Litteratur

C. R. SUNSTEIN, *The Cost-Benefit Revolution*, The MIT Press, Cambridge, MA & London 2018, 266 s.

"…die Wahrheit der Absicht ist nur die Tat selbst".

— G. W. F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes* (1807)

Det anses vara viktigt att lagar och andra bindande regler är ändamålsenligt utformade. För att en regelgivare ska kunna ta ställning till vilka effekter ett förslag till nya eller ändrade regler kan få, krävs att förslagens konsekvenser utreds. Genom att förväntade effekter blir belysta på ett tydligt sätt i en konsekvensutredning förbättras förutsättningarna att skapa mer ändamålsenliga regler där konsekvenserna för såväl ekonomiska faktorer, miljö och sociala frågor har beaktats.[1] Innan en myndighet beslutar föreskrifter eller allmänna råd, ska myndigheten så tidigt som möjligt utreda föreskrifternas eller de allmänna rådens kostnadsmässiga och andra konsekvenser i den omfattning som behövs i det enskilda fallet och dokumentera utredningen i en *konsekvensutredning*.[2] En myndighet ska *följa upp konsekvenser* av sina föreskrifter och allmänna råd.[3] Innan en myndighet beslutar föreskrifter som kan få effekter av betydelse för företags arbetsförutsättningar, konkurrensförmåga eller villkor i övrigt ska svenska myndigheter ge Regelrådet inom Tillväxtverket tillfälle att inom en tid av minst två veckor yttra sig över konsekvensutredningen.[4]

Denna bok av den produktive Cass R. Sunstein, juridikprofessor vid Harvard och en av upphovsmännen till vad som har kallats "liberal paternalism", är ytterligare en röst i den växande kör som försöker hävda förnuftets och kunskapens relevans för politiska val och utformningen av förvaltning och rättslig reglering, och ansluter till den inledningsvis beskrivna ambitionen. Populistisk och auktoritär demokrati behöver motarbetas av teknokratisk kunskap. I stormen av mer eller mindre löst tyckande — inte längre bara från den legendariske taxichauffören utan också från presidenter, påvar, senatorer, statsministrar, journalister, medieprofiler av olika slag och en mängd olika mer eller mindre "akademiska" experter i hopsnickrade "discipliner" — och galopperande obskurantism, självmedvetet oförnuft och principiell okunskap på hart när varje område, och i en tid när stora delar av allmänheten och tongivande politiker och tjänstemän anser sig ha rätt till sina fördomar, behövs en rationell motkraft. Sunstein är en sådan.

[1] Se Regeringsbeslutet Uppdrag att ta fram en digital handledning för konsekvensutredningar vid regelgivning 2016-12-01 (N2016/07452/FF) s. 2.
[2] Se 4 § förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning.
[3] Se 10 § förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning.
[4] Se 9 § respektive 2 § förordningen (2011:118) om myndigheters inhämtande av yttrande från Regelrådet.

Utöver ett på många sätt upplysande och tankeväckande förord består boken av två delar, uppdelade i tio kapitel med en avslutande slutledning:

Del I	**Där vi står idag**
Kap. 1	Teknokraternas triumf
Kap. 2	Ett främmande språk
Kap. 3	Beredvilligheten att betala och värdet på ett liv
Kap. 4	Välfärd: Det härskande värdet
Kap. 5	Kunskapsproblemet
Del II	**Gränser**
Kap. 6	Etiska åtaganden
Kap. 7	Om obligatoriska etiketter
Kap. 8	Domstolarnas roll
Kap. 9	Integritet (*privacy*) och nationell säkerhet
Kap. 10	Yttrandefrihet

Sunstein vill ge verkligt inflytande och en nyckelroll till experter av olika slag, dvs. han vill ge mer makt åt dem han ogenerat kallar "teknokrater". Detta innebär emellertid inte att Sunstein tror eller förespråkar en modell enligt vilken svåra samhällsproblem kan överlämnas åt ett slags ingenjörer att lösa som om samhället vore en maskin. En rimlig slutsats vore att effekten av normgivningen — dvs. huruvida alla dessa regler uppnår avsedda mål — vore välkänd och att de många normerna vore utformade på grundval av empiriska undersökningar.

Genomgående i boken diskuterar Sunstein olika metoder för att genomföra avvägningar mellan kostnader och nytta av olika offentliga normer och insatser. I inget fall tycker jag att man kan säga att slutsatserna är självklara eller att Sunstein har presenterat någon metod eller något förhållningssätt som självklart låter sig generaliseras eller som kan tillämpas regelmässigt i olika sorters beslutssituationer. Istället är alla förfaranden behäftade med tvivel och invändningar.[5] Men Sunsteins poäng är av allt att döma heller inte att det skulle gå att komma fram till en sådan metod eller ett sådant förhållningssätt. Av Sunsteins olika diskussioner framgår tydligt att svåra samhällsproblem nästan alltid i avgörande avseenden inte kan avgöras av teknokrater utan att de handlar om avvägningar mellan olika värden och mål; dessa värden och mål kan inte alltid värderas monetärt eller annars "i samma valuta". Det handlar istället ofta om att jämföra och värdera det som inte fullt ut låter sig jämföras eller värderas på ett enhetligt sätt. Diskussion och demokratiska överläggningar — dvs. politiken — kan inte undanröjas. Detta innebär emellertid inte alls att fältet med nödvändighet måste lämnas öppet för rank irrationalism och ohämmat godtycke. Det kanske intressantaste och mest matnyttiga kapitlet är bokens andra kapitel. Sunstein redogör där för forskning som visar hur vi ofta tänker bättre — begår färre systematiska tankefel — när vi måste arbeta i ett annat språk än vårt modersmål. Jag tror att alla som har haft anledning att översätta facktexter — i synnerhet juridiska facktexter — har erfarit hur erfarenheten av att försöka översätta en till synes genomtänkt och klar text ofta leder till att en rad komplikationer och otillräckligheter avslöjas. Sunstein menar att vi genom att tvinga normgivare och myndigheter att företa *cost/benefit*-analyser kan få dem att fatta bättre be-

[5] Jfr D. B. Johnsen, "A Coasean Approach to Cost-Benefit Analysis", *Harvard J. of Law & Public Policy* 2018 s. 489.

slut, eftersom sådana analyser för många av dem just är ett slags främmande språk. Tvingas de att göra sina överväganden explicita underlättas också möjligheten att underkasta dem meningsfull judiciell prövning.[6]

Sunsteins framställning är emellertid inte utan invändningar. Ibland hävdas att den miljörättsliga försiktighetsprincipen[7] kan överföras till t.ex. finansmarknadsregleringen.[8] Försiktighetsprincipen inom miljörätten kan försvaras med argumentet att vi bör akta oss för att ingripa i ekologiska — komplexa — system eftersom vi inte säkert vet vilka effekter ingripandena kan få och eftersom dessa effekter kan vara allvarliga och irreversibla. Det ekonomiska systemet i allmänhet,[9] och det finansiella systemet i synnerhet,[10] är också exempel på komplexa system och kan med fördel betraktas som känslig ekologi. "Reform"-förslagen vad gäller finansiell reglering motiveras ibland av en önskan att reducera systemets komplexitet genom olika slags ingripanden.[11] Statliga ingripanden i detta system, utan goda grunder och djup kunskap om ingripandenas effekter, är *inte en tillämpning av* försiktighetsprincipen utan *ett brott mot* den.[12] Lagstiftare och myndigheter kan lära sig av den medicinska etiken — vars första bud är *Primum non nocere*, dvs. att det ofta kan vara bättre att göra ingenting än att ingripa och därmed förvärra tillståndet — och förekomsten av olika iatrogena sjukdomar eller tillstånd, såsom läkmedelsförgiftning och nosokomiala infektioner.

Hos oss har Regelrådet konstaterat att det förekommer brister vid genomförandet av konsekvensutredningar, bl.a. i fråga om utredningarnas innehåll. Slutsatser av Regelrådets granskning visar att mer än hälften av de konsekvensutredningar som granskats har bristfällig kvalitet. Vidare anser rådet att det är av stor vikt att idéutveckling sker och att åtgärder vidtas för att höja konsekvensutredningarnas kvalitet. Rådet konstaterade i sin årsrapport för 2015 att färre än hälften av de konsekvensutredningar som Regelrådet granskat uppnår en godtagbar kvalitet.[13] I en rapport från

[6] Jfr de konkreta diskussionerna hos J. S. Masur & E. A. Posner, "Cost-Benefit Analysis and the Judicial Role", *The U. of Chicago Law Rev.* 2018 s. 935 och D. Hult, *Lagstiftnings ändamålsenlighet* (2015). Metoder för att mäta myndigheternas användning av empirisk kunskap disktueras i A. Witting, "Measuring the Use of Knowledge in Policy Development", *Central European J. of Public Policy* 2015 s. 54. Den internationella diskussionen kring hur kunskap används i policy-processer diskuteras i M. Sedlačko & K. Staroňová, "On Overview of Discourses on Knowledge in Policy: Thinking Knowledge, Policy and Conflict Together", *Central European J. of Public Policy* 2015 s. 10.

[7] För svensk del, se MB 2 kap. 3 §. Principen — som är internationellt och folkrättsligt erkänd — syftar till att förebygga inte bara sådana skador och olägenheter som *kan säkert förutses* utan också vissa *möjliga risker* (se B. Bengtsson m.fl., *Miljöbalken*, Zeteo 2017-06-05, kommentaren till 2 kap. 3 §). Principen har kommit till uttryck också i t.ex. reciterna till rådets direktiv 90/219/EEG av 23 april 1990 om innesluten användning av genetiskt modifierade mikroorganismer.

[8] Se t.ex. A. Kerkemeyer, *Möglichkeiten und Grenzen bei der Regulierung von Derivaten* (2018), s. 138.

[9] Se t.ex. E. Beinhocker, *The Origin of Wealth* (2007).

[10] Se D. Klingenbrunn, *Produktverbote zur Gewährleistung von Finanzmarktstabilität* (2018), s. 14.

[11] Se t.ex. M. Sève, *La régulation financière face à la crise* (2013), s. 353 ff.

[12] Jfr Lagrådets uttalande i prop. 1997/98:116 s. 181. Problemen med *fear cycles*, och kodifieringen av den rädsla som genereras av sådana cykler genom att försiktighetsprincipen utsträcks till allt fler områden, diskuteras i A.Thierer, "Technopanics, Threat Inflation, and the Danger of an Information Technology Precautionary Principle", *Minnesota J. of Law, Science & Technology* (2013) s. 309 (s. 347 ff.).

[13] Se Regeringsbeslutet N2016/07452/FF s. 2 f. och Regelrådets Årsrapport 2015 s. 28.

franska Conseil d'État sägs det vara ett franskt särdrag — grundat bl.a. i landets historiska "colbertinism" — att politiker till såväl höger som vänster tenderar att utvärdera lagar mer utifrån vad som motiverar dem än från lagarnas konsekvenser.[14] Annorlunda uttryckt kan man säga att politiker tenderar att blanda ihop lagarnas syften med deras konsekvenser.

Politiker och tjänstemän har inte sällan en tendens att ägna sig åt vad som har kallats ”magisk legalism”[15], dvs. tron att den blotta formella lagstiftningen av sig självt uppnår de eftersträvade målen. Detta drag är på intet sätt begränsat till just franska politiker. Svenska väljare har liknats vid en publik som förväntar sig att politikerna likt en trollspöförsedd magiker ska trolla fram ”de mest underbara gåvor” ur ”allehanda tomma hattar”,[16] med en närmast *mytisk* eller *gudomlig* förmåga att lösa ekonomiska problem.[17] Politiker och statlig förvaltning betraktas som ett slags gudomligheter både när det går bra och — inte minst — när det går dåligt:

> ὦ πόποι, οἷον δή νυ θεοὺς βροτοὶ αἰτιόωνται. | ἐξ ἡμέων γάρ φασι κάκ’ ἔμμεναι· οἱ δὲ καὶ αὐτοὶ | σφῇσιν ἀτασθαλίῃσιν ὑπὲρ μόρον ἄλγε’ ἔχουσιν.
>
> Tänk att de dödliga alltid skall skylla på gudarna — som om | allt deras elände kommer från oss [det är Zeus som talar], fastän de, i sin dårskap, | själva drar på sig ofärd utöver den ödesbestämda!
>
> *Odyssén*, Första sången, raderna 32–34 (i Bæckströms översättning 1975)

Sunstein förefaller relativt bekymmerslöst acceptera att det är förvaltningsmyndigheter som — i och för sig kanske på goda grunder och ibland efter noggranna överväganden — fattar de svåra besluten efter att ha vägt de olika värdena och målen mot varandra. Här menar jag att det finns ett problem. I demokratiska samhällen är det istället just demokratiskt valda politiker i de olika parlamenten — med politiskt ansvar inför väljarna — som har till uppgift att göra de svåra avvägandena och fatta de svåra besluten. Det finns en stark tendens — Sverige är här ingalunda något undantag — för politiker att delegera allt fler besvärliga beslut till olika förvaltningsmyndigheter, under det retoriska täcket av att det skulle handla om "komplicerade" och "tekniska" frågor. Komplicerade kan ju förstås frågorna vara — men det är just sådana frågor det är politikernas uppgift att lösa. Delegeras de frågorna till förvaltningen avlövas demokratin och vi hamnar i den gamla överhetsstaten.[18] Om politikerna inte är kapabla att hantera de komplicerade frågorna ska de ersättas av andra. Det finns säkert en gräns för vad även de bästa politiker kan hantera — men det är bl.a. just därför den offentliga makten ska begränsas till sådana uppgifter som inte kan lösas på annat sätt. Politikerna ska absolut inte göra allt — men de ska inte ersättas av tjänstemän. I det perspektivet är Sunsteins bok

[14] Conseil de l'État, *Sécurité juridique et complexité du droit* (red. J. de Clausade) (2006), s. 231.
[15] Se L. M. Friedman, *Impact* (2016), s. 251.
[16] Se Kj.-O. Feldt, *Alla dessa dagar… I regeringen 1982–1990* (1991), s. 235; Feldt talar specifikt om svensk socialdemokrati; samma inställning har P. A. Taguieff, *Le nouveau national-populisme* (2012), s. 75 identifierat som definierande drag hos politisk populism i allmänhet.
[17] Se Feldt (1991), s. 242.
[18] Jfr D. Casazza, "Liberty Requires Accountability: Checking Delegations to Independent Agencies", *Harvard J. of Law & Public Policy* 2015 s. 729.

i första hand av stort värde för utredningsväsendet och politiker som tar sitt uppdrag på allvar.

En betydande grad av normskepsis är befogad. Den enorma produktionen av olika slags normer kan troligen kraftigt — mycket kraftigt — begränsas, utan att ordningen blir sämre; istället kan den ofta nog istället bli bättre. Istället för den enkla åtgärden att anta ännu en uppsättning mer eller mindre väl genomtänkta normer vore det troligen bättre att begränsa statlig verksamhet i allmänhet så att den och de resurser den tar i anspråk kan användas för prioriterade områden där insatserna med hygglig säkerhet kan väntas få avsedd effekt. Och de åtgärder som vidtas kan ofta behöva vara mer praktiska än normativa. Ett bättre och grundligare arbete hos såväl myndigheter, departement, riksdag och akademin är påkallat vad gäller den empiriska kunskapen om normers effekter.

Dan Hanqvist