. Dessutom hävdar de att den förra ordningen är distinkt sämre än den senare, givet deras klassiskt liberala värderingar. Detta eftersom "common law" utgör en spontan ordning som gradvis förfinas med utvecklade argument, med möjlighet att ta hänsyn till lokal kunskap, med inriktning mot abstrakta regler och med beaktande av en rik uppsättning prejudikat.²⁴ Centraliserad, politiserad lagstiftning anses däremot präglad av icke-generalitet (dvs lagar som stiftas i syfte att uppnå specifika utfall som ofta gynnar vissa på bekostnad av andra), kortsiktighet och dåligt kunskapsunderlag.²⁵ Denna lagstiftning utgår från det Hayek (1973: 29-34) kallar *konstruktivistisk rationalism* och från en tro på social ingenjörskonst – att samhället *qua* social ordning kan styras i enlighet med politiska makthavares intentioner.

Det finns ett huvudproblem med detta argument, nämligen att *rättspositivismen inte nödvändigtvis är oförenlig med ett "common law"-system*. Hayek har i grunden fel när han hävdar motsatsen. Rättspositivismen säger alltså *inte* att endast lagstiftning bestämd i en politisk, beslutande församling utgör lag utan att sociala fakta avgör vad som utgör lag. Både

²³ Möjligen kan människor, i stil med Hayek, missuppfatta rättspositivismen så att de förstås som innehållsliga idéer, i vilket fall de (på felaktiga grunder) skulle kunna påverka preferenser. Men om så är fallet är det inte denna idé i sig som har kausal effekt; och om man ogillar den innehållsliga idé som felaktigt associeras med rättspositivismen bör man dels kritisera den innehållsliga idén i sig och dels påpeka att dessa båda formella idéer hursomhelst inte är innehållsliga. Kritiken bör således inte riktas mot rättspositivismen i detta fall.

²⁴ Jmf Peczenik (2002), som argumenterar för demokratiska system med starka domstolar och rättsdogmatiker som besitter djupa kunskaper, som strävar efter koherens och som använder sig av ett abstrakt och rationellt tänkande.

²⁵ Se mer i detalj Hayek (1973: kap. 4-6).

Kelsen och Hart anser att "common law" kan utgöra lag, under förutsättning att den yttersta normen, grundnormen eller igenkännande- och erkännanderegeln, ger utrymme för en sådan utformning av en del av rättsordningen. Som Simpson (1973: 83) uttrycker det: "As applied to the common law such weak versions of positivism could in principle no doubt cater for the possibility that it consists of rules which are not necessarily of legislative origin, nobody having ever laid them down".

Peczenik (1996: 122) instämmer: "Enligt Hart består rätten av samhällseliga regler, antingen skrivna eller *sedvanerättsliga*". (Egen kursivering.) I Harts fall är lagens auktoritet alltså en social företeelse, en beteenderegularitet eller en konvention, och hans igenkännande- och erkännanderegeln är en social regel som existerar för att den används i praktiken.²⁶ Lag vilar alltså på vanor om vilka som har auktoritet att avgöra dispyter, vilka rättskällorna är och hur vanorna kan ändras. Detta kan mycket väl innefatta också sedvanerätt. Också inom ramen för en mer centraliserad rättsordning anför Hart (1958) också att igenkännande- och erkännanderegeln mycket väl kan låta domare fatta tämligen diskretionära beslut när lagstiftningen är oklar eller ofullständig. Hart anser själv att domarna då lagstiftar.²⁷ Även moraliskt grundade beslut är tänkbara.²⁸

Kelsen anser att en norms legala giltighet avgörs av om den har tillkommit i enlighet med en annan, högre norm, ändå upp till grundnormen (som är begreppsligen förutsatt snarare än empirisk).²⁹ Rättsordningen är alltså en serie delegationer, t ex från grundnormen till Regeringsformen, från Regeringsformen till Riksdagen, från Riksdagen till domstolar, etc. Men domstolarnas självständiga roll är stor i Kelsens system – han erkänner t ex att ibland är den enda existerande lag som en domstol kan använda för att avgöra ett fall den lag som ger domstolen beslutsmyndighet,³⁰ och det domare gör med sin delegerade myndighet är lag i kraft av delegationen, så länge de agerar inom delegationens gränser.³¹ Även här ser vi alltså att

²⁶ Se Marmor (1998).

²⁷ För en kritik av detta sätt att se på saken, se Posner (2003: 80-81, 268 ff).

²⁸ Se Kramer (1999: 114-115, 152, 197-199).

²⁹ Buchanan och Tullocks (1962: 77-80) resonemang inom forskningsområdet konstitutionell ekonomi påminner i många avseenden om detta synsätt. Jmf Buchanan (1974: 335-336) och Brennan och Buchanan (1985).

³⁰ Kelsen (1967: 152).

³¹ Stewart (1990: 285) utvecklar resonemanget: "Expressed more precisely: each higher norm recognises the act of will of the lower organ – or recognises custom – as a 'law-creating fact'. Since there is a reference to acts, at no stage is law-creation a matter simply of logical deduction. The new norm is not a product of logic, nor even a product of knowledge – since knowledge of the earlier law, however ambiguous, does not produce a new norm. The organ's act of will draws on both the authorising norm and other sources, including norms drawn from

domare har stor möjlighet att med ospecificerad innehållslig grund utveckla rätten. Ett "common law"-system, där domare är delegerade makt att fatta beslut och där de gör det på basis av en rik massa av prejudikat, kan mycket väl tänkas inom ramen för denna modell.

Ett andra problem med Hayek-Leoni-argumentet är att det långtifrån är självklart att "common law" leder till de utfall som predikteras av dess förespråkare. Även om rättspositivismen vore oförenlig med sedvanerätt, vilket alltså inte är fallet, är det inte säkert att det i sig skulle tala till rättspositivismens nackdel. Redan Menger (1963: 233) framförde, trots att själv han var en pionjär inom evolutionär teori, en sådan kritik: "[C]ommon law has proved harmful to the common good often enough... and legislation has just as often changed common law in a way benefiting the common good".³²

Debatten kring olika rättssystemers konsekvenser vad gäller vilken typ av beslut de ger upphov till, med åtföljande konsekvenser inom juridik, ekonomi och politik, fortgår alltjämt.³³ Det tycks i vilket fall som att Hayeks och Leonis enkla, hårda, näst intill

morality and politics; however, the moral and political norms do not thereby become part of the legal order. The higher and lower legal norms stand in a relation of 'validity' in the sense that the higher norm authorised the creation of the lower norm. In dynamic order a norm 'is not valid because it has a certain content' but 'because it is created in a certain way'; in principle, it may have any content at all, although sometimes a higher norm prescribes that lower norms must or must not have certain contents".

³² För en diskussion, se Barry (1982: 31-33). Hayek (1973: 88-89) själv erkänner att "common law" kan behöva korrigeras av centraliserad, politisk lagstiftning ibland.

³³ Fler kritiker: Buchanan (1977), Okruch (2000, 2001) och Posner (2003: 287-289, 2005). Posners kritik är intressant, eftersom han ofta ses som försvarare av "common law" med argumentet att den är mer ekonomiskt effektiv än lagstiftning (se Hadfield, 1992). Dock skiljer Posner och Hayek sig åt i det att den förre vill att domaren ska ha rätt att döma på basis av rättsekonomisk konsekvensanalys, medan Hayek enbart anser att "sann lag" kommer av dömande i strikt enlighet med seder och traditioner. Posner (2005: 11162) säger: "But often it makes no sense to base law on custom because a custom may reflect conditions that have changed - lacking central direction, custom tends to lag behind social and economic change - or may be the product of incentives that diverge from the socially desirable, as in the examples given earlier of a custom of not compensating victims of an industry's noncost-justified pollution or careless injuries, or of refraining from price competition. Customs may in short be vestigial and dysfunctional. And again, on the crucial question of *when* law should reject custom, Hayek casts no light". Bland Hayeks försvarare återfinns t ex Rubin (2004). Ny länderjämförande forskning om effekterna av ursprungligt rättssystem - "common law" eller "civil law" - ger också "common law"-förespråkarna visst stöd: bl a är äganderättskyddet starkare i "common law"-länder. Se Glaeser och Shleifer (2002). Frågan är dock om dessa resultat är särskilt användbara i praktiken - ett konservativt argument skulle vara att det inte går att ändra rättsordning i ett land hursomhelst på grund av en viss tradition och att även om så skulle ske skulle den inte fungera likadant som i ett annat land där den har vuxit fram organiskt. Sker förändringar torde de antingen ske just organiskt eller på grund av externt tryck, som det som EU har kunna utöva på nationella rättsordningar som den svenska - se t ex Nergelius (1999).

deterministiska, prediktioner, att centraliserad, politisk lagstiftning leder till en allt mindre grad av frihet etc., inte stämmer. T ex skedde många reformer av marknadskonform karaktär från 1980-talet och framåt, t ex avregleringar inom och mellan länder, privatisering och skattereformer.³⁴

Ett tredje problem med Hayek-Leoni-argumentet är att det förefaller utgå från att beslut som emanerar från lagstiftande församlingar alltid och enbart fattas med enkel majoritetsregel. Men konstitutioner innefattar som regel olika institutionella kombinationer, varav en del bättre förmår leda det politiska beslutsfattandet i klassisk liberal riktning än andra.³⁵ T ex kan lagprövning, rättigheter (t ex äganderätt), federalism, en generalitetsprincip³⁶ och maktindelning vara del av en konstitution, vilket kan förväntas påverka vilka beslut som fattas.³⁷ Och *alla dessa ting är förenliga med rättspositivismen* (i meningen att det inte föreligger någon logisk motsättning). Att den högsta lagstiftande församlingen kan vara legalt bunden av en konstitution erkändes t ex av Bentham, enligt Hart (1958). En igenkännande- och erkännanderegeln (som den amerikanska konstitutionen) kan t ex mycket väl rymma en institutionell uppsättning som lägger olika typer av restriktioner på och motvikter till den enkla majoritetsregeln. Det är dessutom, baserad på ovanstående analys av idéers oförmåga att påverka, rimligt att tro att rättspositivister är lika benägna (eller obenägna) att förespråka denna typ av begränsat majoritetsstyre som andra. Kelsen utformade t ex Österrikes konstitution efter första världskriget, i vilken bl a en författningsdomstol ingick!³⁸ Även denna kritik mot rättspositivismen fallerar.³⁹

³⁴ Gwartney och Lawson (2004) mäter graden av marknadsekonomi i 123 länder från 1970 med ett ekonomiskt frihetsindex, bl a hur starkt äganderättsskyddet är. Därav framgår bl a att svensk äganderätt inte förefaller vara särskilt svag och att den gradvis har stärkts de senaste decennierna, trots centraliserad, politiserad lagstiftning.

³⁵ Hayek (1960) presenterade själv ett konstitutionellt förslag, vilket antyder att han insåg att det finns möjligheter att reducera problem med centraliserad, politiserad lagstiftning. Denna insikt framträder dock sällan i hans kritik av rättspositivism (eller av demokrati). Rapaczynski (2004) hävdar att om konstitutionella regler har effekt i upprätthållandet av ett starkt äganderättsskydd sker det genom proceduriella snarare än substantiella regler.

³⁶ Se Buchanan och Congleton (1997). Den generalitet som Hayek såg som del av "common law" kan alltså införas som konstitutionell princip också i en centraliserad rättsordning.

³⁷ Okruch (2000) hävdar också att det i civila rättstraditioner ofta finns ett stort utrymme för domare att följa prejudikat, varför han anser Hayeks distinktion mellan systemen alltför stark.

³⁸ Han ansåg också att en konstitution mycket väl kan innehålla substantiva normer som yttrande- och religionsfrihet – se Kelsen (1986).

³⁹ Man kan även tillägga att institutionell konkurrens kan begränsa det politiska beslutsfattandet, både inom ett land och länder emellan. Denna mekanism är fullt förenlig med rättspositivismen.

Problem med tesen att rättskulturen blir servil i förhållande till den politiska makten

Så till tesen att rättssystemets utövare, de praktiska juristerna, blir servila i förhållande till den politiska makten i ett av rättspositivismen dominerat rättssystem (ruta 3b i Figur 1) och att denna effekt av rättspositivismen indirekt försvagar äganderätten. Detta fenomen är nära relaterat till blind lydnad, och en av de vanligaste missuppfattningarna om rättspositivismen säger att dess företrädare ser makt som likställd med det moraliskt rätta och att man alltid ska följa den positiva rätten. Detta är fullkomligt felaktigt. Som Green (2003) klargör:

No legal positivist argues that the *systemic validity* of law establishes its *moral validity*, i.e. that it should be obeyed by subjects or applied by judges. Even Hobbes, to whom this view is sometimes ascribed, required that law actually be able to keep the peace, failing which we owe it nothing. Bentham and Austin, as utilitarians, hold that such questions always turn on the consequences and both acknowledge that disobedience is therefore sometimes fully justified. Kelsen insists that 'The science of law does not prescribe that one ought to obey the commands of the creator of the constitution' (1967, p. 204). Hart thinks that there is only a *prima facie* duty to obey, grounded in and thus limited by fairness -- so there is no obligation to unfair or pointless laws (Hart 1955). Raz goes further still, arguing that there isn't even a *prima facie* duty to obey the law, not even in a just state (Raz 1979, pp. 233-49). The peculiar accusation that positivists believe the law is always to be obeyed is without foundation. Hart's own view is that an overweening deference to law consorts more easily with theories that imbue it with moral ideals, permitting 'an enormous overvaluation of the importance of the bare fact that a rule may be said to be a valid rule of law, as if this, once declared, was conclusive of the final moral question: 'Ought this law to be obeyed?' (Hart 1958, p. 75)".⁴⁰ (Kursivering i original.)

Det är, mot denna bakgrund, viktigt att i den mån man anser svenska praktiska jurister servila i förhållande till den politiska makten rätt identifiera orsakerna. Rättspositivismen kan inte – rätt förstådd – utgöra en sådan orsak. Den slutsatsen är särskilt viktig i diskussioner av regimer som gjort sig skyldiga till illdåd, t ex nazisterna i Tyskland. Dyzenhaus (1997) har t ex kritiserat Kelsen för att hans teori underlättade för nazisterna på olika vis, bl a genom att juristerna och andra i hög utsträckning lydde order. Även om rättspositivismen skulle säga att det alltid är rätt att lyda order, vilket den inte säger, är Dyzenhaus kritik knappast övertygande. Som Posner (2003: 290) uttrycker det: "It is fanciful

⁴⁰ Cf. Kramer (1999: kap. 2, 9), som utvecklar argument om varför laglydnad inte påbjuds av rättspositivismen, inte heller av domare, Waluchow (1998) och Schofield (2003), som skriver mer om Bentham och Austins syn, samt Peczenik (1995: 114) och Posner (2003: 261), som klargör Kelsens uppfattning ytterligare i detta avseende. Som Kramer (1999: 266) påpekar är det *just därför* att rättspositivisten gör en skillnad mellan lag och moral som han kan anse en rättsligt giltig regel omoralisk och inte värd att följa.

to suppose that a theory of law propounded by a Jewish professor would have done anything to stop Hitler”.

Vidare är det helt förenligt med rättspositivismen att utforma institutioner som ger jurister en viktig, självständig och distinkt roll – t ex vad gäller meritbaserade system för juridiska tjänstetillsättningar,⁴¹ diskretion att döma⁴² samt lagprövning – så om sådana inte existerar beror det inte på rättspositivismen.

Möjligen har Uppsalaskolan spelat en roll i det svenska fallet genom sin delvis idiosynkratiska rättspositivism och vissa andra filosofiska inslag – domares servilitet baserad på detta synsätt kan kallas *lagpositivism*. Peczenik (1999: 12):

Lagpositivism stämmer väl överens med vårt statsskick. Enligt grundlagspropositionen får domstolarna endast verkställa föreskrifter som beslutats av riksdag och regering (prop. 1973:90 s.233). Härmed slog grundlagsstiftarna uttryckligen fast att domstolarna endast är ett verkställighetsorgan (prop. 1973:90 s. 156). Det ligger nära till hands att en svensk domstol borde inrikta sig på att lojalt verkställa lagen i ljuset av de bakomliggande politiska värderingarna, inte att våga sig på egna moralbedömningar.

Men återigen är detta inte ett synsätt som följer av rättspositivismen *per se*.⁴³ Dock kan man säga att *givet att* en igenkännande- och erkännanderegeln, som i Sverige, tilldelar juristerna en begränsad och snäv roll, då kan en utvidgad roll inte, med ett rättspositivistiskt synsätt, anses rättsligt legitim, såvida inte den grundläggande regeln ändras. Men rättspositivismen säger i sig inget om hur den regeln i substantiv mening ska se ut.

Om servilitet kan konstateras, trots att den inte följer av rättspositivismen, är dock frågan hur servilitet i sig leder till en försvagad äganderätt. Det som leder till en svag äganderätt i en sådan rättskultur torde vara de politiska beslutsfattarnas subjektiva preferenser och, givetvis, det som formar dem. Men om juristerna är servila har de knappast ett inflytande över dessa, dvs de varken vill eller förmår påverka dem. Kanske avses att icke-servila jurister fanns på plats initialt som kunde utöva ett sådant inflytande, och i så fall innebär servilitetens intåg en svagare spärr mot politiska intentioner att försvaga

⁴¹ Carlsson (2001: 72-73) ifrågasätter om det faktum att många höga domstolsjurister i Sverige har bakgrund i departementen har så mycket med Hägerström att göra.

⁴² Hart (1961: kap. 7) betonar t ex det juridiska språkets ”öppna vävnad” vilket ger domare ett utrymme att faktiskt skapa positiv rätt i konkreta fall. Detta utrymme kan, om den grundläggande igenkännande- och erkännanderegeln medger det, legitimt vara präglad av etiska överväganden och, givetvis, den juridiska argumentationens rationalitet (se Peczenik 1988: kap. 3).

⁴³ Som Carlsson (2001) utvecklar har Hägerströms ”statsabsolutism” rötter i tidigare svensk tradition och hos Boström. Även Hedenius (1977: 132) kritiserar timida svenska jurister.

äganderätten. Möjligen stämmer detta, men hur vet man hur icke-servila juristers egna preferenser ser ut på äganderättsområdet? Om de är mindre äganderättsvänliga än politikerna utgör icke-servilitet ingen garanti, snarare tvärtom. Även om de är mer äganderättsvänliga är frågan ändå hur stort inflytande jurister har och bör ha. Resonemanget om rättspositiviskt grundad servilitet som en orsak till en svag äganderätt verkar, sammantaget, inte särskilt övertygande. Servilitet följer inte av rättspositivismen i sig; och juristers möjlighet att påverka lagstiftning, alls och i någon viss specifik riktning, är oklar om de vore icke-servila.

4.3 Håller tesen, trots allt?

Men antag att en formell och en innehållslig idé är intimt sammanbundna: av de flesta anses de höra ihop i ett paket. Antag vidare att den formella idén överges – kan inte det då till automatisk följd att också den innehållsliga idén överges? Jo, det är möjligt. I detta fall får en formell idé innehållsliga konsekvenser, inte av egen kraft utan genom dess uppfattade samhörighet med en innehållslig idé (ruta 3c i Figur 1). Om t ex en stark äganderätt präglar en ursprungssituation och om den anses hänga ihop med ett naturrättsligt försvar som undermineras av en acceptans av rättspositivismen, då kan äganderätten försvagas. Detta är alltså möjligt. Men är det sannolikt?

Troligen inte, ty varför skulle människors subjektiva preferenser förändras bara för att de plötsligt anser att rättspositivismen är sann? Om de tidigare fann den starka äganderätten ändamålsenlig och bra, varför ändra syn bara för att naturrätten inte längre tas på allvar? Konsekvenserna av en stark äganderätt är ju precis desamma med eller utan naturrätt.⁴⁴ Om de subjektiva preferenserna skulle ändras är frågan om det är något negativt. De tidigare preferenserna kanske därmed har avslöjats som icke-genuina, som något som människor har uttryckt därför att de har känt sig tvingade därtill av ett rådande idéklimat.⁴⁵ Om det resulterar i en svag äganderätt blir utmaningen för äganderättens vänner, inte att kritisera rättspositivismen, som i så fall ju har blottlagt människors genuina preferenser, utan den bristande förståelsen i sak av vad de anser vara äganderättens goda konsekvenser.

Men även om rättspositivismen på detta sätt en gång indirekt har försvagat äganderätten, vilket alltså är osannolikt, torde det i ett senare skede vara svårt att gå tillbaka till den ursprungliga kombinationen av formell och innehållslig idé. Om vissa vid ett senare

⁴⁴ Dessutom är rättspositivismen förenlig med värde realismen, och människor kan anse att värdeutsagan "lagstiftningen bör innefatta en stark äganderätt" objektivt sann, helt oavsett om de accepterar naturrätten.

⁴⁵ Jmf Kuran (1999) och hans teori om preferensförfalskning.

tillfälle vill försöka få äganderätten starkt förändras knappast synen på äganderätt av att rättspositivismen överges till förmån för naturrätten. Ty återigen: varför skulle människors subjektiva preferenser ändras vid ett byte av formell idé av det här slaget? Och om de ändras av att den formella idén i naturrätten (synen på vad som utgör rätt) för med sig en annan innehållslig idé kan det inte utan vidare antas att människors tolkning av naturrättens innehåll är densamma idag som före rättspositivismens intåg. Idag kanske t ex en kristen-socialistisk tolkning dominerar naturrättstänkandet, så om rättspositivismen överges till förmån för detta tänkande kan äganderätten mycket väl försvagas. På det hela taget tycks argumenten för tesen om ett negativt samband mellan rättspositivismen och äganderättsskyddet fortsatt svagt underbyggd.

5. Avslutande kommentar

Vissa hävdar att rättspositivismen, en central idé i Uppsalaskolan, både är oförenlig med ett försvar av traditionella rättigheter såsom äganderätten samt kausal orsak till en allmän samhällsutveckling mot ett svagt rättighetskydd, en försvagning av marknadsekonomin, höga skatter och en expansion av staten. Den viktigaste slutsatsen i föreliggande analys är att det första påståendet är tveklöst felaktigt och att det andra påståendet är svagt underbyggt och troligen också det felaktigt.

Anledningen till dessa missuppfattningar är huvudsakligen en utbredd okunskap om vad rättspositivismen faktiskt säger – missuppfattningar som att makt skulle vara rätt, att lag implicerar blind lydnad, att sedvanerätt är oförenlig med rättspositivism, att moraliska principer inte kan utgöra rättskällor enligt rättspositivismen, att i lag specificerade rättigheter är oförenliga med rättspositivismen, att lag och moral alltid är separata, att socialism är bra, att den enkla majoritetsregeln är den institutionella form som demokratin måste ta.

Förenligheten mellan rättspositivism och ett starkt äganderättsskydd följer av det faktum att rättspositivismen är en formell och inte en innehållslig idé. Rättspositivismen klargör konceptuellt vad som utgör lag, inte vad lagarna ska ha för innehåll

Något enkelt eller entydigt kausalförhållande mellan rättspositivismen och ett svagt äganderättsskydd existerar sannolikt inte heller, av fyra skäl. För det första kan inte formella idéer direkt påverka preferenser. För det andra är det osannolikt att rättspositivismen leder till en typ av centraliserad, politiserad lagstiftning som eroderar frihet och äganderätt, ty

rättspositivismen är inte oförenlig med sedvanerätt; sedvanerätt leder inte nödvändigtvis till de utfall som dess förespråkare anför; och konstitutionella restriktioner på den enkla majoritetsregeln är förenlig med rättspositivism.

För det tredje är det inte troligt att rättspositivismen etablerar en rättskultur som är servil inför den politiska makten, eftersom lag och moral anses åtskilda och en omoralisk lag anses ingen skyldig att följa; eftersom institutionella inslag som ger juristerna en viktig uppgift, t ex maktindelning, konstitutionalism, lagprövning, en icke-politisk bakgrund för juristerna och diskretion för domare, är förenliga med rättspositivismen; och eftersom det är oklart hur servila jurister kan och om servila jurister vill påverka lagstiftarnas preferenser samt hur icke-servila juristers preferenser kan förväntas se ut och i vilken grad de kan påverka politiker.

För det fjärde är inte heller argumentet att rättspositivismen underminerar en formell idé som är intimt sammanbunden med en innehållslig idé om stark äganderätt och därför negativt relaterad till äganderättens styrka övertygande. Ty varför skulle människors subjektiva preferenser ändras vid byte av formell idé (synen på vad som är rätt); och om dessa ändras kanske det inte är av ondo då preferenserna då kan ses som mer genuina. "Lösningen" på den i så fall möjliga försvagningen av äganderätten, i den mån man ogillar en sådan, torde dock inte ligga i filosofisk argumentation om formella idéer – utan i enlighet med vad som skisseras nedan.

Avslutningsvis kan man fundera på om den argumentationsstrategi som vissa äganderättsförespråkare har valt är ändamålsenlig utifrån deras egna målsättningar. Ofta attackeras rättspositivismen för att ha orsakat ett svagt äganderättsskydd (och en hel del annat som uppfattas som eländigt). Detta synsätt är i sak sannolikt felaktigt. Givet detta förefaller det som att en *konsekvensargumentation* skulle kunna ha större framgång.⁴⁶ Istället för att kritisera de filosofiska system som människor ansluter sig till, vilka alltså troligen, i synnerhet då formella idéer är inblandade, är relativt oväsentliga, borde den starka äganderättens vänner, om de vill nå framgång, troligen koncentrera sig på att försöka visa

⁴⁶ Även om filosofiska idéer som rättspositivismen skulle spela kausal roll tar det antagligen lång tid att påverka deras spridningsgrad, vilket också talar för en fokusering på konsekvensargumentation. Som Keynes (1953: 383-384) konstaterar: "Madmen in authority, who hear voices in the air, are distilling their frenzy from some academic scribbler of a few years back. I am sure that the power of vested interests is vastly exaggerated compared with the gradual encroachment of ideas. Not, indeed, immediately, but after a certain interval; for in the field of economic and political philosophy there are not many who are influenced by new theories after they are twenty-five or thirty years of age, so that the ideas which civil servants and politicians and even agitators apply to current events are not likely to be the newest".

hur och varför en stark äganderätt uppfyller viktiga mål, som sysselsättning, tillväxt och allmänt välbefinnande.⁴⁷ En grund i den nu omfattande forskningen om äganderättens konsekvenser torde utgöra en användbar utgångspunkt.

Referenser

Barry, N. (1982). "The Tradition of Spontaneous Order" _ *Literature of Liberty* 5(2): 7-58.

Bentham, J. (1921). *The Theory of Legislation*. Oxford: Oxford University Press. Ursprungligen publicerad på franska 1864.

Bentham, J. (1987). "Anarchical Fallacies". I Waldron, J. (red) *"Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man"*. London: Methuen. Ursprungligen publicerad 1816.

Berggren, N. (2004). "Does Belief in Ethical Subjectivism Pose a Challenge to Classical Liberalism?" *Reason Papers* 27: 69-86.

Bindreiter, U. (2001). "Rättspositivism". I Nergelius, J. (red.) *Rättsfilosofi: samhälle och moral genom tiderna*. Lund: Studentlitteratur.

Bix, B. H. (2002). "Natural Law: The Modern Tradition". I Coleman, J. och Shapiro, S. (red) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Brennan, G. och Buchanan, J. M. (1985). *The Reason of Rules: Constitutional Political Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Buchanan, J. M. (1974). "Good Economics – Bad Law". *Virginia Law Review* 60: 483-492.

Buchanan, J. M. (1977). "Law and the Invisible Hand". I Siegan, B. H. (red) *The Interaction of Economics and the Law*. Lexington, MA: D. C. Heath.

⁴⁷ Lundstedt argumenterade t ex mot mer dogmatiska socialister, som ville försvaga äganderättsskyddet för fastighetsägare, med konsekvensetiska argument: en sådan försvagning ansågs inte gynnas "samhällsnyttan". Se Källström (1991: 21-22, 49).

Buchanan, J. M. och Congleton, R. D. (1997). *Politics by Principle, Not Interest: Towards Nondiscriminatory Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Buchanan, J. M. och Tullock, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.

Carlsson, J. (2001). "Statsabsolutismens rättsfilosofi: en studie av Boströms och Hägerströms rättsfilosofi med avseende på deras bakgrund, innehåll och konsekvenser för juridiken". Examensarbete, Juridiska fakulteten, Lunds universitet.

Cooter, R. och Ulen. T. (1988). *Law and Economics*. New York: Harper Collins Publishers.

Dworkin, R. M. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Dworkin, R. M. (1986). *Law's Empire*. Cambridge, MA: Belknap Press.

Dyzenhaus, D. (1997). *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Clarendon Press.

Eklund, L. F. (1995). *Personalismen och naturrätten: två essäer om kristdemokratisk politisk filosofi*. Stockholm: Timbro.

Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.

Fuller, L. L. (1964). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.

Glaeser, E. och Shleifer, A. (2002). "Legal Origins". *Quarterly Journal of Economics* 117(4): 1193-1229.

Green, L. (2003). "Legal Positivism". I Zalta, E. N. (red) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/legal-positivism/>> (2005-05-27).

Gwartney, J. D. and Lawson, R. D. (2004). *Economic Freedom of the World: 2004 Annual Report*. Vancouver: The Fraser Institute.

Hadfield, G. K. (1992). "Bias in the Evolution of Legal Rules." *Georgetown University Law Journal* 80: 583-616.

Hart, H. L. A. (1955). "Are There Any Natural Rights?" *Philosophical Review* 64(2): 175-191.

Hart, H. L. A. (1958). "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review* 71: 593-629.

Hart, H. L. A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon.

Hayek, F. A. (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.

Hayek, F. A. (1973). *Law, Legislation and Liberty. Vol. 1: Rules and Order*. London: Routledge.

Hayek, F. A. (1976). *Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy. Vol. 2: The Mirage of Social Justice*. London: Routledge.

Hedenius, I. (1977). *Filosofien i ett föränderligt samhälle*. Stockholm: Bonniers.

Himma, K. E. (2002). "Inclusive Legal Positivism". I Coleman, J. och Shapiro, S. (red) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Holmes, S. och Sunstein, C. R. (1999). *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton.

Hägerström, A. (1939). *Socialfilosofiska uppsatser*. Stockholm: Bonniers.

Kelsen, H. (1956). *What Is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*. Berkeley: University of California Press.

- Kelsen, H. (1967). *The Pure Theory of Law*. Berkeley: University of California Press.
Ursprungligen publicerad på tyska 1934. Översättning av den andra tyska upplagan från 1960.
- Kelsen, H. (1986). "The Function of a Constitution". I Tur, R. och Twining, W. (red) *Essays on Kelsen*. Oxford: Clarendon Press.
- Keynes, J. M. (1953/1936). *The General Theory of Employment, Interest, and Money*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.
- Kramer, M. H. (1999). *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press.
- Kuran, T. (1999). *Privat sanning, offentlig lögn: preferensförfalskningens sociala följder*. Stockholm: City University Press.
- Källström, S. (1984). *Värdenihilism och vetenskap: Uppsalafilosofin i forskning och samhällsdebatt under 1920- och 30-talen*. Göteborg: Acta Universitatis Gothoburgensis.
- Källström, S. (1986). *Den gode nihilisten: Axel Hägerström och striderna kring uppsalafilosofin*. Stockholm: Rabén & Sjögren.
- Källström, S. (1991). "En filosof i politiken – Vilhelm Lundstedt och äganderätten". Idéhistoriska uppsatser 23, Avdelningen för idéhistoria, Stockholms universitet.
- Leoni, B. (1991). *Freedom and the Law*. Indianapolis: Liberty Fund. Ursprungligen publicerad 1961.
- Lundström, M. (2001). "Tre demokratibegrepp i svensk statskunskap". I Berggren, N., Karlson, N. och Nergelius J. (red) *Demokratins konstitutionella val*. Stockholm: City University Press.
- MacCormick, N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press.

Marmor, A. (1998). "Legal Conventionalism". *Legal Theory* 4: 509-531.

Marmor, A. (2002). "Exclusive Legal Positivism". I Coleman, J. och Shapiro, S. (red) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Menger, C. (1963). *Problems of Economics and Sociology*. Urbana: University of Illinois Press.
Ursprungligen publicerad på tyska 1883.

Nergelius, J. (1996). *Konstitutionellt rättighetsskydd: svensk rätt i ett komparativt perspektiv*. Stockholm: Fritzes.

Nergelius, J. (1999). "Maktindelning och politikens judikalisering". I *Löser juridiken demokratins problem?* SOU 1999:58. Rapport till Demokratiutredningen. Stockholm: Fakta Info Direkt.

Nordin, S. (1984). *Från Hägerström till Hedenius*. Stockholm: Doxa.

North, D. C. (1991). "Institutions". *Journal of Economic Perspectives* 5: 97-112.

Okruch, S. (2000). "The Evolution of Property Rights in European Civil Law: Competition and Cooperation among Jurisdictions". Uppsats presenterad vid konferens med International Society for New Institutional Economics, Tübingen.

Okruch, S. (2001). "Der Richter als Institution einer spontanen Ordnung: Einige kritische Bemerkungen zu einer Zentralfigur in Hayeks Theorie der kulturellen Evolution". *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft* 52: 131-153.

Olivecrona, K. (1976). *Rättsordningen*. Lund: Liber.

Peczenik, A. (1988). *Rätten och förnuftet*. Stockholm: Norstedts.

Peczenik, A. (1995). *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes.

Peczenik, A. (1999). "Lagstiftningen, domstolarna, rättsmedvetendet och rättsvetenskapen". I *Löser juridiken demokratins problem?* SOU 1999:58. Rapport till Demokratiutredningen. Stockholm: Fakta Info Direkt.

Peczenik, A. (2001). "Den skandinaviska rättsrealismen". I Nergelius, J. (red) *Rättsfilosofi: samhälle och moral genom tiderna*. Lund: Studentlitteratur.

Peczenik, A. (2002). "Why Constitution? What Constitution? Constraints on Majority Rule". I Berggren, N., Karlson, N. och Nergelius, J. (red) *Why Constitutions Matter*. New Brunswick: Transaction Publishers.

Posner, R. A. (2003). *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Posner, R. A. (2005). "Hayek, Law, and Cognition". *NYU Journal of Law & Liberty* 1: 147-165.

Rapaczynski, A. (2004). "Can Constitutions Protect Private Property Against Governmental Predation?" I Colombatto, E. (red) *The Elgar Companion to the Economics of Property Rights*. Cheltenham: Edward Elgar.

Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

Rubin, P. H. (2004). "Why Was the Common Law Efficient?" Working Paper No. 04-06. Law & Economics Research Paper Series, Emory School of Law, Emory University, Atlanta.

Sartori, G. (1984). "Guidelines for Concept Analysis". I Sartori, G. (red) *Social Science Concepts: A Systematic Analysis*. Beverly Hills: Sage.

Schofield, P. (2003). "Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism". *Current Legal Problems* 56: 1-39.

Simpson, A. W. B. (1973). "The Common Law and Legal Theory". I Simpson, A. W. B. (red) *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.

Soper, P. (1995). "Legal Positivism". I Audi, R. (red) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press.

Stewart, I. (1990). "The Critical Legal Science of Hans Kelsen". *Journal of Law and Society* 17(3): 273-308.

Strömberg, T. (1981). *Inledning till den allmänna rättsläran*. Lund: Studentlitteratur.

Strömberg, T. (1989). *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*. Lund: Studentlitteratur.

Undén, Ö. (1927). *Juridik och politik*. Stockholm: Tiden.

Vanberg, V. J. (2005). "The Complementarity of Liberalism and Democracy: A Hayekian Perspective". Uppsats presenterad vid The Public Choice Society Meetings, New Orleans.

Waluchow, W. J. (1994). *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.

Waluchow, W. J. (1998). "The Many Faces of Legal Positivism". *University of Toronto Law Journal* 48(3): 387-449.

Wright, R. G. (1996). "Does Positivism Matter?" I George, R. P. (red) *The Anatomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford: Clarendon Press.