

# Litteratur

## Ny juridisk litteratur

### *Civilrätt*

*Bertil Bengtsson* Försäkringsavtalsrätt (Norstedts 2006, 649 s.). Boken behandlar rättsområdet efter tillkomsten av 2005 års lag. Första delen ger en översikt över vissa allmänna frågor. I andra delen kommenteras lagens bestämmelser paragrafvis.

Ersättning vid personskada. Red. Frida Engvall (Studentlitteratur 2006, 652 s.). Handbok som skall ge praktiskt stöd vid beräkning av personskadeersättning enligt skadeståndslagen. Den behandlar också samordningsförmånerna samt ersättning grundad på livolycksfalls- och sjukförsäkring.

*Folke Grauers* Ekonomisk familjerätt. Makars och sambors egendom och bostad. Gåva, arv, testamente och boutredning (6 uppl. Thomson Fakta 2006, 277 s.). Ajourförd framställning för studerande och praktiskt verksamma.

*Folke Grauers* Fastighetsköp (17 uppl. Juristförlaget i Lund 2006, 367 s.). Ajourförd lärobok.

*Jacob Hesser* Immateriella tjänster (Studentlitteratur 2006, 158 s.). Boken behandlar sådana tjänster som inte är knutna till fysiska föremål, t.ex. uppdrag till advokater, revisorer, fondkommissionärer, besiktnings- och värderingsmän, andra konsulter samt mäklare. Rättsfall från Högsta domstolen 1971–2005 redovisas och kommenteras.

*Bo-Göran Jansson, Lars Aldenstig, Tom Riese och Carl Johan Rundquist* Juridik — personförsäkring (Studentlitteratur 2006, 262 s.). Boken ger en översikt över reglerna för livförsäkringsbolagens verksamhet

och för försäkringsavtal. Även familje- och arvsrättsliga bestämmelser redovisas.

*Göran Lind* Common law marriage — ett rättsinstitut för samboende. Ursprung, gällande rätt, framtid (Uppsala universitet 2006, 1198 s.). Akademisk avhandling från romersk och kanonisk rätt till dagens rättsliga reglering av formlost samboende. Boken avslutas med en diskussion om en ny äktenskapsmodell.

*Marianne Levin* Lärobok i immaterialrätt. Supplement 2006. Upphovsrätt (Norstedts 2006, 162 s.). Uppdatering av förf:s utgåva av 8 uppl. (2004) av hennes och Mogens Koktvedgaards lärobok i immaterialrätt.

*Marie Streiffert och Johanna Thyssell* Företagsöverlåtelser — nya utmaningar för arbetsrätten (Institutionen för handelsrätt vid Lunds universitet 2006, 116 s.). Två magisteruppsatser med titlarna Gränsöverskridande företagsöverlåtelser — med fokus på lagval och dess inverkan på arbetstagarens anställningsskydd respektive Dina eller mina arbetstagare? — en studie av överlåtelседirektivets tillämpning på outsourcing.

*Carl Svernlöv* Svensk kod för bolagsstyrning med kommentarer och praktisk tillämpning (2 uppl. Norstedts 2006, 223 s.). En ny aktiebolagslag och erfarenheter av implementeringen av koden har föranlett denna nya utgåva.

### *Straffrätt*

*Nils Jareborg* Inkast i straffområdet (Iustus 2006, 199 s.). Tretton texter, främst från föredrag, som pub-

licerats tidigare, delvis i engelskspråklig version i *Scraps of penal theory* (2002).

#### *Processrätt*

*Eric Bylander* Muntlighetsprincipen. En rättsvetenskaplig studie av processuella handläggningsformer i svensk rätt (Iustus 2006, 466 s.). Akademisk avhandling där en central fråga är hur ändrade förutsättningar för valet av handläggningsform, främst tillkomsten av ny teknik, påverkar den idémässiga grunden för detta val.

Felaktigt dömda. Rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt (2006, 497 s.). Undersökning gjord av en särskild projektgrupp under ledning av Hans-Gunnar Axberger. Mot bakgrund av en redovisning beträffande beviskravet i brottmål och resningsinstitutet redogörs för elva resningsfall. Rapporten avslutas med diskussion och slutsatser.

*Bertil Häggman, Jan Linders* och *John Boström* Betalningsföreläggande och handräckning. En kommentar (6 uppl. Norstedts 2006, 217 s.). "Gul" lagkommentar i ny utgåva, sju år efter den förra. Bl.a. ökad internationalisering speglas i den nya upplagan.

#### *Offentlig rätt*

*Håkan Strömberg* under medverkan av *Bengt Lundell* Allmän förvaltningsrätt (23 uppl. Liber 2006, 258 s.). Uppdaterad lärobok.

*Gerhard Wikrén* och *Håkan Sandesjö*, Utlänningslagen med kommentarer (8 uppl. Norstedts, 2006, 762 s.). Den nya utlänningslagen har en förändrad instans- och processordning, nya materiella regler om asyl, en anpassning till nya EG-direktiv m.m.

#### *Skatterätt*

*Björn Forssén* Taxeringsprocess — en läro- och handbok (Studentlitteratur 2006, 190 s.). Introduktion med fokus på beskattningsförfa-

randet och processen i samband med självdeklarationer. Även strukturerna i skattesystemet och processens förhållande till skattekontosystemet behandlas. EG-rättsliga aspekter och företrädaransvaret berörs.

*Jan Kleerup* och *Lena Westfahl* Den svenska momsens (4 uppl. Ernst & Young 2006, 278 s.). Aktualiserad handbok.

*Robert Pahlsson* Företagens inkomstskatt (3 uppl. Iustus 2006, 144 s.). Aktualiserad kursbok där bl.a. den slojade arvs- och gåvoskatten samt ändrade regler om beskattning av fåmansföretag har beaktats.

*Ulf Tivéus* Skatt på kapital (11 uppl. Norstedts 2006, 283 s.). Ändringar av de s.k. 3:12-reglerna har lett till att två kapitel har skrivits om. Även den nya aktiebolagslagen har lett till förändringar. Slutligen har bl.a. gåvoskattens avskaffande och ändringar av kupongskattereglerna beaktats.

#### *Utländsk och internationell rätt*

*Roland Dahlman* Corporate form and international taxation of box corporations (Stockholms universitet 2006, 536 s.). Akademisk avhandling om utländska dotterföretag som ägs indirekt i tredje land och deras skattemässiga behandling.

*Lennart Pålsson* Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt (2 uppl. Norstedts 2006, 264 s.). Sedan första upplagan 1986 har åtskillig svensk rättspraxis tillkommit och EG-rätten har fått betydelse. Boken innehåller inte bara redovisning av rättsfall utan också diskussion av dessa i syfte att vidare utveckla ämnet.

*Hans Ragnemalm* och *Mats Melin*, EG-domstolen inifrån. Uppsatser om och kring rättsskipningen inom EU (Jure, 2006, 254 s.). Främst tidskrifts- och festskriftsartiklar har samlats i denna bok.

*Allmän och blandad juridik*

FAR:s insolvensvolym 2006 (FAR förlag 2006, 639 s.). Lagtextsamling i fråga om konkurs, förmånsrätt, företagsrekonstruktion, arbetsrätt och lönegaranti, skuldsanering, brott och näringsförbud m.m.

Festskrift till Peter Seipel. Red. Cecilia Magnusson Sjöberg och Peter Wahlgren (Norstedts 2006, 709 s.). Flertalet bidrag har anknytning till rättsinformatik och andra rätts-

liga aspekter på IT-samhället. Allmän rättslära, immaterialrätt, skadeståndsrätt, sjö rätt, tryckfrihetsrätt och EG-rätt är föremål för andra artiklar.

*Christina Schön* Svensk-tysk juridisk ordbok (Norstedts 2006, 146 s.). Boken omfattar ca 5 800 ord med juridisk anknytning. Även ekonomi- och näringslivsområdena berörs.

*Göran Regner*

NICLAS BERGGREN och NILS KARLSON (red.), Äganderättens konsekvenser och grunder, Stockholm (Ratio) 2005, 255 sidor

Äganderätten är sedan länge den kanske rättspolitiskt mest kontroversiella av alla enskilda fri- och rättigheter, även i en tid då flertalet andra rättigheter blivit allmänt erkända och omhuldade i politiskt vitt skilda kretsar. Detta är egentligen inte så konstigt eller svårt att förklara, utan beror främst på att äganderätten i högre grad än låt säga yttrandefriheten eller rörelsefriheten, eller rätten till en s.k. *fair trial* och andra processuella rätts-säkerhetsgarantier, befinner sig mitt i den politiska hetluften, ständigt klämd mellan vänsterpartiers och socialistiska gruppers önskemål om att kunna inskränka den och konservativa samt marknadsliberala gruppers lidelsefulla försvar för den, vilket kan botten på såväl i en önskan om att värna det bestående och de besuttna som en stark övertygelse om äganderättens betydelse för en gynnsam ekonomisk utveckling (en tanke som under senare år understötts av åtskillig national-ekonomisk forskning).

Detta politiska spänningsfält kring äganderätten torde vara såväl välkänt som till stor del oundvikligt och skall därför inte genomgå närmare här. Låt mig bara understryka att äganderätten i lika hög grad som någon annan medborgerlig rättighet är en del av

upplysningsarvet, omhuldad inte bara av John Locke under "the Glorious Revolution" i Storbritannien 1688–89 utan också av franska revolutionärer hundra år senare. Idéhistoriskt tål äganderätten därför väl en jämförelse med andra klassiska rättigheter, men däremot är det till viss del naturligt att utvecklingen av 1900-talets välfärdsstater både i Norden och på andra håll inneburit en kollision med den traditionella, konservativa och liberala bilden av den starka privata äganderätten som en av rättsstatens hörnpelare.

Mot den nämnda bakgrunden är det i viss mån ägnat att förvåna att borgerligt inriktade forskare och "think tanks" som under de senaste decennierna pläderat för ett starkt rättighetsskydd i allmänhet och, vanligtvis, en stärkt äganderätt i synnerhet ägnat så stor tid och kraft åt att försvara och pläderna för just att äganderätten bör förstärkas, eftersom utsikterna att få gehör rimligen borde vara större om andra rättigheter sköts i förgrunden. Under de allra senaste åren kan detta faktum dock förklaras med den nämnda tendensen inom nationalekonomin och rättskonomin, inte minst i USA, där ägandets, avtalsfrihetens och de stabila rättsliga institutionernas be-

tydelse för en god samhällsutveckling onekligen skjutits i förgrunden. Namn som Coase, North, Posner och Buchanan torde vara bekanta även på dessa breddgrader. Även den 2002 avlidne rättsfilosofen Robert Nozick kan naturligtvis nämnas i sammanhanget.

Denna således under 2005 utgivna antologi om äganderätten bör också ses i detta ljus och innehåller följdriktigt, förtjänstfullt, bidrag både från statsvetare, nationalekonomer och jurister/rättsfilosofier. Spännvidden i boken och dess tvärvetenskapliga ambitionsnivå går det således verkligen inte att klaga på. Ändå framstår bidragen av olika skäl tyvärr inte bara som disparata utan också som lite ojämna.

Antologin inleds efter redaktörernas förord med en genomgång av Nils Karlson, docent i statskunskap och VD för Ratio (samt tidigare rektor för det fram till 2001 verksamma Cityuniversitetet) om Äganderättens tre grundläggande dimensioner, som i hög grad präglas av det ovan antydda, övergripande perspektivet. Ekonomen Daniel Waldenström skriver därefter om sambandet mellan Privat äganderätt och ekonomisk tillväxt, vilket ju som framgått ovan är ett angeläget ämne i detta sammanhang. Ekonomhistorikern Jan Jörnmark från Göteborg gör sedan en slags fallstudie kring bostadsmarknaden, varefter den vid Ratio verksamme nationalekonomen Dan Johansson behandlar äganderättens plats i den nationalekonomiska forskarutbildningen, ett ämne som förvisso även bör kunna intressera jurister.

Juristen och Östeuropaexperten Anders Fogelklou har gjort en studie kring hur äganderätten skyddas i olika europeiska konstitutioner, vilket onekligen är ett intressant ämne. De två rättspolitiskt och rättsfilosofiskt mest originella och

kontroversiella bidragen är dock Aleksander Peczeniks Äganderättskydd genom rättsstat och konstitutionalism samt Niclas Berggrens Rättspositivism och äganderätt, vid vilka jag nedan kommer att uppehålla mig lite mer utförligt. Antologin avslutas så med ett filosofiskt inriktat bidrag om Aristoteles och hans inverkan på "handel och det liberala systemet", författat av de i USA verksamma forskarna Douglas Den Uyl och Douglas Rasmussen.<sup>1</sup>

Nils Karlsons inledande artikel utgår från en viktig distinktion kring hur äganderättsfrågor brukar behandlas inom juridiken, där den ofta "snävt handlar om rätten att förfoga över en tillgång samt rätten till ersättning om staten exproprierar tillgången i fråga", respektive i ett bredare "rättsekonomiskt, filosofiskt och ekonomiskt-institutionellt perspektiv", där begreppet får en vidare tolkning och hänsyn helt enkelt tas till fler komponenter, som t.ex. sambandet mellan äganderättskydd och ekonomisk utveckling. Sambandet mellan vad Karlson benämner användarfrihet, avtalsfrihet och "rätt till säkerhet" (en sammanfattande term för skydd mot intrång m.m.), behandlas sedan tämligen ingående, med en förtjänstfull genomgång av viktig doktrin på området vilken även förmår förklara flera bitvis krångliga teorier. Som introduktion till de teoretiskt ställvis avancerade frågor boken behandlar fungerar artikeln därför utmärkt. En randanmärkning är att påståendet att det är "äganderätten som är inskränkt när kvinnorna inom de offentliga vård- och om-

<sup>1</sup> Aristoteles' popularitet tycks för övrigt vara i stigande inom (rätts)filosofin; 2004 utkom den intressanta avhandlingen *Varandra som vänner och fiender* av Sacharias Votinius (Lund, Symposium), som behandlar aspekter på dennes lära från ett avtalsrättsligt och avtalsteoretiskt perspektiv.

sorgsmonopolen hindras att driva verksamheten i bolagsform med vinstsyfte” (s. 18) kan tyckas lite raljant. Kopplingen från denna näringsfrihetsfråga till övriga äganderättsfrågor som behandlas i boken är inte alldeles kristallklar och för övrigt drabbas väl män som arbetar inom de nämnda sektorerna lika hårt av de åsyftade, förmenta restriktionerna.

Waldenströms artikel innehåller en än utförligare fördjupning i den ekonomiska doktrinen och skolbildningen på området, dessutom med ett tydligt ekonomihistoriskt perspektiv. För läsare med juridisk bakgrund torde detta bidrag vara ett av bokens mer svårtillgängliga, vilket dock inte hindrar att det innehåller intressanta observationer om t.ex. hur svårt det är att mäta äganderättsskyddets styrka (s. 40 samt 49 ff.).

Jörnmarks bidrag är en djupdykning i den svenska efterkrigstidens bostadspolitik, som utan tvekan är av stort intresse för alla som haft anledning att syssla med bostadsrätter eller helt enkelt söker en förklaring till de upptrissade bostadspriserna i Stockholm och numera även på andra orter. Halvt legendariska namn som idealisten Sven Wallander och spekulanten Adam Backström flimrar förbi. Även effekterna av det s.k. ”lidbommeriet” under perioden 1973–76 behandlas i en intressant liten utveckling i denna (rätts)historiskt mycket originella lilla studie, som dock störs något av det ensidiga stockholmsperspektivet (vilket är desto egendomligare som Jörnmark själv har sin bakgrund och gärning i Göteborg). Dessutom känns inte slutsatsen att det är enbart den historiska regleringsivern som drivit fram dagens skyhöga bostadspriser i Stockholm alldeles given efter läsningen; hade verkligen bostadspriserna i Stockholm, Göteborg eller Lund varit lägre om

bostadsmarknaden varit helt fri? Jag är faktiskt inte helt säker på det och skulle vilja rekommendera Jörnmark eller andra som vill forska vidare inom detta område att göra internationella jämförelser, exempelvis med London, Reykjavik eller någon annan ort med överhettad bostadsmarknad.

Dan Johansson behandlar alltså det intressanta om än snäva området Äganderätten i den nationalekonomiska forskarutbildningen. I all korthet innebär hans slutsats att den höga graden av specialisering inom dagens nationalekonomi gjort detta viktiga område, liksom annan institutionellt inriktad ekonomisk forskning, orimligt marginaliserad. ”Teorin som ligger till grund för hela den svenska forskarutbildningen i nationalekonomi exkluderar med andra ord en av de viktigaste förklaringarna till tillväxt och allmänt västånd.” (s. 120) Hypotesen förefaller för en lekman på området helt rimlig<sup>2</sup>, men däremot vill jag sätta ett stort frågetecken för Johanssons beskrivning av hur överraskade världens nationalekonomer blev av kommunismens och Berlinmurens fall 1989. Johansson menar (s. 111) att denna utveckling var överraskande eftersom ”(D)essa länder hade gott om välutbildad arbetskraft, rikligt med kapital, omfattande råvarutillgångar, höga investeringskvoter och kvalificerad forskning, vilket enligt den traditionella teorin förklarade tillväxt. Om inte detta gav tillväxt, vad gjorde det då?” Men här måste väl Johansson helt enkelt ha en galen minnesbild. En sak är att utvecklingen rent politiskt gick ohyggligt snabbt och som sådan

<sup>2</sup> Konsekvensen av den högt uppdrivna specialiseringen inom modern nationalekonomisk forskning på samhällsdebatten i stort berördes för övrigt av ekonomiprofessorn Magnus Henrekson (tidigare verksam bl.a. vid Ratio) i Ekots s.k. lördagsintervju 27 maj 2006.

var omöjlig att förutse. Att planekonomierna i Östeuropa fungerade utomordentligt dåligt och förr eller senare var dömda att kollapsa var däremot rent allmängods och såvitt jag minns helt oomstritt både inom nationalekonomisk och annan forskning, liksom i den politiska debatten.

Fogelklous bidrag innehåller en hel del matnyttigt rörande skyddet för äganderätten i olika europeiska konstitutioner, utan att för den skull kunna beskrivas som väldigt djuplodande. Denna artikel är den enda där det svenska grundlagskyddet för äganderätten något behandlas. En smula irriterande är dock att beskrivningen av Barsebäckmålet (RÅ 1999 ref. 76), vilket för övrigt inte var enbart eller ens i första hand ett renodlat äganderättsmål, är så påfallande kortfattad; här undrar man rentav om författaren läst hela den 85 sidor långa domen och den efterföljande livliga juridiska diskussionen därom, eller möjligen nöjt sig med ett referat från någon annan skrift, exempelvis Ägarfrämjandets matnyttiga, men på just denna punkt inte särskilt utförliga eller klargörande bok om äganderätt från 2004? Vidare kan inte med bästa vilja i världen en underrubrik med titeln "Strukturellt skydd genom judiciell prövning av legislativa besluts förenlighet med konstitutionen och allmänt judiciellt skydd för äganderätten" (s. 142) beskrivas som direkt smidig. Lite förvånande är det också att behovet av en diskussion om det i sammanhanget svåra ämnet materiell begränsning av skatteuttaget (dvs. om alltför höga skattesatser kan komma att kränka äganderätten, vilket i och för sig inte är omöjligt även om Europadomstolens hittillsvarande praxis inte ger stöd därför) motiveras med hänvisning till en 1988 av förlaget Timbro utgiven skrift, vilken i historiens ljus fram-

står närmast som ett paradexempel på den typ av starkt politiserade, svagt underbyggda och lätt vulgariiserade stridsskrifter för äganderätten som nämndes inledningsvis<sup>3</sup> (och vilka nu föreliggande skrift alltså så tydligt och förtjänstfullt skiljer sig från).

På grund av bristande sakkunskaper och dito utrymme skall jag här inte kommentera den avslutande artikeln om Aristoteles närmare. Däremot vill jag alltså uppehålla mig lite längre vid Peczeniks och Berggrens bidrag, vilka nog åtminstone för den rättsteoretiskt intresserade läsaren höjer sig lite över övriga artiklar och kanske rentav utgör bokens verkliga behållning. Såvitt gäller Peczenik blandas dock glädjen vid läsningen av den postumt utgivna artikeln Äganderättskydd genom rättsstat och konstitutionalism, som måste varit bland det absolut sista han skrev, med en vemodig påminnelse om hur mycket han vid sin hastiga bortgång i september 2005 alltjämt hade ogjort.

Utan att detta torde ha varit avsikten hamnar Peczenik här mitt i den dagsaktuella politiska debatten om konsekvenserna av ett alltför utbrett bidragsberoende. Ett samhälle där bidragsberoende spritt sig i breda befolkningslager och närmast blivit en norm strider enligt Peczeniks på djupa historiska perspektiv stödda tes mot rättsstatens grund och värdebas, vilken åtminstone delvis är sammankopplad med bilden av starka, självständiga individer (för vilka den välkände *bonus pater familias* kan ses som en sinnebild av flera). Motsatsen, särskilt vanlig i moderna välfärdsstater där beroendet av den offentliga sektorn ständigt ökar och de helt självständiga personerna ständigt blir färre, är med Peczeniks terminologi en *pauperrimus*,

<sup>3</sup> Brunfelter, En ny grundlag: ett förslag.

vilket står för "en slags generaliserad socialkund" (s. 154). Terminologin kan uppfattas som cynisk och gillas säkert inte i alla kretsar. Denne ofrie, hjälplöse person kännetecknas av att hans liv och öde gestaltas av andras beslut samt att han framförallt önskar sig omsorg och trygghet. Han vill helt enkelt bli omhändertagen av staten. Han prioriterar trygghet framför frihet, välfärdsstat framför rättsstat.

Uppställda som två kontrasterande ideal skulle väl de allra flesta fritt tänkande personer med någon slags initiativkraft uppfatta bonus pater familias som mer tilltalande, utan att för den skull vilja förvägra de svaga och hjälplösa rätt till ett starkt skydd. Den lika intressanta som inopportuna fråga som Peczenik ställer är emellertid vilka de långsiktiga konsekvenserna blir för rättsstaten av att den senare, pauperrimus, i en modern välfärdsstat av svensk typ blivit så mycket vanligare. Här är Peczeniks farhågor (s. 168) omöjliga att ignorera: "Alla vill ha trygghet, men *pauperrimus* behöver den framför allt annat [...] det är mindre viktigt för honom om avtalen hålls och om sanningen är tillgänglig [...] Han behöver framför allt positiva rättigheter — till arbete, till bostad, till sjukvård, osv. Så är fallet även om tryggheten åtföljs av mindre trevliga företeelser. Välfärdsstaten åsyftar rättvisa och trygghet men kan leda till ofrihet. Det finns inte mycket utrymme för frihet i en stat där alla tas om hand av Storebror." Peczeniks huvudtes är att välfärdsstatens ständiga utbyggnad sker på bekostnad av rättsstatens frihetliga drag. Detta kan naturligtvis som det mesta annat diskuteras och det är väl åtminstone inte rent teoretiskt otänkbart att de båda modellerna borde kunna förenas<sup>4</sup>, men inte minst i

ett skede då varningar för det klassiska storebrorssamhället blivit allt mindre frekventa ("instead of Big Brother watching you, you're watching Big Brother", som en TV-recensent skrev) känns farhågan värd att lyssna på. Hur hoppingivande inför framtiden är det egentligen att drygt 20 procent av Sveriges befolkning i arbetsför ålder står utanför den reguljära arbetsmarknaden? Det är blott alltför trist att Aleksander Peczenik nu inte får möjlighet att medverka i den fortsatta diskussionen på området.

Niclas Berggrens studie om Rättspositivism och äganderätt, slutligen, torde vara bokens hittills mest uppmärksammade inlägg, som redan varit föremål för stundtals livlig seminariebehandling och lär kunna bli så än mer i framtiden. I all korthet argumenterar Berggren i den mycket välskrivna och genomarbetade artikeln för att äganderättens försvarare under hela 1900-talet lagt ner överdriven möda på att kritisera rättspositivismen som idé och rättsideologi, eftersom denna närmare besett inte avfärdar äganderätten utan snarare är indifferent i förhållande både till den och andra grundläggande fri- och rättigheter.

Jag finner som redan nämnts artikeln mycket välskrivna och intressant. Dessutom delar jag Berggrens grundsyn att äganderättens talesmän i Sverige i långa stycken länge gjort sig själva otjänster, skjutit över målet, använt svaga argument, höjt rösten i stället för att vässa argumenten osv. Mot denna bakgrund borde jag kanske hylla Berggrens artikel i högstämda ordalag, men av olika skäl är den ändå lite problematisk.

Här åsyftas inte smärre fel som att Östen Undén kallas Torsten (!)

<sup>4</sup> För en nordisk studie med en sådan ansats se Martin Scheinin (ed.), *The*

*Welfare States and Constitutionalism in the Nordic Countries*, Köpenhamn, Nordic Council of Ministers 2001.

eller en slarvigt formulerad slutsats på s. 210. Trots att det är principiellt allvarligare vill jag inte heller framhålla författarens ovilja eller oförmåga att skilja mellan rättspositivism och rättsrealism som artikelns avgörande brist.<sup>5</sup> I stället är det den genomgående alltför positiva och välvilliga bild av rättspositivismen (inkluderande då rättsrealismen, eftersom de här inte som sig bör skiljs åt) artikeln förmedlar som enligt min mening leder fel.

Kanske är det själva utgångspunkten som är problemet. Berggren ställer nämligen frågan (s. 188) om rättspositivismen de facto leder till en svag äganderätt och, i förlängningen, även till ett svagt rättighetskydd, ”en försvagning av marknadsekonomi, höga skatter och en expansion av staten”, en fråga som korrekt besvaras med nej. Därefter försöker han mycket energiskt ”avdemonisera” rättspositivismen och, som det tycks mig till följd av en principiell filosofisk sympati för denna, visa hur förenlig med ett försvar för äganderätten den egentligen är. Trots att argumentationen är både skarpsinnig och originell samt kraftfull tycks den dock tyvärr brista.

Ett skäl till detta är enligt min mening att även om det är riktigt att rättspositivismen eller rättsrealismen inte har de starkt negativa egenskaper som Berggren menar att så många på felaktiga grunder vill tillskriva den, så har den å

andra sidan inte särskilt många positiva egenskaper heller. Kärnan i rättspositivismen kan i stället med viss förenkling sägas vara just att den faktiskt är värdeneutral och närmast innebär att de lagar som stiftats och antagits i vederbörlig ordning helt enkelt gäller för att de gäller, så länge de efterlevs och upprätthålls av samhällets eller snarare statens tvångsmakt och våldsmonopol. Om följaktligen staten i vederbörlig ordning bestämmer sig för att skydda äganderätten så gäller detta, men om lagstiftning om socialisering av företag eller försvagad äganderätt av annat slag införs så gäller å andra sidan denna, så länge lagarna i fråga upprätthålls och respekteras. Denna distinktion är viktig, eftersom ett av huvudargumenten för stärkt äganderätt i vår tid — vilket faktiskt inte utvecklas av Berggren — är just positivistiskt till sin karaktär. Det starkt ökande internationella rättighetskyddet, genom konventioner, grundlagar, bilaterala avtal om investeringsskydd m.m., innebär ju också en mängd nya regler som tvingar lagstiftare och makthavare världen över att respektera äganderätt i en helt annan utsträckning än för låt säga femtio år sedan. Utifrån ett rent positivistiskt perspektiv har därmed även argumenten för stärkt äganderätt ökat kraftigt i vikt, men detta innebär naturligtvis inte att rättspositivismen som sådan, som idé, förespråkar stärkt äganderätt. Tvärtom förespråkar den egentligen ingenting alls, förutom en stilla resignation inför de makthavare och de idéer som för tillfället råkar dominera.

Det sagda innebär också att Berggrens försök att vederlägga kritiken mot rättspositivismen på ett annat område, nämligen att den gjort och gör jurister och tjänstemän servila, underordnade, lojala och rentav anpassliga gentemot makthavarna (s. 201–204)

<sup>5</sup> Det skulle föra för långt att här närmare utreda exakt vilka dessa skillnader är, men det bör nämnas att ledande rättsrealister som Hägerström och Olivecrona absolut inte ville bli betecknade som (rätts)positivister, bl.a. för att de menade att positivisterna hade en alltför metafysisk syn på staten som fenomen. Olivecrona var t.ex. mycket noga med att hans teori om rätten var ”non-voluntaristisk” och således inte inkluderade någon fiktiv idé om en tänkt lagstiftarvilja. Se även Torben Spaak, Rättspositivismen och juridisk argumentation, i JT 2005–06, s. 576

nog tyvärr också faller ganska platt till marken. Men för all del, här är det fråga om komplicerade orsakssammanhang och jag vågar inte påstå att rättspositivismen eller rättsrealismen generellt skulle ha en sådan inverkan (i så fall väl främst i länder och rättskulturer där den likt Sverige kunnat dominera under lång tid). Men jag tycker å andra sidan inte att Berggren heller på något sätt lyckas göra motsatsen trolig. Här är det nog snarare fråga om en tendens som kan uppstå i alla rättskulturer och som generellt bör bevakas. Pluralism, individualism, brist på konsensuskultur, informationsfrihet och transparens i förvaltningen samt naturligtvis en generellt stark och självständig ställning för domare och ämbetsmän är sannolikt när allt kommer omkring betydligt viktigare faktorer för att motverka denna servilitet än frågan vilken rättsfilosofisk skolbildning som dominerar vid ett visst givet tillfälle.

Bland det som är verkligt bra i ekonomen Berggrens artikel, åter, finns en uppgörelse med von Hayeks överdrivna framhållande av common law-systemets förment överlägsna förtjänster (s. 196 ff.). Hayek leddes nog av sin förtjusning för Storbritannien till att dra alltför långtgående generella slutsatser kring hur bra ett common law-system fungerar, ett faktum som alljämt tenderar att skapa förvirring i tvärvetenskapliga konstitutionella diskussioner där ekonomer deltar. De problem Storbritannien

med sin oskrivna konstitution haft främst på rättighetsområdet alltsedan 1980-talets början förutsåg han exempelvis inte alls. Här och på flera andra områden är Berggrens intressanta framställning synnerligen klargörande, även om han definitivt inte lyckats övertyga mig om rättspositivismens välsignelser.

Sammanfattningsvis är dock föreliggande bok ett verkligt ambitiöst och intressant försök att klargöra varför äganderätsfrågor just nu är kanske viktigare än någonsin. Det tvärvetenskapliga angreppssättet bidrar till att ge boken spänst och den ligger onekligen rätt i tiden.

Vad gäller det specifikt juridiska perspektivet på aktuella äganderätsfrågor finns kanske ändå lite mer att önska. Inte minst undrar jag varför det starkt ökade skyddet för äganderätten som under 2000-talet varit synligt i Europadomstolens nu ganska rikhaltiga praxis ännu väntar på en mer systematisk rättsvetenskaplig behandling. Här borde finnas mer att göra, i synnerhet nu när Europadomstolen sent omsider faktiskt ger äganderätten det starka skydd som både rena kverulanter och mer seriösa debattörer sedan länge efterlyst även i svensk rätt. I väntan på att någon på allvar griper sig an den frågan fungerar dock denna bok som en alldeles förträfflig aptitretare, både för jurister och andra intresserade.

*Joakim Nergelius*