

De lege

Hållbarhet ur ett rättsligt perspektiv

Redaktörer:

Mattias Dahlberg, Therése Fridström Montoya,
Mikael Hansson och Charlotta Zetterberg

JURIDISKA FAKULTETEN
I UPPSALA



De lege

JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

ÅRSBOK 2022

Redaktör för skriftserien
Mattias Dahlberg

Hållbarhet ur ett rättsligt perspektiv

*Red. Mattias Dahlberg,
Therése Fridström Montoya,
Mikael Hansson och
Charlotta Zetterberg*

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2023
Upplaga 1:1
ISSN 1102-3317
ISBN 978-91-7737-232-5
Produktion: eddy.se ab, Visby 2023
Omslag: John Persson
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Telefon: 018-65 03 30
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se
Printed by Dimograf, Poland 2023

Förord

Ämnet för De lege år 2022 är ”hållbarhet”, under den övergripande frågan vilken uppgift rätten har haft, har eller kan komma att få för att nå de mål som formulerats i Förenta Nationernas Agenda 2030. Juridiken och rättsvetenskapen kan bidra på olika sätt för att de mål som uppställs i Agenda 2030 ska kunna uppnås.

Tre generella teman kan urskiljas bland de många frågor som ryms inom ämnet ”hållbarhet”: miljöfrågor, sociala frågor och ekonomiska frågor. Det finns förstås ett ömsesidigt beroende och samverkan mellan dessa teman. Miljö- och särskilt klimatfrågan är nog den som flest associerar till när det gäller hållbar utveckling, men målen omfattar även sociala och ekonomiska frågor om hälsa, fattigdomsbekämpning, mänskliga rättigheter, jämställdhet, likabehandling och, inte minst, inkludering. En ledande princip i Agenda 2030 är ”lämna ingen utanför”. I detta sammanhang är barn- och ungdomsperspektivet viktigt eftersom hållbar utveckling är av vital betydelse för livskvaliteten för både uppväxande och kommande generationer.

Begreppet ”hållbarhet” och det angränsande ”hållbar utveckling” har använts under lång tid. Den ovan nämnda Agenda 2030 från år 2015 med 17 globala mål för hållbar utveckling har fått stort genomslag – åtminstone i debatten. I Sverige har ett omfattande arbete vidtagits för att utvärdera nuläget och föreslå politiska målområden för att uppnå målen i Agenda 2030.

I svensk rätt finns åtaganden för hållbar utveckling i en rad sammanhang. På ett övergripande plan anges i 1 kap. 2 § regeringsformen att det allmänna ska främja en hållbar utveckling som leder till en god miljö för nuvarande och kommande generationer. I 1 kap. 1 § miljöbalken stadgas att balkens bestämmelser syftar till att främja en hållbar utveckling som

Förord

innebär att nuvarande och kommande generationer tillförsäkras en hälsosam och god miljö. Målet med en hållbar utveckling har emellertid också betydelse för utformningen av lagar och bestämmelser på många andra juridiska delområden. Kritik kan också framföras vad gäller att vissa av hållbarhetsmålen är så allmänt hållna att de är svåra att konkretisera i handling.

I denna volym av *De lege* finns ett stort antal artiklar som behandlar hållbarhet i förhållande till ett antal rättsvetenskapliga områden. Författarna är verksamma vid eller på annat sätt anknutna till Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet.

Vi vill tacka de medverkande författarna för deras arbete med bidragen, och hoppas att boken kan inspirera till ny och fortsatt forskning inom detta centrala område.

Redaktionskommittén för *De lege* 2022

Mattias Dahlberg

Therése Fridström Montoya

Mikael Hansson

Charlotta Zetterberg

Innehåll

Förord	5
MATTIAS DAHLBERG	
Miljöskatter med tyngdpunkt på koldioxidbeskattning	9
MARIA FORSBERG	
Ekologiskt funktionella paragrafer vid skydd och restaurering av natur	27
THERÉSE FRIDSTRÖM MONTOYA	
Ingen ska lämnas utanför – en ohållbar princip?	47
LOVISA HALJE	
Bolagsstyrning och en hållbar utveckling	73
MIKAEL HANSSON	
Hållbar arbetsrätt	95
CAROLINE JOHANSSON	
En hållbar svensk modell? – Exemplet den nya omställningsregleringen	111
SARA LUNDBERG	
En hållbar skolplikt?	137
MELINA MALAFRY	
Renewable Energy Activities – Overriding the Interest of Biodiversity?	159

Innehåll

OSKAR MOSSBERG

Gröna löften och förmögenhetsrättens
tillkortakommanden 195

MARIGÓ OULIS

Konsumtion och konsumenträtt – en utomstående
betraktelse 251

LOVE RÖNNELID

What legal research in sustainable development
could become 267

KATJA DE VRIES AND SEBASTIAN ABRAHAMSSON

A Digital Right to Repair? How new EU legislation
could open up data and software in connected
products to enhance their lifespan 289

OLOF WILSKE

Konstitutionell hållbarhet eller hållbar konstitutionalism? 315

CHARLOTTA ZETTERBERG

Fasta samverkansformer i miljöns tjänst? 331

INGER ÖSTERDAHL

Agenda 2030 as a source of law: Different shades
of soft 355

Författarpresentationer 385

Mattias Dahlberg

Miljöskatter med tyngdpunkt på koldioxidbeskattning

1 Inledning

En av vår tids största och viktigaste utmaningar är klimatkrisen och den globala uppvärmningen. Utsläppen av växthusgaser, inte minst i form av koldioxid, påverkar jordens klimat och bidrar starkt till den globala uppvärmningen. Denna uppvärmning och de påföljande klimatförändringarna försvårar förutsättningarna för liv på jorden, och påverkar levnadsförutsättningarna för människor, djur, växtlighet och andra levande organismer. Smältande polarisar riskerar att bidra till höjda havsvattennivåer. Det leder i sin tur till problem för kustnära områden och för områden på låg nivå över havsytan, där landområden riskerar att förbytas till vattenområden. Risker för ytterligare omfattande utbredning av öknar och andra torra områden är också påtaglig. Kampen om de minskande sötvattenreserverna riskerar att öka, vilket kan bidra till konflikter både inom stater och mellan olika stater om de knappa vattenreserverna. Användningen av fossila bränslen som olja och kol bidrar kraftigt till utsläppen av växthusgaser. Vissa tillverkningsprocesser inom industrin, exempelvis tillverkning av stål och cement, skapar också stora utsläpp av koldioxid.

Förenta nationernas klimatpanel, Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), publicerade år 2021 en omfattande rapport som på vetenskaplig grund redogör för de allt påtagligare klimatförändringarna.¹ I rapporten beskrivs temperaturförändringarna, stigande havsnivåer, smältande polarisar, och att den globala uppvärmningen riskerar att bli 1,5 grader Celsius över förindustriell nivå redan år 2040.

¹ Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), Climate Change 2021. The Physical Science Basis, 7 August 2021 (kan hämtas från www.ipcc.ch).

I många stater pågår ett omställningsarbete för att motverka klimatförändringarna. En övergång till alternativa energikällor är på väg. Fossila bränslen ersätts av förnybara energikällor. Försäljningen av elbilar och hybriddrivna bilar ökar. Många övergår från att resa med personbil till alternativa färdssätt som tåg, tunnelbana och cykel. Elektricitet producerad genom exempelvis vindkraftverk och solceller ökar.

Rysslands olagliga invasion av Ukraina, och den ryska användningen av gasleveranser som ett medel i den ekonomiska krigföringen, har också understrukit problemet med Europas beroende av fossila bränslen.

Det finns förstås en omfattande diskussion om vilka metoder som är lämpliga för att motverka användningen av fossila bränslen. I den svenska klimatdebatten gäller det inte minst för- och nackdelar med att producera elektricitet i kärnkraftverk. Å ena sidan bidrar den tillverkningsprocessen inte till några koldioxidutsläpp, men å andra sidan kan det ifrågasättas om den är tillräckligt säker i förhållande till dels risk för radioaktiva utsläpp från verksamheten, dels förvaringen av det uttjänta kärnbränslet och eventuella radioaktiva utsläpp.²

Medvetenheten om klimatförändringarna har vuxit betydligt under senare år. Medborgarna gör i egenskap av konsumenterna ofta medvetna val när varor och tjänster köps, och väljer sådana produkter som ger det minsta "klimatavtrycket". En del företag är också aktiva inom området, och vidtar åtgärder för att minska utsläppen och bidrar på andra sätt till en hållbar utveckling.

Problemet med jordens uppvärmning är sannerligen globalt, även om vissa länder står för betydligt större utsläpp av växthusgaser än vad andra gör. De två största ekonomierna, USA och Folkrepubliken Kina, står för betydande utsläpp.³ I en globaliserad ekonomi är dock ingen helt utan ansvar. Konsumenterna av varor och tjänster producerade i USA och Folkrepubliken Kina, och producerade med betydande klimatavtryck, finns förstås över hela världen.

Bland medborgarna och i världssamfundet finns en ökad insikt om att ytterligare åtgärder måste vidtas för att motverka klimatförändringarna. Vetenskaplig forskning och spridning av kunskapsbaserad information

² Regeringen Kristersson, som tillträdde i Sverige hösten 2022, har satsningar på kärnkraft som ett medel för att trygga elförsörjningen i syfte att åstadkomma "... en effektiv klimatomställning", prop. 2022/23:1 Budgetproposition för 2023, s. 28.

³ Se härom VanderWolk, Carbon tax: The global perspective, Bulletin, 2021, s. 250–255, här s. 251.

om miljöproblemen och möjliga motåtgärder är förstås avgörande. Med ökad kunskap och medvetenhet kan både företag och medborgare göra val som minskar klimatutsläppen. Internationella avtal och nationella lagstiftningsåtgärder är också redskap som används. Inte minst under senare år har en rad rättsliga åtgärder vidtagits. Det gäller också inom skatterätten, vilket detta bidrag behandlar.

En stat kan använda en rad olika styrmedel för att bidra till en hållbar utveckling och en förbättrad miljö. Alla styrmedel behöver förstås inte vara rena lagstiftningsåtgärder mot miljöförstörande verksamhet. Medborgare, företag och stater behöver tillsammans ta ansvar. Ett första styrmedel är information. Genom produktmärkningar, konsumentupplysning och miljödeklarationer kan företag upplysa allmänheten om vilka miljökonsekvenser en viss vara eller tjänst har. Konsumenten kan därigenom göra ett informerat val mellan olika produkter. Självfallet kan det finnas behov av ett system för granskning av den information som tillhandahålls av företagen. Ett andra styrmedel är administrativa förfaranden. Det kan vara fråga om miljötillstånd, förbud och gränsvärden som företag ska iaktta för att kunna utöva sin verksamhet. Ett tredje styrmedel är satsningar på forskning och utveckling. Inte minst teknikutveckling är betydelsefull för att minska utsläpp av miljöförstörande ämnen. Dessa satsningar kan göras av både av stater och företag. Forskning är – i varje fall idealt sett – nära sammanlänkad med det förstnämnda styrmedlet, information. Genom omfattande forskning av hög kvalitet kan korrekt information tillhandahållas både allmänhet och beslutsfattare. Ett fjärde styrmedel är ekonomiskt. Det kan vara fråga om stöd av olika slag. Ett exempel kan vara statligt stöd för att köpa en personbil som är eldriven. Det kan vara handel med utsläppsrättigheter, som är av stor betydelse inom EU. Slutligen kan det också vara fråga om skatter för att styra produktion och konsumtion.⁴

Nyligen har Sverige fått en ny regering med Ulf Kristersson (Moderata samlingspartiet) som statsminister. I det så kallade Tidöavtalet som ligger till grund för den riksdagsmajoritet som står bakom den nya regeringen, framgår en rad viktiga förändringar på energiområdet. En satsning på

⁴ Indelningen i dessa fyra slag av styrmedel är hämtad från Fall, Miljöskatter och Januariöverenskommelsen, SvSkT, 2019, s. 473–491, här s. 474. Redogörelsen för de olika styrmedlen är dock här bearbetade och något utvecklade.

kärnkraft är en viktig del av regeringens övergripande politik för att minska utsläppen av växthusgaser som koldioxid.⁵

I det här bidraget behandlar jag huvudsakligen koldioxidbeskattningen, men det är emellertid nödvändigt att sätta den i ett större sammanhang. *Avsnitt 2* behandlar därför något om olika initiativ inom EU för att minska utsläppen av växthusgaser. I *avsnitt 3* berörs olika slags miljöskatter och de skattepolitiska överväganden som ligger bakom dem. Koldioxidbeskattningen i Sverige behandlas i *avsnitt 4*. Några övergripande slutsatser och reflektioner finns i *avsnitt 5*.

2 Något om EU:s olika initiativ för att minska utsläppen av växthusgaser

Inom EU pågår ett omfattande arbete för att minska utsläppen av växthusgaser. Sedan lång tid finns det ett system för handel med utsläppsrättigheter och en gemensam reglering av energiskatter. För närvarande pågår arbete inom EU med att revidera systemet med handel av utsläppsrättigheter, bland annat genom införandet av en gränsjusteringsmekanism för att motverka ”koldioxidläckage” och en omfattande omarbetning av energiskattedirektivet (2003/96).⁶

I likhet med miljöskatter på utsläpp av växthusgaser är syftet med handeln med utsläppsrätter att med ett ekonomiskt styrmedel begränsa utsläpp av växthusgaser. På ett övergripande plan innebär det att man bestämmer det totala utsläpp av växthusgaser som tillåts, och att man därefter säljer rätter att släppa ut växthusgaser.

⁵ Tidöavtalet: Överenskommelse för Sverige (mellan Sverigedemokraterna, Moderaterna, Kristdemokraterna och Liberalerna), s. 16.

⁶ Kommissionen lade fram ett förslag till reviderat energiskattedirektiv den 14 juli 2021, COM(2021) 563, Proposal for a council directive restructuring the Union framework for the taxation of energy products and electricity (recast). Omarbetningen syftar bl.a. till att samordna energiskattedirektivet med andra åtgärder som EU vidtagit inom klimat- och energiområdet. Det gäller inte minst systemet inom EU för handel med utsläppsrätter (EU ETS). Andra föreslagna förändringar avser breddning av skattebasen genom att undantag tas bort, och att skattenivåerna ska utgå från energiinnehåll istället för volym. Se Faktapromemoria 2020/21:FPM130, Översyn av energiskattedirektivet (Finansdepartementet). Än så länge har beslut om ett nytt energiskattedirektiv inte tagits, men det är en del i prioriteringarna för Sveriges ordförandeskap i rådet under det första halvåret 2023, se Valério, Carla, European Union, Council, European Taxation, 2023, No. 2/3 (ännu endast publicerad digitalt).

Inom EU är handel med utsläppsrätter reglerad genom ett system som kallas European Union Emission Trading System, förkortat EU ETS. Detta handelssystem omfattar vissa verksamheter som är särskilt energikrävande, till exempel industrier och energiproducenter. Även flygoperatörer omfattas av handelssystemet, och här finns dessutom en global reglering inom det som kallas Corsia ("Carbon offsetting and reduction scheme for international aviation"). Traditionell flygverksamhet baserad på flygdiesel är en betydande utsläppare av koldioxid.

Omkring 750 anläggningar i Sverige inom industri och energiproduktion omfattas av handel med utsläppsrätter. Inom hela EU är det fråga om 13 000 anläggningar, och de står för uppskattningsvis 45 procent av de samlade utsläppen av växthusgaser inom unionen.⁷ Inom handelssystemet EU ETS bestäms vad ett samlat utsläpp av växthusgaser får vara, och sedan fördelas detta i ett antal så kallade utsläppsrätter. Dessa rätter kan sedan köpas, och de ger en rätt att släppa ut en viss mängd växthusgaser. Utsläppsrätterna handlas också på marknaden. Syftet är dels att ge en sammanlagd högsta mängd utsläpp, dels att ge producenterna av utsläpp ett ekonomiskt incitament att vidta åtgärder för att minska sina utsläpp, exempelvis genom att byta energislag eller att installera reningsmekanismer. Den svenska regleringen av handeln med utsläppsrätter finns i lagen (2020:1173) om vissa utsläpp av växthusgaser.⁸ Den svenska lagstiftningen bygger på och kompletterar en omfattande EU-rättslig reglering.⁹

Handel med utsläppsrätter infördes inom EU år 2005. Utsläppstaket inom unionen bestäms av kommissionen. För ett företag som släpper ut växthusgaser står valet mellan att minska utsläppen eller att köpa utsläppsrätter som tillåter utsläpp. Det har funnits en del problem med handeln av utsläppsrätter. Under åren 2008 till 2012 byggdes det upp ett betydande överskott av utsläppsrätter, och det har även i viss mån fortsatt att byggas upp därefter. Det kraftiga utbudet av utsläppsrätter har medfört att priserna på utsläppsrätter har varit relativt låga. Det har i sin tur

⁷ Se www.utslappshandel.se (avläst den 16 januari 2023).

⁸ Se även förordningen (2020:1180) om vissa utsläpp av växthusgaser.

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/87/EG av den 13 oktober 2003 om ett system för handel med utsläppsrätter för växthusgaser inom gemenskapen och om ändring av rådets direktiv 96/61/EG, EUT L 275, 25.10.2003, s. 32, samt Europaparlamentets och rådet direktiv (EU) 2018/410 av den 14 mars 2018 om ändring av direktiv 2003/87/EG för att främja kostnadseffektiva utsläppsminskningar och koldioxidsnäla investeringar, och beslut (EU) 2015/1814, EUT L 76/3, 19.3.2018.

medfört att de ekonomiska incitamenten att minska utsläppen har varit mindre än vad de annars kunde ha varit.

För närvarande är det på gång en kraftig omarbetning av EU:s system för handel med utsläppsrätter. Bakgrunden finns i ”Den europeiska gröna given” (nedan den ”gröna given”) som kommissionen presenterade år 2019.¹⁰ I denna gröna giv tillkännagavs att en ny europeisk klimatlag skulle presenteras år 2020, vilket också gjordes av kommissionen. Den är numera antagen.¹¹ Av artikel 2.1 i den europeiska klimatlagen framgår att växthusgasutsläpp och växthusgasupptag i hela unionen som regleras i unionsrätten ska vara i balans inom unionen senast år 2050, så att utsläppen vid den tidpunkten minskar till netto noll. Därefter ska unionen sträva efter att uppnå negativa utsläpp. För att nå fram till detta mål år 2050 anges mellanliggande unionsklimatmål i artikel 4 i den europeiska klimatlagen. Det framgår bland annat att det bindande klimatmålet för unionen för år 2030, är en minskning av nettoutsläppen av växthusgaser med minst 55 procent jämfört med 1990 års nivåer.

I den gröna given framkommer också att handeln med utsläppsrätter ska reformeras och utvidgas. De planerade förändringarna gäller också förordningen om markanvändning, förändrad markanvändning och skogsbruk.¹² I den gröna given förklarar kommissionen även att den avser att lägga fram ett förslag till omarbetat energiskattedirektiv. Omarbetningen ska göras utifrån ett miljöperspektiv. Avsikten är att föreslå att man inom EU ska kunna besluta om förslag inom detta område med kvalificerad majoritet. Det ska alltså inte vara ett krav på enhällighet, som ju ger varje medlemsstat vetorätt.¹³

¹⁰ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, Europeiska rådet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, COM(2019) 640 final, Bryssel den 11.12.2019.

¹¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/1119 av den 30 juni 2021 om inrättande av en ram för att uppnå klimatneutralitet och om ändring av förordningarna (EG) nr 401/2009 och (EU) 2018/1999 (*europeisk klimatlag*).

¹² A.a. s. 5 med hänvisning till Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2018/841 om inbegripande av utsläpp och upptag av växthusgaser från markanvändning, förändrad markanvändning och skogsbruk i ramen för klimat- och energipolitiken fram till 2030 och om ändring av förordning (EU) nr 525/2013 och beslut nr 529/2013/EU.

¹³ A.st.

Kommissionen har föreslagit en ändring av 2003 års direktiv om utsläppsrätter.¹⁴ En viktig förändring skulle vara att även utsläpp från sjöfart ska ingå i systemet med utsläppsrätter.

En ytterligare intressant aspekt som kommissionen tar upp i 2019 års gröna giv är risken för ”koldioxidläckage”. Bakgrunden till det är att alla stater i världen inte har samma ambitiösa klimatmål som EU. Det finns därför en risk att produktion av varor och tjänster som medför koldioxidutsläpp, eller utsläpp av andra växthusgaser, flyttar till stater utanför EU. Det finns också en risk för att företag och konsumenterna i EU förvärvar varor och tjänster som har producerats utanför EU, och som har ett lägre pris – allt annat lika – än om varan eller tjänsten hade producerats inom EU. Orsaken till det lägre priset för varor och tjänster tillverkade eller tillhandahållna utanför EU, skulle vara de prisökningar som är konsekvensen av miljöåtgärder vidtagna inom EU, och som nödvändigtvis inte har utomeuropeiska motsvarigheter.¹⁵

I den gröna given förklarar kommissionen att den är beredd att genomföra en ”mekanism för koldioxidjustering vid gränsen i vissa sektorer”. Avsikten med den justeringsmekanismen är att minska risken för koldioxidläckage. Om exempelvis en importerad vara har producerats på ett sätt som medför koldioxidutsläpp, och tillverkaren inte har belastats för det, skulle justeringsmekanismen kunna innebära att något slags avgift måste erläggas vid försäljning inom EU. En sådan reglering måste förstås vara förenlig med internationella handelsrättsliga åtaganden, som till exempel stater ingått inom ramen för Världshandelsorganisationen.¹⁶ Det går utanför området för detta bidrag att närmare behandla frågan. Det ska dock noteras att EU:s medlemsstater den 17 december 2022 enades om en preliminär politisk överenskommelse om förändringar av EU:s utsläppshandel (”EU Emissions Trading System”, eller ”EU ETS”).¹⁷

¹⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union, Decision (EU) 2015/1814 concerning the establishment and operation of a market stability reserve for the Union greenhouse gas emission trading scheme and Regulation (EU) 2015/757, COM(2021) 551 final, Brussels, 14.7.2021.

¹⁵ A.st.

¹⁶ A.st.

¹⁷ Se härom Naturvårdsverkets hemsida, www.naturvardsverket.se, ”Preliminär överenskommelse om förändringar i EU ETS” (avläst den 4 februari 2023), och kommissionens hemsida, www.climate.ec.europa.eu.

3 Miljöskatter på ett övergripande plan

En betydande del av Sveriges skatter inom miljöområdet finns samlade i lagen (1994:1776) om skatt på energi. Energiskattelagen omfattar energiskatt, koldioxidskatt och svavelskatt. Andra viktiga miljöskatter regleras i följande lagar:

- lagen (1999:673) om skatt på avfall ("avfallsskattelagen"),
- lagen (2004:629) om trängselskatt ("trängselskattelagen"),
- lagen (2016:1067) om skatt på kemikalier i viss elektronik ("kemikalieskattelagen"),
- lagen (2017:1200) om skatt på flygresor ("flygskattelagen"), och
- lagen (2020:32) om skatt på plastbärkassar ("plastpåseskattelagen").

I detta bidrag koncentrerar jag mig på energiskattelagen och den del av denna lag som avser koldioxidskatt.¹⁸

Ett generellt problem när det gäller miljöskatter bör emellertid först behandlas. Det är vilket eller vilka syften som miljöskatten i fråga har. Exempelvis inkomstskatt och mervärdesskatt har ett klart uttalat syfte som är fiskalt. Det fiskala syftet innebär att skatten tas ut för att finansiera de offentliga utgifterna. Självfallet kan också andra syften ha betydelse för utformningen av skatten, som rättvisa i beskattningen ("skatt efter bärkraft"), neutralitet, symmetri och reciprocitet. Det fiskala syftet är dock det mest betydelsefulla skälet för uttaget av inkomstskatt och mervärdesskatt.

Miljöskatterna har emellertid som huvudsakligt syfte att främja en hållbar utveckling och att motverka vissa beteenden eller konsumtionsmönster som är miljöskadliga. Miljöskatterna är med andra ord handlingsdirigerande. Genom att särskilda skatter tas ut på exempelvis användningen av fossila bränslen avser lagstiftaren att motverka användningen av fordon som drivs med sådana bränslen. Det leder i sin tur till minskade utsläpp av koldioxid och andra växthusgaser. Inkomstskatt och mervärdesskatt har åtminstone i teorin syftet att respektive skatt ska vara

¹⁸ Det ska noteras att Sverige från den 1 april 2020 hade lag (2019:1274) om skatt på avfall som förbränns ("avfallsförbränningskatt"). Denna skatt avskaffades från den 1 januari 2023. Skälet var att Rysslands olagliga krig mot Ukraina och agerande på energimarknaden, kraftigt har förändrat förutsättningarna på den europeiska elmarknaden. Hushåll och företag i Sverige har fått kraftigt höjda energipriser, som har blivit ännu mer betungande i kombination med avfallsförbränningskatten. Se närmare om bakgrunden till avskaffandet av skatten i prop. 2022/23:1 Budgetproposition för 2023, s. 197–205.

likformig för att åstadkomma neutralitet, även om det förekommer avvikelser.

Skatter på miljöfarliga utsläpp, som en koldioxidskatt, är en så kallad pigouviansk skatt. Den är nämligen uppkallad efter en brittisk ekonom, Arthur Pigou, som bland annat forskade om skatter på ”negativa externaliteter”.¹⁹ Miljöfarliga utsläpp från fabriker är ett slags ”negativ externalitet” som företag inte har tagit med i beräkningen när de gör sin marknadsbedömning och prissätter sitt utbud av varor och tjänster. Ett sätt att komma till rätta med dessa utsläpp skulle kunna vara att belägga dem med en skatt, enligt Pigou.²⁰ En skatt på negativa externaliteter skulle vara handlingsdirigerande och förmå företagen att minska sina utsläpp.

Härutöver bidrar förstås också skatten till inkomster för staten som kan finansiera de offentliga utgifterna. Självfallet är detta fiskala syfte viktigt när stater inför miljöskatter, även om det kanske inte framhävs lika mycket i den offentliga debatten som de positiva konsekvenserna för miljön. Det finns dock ett problem. Eftersom miljöskatten är handlingsdirigerande och styr skattebetalaren att minska och helt avveckla den verksamhet som orsakar utsläppet (den negativa externaliteten), kommer också skattebasen att successivt avvecklas. Detta gör att skattebasen successivt kommer att avvecklas.

De offentliga utgifterna är dock stabila, och tenderar dessutom att öka över tid. Av den anledningen är det svårt, för att inte säga omöjligt, att grunda ett skattesystem på miljöskatter. I den offentliga debatten talas det om ”grön skatteväxling”, som skulle kunna vara att gå från ett skattesystem baserat på inkomst (inkomstskatt) och konsumtion (mervärdesskatt) till skatt på miljöförorenande verksamhet. Enligt min mening är

¹⁹ Ett annat uttryck för ”externalitet” är ”extern effekt”. ”Externaliteter” brukar sägas föreligga när konsumtion och produktion påverkar andra genom mekanismer som inte är traditionella marknadsmekanismer. Dessa ”externaliteter” uppstår när det inte finns en marknad på vilken parterna kan förhandla om pris och uppnå en effektiv lösning på det problem som uppstår. Se Bergh och Jakobsson, *Modern mikroekonomi. Marknad, politik och välfärd*, 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2017, s. 272 ff. Miljöföroreningar till följd av produktion eller konsumtion är ett typexempel på en ”negativ externalitet”.

²⁰ Arthur Cecil Pigou (1877–1959) var en brittisk nationalekonom verksam vid universitetet i Cambridge, Storbritannien, åren 1908–1943 i ämnet politisk ekonomi. I boken *The Economics of Welfare* (1912, ny uppl. 1920) diskuterade han förhållanden som kan reducera den samlade välfärden, som utsläpp från fabriker. Se *Nationalencyklopedin*, Band 15, uppslagsordet ”Pigou, Arthur Cecil”, Bokförlaget Bra Böcker, Höganäs, 1994.

en fullständig övergång till skatt på miljöförorenande verksamhet inte realistisk i ett längre perspektiv, eftersom effekten av sådana skatter är att de så småningom avskaffar sig själva. Jag menar dock att de kan vara ett betydelsefullt komplement till det ordinarie skattesystemet, på grund av dess handlingsdirigerande effekter, och den pågående klimatkrisen. Skattesystemet kan endast vara en åtgärd av flera för att motverka klimatkrisen och verka för en hållbar utveckling. En fördel med skatter – och för den delen även utsläppsrätter – kan vara att de är ett praktiskt politiskt redskap att åstadkomma ett visst mål, när det är politiskt omöjligt att omgående förbjuda en viss verksamhet. Genom åtgärder som skatter och utsläppsrätter kan staten alltså successivt nå ett utpekad mål trots att det finns visst motstånd.

Något bör i detta sammanhang också sägas om ”skatteincidens” och vem som egentligen bär den ekonomiska bördan av skatten. Det är nämligen så att skatter i viss mån kan övervältras på andra än de som i formell mening är skattskyldiga. Miljöskatter är ofta utformade som punktskatter som utgår med en viss procentsats på priset av en viss vara eller tjänst. Till skillnad från mervärdesskatt utgår dessa punktskatter endast i det sista ledet av en transaktionskedja, nämligen i det led när varan eller tjänsten förvärvas av slutkonsumenten. Även om det är det företag som tillhandahåller tjänsten eller varan som är skyldig att betala skatten till staten, kommer företaget att helt eller delvis övervältra den ekonomiska bördan av skatten på slutkonsumenten.

Hur stor del av skatten som övervältras på slutkonsumenten är dock något som kan diskuteras. Enligt traditionell ekonomisk teori styrs priset på varor och tjänster av utbud och efterfrågan. I vilken omfattning som företagen kan övervältra skatten på konsumenterna beror på vilken priselasticitet som varan eller tjänsten har. Om efterfrågan är stark är priselasticiteten normalt sett hög, vilket medför att hela eller en stor del av skatten kan överföras till konsumenten. Skulle däremot priselasticiteten vara låg, tvingas företagen att ge upp en del av sin vinstmarginal för att kunna sälja varan eller tjänsten.²¹ I den allmänna debatten hävdas ibland att miljöskatter, och för den delen andra punktskatter, helt övervältras

²¹ Med ”elastisk efterfrågan” avses att den efterfrågade kvantiteten ändras mer i procent än priset ändras i procent. ”Oelastisk efterfrågan” innebär däremot att den efterfrågade kvantiteten ändras mindre i procent än priset ändras i procent. Se Bergh och Jakobsson, *Modern mikroekonomi. Marknad, politik och välfärd*, 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2017, s. 101.

på konsumenterna. Det är dock en alltför förenklad bild. I olika grad fördelas bördan av olika miljöskatter mellan konsumenter och företag, men ofta är det nog ändå slutkonsumenten som bär en större del av den ekonomiska bördan av dessa skatter. Under många år har priset på fossila drivmedel varit tämligen oelastiskt, eftersom många konsumenter har varit beroende av bilen som transportmedel, men det kan vara på väg att förändras i takt med ökat utbud av eldrivna bilar och utökad kollektivtrafik. Över en längre tidsperiod – under vilken konsumenten kan förbereda sig på ett ändrat beteende – kan elasticiteten vara högre för fossila bränslen i jämförelse med en kort tidsperiod.²² I allmänhet gäller att den person som bär den största bördan av skatten, är den som har svårast att ändra sitt beteende på grund av skatten.²³

4 Koldioxidbeskattning i Sverige

Sedan flera decennier tillbaka har Sverige en koldioxidbeskattning. Den infördes redan år 1991, och var en av de första i världen. Koldioxidbeskattningen regleras i lagen (1994:1776) om skatt på energi ("energiskattelagen").²⁴ Energiskattelagen omfattar energiskatt, koldioxidskatt, svavelskatt och skatt på elektrisk kraft. Man kan säga att dessa skatter utgör så kallade punktskatter, det vill säga skatter som utgår på en viss vara, tjänst eller ett visst utsläpp. Syftet med punktskatten är normalt att styra ett visst beteende, till exempel har skatten på alkohol²⁵, tobak och cigaretter syftet att minska konsumtionen av hälsofarliga produkter och därmed bidra till förbättrad folkhälsa. Självfallet finns det också ett fiskalt syfte med punktskatterna, vilket betyder att de också ska bidra till att finansiera de offentliga utgifterna. För år 2023 beräknas koldioxidskatten

²² A.a. s. 96–97, med vidare hänvisning.

²³ A.a. s. 113.

²⁴ Det finns några rättsvetenskapliga verk som behandlar miljöskatter ur ett (delvis) svenskt perspektiv. Här ska särskilt nämnas Eriksson, Energi- och koldioxidskatten: Styrmedel eller inkomstkälla?, Umeå, 1996; Olsson, Punktskatter: Rättslig reglering i ett svenskt och europeiskt perspektiv, Iustus förlag, Uppsala, 2001; och Aldestam, EC state aid rules applied to taxes – an analysis of the selectivity criterion, Iustus förlag, Uppsala, 2005.

²⁵ Lagen (1994:1564) om alkoholskatt.

ge Sverige skatteintäkter om 22,5 miljarder kronor, vilket självfallet är ett betydande belopp.²⁶

Koldioxidbeskattningen i Sverige har successivt ökat sedan den infördes år 1991. Den uppgick vid den tidpunkten till 250 kronor per ton utsläpp av koldioxid, vilket motsvarar ungefär 24 euro per ton. År 2022 hade koldioxidskatten ökat till 1 200 kronor per ton, motsvarande ungefär 118 euro per ton.²⁷

Ett betydande antal av EU:s medlemsstater tar ut någon form av koldioxidskatt, men formerna för detta varierar kraftigt.²⁸ De initiativ som nu har tagits av kommissionen är förmodligen på väg att utvidga detta till att gälla samtliga medlemsstater.

Den koldioxidskatt som Sverige för närvarande tar ut regleras på nationell nivå av energiskattelagen, men anknyter även till det system för uttag av punktskatter som gäller enligt 2003 års energiskattedirektiv.²⁹

Energiskattelagen är lagtekniskt mycket komplicerad. Något ska inledningsvis sägas om strukturen i denna lag. I kap. 1 anges lagens tillämpningsområde. Detta kapitel innehåller också en rad viktiga definitioner. Det finns bland annat definitioner av olika slags energiprodukter, vilka bygger på EU-rättslig grund. I energiskattelagen tillämpas ”KN-nr” för att bland annat identifiera olika slags bränslen. ”KN-nr” står för ”Kombinerade nomenklaturen enligt kommissionens förordning (EG) nr 2031/2001 av den 6 augusti 2001 om ändring av bilaga 1 till rådets förordning (EEG) nr 2658/87 om tulltaxe- och statistiknomenklaturen och om gemensamma tulltaxan”, se 1 kap. 2 a § energiskattelagen. Det är emellertid inte någon generell tillämpning av de produkter som har ett ”KN-nr”, utan i energiskattelagen används dels uttrycket ”energiprodukt” som definieras i 1 kap. 3 § energiskattelagen och som hänvisar till vissa ”KN-nr”, dels särskilda

²⁶ Prop. 2022/23:1, Budgetproposition för 2023, s. 67. Som jämförelse kan nämnas att de samlade skatterna på kapital för år 2023 beräknas till 345,3 miljarder kronor, och att statens samlade skatteinkomster på arbete beräknas till 1 450,3 miljarder kronor (a.s.).

²⁷ Se regeringens webbplats, www.government.se/government-policy/taxes-and-tariffs/swedens-carbon-tax/ (kontrollerad den 4 februari 2023).

²⁸ Kommissionen har låtit genomföra en omfattande studie av energibeskattningen bland EU:s medlemsstater, se *Study on Energy Taxation Indicators*, Directorate-General for Taxation and Customs Union, Final report, 2021.

²⁹ Rådets direktiv 2003/96/EG av den 27 oktober 2003 om en omstrukturering av gemenskapsramen för beskattning av energiprodukter och elektricitet, EUT L 283, 31.10.2003, s. 51.

hänvisningar till ”KN-nr”, exempelvis i 2 kap. 1 § energiskattelagen om skattepliktens omfattning och skattebelopp.³⁰

Det finns ett relativt stort antal undantag från skattskyldighet för de skatter som omfattas av energiskattelagen. Här finns inte möjlighet att närmare gå in på alla undantag, men ett par av dem ska ändå lyftas fram för att illustrera dem. I 6 a kap. energiskattelagen anges i tabellform en rad undantag avseende bränsle som används för särskilt angivna ändamål. Undantag gäller exempelvis för bränsle som används i vissa ”metallurgiska processer”, vilket bland annat omfattar stålframställning, och bränsle som används för förbrukning i tåg eller annat spårbundet färdmedel. Förteckningen över undantag är relativt svårtillgänglig eftersom den innehåller ett tekniskt språkbruk fjärran från vardagsspråkets benämningar. Enligt min mening borde det övervägas att komplettera några av de nuvarande uttrycken med vardagliga beteckningar. Det handlar förstas om att göra lagen mer tillgänglig för allmänheten.

Även om det är den som yrkesmässigt säljer drivmedel som ska betala koldioxidskatten till staten, är det i praktiken slutkonsumenten som bär bördan av koldioxidskatten. Det är nämligen så att oljebolaget övervärtar skatten på konsumenten genom att inkludera skatten i priset på drivmedel som bensin.

Under de senaste åren har en rad nya lagkrav uppställts avseende fordon som drivs med fossila bränslen.³¹ För tillverkare av bilar och lätta lastbilar som säljs inom EU gäller nya krav på minskade koldioxidutsläpp. Utsläppen från sådana fordon som säljs inom EU ska reduceras kraftigt mellan åren 2025 och 2030. På motsvarande sätt ska också utsläpp från tunga lastbilar reduceras.

Den svenska koldioxidskatten är fokuserad på utsläpp av koldioxid som härrör från fossila bränslen som används för drivmedel och uppvärmning. Det finns dock även andra verksamheter som bidrar till koldioxidutsläpp. Stål- och cementtillverkning bidrar relativt sett till en betydande del av utsläpp av koldioxid. Traditionell ståltillverkning kräver fossilt bränsle i form av kol, och kolförbränningen medför förstas utsläpp av koldioxid. Även tillverkningen av cement medför utsläpp av koldi-

³⁰ Den regering som tillträdde under hösten 2022 har genomfört en rad ändringar i energiskattelagen, som träder i kraft i början av år 2023. Det har dessvärre inte varit möjligt att inom ramen för denna artikel behandla dessa omfattande förändringar, utan jag får återkomma till dem i ett annat sammanhang.

³¹ Se härom prop. 2020/21:1, Budgetproposition för 2021, bilaga Klimatredovisning, s. 142–145.

oxid. För närvarande finns undantag från koldioxidbeskattning vad gäller ståltillverkning. Det skäl som brukar anföras är att en koldioxidbeskattning skulle medföra en fördyring av svenskt stål som skulle försvåra den internationella konkurrensen för svenska stålproducenter.

Under de senaste åren har initiativ tagits för att i Sverige producera så kallat ”grönt stål”, som inte kräver kolförbränning i tillverkningsprocessen. Det slaget av ståltillverkning kräver emellertid stora mängder elektricitet, och härigenom uppstår ett dilemma. Är utbyggnad av kraftstationer i floder och älvar ett alternativ för att säkra elförsörjningen? Är elkraft producerad i befintliga eller nya, moderna kärnkraftverk ett hållbart alternativ? För den här framställningens syften får det vara tillräckligt att lyfta fram dessa problem, som förstås sträcker sig bortom skatterättens område.

5 Avslutande reflektioner

Sverige var en av de första staterna i världen som införde koldioxidbeskattning. Uttaget av koldioxidskatt sker i enlighet med energiskattelagen som delvis bygger på EU:s energiskattedirektiv. Vad gäller exempelvis koldioxidbeskattning har Sverige valt att gå längre än vad direktivet kräver. I normalfallet är det leverantören av exempelvis bensin som är skattskyldig för koldioxidskatten och som betalar in den till staten. I praktiken är det emellertid slutkonsumenten som i stor omfattning bär bördan av skatten eftersom den övervältras genom att den ingår i priset för varan när konsumenten köper den. Energiskattelagen är svårtillgänglig både genom sin övergripande struktur och genom de hänvisningar som sker till annan lagstiftning. En översyn av energiskattelagen är önskvärd. Visserligen är det specialister vid företag och Skatteverket som tillämpar lagen, men ytterst är det vanliga konsumenter som bär skattebördan.

Det finns vissa allmänna syften med koldioxidbeskattning som bör lyftas fram. Det första syftet är en frikoppling mellan negativ miljöpåverkan och ekonomisk tillväxt.³² Det ska med andra ord vara möjligt för ett samhälle att ha ekonomisk tillväxt utan att det medför ökad negativ miljöpåverkan. Sverige införde koldioxidbeskattning år 1990, och sedan dess

³² Se härom Åkerfeldt, Hur en koldioxidskatt kan bidra till en bättre värld, SvSkT, 2018, s. 698 ff.

har utsläppen av koldioxid minskat med 26 procent samtidigt som bruttonationalprodukten har ökat med 75 procent.³³

För att koldioxidskatten ska fungera som styrmedel bort från användningen av exempelvis fossila bränslen är det viktigt att samhället också tillhandahåller alternativ. Alternativen kan erbjudas av både privata och statliga aktörer, men staten bör enligt min mening ha ett särskilt ansvar för den övergripande bevakningen av området och för att tillhandahålla incitament och infrastruktur som syftar till att minska koldioxidutsläppen. Genom klimatlagen (2017:720) har staten också tagit ett sådant övergripande ansvar.³⁴

I denna artikel har uttaget av koldioxidskatt diskuterats i ljuset av både det internationella och nationella arbetet för att minska koldioxidutsläppen. Här har diskuterats koldioxidskatt och handel med utsläppsrätter. Dessa åtgärder är en börda för den som släpper ut koldioxid, skatt respektive avgift. Följden blir att utsläppen minskar, och i vilken grad beror på skattens eller avgiftens storlek. Ett annat förhållningssätt är att subventionerna – ge bidrag – till den som minskar sina utsläpp av koldioxid. Det har lämnats tänkvärda förslag om att också införa, eller förstärka redan befintliga, statliga subventioner för den som tar bort koldioxid. Andersson förespråkar ett system som symmetriskt behandlar utsläpp av koldioxid i jämförelse med borttagande av koldioxid.³⁵ I ett sådant system ska ett utsläpp av ett ton koldioxid ge en skatt eller avgift som är lika stor som den subvention som erhålls om någon, exempelvis ett företag, tar bort ett ton koldioxid.³⁶

En starkt bidragande faktor till de minskade koldioxidutsläppen i Sverige gäller metoden för uppvärmning av bostadshus och kontor. Före 1990-talet skedde uppvärmningen i hög grad med fossila bränslen, inte

³³ Åkerfeldt, a.st.

³⁴ Klimatlagen (2017:720) är en kort lag med fem paragrafer. Den reglerar regeringens klimatpolitiska arbete, vad arbetet ska syfta till och hur det ska bedrivas. Det framgår bl.a. (2 §) att arbetet ska vara inriktat på att minska utsläppen av koldioxid och andra växthusgaser.

³⁵ Andersson, Skatter för att minska koldioxid i atmosfären, SvSkT, 2020, s. 367–377.

³⁶ A.a. s. 376. Brännlund och Kriström har föreslagit att helt avskaffa eller i varje fall kraftigt minska energiskatten. Den borttagna energiskatten skulle finansieras med en justerad mervärdesskatt. Bakgrunden till detta förslag är framförallt att energiskatten i hög grad är baserad på fossila bränslen, och dessa är på väg att fasas ut genom en rad andra åtgärder från lagstiftarens sida. Se Brännlund och Kriström, Svensk miljöbeskattning – ett reformförslag, SNS, Stockholm, 2020.

minst med oljeeldade värmepannor. Under de senaste decennierna har en övergång skett till kommunala fjärrvärmeverk som förser tätorter med uppvärmning. Fjärrvärmeverken drivs i betydande omfattning genom förbränning av förnyelsebara energikällor och hushållsavfall.³⁷ Ett utbyggt system för kollektivtrafik möjliggör förstås övergång från fossil-drivna fordon till tåg, buss och spårvagn som drivs med el eller andra alternativa energikällor.

I början av år 2021 var det 25 stater som hade någon form av koldioxidskatt, och merparten av dem var europeiska stater.³⁸ Det kan dock noteras att varken Tyskland eller Italien hade någon koldioxidskatt vid denna tidpunkt. Fyra av världens största utsläppare av koldioxid har inte någon koldioxidskatt, nämligen Folkrepubliken Kina, Ryska federationen, Indien och USA. År 2018 stod dessa fyra stater för mer än 50 procent av världens koldioxidutsläpp.³⁹ Konsumenter av varor och tjänster producerade i dessa stater finns emellertid över hela världen. Det globala samhällsansvaret för utsläppen vilar på många axlar.⁴⁰

Problemet med koldioxidutsläpp är globalt. Självfallet vore globala lösningar att föredra för att lösa problemet. En åtgärd lär emellertid inte vara tillräcklig, utan ett spektrum av olika åtgärder krävs. Koldioxidskatt är en viktig komponent för att nå målet att den globala uppvärmningen inte ska överstiga 1,5 grader Celsius fram till år 2050, vilket beslutades på Förenta nationernas miljökonferens, COP26, i Glasgow i november 2021.

Det finns också förslag om att införa hållbarhetsaspekter inom ramen för OECD/G20:s förslag om Pelare 1.⁴¹ Kanske är det kombinationen av å ena sidan pålagor i form av skatter och avgifter, och å andra sidan bidrag för att främja rening och infångning av koldioxid som är den mest effektiva vägen framåt. På ett generellt plan är förstås medvetenheten om klimatförändringarna av stor betydelse. Information baserad på vetenskaplig grund är ett fundament, liksom en levande kritisk debatt om klimatförändringarna och deras orsaker.

³⁷ Åkerfeldt, a.st.

³⁸ Uppgifterna om koldioxidbeskattning i världen är hämtade från VanderWolk, Carbon tax: The global perspective, Bulletin, 2021, s. 250–255, här s. 251.

³⁹ A.st.

⁴⁰ Olika slags avgifter och skatter finns på utsläpp av växthusgaser i alltfler stater, även i många utvecklingsländer, se OECD, Pricing Greenhouse Gas Emissions, Paris, 2022, bl.a. s. 50.

⁴¹ Chatel och Li, Repurposing Pillar One into an incremental global tax for sustainability: A collective response to a global crisis, Bulletin, 2021, s. 230–249.

I USA sker för närvarande en satsning på infångning av koldioxid, vilket går under beteckningen ”carbon capture and storage”, förkortat ”CCS”. Detta är en del av Biden-administrationens mål att kraftigt reducera nettoutsläppen till år 2050. Det finns dessutom särskilda skatteincitament till företagen för att investera i CCS. Åtgärder angående CCS är ännu bara i början men de kan komma att öka under den närmaste tiden. Kritiska röster har höjts som uttrycker att CCS är ett sätt för de stora oljeföretagen att fortsätta sin utvinning av olja och gas, och att det försenar övergången till förnybara eller fossilfria bränslen.⁴²

Den 16 augusti 2022 undertecknade president Joe Biden ”the Inflation Reduction Act” som bland annat innehåller omfattande stödåtgärder till USA:s näringsliv för att investera i hållbar teknik och skatteincitament för att använda hållbara energikällor.⁴³ Från europeiskt håll har kritik framförts mot den amerikanska lagstiftningen eftersom utländska företag, med vissa undantag, inte omfattas av stimulansåtgärderna. Det amerikanska initiativet kan komma att följas av liknande europeiska initiativ.⁴⁴

Energibeskattnings är på väg att bli ett av de viktigaste områdena i internationell skatterätt. Utvecklingen sker för närvarande i mycket hög takt. Om de globala klimatmålen ska nås är skatterätten ett viktigt redskap.

⁴² Se Financial Times, 20 October 2022, ”Put up or shut up”: can Big Oil prove the case for carbon capture?

⁴³ Robes Santos, Biden signs Inflation Reduction Act with 15% corporate minimum tax, other tax measures, IBFD, 17 August 2022.

⁴⁴ Farris, European Council president: Differences remain with US over Inflation Reduction Act, IBFD, 20 January 2023; and Farris, Germany and France allied against US Inflation Reduction Act; Turnabout fair play?, IBFD, 24 January 2023.

Maria Forsberg

Ekologiskt funktionella paragrafer vid skydd och restaurering av natur

1 Inledning

Biologisk mångfald är i kris. Det är sen gammalt. Jag syftar då inte på den naturliga evolutionära process där arter genom historien har upphört att existera, utan på den kunskap som mänskligheten besitter sedan decennier om att mänsklig påverkan har påskyndat processen tio till hundratal gånger snabbare.¹ I decennier har strategier för att hejda förlusten av biologisk mångfald antagits, men vid varje målår har slutsatsen dragits att målet inte har kunnat nås.² Fortfarande är biologisk mångfald i kris.³

Sedan decennier finns även rättsakter på plats med syfte att skydda och bevara biologisk mångfald. Inom EU utgör de två naturvårdsdirektiven, fågeldirektivet⁴ (FD) och art- och habitatdirektivet⁵ (AHD), hörnstenarna i EU:s naturvårdsarbete. I Sverige har rättsakterna många gånger

¹ IPBES (2019), Global assessment report of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services, Brondízio, E. S., Settele, J., Díaz, S., Ngo, H. T. (eds). IPBES secretariat, Bonn, Germany. 1144 pages. ISBN: 978-3-947851-20-1, s. 207.

² Se t.ex. Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om restaurering av natur, COM(2022) 304 final, (Kommissionen 2022), s. 2 f.

³ IPBES (2019), s. 206 ff.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/147/EG av den 30 november 2009 om bevarande av vilda fåglar (kodifierad version).

⁵ Rådets direktiv 92/43/EEG av den 21 maj om bevarande av livsmiljö samt vilda djur och växter.

skapat en infekterad debatt om att vara alltför långtgående,⁶ men utvärderingar visar att arter och livsmiljöer som skyddas under direktiven till övervägande del saknar gynnsam bevarandestatus⁷. Så mycket som 81 % av livsmiljöerna och 63 % av arterna som skyddas under art- och habitatdirektivet har ogynnsam bevarandestatus.⁸ För att möta denna kris har EU inte bara antagit ännu en ny strategi för biologisk mångfald,⁹ utan även föreslagit en förordning om restaurering av natur (nedan restaureringsförordningen, RF).¹⁰ Förslaget och den nya strategin betonar att det inte är tillräckligt med att enbart skydda och bevara den natur som finns kvar.¹¹ För att kunna vända den negativa trenden behöver livsmiljöer även restaureras och i förekommande fall återetableras.

Den här artikeln granskar och diskuterar EU-kommissionens förslag till förordning om restaurering av natur i ljuset av tidigare rättsutveckling på området. Vilka brister finns i gällande rätt om skydd av natur och kan den nya förordningen läka dessa brister? Förordningen omfattar restaurering av såväl sötvattensekosystem som marina, terrestra och kustnära ekosystem. I fokus för den här artikeln ligger terrestra ekosystem och särskilt etableringen av funktionella ekologiska nätverk i landskapet.¹² Även om exempel kommer att ges från svensk rätt är perspektivet för artikeln främst EU-rättsligt.

⁶ Om debatten, se t.ex. Michanek, G., Darpö, J., Sandström, J., Skogsstyrelsens analys är alltför grund, *Altinget*, 1 mars 2022, <https://www.altinget.se/artikel/skogsstyrelsens-analys-ar-alltfor-grund> (åtkomst 2 januari 2023).

⁷ "Gynnsam bevarandestatus" är det kvalitetsmål som åtgärder under art- och habitatdirektivet ska syfta mot. Begreppet definieras i art. 1.e AHD (livsmiljöer) och art. 1.i AHD (arter).

⁸ EEA Report No 10/2020, *State of nature in the EU – Results from reporting under the nature directives 2013–2018*, s. 41 och 46.

⁹ Se EU:s strategi för biologisk mångfald för 2030 – Ge naturen större plats i våra liv, COM(2020) 380 final.

¹⁰ Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om restaurering av natur, COM(2022) 304 final.

¹¹ Jfr även Europaparlamentets resolution av den 9 juni 2021 om EU:s strategi för biologisk mångfald för 2030: Ge naturen större plats i våra liv (2020/2273(INI)) där behovet av ytterligare bindande lagkrav betonas.

¹² För en bredare analys om styrkor och svagheter med förslaget, se bl.a. Hoek, N. (2022), *A critical analysis of the proposed EU regulation on nature restoration: have the problems been resolved?*, *European Energy and Environmental Law Review*, 2022, Vol. 31, No 5, s. 320–333.

2 Bakgrund

Fågeldirektivet antogs redan år 1979 som ett svar på den negativa trend av minskande antal fåglar inom EU. Minskningen identifierades som ett allvarligt hot mot biologisk mångfald och mot det gemensamma arv medlemsstaterna är satta att förvalta.¹³ Som ett led i att genomföra Bernkonventionen¹⁴ kompletterades skyddet av fåglar år 1992 när art- och habitatdirektivet antogs. Genom direktivet skyddas numer även vissa listade livsmiljötyper¹⁵ och djur- och växtarter¹⁶.

Ett effektivt sätt att skydda naturen på är att skydda områden som sådana mot skadlig påverkan genom att inrätta så kallade områdesskydd.¹⁷ Att skydda all natur genom formellt skydd är dock inte görligt samtidigt som vissa naturvärden utanför skyddade områden också behöver skyddas för att kunna nå mål om att bevara biologisk mångfald. Det kan till exempel röra sig om hotade arter som migrerar över stora områden eller som förekommer i mindre populationer spridda i landskapet. Båda naturvårdsdirektiven bygger på dessa två kompletterande bevarandestrategier – skydd och bevarande av områden (Natura 2000-områden) och skydd av arter (artskyddsreglerna).

Trots uppenbara brister med direktiven, såsom att målen om gynnsam bevarandestatus inte nås, ansågs direktiven ”fit for purpose” år 2016.¹⁸ Många av de brister och otydligheter som finns i direktiven har i viss mån läkts genom en omfattande praxisbildning av EU-domstolen rörande såväl Natura 2000-bestämmelserna som artskyddsreglerna. Därtill har EU-kommissionen antagit flera vägledningar om tillämpningen av reglerna. I många fall har reglerna tolkats i en riktning som skapat utrymme för

¹³ Se preambeln till fågeldirektivet.

¹⁴ Konventionen om skydd av europeiska vilda djur och växter samt deras naturliga miljö, Bern den 19 september 1979, SÖ 1983:30.

¹⁵ Se bilaga 1 AHD.

¹⁶ Se bilaga 2, 4 a och 4 b AHD.

¹⁷ Se t.ex. 7 kap. miljöbalken (1998:808, MB) där olika typer av formellt områdesskydd regleras såsom naturreservat och nationalparker. Notera dock att dessa områdesskydd ger skydd mot direkt mänsklig påverkan, inte indirekt påverkan genom t.ex. klimatförändringar. Om bristerna med art- habitatdirektivet i detta avseende, se Hoek (2022), s. 322.

¹⁸ Commission Staff Working Document Fitness Check of the EU Nature Legislation (Birds and Habitats Directive), SWD (2016) 472 final.

mänsklig utveckling,¹⁹ men även i linje med att skapa ett funktionellt skydd av arter och livsmiljöer.

3 Krav på ekologisk funktionalitet i gällande rätt

Såväl bestämmelserna om Natura 2000 som artskyddsreglerna utgår från ekologiska kriterier vid tolkning och tillämpning av reglerna. Det är till exempel endast på basis av ornitologiska kriterier som medlemsstaterna får avgöra vilka områden som ska inrättas som Natura 2000-områden under fågeldirektivet.²⁰ Natura 2000-områden ska utses dels för vissa listade fågelarter under fågeldirektivet,²¹ och dels för listade livsmiljöer och djur- och växtarter under art- och habitatdirektivet.²² Även när det gäller att bedöma vilket skydd som områdena ska ges mot skadlig påverkan står områdets så kallade ekologiska integritet i centrum.²³ Om det finns en risk för att en plan eller ett projekt kan påverka ett område på ett betydande sätt, måste projektet enligt artikel 6.3 AHD förprövas.²⁴ Tillstånd kan som huvudregel endast ges om det ur ett vetenskapligt perspektiv inte föreligger några rimliga tvivel om att verksamheten inte kan ha någon skadlig inverkan på bevarandemålen.²⁵ Undantag från förbudet att ge tillstånd till verksamheter som kan skada områdets integritet ges i artikel 6.4 AHD. De kumulativa förutsättningar för dispens är att det saknas alternativa lösningar, att projektet behöver genomföras av tving-

¹⁹ Se t.ex. nedan om EU-kommissionens pragmatiska tolkning av artskyddsförbuden i art. 12 AHD i relation till pågående markanvändning såsom jord- och skogsbruk.

²⁰ Se t.ex. C-235/04 Kommissionen mot Spanien, p. 26. Motsvarande gäller vid utseende av Natura 2000-områden under art- och habitatdirektivet, se C-371/98 (*First Corporate Shipping*).

²¹ Se art. 4.1 FD och bilaga 1. Kravet gäller även för regelbundet förekommande flyttfåglar som inte listas i bilaga 1, under de förutsättningar som anges i art. 4.2 FD.

²² Se art. 3 AHD och bilaga 1 (livsmiljötyper) och bilaga 2 (arter).

²³ Bedömningen sker i ljuset av områdets bevarandemål, se art. 6.3 AHD och Kommissionens tillkännagivande C(2018) 7621 final, Bryssel den 21.11.2018, Förvaltning av Natura 2000-områden – Bestämmelserna i artikel 6 i habitatdirektivet (92/43/EEG), s. 46 f.

²⁴ Undantag görs för de planer och projekt som hänger samman med skötseln och förvaltningen av området.

²⁵ Se C-127/02 (*Waddenzee*).

ande orsaker som har ett väsentligt samhällsintresse samt att ekologiska kompensationsåtgärder vidtas.

Vad gäller artskyddsreglerna kan först konstateras att artskyddet gäller såväl utanför som inom Natura 2000-områden. Genom artskyddsreglerna är det förbjudet att avsiktligt²⁶ döda, skada eller störa fåglar (artikel 5 FD) och vissa listade arter (artikel 12 AHD). Vid en bokstavstolkning av artskyddsreglerna i fågeldirektivet förefaller det endast vara fåglarna som sådana, deras ägg och deras bon som omfattas av skyddet. Vid en jämförelse med utformningen av artskyddsreglerna i art- och habitatdirektivet stärks den slutsatsen. När art- och habitatdirektivet antogs ansåg lagstiftaren det angeläget att inte bara skydda arten som sådan utan även viktiga livsmiljöer kopplade till arternas reproduktion och fortlevnad. Enligt art. 12.1.d AHD är det därför förbjudet att skada eller förstöra parningsplatser eller rastplatser. Skyddet ansågs därtill så centralt för artbevarande att rekvisitet ”avsiktligt” slopades.²⁷ Något motsvarande skydd föreskrivs inte uttryckligen för fåglar i art. 5 FD. Om ett sådant skydd likväl finns återkommer jag till nedan.

Syftet med skyddet av parnings- och rastplatser är att tillgodose områdenas funktion för arterna vad gäller fortplantning och vila. Man brukar tala om områdets ekologiska funktionalitet.²⁸ Redan en gradvis försämring av livsmiljöernas funktion omfattas av förbudet i artikel 12 AHD.²⁹ Just fokus på områdets funktion kan dock även skapa utrymme för mänsklig verksamhet i områden med skyddade arter. Genom en pragmatisk tolkning av reglerna menar EU-kommissionen att förbuden i artikel 12.1.d AHD inte triggas trots att delar av en ”parnings- eller rastplats” påverkas, om åtgärder vidtas för att säkerställa *kontinuerlig eko-*

²⁶ Av EU-domstolens praxis följer att det är tillräckligt med en medveten risk för att avsiktlighetsrekvisitet ska vara uppfyllt, se t.ex. C-103/00 (*Caretta caretta*) och C-221/04 (*spanska uttern*), p. 71. Se vidare om rekvisitet ”avsiktligt” i Darpö, J., och Lindahl, H., Vindkraft, fåglar och brister i höjden. Om artskydd vid prövning av vindkraftverk – analys del II, JP Miljönet 2015-10-08, och Michanek, G., Artskyddet, politiken och juridiken, i Blomstrand, S., Carlsson, M., Mattson, D., Skarhed, A., Unger, S. (red), Bertil Bengtsson 90 år, Jure 2016, s. 388.

²⁷ Se mål C-98/03 där EU-domstolen bekräftar att lagstiftaren har haft för avsikt att ge dessa livsmiljöer ett starkare skydd.

²⁸ EU-kommissionen (2021), Vägledning om strikt skydd för djurarter av intresse för gemenskapen i enlighet med rådets direktiv 92/43/EEG om bevarande av livsmiljöer, C(2021) 7301 final, 34.

²⁹ EU-kommissionen (2021), s. 38.

logisk funktion (KEF).³⁰ En verksamhet, t.ex. skogsbruk, som påverkar delar av en parnings- eller rastplats behöver således inte söka dispens från förbudet i enlighet med artikel 16 AHD, om så kallade KEF-åtgärder vidtas som garanterar att områdets funktion för den specifika arten inte försämras. Försiktighetsprincipen är vägledande för prövningen. Det måste råda en ”hög grad av säkerhet att åtgärderna räcker för att undvika skada eller förstörelse”.³¹ För att kunna säkerställa att KEF upprätthålls krävs ett rättsligt ramverk med formella rutiner, såsom ett tillstånds- eller planeringssystem,³² liksom goda kunskaper om områdets ekologi.³³

För att återgå till fåglarna finns som nämnts inget uttryckligt förbud mot att skada fåglars parnings- eller rastplatser i art. 5 FD. Direktivet föreskriver förbud mot att avsiktligt förstöra eller skada fåglarnas bon och ägg (art. 5 b) och att avsiktligt störa fåglarna, särskilt under deras häcknings- och uppfödningstid (art. 5 d). Detta har domstolen emellertid tolkat som att artikel 5 FD kräver ”att medlemsstaterna anta ett heltäckande och effektivt regelverk [...] genom att – i likhet med vad som föreskrivs i artikel 12 i [art- och habitatdirektivet] – genomföra konkreta och specifika skyddsåtgärder som gör det möjligt att säkerställa att ovan nämnda förbud respekteras [här artikel 5 b och d FD], vilka främst syftar till att skydda häcknings- och rastplatserna för de fåglar som omfattas av fågeldirektivet”, det vill säga samtliga vilda fågelarter.³⁴

Även vid tolkningen av fågeldirektivet ligger således ekologisk funktionalitet i fokus. Att den svenska implementeringen av naturvårdsdirektivens artskyddsregler nyligen har förändrats och numer återger respektive artikel, artikel 5 FD och artikel 12 AHD, mer bokstavstroget i separata paragrafer,³⁵ innebär således inte ett försämrat skydd för fåglars häck-

³⁰ EU-kommissionen (2021), s. 40.

³¹ EU-kommissionen (2021), s. 40.

³² EU-kommissionen (2021), s. 18 ff. och s. 40. Se vidare Forsberg, M., Landskapsplanering för naturvård och virkesproduktion – särskilt med koppling till ersättningsrätten, *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, 2018:1.

³³ EU-kommissionen (2021), s. 35.

³⁴ C-441/17 (*Białowieża*), p. 252. Se även de förenade målen C-473/19 och C-474/19 (*Skydda Skogen*), p. 35 där EU-domstolen bekräftar tolkningen. Att direktivet omfattar skydd av samtliga vilda fåglar, inte bara de som är listade under direktivet eller är hotade eller sårbara, se art. 1 FD och de förenade målen C-473/19 och C-474/19, p. 45.

³⁵ Jfr 4 och 4 a §§ med den tidigare lydelsen av 4 § i artskyddsförordningen (2007:845). Den tidigare implementeringen av naturvårdsdirektivens artskyddsförbud reglerades i en och samma paragraf och följde då samma lydelse som art. 12 AHD, vilket innebar att lydelsen även inbegrep skydd av fåglars fortplantingsområden och viloplatsar.

nings- och rastplatser eftersom den svenska rätten ska tolkas i ljuset av EU-rätten och EU-domstolens praxis.³⁶

4 Brister i gällande rätt

Som beskrivits ovan finns redan långtgående krav på medlemsstaterna att skydda arter och vissa listade livsmiljöer genom de två naturvårdsdirektiven. Att biologisk mångfald likväl befinner sig i kris inom EU beror till viss del på ett otillräckligt genomförande av existerande regelverk,³⁷ men nuvarande regelverk har dock även uppenbara luckor. Ett sådant exempel är skydd av listade livsmiljöer. Till skillnad från listade arter, som både skyddas via reglerna om Natura 2000 och artskyddsreglerna, saknas skydd under art- och habitatdirektivet för listade livsmiljöer *utanför* Natura 2000-områden. För att nå mål om att bevara biologisk mångfald finns ett behov av att åstadkomma funktionella ekologiska nätverk i landskapet, så kallad grön infrastruktur, vilket kräver naturvårdsinsatser även utanför skyddade områden.³⁸ Det finns idag inga krav i naturvårdsdirektiven på att åstadkomma en sådan grön infrastruktur i landskapet. Artikel 10 i art- och habitatdirektivet anger förvisso att medlemsstaterna ska *sträva efter att främja* skötseln och förvaltningen av de ”element i naturen [utanför Natura 2000-områden] som är av avgörande betydelse för vilda djur och växter”, men det gäller bara i den mån medlemsstaterna anser det nödvändigt.³⁹ Trots den avgörande betydelsen av dessa element, liksom behovet av att skapa konnektivitet mellan skyddade områden, är det idag tillåtet att bruka naturen utanför Natura 2000-områden på ett sådant sätt att den fragmenteras eller helt försvinner.⁴⁰ Detta gäller även de listade livsmiljöer som under art- och habitatdirektivet har identifie-

³⁶ Se förordningsmotiv fm 2022:05 till förordning om ändring i artskyddsförordningen (2007:845), s. 3 f. och SOU 2021:51 Skydd av arter – vårt gemensamma ansvar, del 2, s. 1054.

³⁷ Se t.ex. EU:s strategi för biologisk mångfald för 2030, s. 3 f. och där angivna källor.

³⁸ Se vidare om behovet av konnektivitet och naturvårdsstrategi på landskapsnivå, Michanek, G., Bostedt, G., de Jong, J., Ekvall, H., Forsberg, M., Hof, A., Sjögren, J., Zabel von Felten, A., (2019), Landskapsplanering av skog – för biologisk mångfald och ett varierat skogsbruk, Naturvårdsverkets rapport 6909, s. 17 ff. Se även Riksrevisionen, Skyddet av värdefull skog, rapport RIR 2018:17, s. 6.

³⁹ Art. 10 AHD.

⁴⁰ Undantaget det skydd som ges livsmiljöer inom ramen för artskyddsreglerna, d.v.s. om livsmiljön utgör en rast- eller parningsplats för listade arter eller för fåglar, om dessa skulle komma att störas av att livsmiljön försämras, jfr art. 5 FD och art. 12 AHD.

rats som prioriterade livsmiljötyper, till exempel västlig taiga, och oaktat om livsmiljön har gynnsam bevarandestatus eller inte.

En annan brist med naturvårdsdirektiven är att de inte uttryckligen föreskriver en proaktiv förvaltning av landskapets värden utifrån ett landskapsperspektiv. Av EU-domstolens praxis och kommissionens vägledning går dock att utläsa att bestämmelserna om artskydd behöver vila på en förebyggande strategi för att reglerna ska kunna implementeras och tillämpas på ett tillfredställande sätt.⁴¹ I Sverige saknas i mångt och mycket en sådan förebyggande strategi liksom beaktande av landskaps-ekologiska förhållanden vid beslutsfattande om skydd och nyttjande av naturresurserna.⁴² Detta resulterar i en ad hoc-tillämpning av artskyddsreglerna där beslutsfattandet styrs av reaktiva processer (till exempel genom en inkommen avverkningsanmälan) snarare än proaktiv förvaltning. Istället för att utvärdera landskapets värden och planera för var brukande respektive bevarande lämpligast bör äga rum, har principen om först till kvarn gjort sig gällande.⁴³ Först när KEF inte längre kan upprätthållas har en åtgärd förbjudits. I praktiken har det inneburit att det inte alltid är de mest optimala och kostnadseffektiva ytorna i landskapet som skyddats för att till exempel åstadkomma konnektivitet.⁴⁴ Tillämpningen kan även upplevas som oförutsebar för markägare och andra aktörer i landskapet.

Ytterligare ett tillkortakommande med nuvarande regelverk är att fokus ligger vid skydd och bevarande av redan existerande livsmiljöer, trots att dessa många gånger är för få, för små eller för spridda i landskapet för att kunna säkerställa ett effektivt skydd av biologisk mångfald.⁴⁵

⁴¹ Se t.ex. de förenade målen C-473/19 och C-474/19 (*Skydda Skogen*), p. 77 och EU-kommissionen (2021), s. 20 och s. 40.

⁴² Se vidare Michanek et al. (2019), avsnitt 3.8 och s. 39 ff. Jfr Skogsstyrelsens och Naturvårdsverkets pågående regeringsuppdrag om att ta fram förebyggande strategier och arbetssätt, riktlinjer och vägledningar för artskydd i skogen, regeringsbeslut M2022/00809 av den 13 april 2022. Uppdraget ska rapporteras senast den 30 september 2023.

⁴³ Se Forsberg (2018), s. 86.

⁴⁴ Riksrevisionen (2018), s. 6 och 34 f.

⁴⁵ Om bristen på livsmiljöer i skogen, se Skogsstyrelsen, Levande skogar – fördjupad utvärdering 2023, Rapport 2022/12, s. 23.

5 Förslag till förordning om restaurering av natur

Den nu föreslagna förordningen om restaurering av natur är en del av EU:s gröna giv.⁴⁶ Förordningen har som målsättning att bidra till återhämtning av biologisk mångfald, resilient natur och att nå mål om begränsning av, och anpassning till, klimatförändringen.⁴⁷ Genom förordningen föreslås rättsligt bindande mål om att återskapa skadade ekosystem. Kommissionen lyfter särskilt fram behovet av att restaurera ekosystem som har störst potential att fånga in och lagra koldioxid liksom att förebygga och minska effekterna av klimatförändringen.⁴⁸

Restaureringsmålen och restaureringskyldigheter anges i förordningens kapitel II och en central artikel i sammanhanget är artikel 4. Här anges rättsligt bindande krav på dels restaurering till *gott tillstånd*⁴⁹ av de livsmiljötyper som förtecknas i bilaga I och dels krav på återetablering av dessa livsmiljötyper.⁵⁰ Sådana åtgärder ska senast år 2030 vidtas för minst 30 % av arealen för livsmiljötypen som inte är i gott tillstånd, alternativt den ytterligare areal som krävs för att uppnå gynnsam referensareal⁵¹. Senast år 2040 gäller att motsvarande ska ha uppnåtts på minst 60 % av arealen och senast år 2050 på minst 90 % av arealen. I artikel 4 stipuleras även krav på att kontinuerligt åstadkomma förbättringar av de listade

⁴⁶ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, 55 %-paketet ("Fit for 55"): nå EU:s klimatmål 2030 för klimatneutralitet, COM(2021) 550 final.

⁴⁷ Art. 1 RF.

⁴⁸ Se Arbetsdokument från kommissionens avdelningar sammanfattningar av konsekvensbedömningsrapporten, följedokument till förslag Europaparlamentets och rådets förordning om restaurering av natur, (SWD)2022 168 final, s. 1.

⁴⁹ *Gott tillstånd* definieras som "ett tillstånd där de viktigaste egenskaperna hos ett ekosystem, dvs. dess fysiska, kemiska, kompositionella, strukturella och funktionella tillstånd och dess landskaps- och havsmiljöelement, avspeglar den höga nivå av ekologisk integritet, stabilitet och resiliens som är nödvändig för att säkerställa att det bibehålls på lång sikt", se art 3(4) RF.

⁵⁰ Se art. 4.1 och 4.2 RF.

⁵¹ Med *gynnsam referensareal* avses "den totala arealen av en livsmiljötyp i en viss biogeografisk region eller marin region på nationell nivå som anses vara det minimum som krävs för att säkerställa långsiktig livskraft hos livsmiljötypen och dess arter samt samtliga dess signifikanta ekologiska variationer inom dess naturliga intervall, och som består av arealen för livsmiljötypen och, om den arealen inte är tillräcklig, den areal som är nödvändig för att återetablera livsmiljötypen", se art. 3(5) RF.

livsmiljötyperna liksom att ett försämringsförbud ska gälla.⁵² I kapitel två finns även specifika restaureringskrav kopplade till särskilda ekosystem, till exempel restaurering av marina ekosystem (artikel 5), urbana ekosystem (artikel 6), jordbruksekosystem (artikel 9) och skogliga ekosystem (artikel 10). Här återfinns även vissa specifika målsättningar och krav kopplade till restaurering av populationer av pollinatörer (artikel 8).

I de nästföljande kapitlen i förordningen finns krav på att anta nationella restaureringsplaner (kapitel III) och övervakning och rapportering (kapitel IV). I det följande kommer några delar av förordningen att belysas och analyseras något djupare.

6 Styrkor och brister med restaureringsförordningen i ljuset av gällande rätt

6.1 Holistiskt perspektiv och samordning

Restaureringsförordningen är ett ambitiöst förslag som förutsätter proaktiv planering från ett landskapsperspektiv liksom en koordinerad förvaltning av olika funktioner och element i landskapet, såsom kolbindning, biologisk mångfald och vattenförvaltning. Med den föreslagna förordningen tas ett mer holistiskt perspektiv på förvaltningen av natur och en styrka med förordningen är att den redan i målsättningen kopplar samman restaurering av natur med förutsättningar för att nå klimatmål. Den uttryckliga kopplingen mellan biologisk mångfald och klimatet har ett signalvärde i sig. En begränsning av klimatförändringen och anpassningen till dess effekter går hand i hand med resilienta ekosystem. Även om dagens omfattande regelmassa på miljöområdet många gånger utgår från ekologiska gränser och adaptiv förvaltning, präglas den också av stuprörslösningar där olika element regleras separat, såsom rättsakter om vatten, skydd av arter och livsmiljöer, klimat, kemikalier, etcetera. Den nu föreslagna förordningen har ambitionen att både komplettera befintliga rättsakter liksom att förbättra samordningen mellan dessa.⁵³ Trots ambitionen finns vissa otydligheter vad gäller vissa konkreta kopplingar och möjliga konflikter mellan förslaget och befintliga rättsakter, något som kommer att uppmärksammas nedan.

⁵² Se art. 4.6 och 4.7 RE.

⁵³ Se Kommissionen (2022), s. 4.

6.2 Livsmiljöer, konnektivitet och strukturer i landskapet

Det centrala bidraget med förordningen är att den kompletterar existerande regelverk genom att livsmiljöer inte bara ska skyddas och bevaras utan vid behov även restaureras och återetableras. Vad gäller den ovan beskrivna bristen i gällande rätt rörande skydd av livsmiljöer utanför Natura 2000-områden utgör förordningen en tydlig förstärkning. Listade livsmiljöer ska såväl restaureras till gott tillstånd (artikel 4.1 RF) som återetableras i landskapet för att uppnå gynnsam referensareal (artikel 4.2 RF). Därutöver gäller att medlemsstaterna både ska säkerställa att de arealer där livsmiljötyperna redan förekommer *inte försämrats* (artikel 4.7 RF)⁵⁴ och att de livsmiljötyper som är föremål för restaureringsåtgärder uppvisar en kontinuerlig *förbättring* av tillståndet tills ett gott tillstånd uppnås (artikel 4.6 RF). Att de kvalitativa och kvantitativa kraven därtill ställs upp med angivande av tidsfrister ska heller inte underskattas när det gäller att styra mot uppsatta mål om att hejda förlusten av biologisk mångfald.⁵⁵ En brist med förordningen är dock att förordningen inte ställer upp bindande mål om förbättrad konnektivitet i samband med restaureringsåtgärder.⁵⁶ När restaureringsåtgärder vidtas i enlighet med de krav som ställs i artikel 4.1 och 4.2 RF ska medlemsstaterna endast ”*ta hänsyn till behovet av konnektivitet*” mellan livsmiljötyperna.⁵⁷

En annan begränsning med förordningen är att flera av de krav som ställs på skydd och restaurering endast kopplar till de livsmiljöer som listas i förordningens bilagor.⁵⁸ Kommissionen har förvisso befogenhet att vid behov ändra i bilagorna, men enligt förslaget ska den befogenheten bara gälla i 5 år från den dag förordningen träder ikraft.⁵⁹ Även andra element i landskapet kan dock vara av central betydelse för biologisk mångfald och som med nuvarande utformning av förslaget tenderar att

⁵⁴ Jfr försämringsförbudet i art. 4.1 a.i ramvattendirektivet, Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/60/EG om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område, och EU-domstolens skarpa skrivningar om försämringsförbudet i C-461-713 (*Weserdomen*).

⁵⁵ Se Kommissionen (2022), s. 8 och vidare Hoek (2022), s. 327 f.

⁵⁶ Se vidare Hoek (2022), s. 332 och nedan om skoglig konnektivitet som indikator i skogliga ekosystem.

⁵⁷ Se art. 4.5 RF (min kursivering).

⁵⁸ Det gäller t.ex. de krav som ställs i art. 4.1, 4.2 och 4.7 RF vilka endast tillämpas i relation till de livsmiljöer som listas i bilaga I.

⁵⁹ Se art. 19 respektive art. 20.2 RF och Hoek (2022), s. 331 vad gäller kritik mot denna begränsning.

komma i skymundan. Ett sådant exempel är urbana blå miljöer, det vill säga dammar och andra vattenmiljöer inom städer. Förordningen ställer krav på restaurering av urbana ekosystem, men här är det särskilt de gröna miljöerna som ligger i fokus.⁶⁰ Mot bakgrund av den stora vikt de blå miljöerna fyller även i urbana områden, inte minst för pollinatörer, skulle dessa miljöer ha kunnat uppmärksammas särskilt i förordningen.⁶¹ Att vända minskningen av populationer av pollinatörer är en mycket angelägen målsättning, varför förordningen också ställer särskilda krav på restaurering av populationer av pollinatörer, men krav på särskilda strukturer i landskapet för att främja pollinatörer ställs inte upp.⁶²

Utöver kraven på restaurering av listade livsmiljöer enligt artikel 4 RF finns, som nämnts ovan, även särskilda krav på restaurering av särskilt utpekade ekosystem. Enligt artikel 10.1 RF ska medlemsstaterna, med koppling till skogliga ekosystem, även ”genomföra de restaureringsåtgärder som behövs för att förbättra den biologiska mångfalden i skogsekosystem.” Utöver detta generella krav ställs i artikel 10.2 RF mer konkreta

⁶⁰ Se art. 6 RF. Urbana grönområden definieras som ”alla gröna urbana områden, lövskogar, barrskogar, blandskogar, naturliga gräsmarker, hedmarker, övergångsstadium i skog- och buskmark och områden med sparsam vegetation – som finns i städer, mindre städer och förorter beräknat på grundval av uppgifter från Copernicus landmiljöövervakningstjänst som inrättats genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/696”, se art. 3(13) RF. Dammar synes på vissa ställen inordnas under urbana grönområden, jfr bilaga 7, p. 29, men lyfts inte särskilt. Urbana blå miljöer hänvisas inte till i förordningen och definieras därför heller inte. Jfr mål 12 i den nya strategin för biologisk mångfald under konventionen om biologisk mångfald där såväl ”green and blue spaces” i urbana miljöer lyfts, se Kunming-Montreal Global Biodiversity Framework, CBD/COP/DEC/15/4, 19 december 2022.

⁶¹ Williams, P., Whitfield, M., Biggs, J., Bray, S., (2004), Comparative biodiversity of rivers, streams, ditches and ponds in an agricultural landscape in Southern England, *Biological Conservation* 115, 329–341, Biggs, J., von Fumetti, S., Kelly-Quinn, M., (2017), The importance of small waterbodies for biodiversity and ecosystem services: implications for policy makers, *Hydrobiologia* 793, 3–39; Downing, J.A., Prairie, Y.T., Cole, J., Duarte, C. M., (2006), The global abundance and size distribution of lakes, ponds, and impoundments, *Limnology and Oceanography Methods* 51, 2388–2397, Williams, P., Whitfield, M., Biggs, J., Bray, S., (2004), Comparative biodiversity of rivers, streams, ditches and ponds in an agricultural landscape in Southern England, *Biological Conservation* 115, 329–341.

⁶² Se art. 8 RF. Här skulle t.ex. krav kunna ställas på en ökande trend av bryn, äldre träd med håligheter, död ved och småvatten såsom dammar. Detta kan jämföras med motsvarande reglering i artikel 10.2 RF rörande restaurering av skogsekosystem där dylika indikatorer räknas upp.

krav på medlemsstaterna att uppnå en ökande trend av olika uppräknade indikatorer i skogsekosystemet. Detta är i grunden en förstärkning, men vad gäller de valda indikatorerna och formuleringen av dessa finns dock viss risk för kontraproduktiva resultat.⁶³ I förordningen listas exempelvis en ökande trend av andel skogar med ”olikåldrig struktur” vilket inte nödvändigtvis kommer att innebära att antalet *äldre* träd kommer att öka,⁶⁴ något som är särskilt viktigt för biologisk mångfald. Indikatorerna pekar även på en ökande trend av ”skoglig konnektivitet” men utan att samtidigt ställa kvalitativa krav. Även unga, monotona produktionsskogar kan falla under begreppet ”skoglig konnektivitet” trots att dessa i förekommande fall kan fungera som en barriär för spridning av arter. Inte heller kopplas indikatorn om ökning av mängden död ved till viss kvalitet. Även andra indikatorer som inte listas skulle kunna övervägas, såsom indikatorer för ett heterogent skogsekosystem vad gäller olikartade trädslag liksom skyddszoner mot vatten. Skyddszoner mot vattendrag kan skapa naturliga och värdefulla spridningskorridorer i landskapet.⁶⁵ Även om formuleringen av indikatorerna skulle kunna förtydligas utgör förslaget ett viktigt komplement till existerande rättsakter och kan skapa incitament till att utveckla mer naturnära bruksmetoder,⁶⁶ något som ligger i linje med EU:s nya skogsstrategi och svenska miljömål.⁶⁷

⁶³ Artikel 10.2 RF ska dock även läsas tillsammans med bilaga VI RF.

⁶⁴ Jfr dock här förslagen i bilaga VII på sådana restaureringsåtgärder som medlemsstaterna enligt art. 11.8 RF ska använda när de utarbetar restaureringsplaner. I p. 10 bilaga VII anges exemplet att öka ekologiska element i skogen, t.ex. ”stora, gamla och döende träd (habitatträd)”.

⁶⁵ Se t.ex. Forsberg, M., Larsson, A., En ny svensk skogsmodell – Förslag till rättsliga förstärkningar för att nå miljö- och skogspolitiska mål, Working Paper 2015:3, Uppsala Faculty of Law, s. 44.

⁶⁶ Jfr bilaga VII p. 13 RF där ett exempel på restaureringsåtgärd att använda vid upprätande av restaureringsplan enligt art. 11 RF anges vara att använda metoder för ”naturnära” och ”hyggesfritt skogsbruk”. Kraven på indikatorer i art. 10.2 RF kan även jämföras med den naturvårdshänsyn som regleras under 30 § skogsvårdslagen (1979:429) som dock inte får vara så ingripande att pågående markanvändning avsevärt försvåras.

⁶⁷ Se Ny EU-skogsstrategi för 2030, Com(2021) 572 final och utvärderingen av svenska miljömål, t.ex. Skogsstyrelsens fördjupade utvärdering av miljömålet Levande skogar, Rapport 2022/12, s. 20.

6.3 Restaureringsplaner, kunskap och förankring

Ett annat centralt bidrag med förordningen är etableringen av restaureringsplaner.⁶⁸ Enligt artikel 11.1 RF ska medlemsstaterna ”utarbeta nationella restaureringsplaner och genomföra den förberedande övervakning och forskning som behövs för att identifiera de restaureringsåtgärder som är nödvändiga för att uppfylla de mål och skyldigheter som fastställs i artiklarna 4–10, med beaktande av aktuell vetenskaplig evidens.” Planerna har potential att utgöra ett viktigt bidrag till att åtgärda nuvarande brist på proaktiv förvaltning och bristande hänsyn till landskapsekologiska förhållanden vid beslutsfattande.⁶⁹ Även om förslaget med restaureringsplaner är ett välkommet inslag i förvaltningen av natur finns vissa utmaningar med förslaget, såsom att få restaureringsplanerna på plats redan till år 2025 och inom den snäva tidsramen hinna förankra planerna hos berörda aktörer.

Det är utan tvekan så att den allvarliga situation vi befinner oss i kräver brådskande åtgärder. Det är inte tillräckligt att endast bevara existerande naturvärden. Vi behöver även restaurera och återetablera livsmiljöer, strukturer och funktioner i landskapet, inte minst för att ekosystem ska kunna tackla konsekvenserna av och stävja klimatförändringen. Samtidigt krävs dock både tid och kunskap för att kunna identifiera, överväga och konsekvensbedöma hur och var i landskapet sådana åtgärder bör vidtas.⁷⁰ Att restaurera och återetablera en livsmiljötyp kan till exempel komma att ske på bekostnad av det (nya) naturtillstånd som råder där med därtill kopplade arter. I förekommande fall kan åtgärderna rent av komma i konflikt med andra regelverk, såsom artskyddsreglerna i naturvårdsdirektiven.⁷¹ Innan en restaureringsplan tas fram behöver kunskapsunderlaget breddas och fördjupas för att identifiera och värdera befintliga livsmiljöer och strukturer i landskapet, behovet av restaurering liksom arealer för återetablering. En utmaning med att ta fram restaurerings-

⁶⁸ Se kap. III RF.

⁶⁹ Om hur en dylik proaktiv förvaltningsmodell skulle kunna utvecklas, se Michanek et al. (2019) och SOU 2021:51, Skydd av arter – vårt gemensamma ansvar, avsnitt 11.8 om livsmiljöunderlag.

⁷⁰ Jfr art. 11.1 RF. Vidare om behovet av kunskap vid planering av landskapet, se Michanek et al. (2019), s. 49 f.

⁷¹ Hur sådana potentiella konflikter ska lösas uppmärksammas inte tydligt i förordningen, något som utvecklas nedan.

planer är bristen på tillräcklig kunskap.⁷² Ett incitament för medlemsstaterna att påskynda kartläggningen av landskapets värden genom till exempel inventering,⁷³ är dock kraven på restaurering av livsmiljöer till *gott tillstånd* enligt artikel 4.1 RF. Enligt artikel 4.4 RF leder nämligen otillräcklig kunskap om livsmiljöernas tillstånd till att det inte bedöms vara i gott tillstånd.

I samband med att medlemsstaterna antar restaureringsplanerna ska de även sträva efter att ”optimera ekosystemens ekologiska, ekonomiska och sociala funktioner samt deras bidrag till hållbar utveckling”.⁷⁴ Därtill ska de identifiera synergier med klimatarbetet och säkerställa en öppen och inkluderande samrådsprocess där allmänheten i ett tidigt skede får effektiva möjligheter att delta i framtagandet av planerna.⁷⁵ Den tid som medlemsstaterna ges för att ta fram ett första utkast till restaureringsplan är mot den bakgrunden snävt tilltagen och mindre realistisk. Tiden är förvisso knapp att till år 2030 nå mål om biologisk mångfald och att stävja klimatförändringarna, i det arbetet får restaureringsplaner närmast betraktas som en förutsättning för att nå dit, men för att skapa goda förutsättningar för en väl genomtänkt planering och för att nå avsett resultat är det även av central vikt att utrymme ges för att förankra arbetet hos berörda aktörer.⁷⁶

Mot bakgrund av det stora privata markägandet i Sverige är det sannolikt att många markägare kommer att påverkas av förordningens genomförande. För att optimera både naturvårdsinsatser och nyttjande av naturens resurser krävs planering och samarbete över ägargränser.⁷⁷ Som kommissionen påpekar i sitt förslag krävs samordnade åtgärder i stor skala

⁷² I sammanhanget kan nämnas att regeringen har gett Naturvårdsverket och Skogsstyrelsen i uppdrag att utveckla digitala kunskapsunderlag om skogens natur- och kulturmiljövärden. Uppdraget ska delredovisas 30 juni 2023, men slutredovisas först 30 juni 2027, se regeringsbeslut N2022/01391, Uppdrag att utveckla digitala kunskapsunderlag om skogens natur- och kulturmiljövärden.

⁷³ Krav på att kartlägga och övervaka landskapets värden finns redan i flera rättsakter och konventioner, se t.ex. art. 11 AHD och art.6 i europeiska landskapskonventionen.

⁷⁴ Se art. 11.9 RF.

⁷⁵ Se art. 11.5 och 11.11. RF.

⁷⁶ Om vissa markägarorganisationers invändningar mot förslaget, bl.a. rörande avsaknaden av ett bottom-up-perspektiv, se Halleux, V, EU nature restoration regulation. Setting binding targets for healthy ecosystems, European Parliamentary Research Service, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/738183/EPRS_BRI\(2022\)738183_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/738183/EPRS_BRI(2022)738183_EN.pdf) (åtkomst 2 januari 2023), s. 10.

⁷⁷ Se vidare Michanek et al. (2019), avsnitt 5.

för att adressera förlusten av biologisk mångfald.⁷⁸ Idag saknas uttryckliga krav på proaktiv förvaltning av arter och livsmiljöer ur ett landskapsperspektiv, men som beskrivits ovan följer det av EU-domstolens praxis och kommissionens vägledning att en förebyggande strategi behövs för att implementera kraven under naturvårdsdirektiven. En restaureringsplan bör därför, som i viss utsträckning även framgår av artikel 11.7 RF, samordnas med de krav som följer av naturvårdsdirektiven. Ett sådant krav är att övervaka bevarandestatusen hos livsmiljöer och arter liksom att regelbundet rapportera genomförandet av de åtgärder som vidtagits till följd av kraven i art- och habitatdirektivet.⁷⁹ Även under restaureringsförordningen ställs krav på övervakning av bland annat tillståndet för livsmiljötyperna.⁸⁰ Här bör systemen och cyklerna för övervakning kunna samordnas för att sedan kunna ligga till grund för den översyn av de nationella restaureringsplanerna som ska äga rum vart tionde år.⁸¹ En synbar brist med förslaget till förordning är att övervakningen enligt artikel 17.2 RF ska inledas först när restaureringsåtgärder har införts. Rimligen bör övervakning påbörjas redan innan sådana restaureringsåtgärder vidtagits för att kunna dokumentera och jämföra trender och förändringar.

6.4 Genomföranderegler

Restaureringsplanerna utgör ett viktigt genomförandeinstrument. Även om förslaget med restaureringsplaner konkretiserar mål och åtgärder som behöver genomföras för att nå syftet med förordningen, kommer planerna att behöva kompletteras med förprovning av vissa åtgärder och verksamheter på nationell nivå. För att medlemsstaterna ska kunna *säkerställa* att en försämring inte sker av livsmiljötyperna i bilaga I,⁸² kommer bedömningar att behöva göras i varje enskilt fall. Att en bedömning ska ske från fall till fall när en förbjuden försämring kan förväntas utanför Natura 2000-områden anges särskilt i artikel 4.8 RF. I artikeln anges när undantag får ske från förbudet mot försämring i artikel 4.7 RF och från kravet på kontinuerlig förbättring i art. 4.6 RF.

⁷⁸ Kommissionen (2022), s. 7.

⁷⁹ Se art. 11 respektive art. 17 AHD.

⁸⁰ Se art. 17.1 RF.

⁸¹ Se art. 15 RF.

⁸² Se art. 4.7 RF.

Vad gäller projekt som får undantas från försämringsförbudet och kravet på kontinuerlig förbättring *utanför* Natura 2000-områden kan det noteras att det bara rör sig om projekt av tvingande allmänintresse som saknar mindre skadliga alternativ.⁸³ Formuleringen får förmodas erbjuda ett starkare skydd än motsvarande skydd för arter under naturvårdsdirektiven. Med andra ord kommer listade livsmiljöer, som idag saknar skydd utanför Natura 2000-områden, att ges ett starkare skydd än arter. Rättsakterna kan tänkas vara parallellt tillämpliga i många situationer. Vid en jämförelse av dispensgrunderna under de olika rättsakterna ser vi att fler giltiga skäl för ett projekt erbjuds under art- och habitatdirektivet än under restaureringsförordningen.⁸⁴ Till exempel är en giltig grund för dispens att undvika allvarlig skada på skog.⁸⁵ En sådan dispensgrundande åtgärd kan vara att avverka skog för att förhindra fortsatt angrepp av granbarkborre. I svensk rätt finns idag tvingande regler om uttag av virke vid granbarkborreangrepp.⁸⁶ Beroende på hur rekvisitet ”projekt av tvingande allmänintresse” kommer att tolkas, kan en konsekvens av den nya förordningen bli att dispens för en sådan avverkning kan ges från art- och habitatdirektivet men inte från restaureringsförordningen. Detta kan komma att leda till problematiska konsekvenser, inte minst då skadeangrepp kan tänkas öka till följd av ett varmare klimat.

Det finns även vissa otydligheter kring hur restaureringsförordningen förhåller sig till reglerna om Natura 2000 i art- och habitatdirektivet. Artikel 4.9 c RF anger förutsättningarna för undantag från försämringsförbudet och kravet på kontinuerlig förbättring för planer och projekt *inom* Natura 2000-områden. Enligt artikeln får endast projekt som har godkänts i enlighet med artikel 6.4 AHD undantas från skyldigheterna som följer av artikel 4.6 och 4.7 RF. Konstruktionen förefaller förutsätta att det endast är projekt med så omfattande påverkan på områdets ekolo-

⁸³ Se art. 4.8(c) RF. Förutom att undanta enskilda projekt från kraven i 4.6 och 4.7 RF, kan medlemsstaterna motivera avsteg från skyldigheterna som följer av art. 4.6 och 4.7 RF med hänvisning till (a) force majeure och (b) oundvikliga livsmiljöförändringar som orsakas direkt av klimatförändringar.

⁸⁴ Utöver ett giltigt skäl för projektet är förutsättningarna för dispens att projektet inte innebär att upprätthållande av gynnsam bevarandestatus försvåras eller att lämpliga alternativa lösningar finns att tillgå.

⁸⁵ Se art. 16.1.b AHD.

⁸⁶ Se 7 § växtskyddslagen (2022:725) och vidare Helmius, L., Bland granar och granar – Om skadestånd vid granbarkborreangrepp i skog, *Nordisk Miljörättslig Tidskrift*, 2022:1, s. 25–43.

giska integritet att de i enlighet med huvudregeln i artikel 6.3 AHD inte skulle ha getts tillstånd, men som uppfyller kraven på undantagen i artikel 6.4 AHD, som kan ges undantag under restaureringsförordningen.⁸⁷ Ett frågetecken i sammanhanget rör skötselåtgärder kopplade till Natura 2000-områden. Som beskrivits ovan är dessa undantagna från krav på bedömning under artikel 6.3 AHD och således tillåtna (och behövliga) under art- och habitatdirektivet.⁸⁸ Inom Natura 2000-områden kan flera olika livsmiljötyper de facto förekomma, men alla utgör inte nödvändigtvis områdets skyddsobjekt. Skötseln av områdets skyddsobjekt kan komma att ske på bekostnad av andra livsmiljötyper som inte faller under det aktuella områdets bevarandemål, men väl under artikel 4.6 och 4.7 RF. Under art- och habitatdirektivet finns således en lösning på hur skyddet för olika livsmiljötyper ska prioriteras i relation till varandra, vilket synes saknas under restaureringsförordningen.

Avslutningsvis ska uppmärksammas att även om försämringsförbudet i artikel 4.7 RF utgör ett viktigt komplement till det skydd av livsmiljöer som ges i art- och habitatdirektivet, kommer det samtidigt att medföra konsekvenser för de aktörer som brukar berörd areal. Livsmiljöerna kan i förekommande fall motsvara betydande arealer och kravet på icke-försämring kan komma att göra intrång i pågående markanvändning i den utsträckning att ersättningsrätt aktualiseras för markägaren.⁸⁹ Att medlemsstaterna även ska *säkerställa* att arealerna inte försämras kan också tänkas utmana nuvarande system med frivilliga avsättningar inom skogsbruket. En frivillig avsättning är just frivillig och ingen garanti för att området kommer att bevaras utan försämring.

7 Avslutande kommentarer

Förlusten av biologisk mångfald och degraderingen av ekosystem är idag alarmerande och behöver adresseras skyndsamt med ambitiösa och kraftfulla åtgärder. Mot bakgrund av allvaret i situationen har kommissionen bedömt det som nödvändigt att på gemenskapsnivå anta nya, bindande regler om restaurering av ekosystem. Den bedömningen delas inte av den svenska riksdagen, som beslutat att lämna ett motiverat yttrande till

⁸⁷ Artikel 6.4 AHD är bara tillämplig om ett projekt nekas tillstånd enligt artikel 6.3 AHD.

⁸⁸ Jfr art. 6.1 AHD om krav på nödvändiga åtgärder såsom skötselplan.

⁸⁹ Jfr 2 kap. 15 § 2 st. regeringsformen.

Europaparlamentet, rådet och kommissionen mot förslaget om en ny förordning. Riksdagen menar att förordningen strider mot subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen.⁹⁰ Anledningen anges vara att förordningen utgör en detaljreglering av jord- och skogsbruk som inte står i proportion till förslagens mål och syfte och att nationellt skogsbruk bäst regleras på nationell nivå.

I sammanhanget är det på sin plats att erinra om de årliga utvärderingarna av Sveriges miljömål, däribland Levande skogar och Ett rikt växt- och djurliv, som återkommande visar att Sverige inte når mål om att bevara biologisk mångfald med nu beslutade eller planerade styrmedel.⁹¹ Som kommissionen betonar så visar avsaknaden av framsteg med att nå de senaste strategierna för biologisk mångfald att frivilliga åtaganden inte är tillräckliga för att nå mål om att restaurera ekosystemen.⁹² Mot bakgrund av den trängande och allvarliga situation mänskligheten befinner sig i är den svenska defensiva hållningen olycklig.⁹³ För att besvara den initiala frågan i denna artikel – om den nya förordningen kan läka brister i gällande rätt – är svaret på flera punkter jakande. Restaureringsförordningen bygger vidare på EU-domstolens och EU-kommissionens ambition om att utveckla regelverket med ekologiskt funktionella paragrafer.

⁹⁰ MJU32, Kritik mot EU-förslag om regler för återhämtning av naturområden.

⁹¹ För den senaste miljömålsutvärderingen, se Naturvårdsverket, Miljömål. Årlig uppföljning av Sveriges nationella miljömål 2022 – Med fokus på statliga insatser, Rapport 7033, mars 2022. För miljömålen Levande skogar och Ett rikt växt- och djurliv bedöms trenden vara negativ, se s. 3.

⁹² Se förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om restaurering av natur, COM/2002/304 final, s. 7. Se även Europaparlamentets resolution av den 9 juni 2021 om EU:s strategi för biologisk mångfald för 2030: Ge naturen större plats i våra liv (2020/2273(INI)) där behovet av ytterligare bindande lagkrav betonas.

⁹³ Jfr Guillaume, C., Sweden threatens European biodiversity, *Science*, vol. 378, nr 6618.

Therése Fridström Montoya

Ingen ska lämnas utanför – en ohållbar princip?

1 Alla ska med! Eller...?

Hållbar utveckling är en angelägenhet för hela samhället, för alla människor och över hela världen.¹ FN:s resolution Agenda 2030 från år 2015 uppställer 17 globala mål för hållbar utveckling i tre dimensioner: den ekonomiska, sociala och miljömässiga. Agendan är en handlingsplan med mål för omställning till ett hållbart samhälle för människorna, planeten och välbefindandet.² En central princip för genomförandet av Agenda 2030 är att *ingen ska lämnas utanför* (Leaving No One Behind) – oberoende av var i världen man lever och om man är fattig eller rik, ung eller gammal, funktionsfullkomlig eller funktionsnedsatt. De som befinner sig i en utsatt situation, i utanförskap eller har svårt att själva göra sin röst hörd ska särskilt uppmärksammas och inkluderas.³ Principens efterlevnad är minst sagt en utmaning. Kanske bör den till och med beskrivas som ohållbar, åtminstone om man med ohållbart menar något som är osäkert om det fullt ut kan fungera.

I denna text undersöker jag sagda principens hållbarhet i relation till en fråga rörande den sociala dimensionen i Agenda 2030 i svensk rätt, nämligen vilka rättsligt understödda stödfunktioner som föreligger för att personer med funktionsnedsättningar ska kunna få hjälp med att utöva sin rätt att rösta i allmänna val – och därmed inte lämnas utanför i utvecklingen mot ett mer hållbart samhälle. På vägen fram till svaret på denna fråga lyfts två problem fram. Det första handlar om avståndet mel-

¹ Prop. 2019/20:188 s. 1.

² Prop. 2019/20:188 s. 5.

³ Prop. 2019/20:188 s. 11.

lan mänskliga rättigheter och människors verklighet, det andra om svensk rätts överensstämmelse med artikel 12 i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (funktionsrättskonventionen).⁴

2 Den närmare innebörden av principen att ingen ska lämnas utanför

Att ingen lämnas utanför sägs vara ”en nödvändighet för att de globala målen ska nås för alla människor, överallt, och för kommande generationer”.⁵ Syftet med principen i genomförandet av Agenda 2030 är att motverka socioekonomiska ojämlikheter, brist på jämställdhet samt diskriminerande lagar och normer. Syftet är också att motverka inskränkningar av medborgerliga rättigheter som hindrar marginaliserade grupper och individer från att åtnjuta sina fulla rättigheter och att delta i politiska samtal och beslutsfattande.⁶

Frågan är dock hur det ska vara möjligt att säkra att *alla* människor kan åtnjuta sina fulla rättigheter och delta i politiska samtal och beslutsfattande. Ett preliminärt svar på den frågan framskymtar i propositionen *Sveriges genomförande av Agenda 2030* där det sägs att agendan

genomsyras av ett rättighetsperspektiv som säkrar alla individers politiska och medborgerliga rättigheter, likväl som de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna. Detta kommer till uttryck i den centrala principen att ingen ska lämnas utanför.⁷

Principen är alltså ett uttryck för mänskliga rättigheter som, om de efterlevs, antas säkra att ingen lämnas utanför. Principen syftar också till att motverka inskränkningar av bland annat medborgerliga rättigheter – exempelvis rätten att rösta i allmänna val – som hindrar marginaliserade grupper och individer från att åtnjuta sina fulla rättigheter.

⁴ Tack till med. dr Linus Broström för värdefulla kommentarer till denna text som ingår i vårt gemensamma rättsligt/etiska forskningsprojekt ”Samtycka genom annan? Om likhet inför lagen genom assisterat beslutsfattande”. Projektet finansieras av Ragnar Söderbergs stiftelse.

⁵ Prop. 2019/20:188 s. 11.

⁶ Prop. 2019/20:188 s. 10.

⁷ Prop. 2019/20:188 s. 5.

Att ingen ska lämnas utanför är en lovvärd målformulering, men det är av flera skäl en problematisk princip. Ett första skäl är uppenbart: det finns inga garantier för att mänskliga rättigheter förverkligas – varken i strävan mot målen i Agenda 2030 eller annars. Detta konstaterande är emellertid inte i sig något uppseendeväckande.⁸ Mänskliga rättigheter är internationellt överenskomna, folkrättsliga, *mål* som stater förbinder sig att respektera och främja. Men, ”bara för att man skriver en meny så betyder inte det att folk får mat i magen”.⁹ Det finns ett reellt problem som handlar om avståndet mellan mänskliga rättigheter och människors verklighet, vilket i sin tur handlar om *medel* för förverkligande. Om mänskliga rättigheter ska kunna förverkligas krävs nationella medel av såväl rättslig som ekonomisk och organisatorisk karaktär.¹⁰ Det måste finnas både rättslig reglering som understödjer möjligheten att uppfylla rättigheterna, ekonomiska resurser till bedrivande av sådana verksamheter som förutsätts för rättighetsuppfyllelse och dessutom måste resurserna användas på ett faktiskt rättighetsuppfyllande sätt.

Genom att ratificera en internationell konvention om mänskliga rättigheter blir staten skyldig att ”avstå från handlingar som kan begränsa eller kränka rättigheterna, att skydda individen mot övergrepp från andra aktörer och att säkerställa att varje människa kan förverkliga och utkräva sina rättigheter enligt konventionen.”¹¹ Både domstolar och andra statliga eller kommunala myndigheter blir också skyldiga att tolka de nationella rättsreglerna fördragskonformt, det vill säga i enlighet med statens internationella åtaganden; principen om fördragskonform tolkning innebär att de svenska rättsreglerna så långt det är möjligt med hänsyn till deras ordalydelse ska tolkas så att de står i överensstämmelse med de konventioner som Sverige ratificerat.¹² För att de mänskliga rättigheterna

⁸ I Love Rönnelids bidrag i denna upplaga av De lege, *What legal research in sustainable development could become*, refereras till en internationell diskussion om att genomförandet av Agenda 2030 uppfattas och beskrivs som ”bullshit” i många sammanhang. Med bullshit menas att de som förespråkar hållbar utveckling slänger sig med vackra mål och tomma fraser utan substans och konkretion som de kan kosta på sig därför att ”jobbet”, att verkligen genomföra agendan, alltid är någon annans än förespråkarnas.

⁹ Citatet tillskrivs docent Victoria Enkvist.

¹⁰ Och ett problem som därmed uppstår är att det är kostsamt att förverkliga rättigheter av det slag som innebär att stater åläggs att agera för att rättigheterna ska kunna uppfyllas för enskilda. Se Lind, *Sociala rättigheter i förändring. En konstitutionellrättslig studie*, ak. avh., 2009, s. 30.

¹¹ SOU 2020:63 s. 93.

¹² SOU 2020:63 s. 95.

ska förverkligas krävs dock som sagt något mer än rättighetskonform tolkning av nationella lagar. Tillämpningen av lagarna och den praktiska hanteringen av resurser måste också ske på ett sätt som möjliggör att rättigheterna uppfylls. Lagar måste tolkas och tillämpas rättighetskonformt, och verkställigheten av beslut måste ske på ett sätt som uppfyller de mänskliga rättigheterna. De abstrakta, generella mänskliga rättigheterna måste individualiseras och konkretiseras.

Enskildas rätt till bistånd eller insatser enligt socialtjänstlagen (2001:453, SoL) och lagen (1993:387, LSS) om stöd och service till vissa funktionshindrade kan framhållas som ett konkret exempel på hur en rättighetsbefrämjande mål-medel-relation kan se ut. Enligt de förutsättningar som framgår av dessa lagar har enskilda en utkrävbar rätt¹³ till sociala insatser som, bland annat, möjliggör att olika mänskliga rättigheter kan förverkligas.¹⁴ Enbart att ett sådant medel i form av nationell social rättighetslagstiftning finns, är emellertid inte tillräckligt för att mänskliga rättigheter ska förverkligas för individer. Minst lika avgörande är hur lagarna tolkas och tillämpas och hur de insatser som beviljas utformas och verkställs. En prövning av någons rätt till bistånd eller insats enligt SoL eller LSS bör alltså inte bara handla om ifall kraven för en persons rätt till bistånd eller insats anses uppfyllda, utan även om hur förutsättningarna i lagen tolkas i ljuset av internationella åtaganden och hur beslutets utformning vad gäller biståndets eller insatsens omfattning och verkställande överensstämmer med de mänskliga rättigheter som Sverige åtagit sig att respektera och främja.¹⁵ Till detta kommer slutligen, för att mänskliga rättigheter ska förverkligas, att insatsen i praktiken genomförs på ett rättighetsuppfyllande sätt.

Ett andra skäl till att principen om att ingen ska lämnas utanför är problematisk är vetenskapen om att mänskliga rättigheter tenderar att

¹³ Med utkrävbar menas att avslagsbeslut kan överklagas med förvaltningsbesvär till förvaltningsdomstol, vilken kan sätta ett nytt beslut i det första beslutets ställe. Se om bistånds- och insatsbesluts överklagbarhet i SoL 16:3 och LSS 27 §.

¹⁴ Se om rätt till bistånd SoL 4:1 och om rätt till insatser LSS 7 §. På temat hur rätten till bistånd enligt SoL har avgörande betydelse för att den mänskliga rättigheten ”rätt till bostad” ska kunna förverkligas kan Tim Holappas doktorandprojekt på Stockholms universitet nämnas.

¹⁵ För fler exempel på hur relationen mellan mänskliga rättigheter och nationell lagstiftning fungerar samt vikten av hur lagar tillämpas i praktiken för att rättigheter ska förverkligas, se Barnkonventionsutredningens betänkande Barnkonventionen och svensk rätt, SOU 2020:63 s. 93 ff.

förverkligas i mindre utsträckning för traditionellt sett svaga grupper i samhället än för andra. Den vetskapen har föranlett att särskilda konventioner skapats i syfte att säkra exempelvis barns och funktionsnedsatta personers mänskliga rättigheter.¹⁶ Dessa grupper omfattar särskilt resurs-svaga människor, i betydelsen att de har svårigheter att föra sin egen talan i olika sammanhang. På grund av dessa svårigheter, som för barn handlar om ålder och därmed följande omognad och för vissa funktionsnedsatta vuxna handlar om oförmågor av intellektuell eller kognitiv art, har alltid barn och ofta dessa funktionsnedsatta vuxna *ställföreträdare* som bevakar deras intressen och för deras talan i olika sammanhang. Ställföreträdarrelationer för vuxna står i fokus nedan i avsnitt 4. Innan dessa relationer ställs i fokus ska dock den närmare innebörden av principen om att inte lämna någon utanför utredas i relation till personer med funktionsnedsättningar.

3 Personer med funktionsnedsättningar ska inte lämnas utanför

Principen om att inte lämna någon utanför i utvecklingen mot målen i Agenda 2030 utlovar att ”de som har svårt att göra sina röster hörda och de som lever i fattigdom och utanförskap, dvs. de mest utsatta inte ska lämnas utanför.”¹⁷ Men, det faktiska problemet är ju just det: att nå alla människor. Det konstaterandet leder vidare till frågan om vilka mänskliga rättigheter och vilka nationella medel som finns som kan säkra att personer med funktionsnedsättningar inte lämnas utanför i utvecklingen mot målen i Agenda 2030.

Statistiska centralbyrån, SCB, följer på regeringens uppdrag utvecklingen i Sverige mot målen i Agenda 2030. I en rapport från år 2020 gällande principen om att inte lämna någon utanför konstaterade SCB att på övergripande nivå är personer med funktionsnedsättningar en särskilt sårbar grupp för vissa typer av utsatthet som lämnar människor utanför i utvecklingen mot ett mer hållbart samhälle.¹⁸ I rapporten konstatera-

¹⁶ Konventionen om barnets rättigheter (SÖ 1990:20) och Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (SÖ 2008:26).

¹⁷ Prop. 2019/20:188 s. 10.

¹⁸ SCB – Lämna ingen utanför. Statistisk lägesbild av genomförandet av Agenda 2030 i Sverige, 2020 s. 23.

des vidare att det finns utmaningar i den statistiska uppföljningen, exempelvis vad gäller personer med funktionsnedsättningar.¹⁹ Ett skäl till detta kan antas vara att gruppen omfattar personer med olika slag av funktionsnedsättningar, och att det är särskilt svårt att nå fram till personer med intellektuella eller kognitiva funktionsnedsättningar. Sådana funktionsnedsättningar kan bero på exempelvis demenssjukdomar, men de kan också vara medfödda eller förvärvade efter trauma. Funktionsnedsättningarna påverkar förmågor såsom förståelse, insikt, omdöme eller minne, vilket i sin tur medför svårigheter att förstå och ta till sig information och skaffa sig kunskaper av sådant slag som behövs för att exempelvis kunna delta i opinions- eller attitydundersökningar.²⁰ De ger också svårigheter för dessa personer att på egen hand formulera åsikter och att göra sina röster hörda – och därmed att inkluderas i sammanhang såsom politiska samtal (om hållbar utveckling, exempelvis) och beslutsfattande.

En annan konsekvens av funktionsnedsättningar av det nyss nämnda slaget är att personer med dessa ofta saknar såväl kunskaper om att de har rättigheter av olika slag, som förmågan att hävda, utöva eller utkräva dem. Därmed blir de beroende av att andra människor bevakar och säkrar att deras rättigheter förverkligas, vilket i sin tur betyder att de får en särställning vad gäller möjligheten att realisera sådana mänskliga rättigheter som principen om att ingen ska lämnas utanför är ett uttryck för. De behöver också stöd och hjälp för att kunna utkräva eventuell rätt till hjälpinsatser från samhället (som samtidigt är medel för förverkligande av deras sociala rättigheter), eller för att utöva sin medborgerliga rätt att rösta i allmänna val (och därmed förverkliga sina politiska rättigheter). Stödet och hjälpen för att kunna få sina rättigheter förverkligade behövs i alla led: från att identifiera att de har rättigheter, vilka dessa är och vad de innebär, till att utöva eller utkräva dem, exempelvis genom att ansöka om hjälp hos en myndighet och därefter, eventuellt, driva ett överklagningsärende i domstol. Kortare uttryckt: dessa personer behöver hjälp och stöd för att kunna vara aktörer i rättsliga sammanhang på lika villkor som andra – och för att därigenom kunna vara ”fullvärdiga rättssubjekt”.²¹

¹⁹ SCB – lämna ingen utanför. Statistisk lägesbild av genomförandet av Agenda 2030 i Sverige, 2020 s. 24.

²⁰ Fridström Montoya, *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox*, ak. avh., Iustus förlag, 2015, s. 42 ff. Se även www.fub.se och www.demenscentrum.se.

²¹ Fridström Montoya, *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox* s. 467 ff.

Insikten om detta stöd- och hjälpbehov för förverkligandet av mänskliga rättigheter för vissa personer med funktionsnedsättningar är en förklaring till innehållet i artikel 12 om likhet inför lagen i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättningar (funktionsrättskonventionen).²² En annan förklaring är att personer med nämnda slag av funktionsnedsättningar historiskt sett i det närmaste helt har varit fränkända ställning som rättssubjekt med rättigheter och skyldigheter.²³ I Sverige avskaffades visserligen möjligheten att omyndigförklara personer med sådana funktionsnedsättningar redan år 1989, men i många länder finns alltjämt motsvarande praktiker kvar.²⁴

Givet ovanstående bakgrund betraktas kraven enligt artikel 12 i funktionsrättskonventionen som ett paradigmskifte för personer med funktionsnedsättnings ställning i rättsliga sammanhang.²⁵ I svensk översättning lyder de, för denna text relevanta, fyra första punkterna av totalt fem i funktionsrättskonventionens artikel 12 enligt följande (mina kursiveringar):

1. Konventionsstaterna bekräftar åter att personer med funktionsnedsättning har rätt att i alla sammanhang bli *erkända som personer i lagens mening*.
2. Konventionsstaterna ska erkänna att personer med funktionsnedsättning *åtnjuter rättskapacitet på lika villkor som andra i alla hänseenden*.

²² Konventionen från år 2006 undertecknades av Sverige år 2007 och trädde i kraft i Sverige år 2009. Se prop. 2008/09:28.

²³ Se om den historiska bakgrunden och utvecklingen i rätten vad gäller ställningen som rättssubjekt för personer med utvecklingsstörning/intellektuell funktionsnedsättning, Fridström Montoya, Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox s. 68–109.

²⁴ I sammanhanget kan nämnas debaclet kring popartisten Britney Spears som med hänvisning till hälsoskäl stod under förmynderskap (conservatorship) enligt amerikanska lagar i nästan 14 års tid (år 2008–2021).

²⁵ Det har utanför Sverige skrivits många artiklar på temat. Se exempelvis Rimmerman, The Paradigm Shift of Articles 12 and 19 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UNCRPD), In *Disability and Community Living Policies* (Cambridge Disability Law and Policy Series, pp. 30–50). Cambridge: Cambridge University Press, 2017; Stavert, Paradigm Shift or Paradigm Paralysis? National Mental Health and Capacity Law and Implementing the CRPD in Scotland. *Laws* 2018; Bilchitz, Dignity, Fundamental Rights and Legal Capacity: Moving Beyond the Paradigm Set by the General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *South African Journal on Human Rights*, vol 3, 410–437, 2016.

3. Konventionsstaterna ska vidta *ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda personer med funktionsnedsättning tillgång till det stöd de kan behöva för att utöva sin rättskapacitet.*
4. Konventionsstaterna ska säkerställa att alla *åtgärder som hänför sig till utövandet av rättskapacitet* tillgodoser en ändamålsenlig och verksam garanti för att förhindra missbruk i enlighet med de mänskliga rättigheterna. Sådana garantier ska säkerställa att åtgärder som hänför sig till utövandet av rättskapacitet *respekterar personens rättigheter, önskemål och preferenser, är fria från motstridiga intressen och otillbörlig inverkan, är proportionella och anpassade till personens förhållanden, sätts in under kortast möjliga tid samt är föremål för regelbunden översyn av en behörig, oberoende och opartisk myndighet eller ett rättsligt organ. Garantierna ska stå i proportion till den grad sådana åtgärder inverkar på personens rättigheter och intressen.*

Den övergripande innebörden av artikel 12 är att individer med funktionsnedsättningar ska tillerkännas ställning och respekteras som både personer och aktörer i rättsliga sammanhang (p. 1–3). Det betyder att de inte bara ska tillerkännas ställning som rättighets- och skyldighetsbärare (personer i rätten), utan också att de på lika villkor som andra ska ha möjlighet att företa rättsliga handlingar av olika slag (som aktörer i rätten). För de som saknar förmåga att på egen hand agera i rättsliga sammanhang ska konventionsstaterna vidta ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda stöd för att de ska kunna ”utöva sin rättskapacitet” (p. 3). Sådant stöd ska respektera personens rättigheter, önskemål och preferenser (p. 4). Den enskildes självbestämmanderätt ska alltså värnas och tillvaratas så långt som möjligt.

Något som för det fortsatta måste noteras gällande artikel 12, är den mindre lyckade innebördsförskjutning som skett då uttrycket ”legal capacity” på konventionens originalspråk engelska har översatts till ”rättskapacitet”. Med ’legal capacity’ avses nämligen det som i svensk rätt innefattas i två olika begrepp: *rättskapacitet* och *rättslig handlingsförmåga*.²⁶ Med rättskapacitet avses enbart det faktum att alla rättssubjekt – alla personer i rätten – kan vara tillskrivna rättigheter och skyldigheter.²⁷ Det

²⁶ CRPD/C/GC/1 punkt 12.

²⁷ Se exempelvis Hästad, Björkdahl, Brattström & Zackariasson, *Civilrättens grunder*, uppl. 2, Iustus förlag, 2020 s. 46; Fridström Montoya, *Homo juridicus. Den kapabla människan i rätten*, Iustus förlag, 2017 s. 43.

finns i svensk rätt två olika kategorier av rättssubjekt: människor (fysiska personer) och företag, föreningar eller andra associationer (juridiska personer). Alla människor är rättssubjekt och har därmed – oavsett förhållanden, det vill säga även nyfödda barn eller personer som på grund av sitt hälsotillstånd inte kan kommunicera med omvärlden – rättskapacitet, som en status. Rättskapacitet är alltså något som rättssubjekten *har*, inte något de *gör*. Därmed blir det svårbegripligt vad som avses när det i svensk översättning av artikel 12 p. 3 och 4 anges att personer med funktionsnedsättningar ska erbjudas stöd ”för att utöva sin rättskapacitet”.

En bättre översättning för att komma nära originalinnehållningen av artikel 12 hade förslagsvis varit att tala om stöd ”för att kunna rättshandla eller på andra sätt agera med giltig verkan i rättsliga sammanhang”. För att någons handlingar eller viljeyttringar ska tillmätas rättslig giltighet eller rättsliga konsekvenser förutsätts i svensk rätt att personen har *rättslig handlingsförmåga* avseende rättshandlingen ifråga.²⁸ Rättslig handlingsförmåga föreligger om individen samtidigt uppfyller både formella och personliga krav. Den formella sidan av rättslig handlingsförmåga handlar om att personen inte får sakna *behörighet* att företa en viss rättshandling.²⁹ För barn är denna sida av rättshandlingsförmågan alltid begränsad med hänvisning till deras underårighet (se FB 9:1),³⁰ medan vuxna normalt uppfyller detta krav – om inte rättshandlingsförmågan begränsats genom ett särskilt domstolsbeslut, såsom ett beslut om förvaltarekap.³¹

²⁸ Hästad m.fl., a.a. s. 47. Motsvarigheten till rättslig handlingsförmåga inom processrätten är ett krav på processbehörighet. Det kan därtill påpekas att det även inom straffrätten går att tala om att individer måste ha ”ansvarsförmåga” för att någon ska kunna dömas för ett brott. Se för diskussion om dessa olika förmågebegrepp inom olika rättsområden, Fridström Montoya, Homo juridicus. Den kapabla människan i rätten s. 60–97.

²⁹ Tilläggas kan att behörighet även förutsätter att personen har dispositionsrätt över själva saken/sakfrågan. Endast den som äger en sak är behörig att sälja den, endast den som är part i ett ärende är behörig att föra talan i ärendet, osv.

³⁰ Barn kan dock företa vissa rättshandlingar, t ex sådana som enbart har benefik karaktär såsom att ta emot en gåva. Barnets förmåga att förstå gåvans innebörd påverkar dock – det är stor skillnad på att exempelvis ta emot en påse godis eller ett dyrbart konstverk. Gåvan får inte heller komma med några skyldigheter, exempelvis skyldighet att betala försäkring för en bil eller fastighetsavgift. I så fall får barnet inte ta emot gåvan, utan barnets ställföreträdare måste ta emot den i barnets ställe. Se om barns rättsliga handlingsförmåga Singer, Barnets bästa, 7 uppl., Norstedts Juridik AB, 2019 s. 313 ff.

³¹ Se närmare om förutsättningar för och konsekvenser av förvaltarekap nedan i avsnitt 4. I sammanhanget kan nämnas att formell begränsning av en persons rättsliga handlingsförmåga även kan föreligga på grund av beslut om näringsförbud eller på grund av konkurs.

Den personliga sidan av rättslig handlingsförmåga bedöms i relation till den specifika rättshandling som är ifråga. Personlig förmåga att rätts-handla förutsätts hos alla vuxna, om inte särskilda omständigheter föreligger vid tidpunkten för handlingen och som kan innebära att sådan bedöms saknas. Det väsentliga är alltså individens personliga och faktiska förmågor vid rättshandlingstillfället.³² Skäl för att någon kan bedömas sakna personlig rättshandlingsförmåga kan exempelvis vara psykisk störning vid rättshandlingstillfället³³ eller funktionsnedsättning av intellektuell eller kognitiv art som påverkat personens förmåga att förstå rättshandlingen och dess konsekvenser.³⁴

För personer som på grund av funktionsnedsättning kan sakna de personliga förmågor som förutsätts för att kunna företa en rättshandling med giltig verkan ska konventionsstaterna enligt funktionsrättskonventionens artikel 12 p. 3 ”vidta ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda tillgång till det *stöd* de kan behöva för att utöva sin rättskapacitet”. När det handlar om stöd i samband med olika slag av beslut så får stödet aldrig ha karaktären av ”substituted decision-making”. Istället ska stödet utformas så att det blir fråga om ”supported decision-making”, vilket ska respektera personers autonomi, vilja och önskemål.³⁵ Funktionsrättskommittén har uttalat följande gällande vad som avses med substituted decision-making:

Substitute decision-making can take different forms, including plenary guardianship, judicial interdiction and partial guardianship. However, these regimes have certain common characteristics: they can be defined as systems where (i) legal capacity is removed from a person, even if this is in respect of a single decision; (ii) a substitute decision-maker can be appointed by someone other than the person concerned, and this can be done against his or her will; and (iii) any decision made by a substitute decision-maker is based on what is believed to be in the objective “best interest” of the

³² En fördjupad diskussion gällande begreppen rättskapacitet, rättshandling och rättslig handlingsförmåga förs i Fridström Montoya, *Homo juridicus*. Den kapabla människan i rätten, s. 43–71.

³³ Se lag (1924:323) om verkan av avtal som slutits under påverkan av en psykisk störning.

³⁴ Det har uttryckts följa av ”allmänna rättsgrundsatser” att individer ”måste besitta de psykiska egenskaper som erfordras för att uppfatta innebörden av den rättshandling, varom fråga är.” NJA II 1924 s. 314 f.

³⁵ CRPD/C/GC/1 punkt 16, 24 och 28.

person concerned, as opposed to being based on the person's own will and preferences.³⁶

Med 'support', det vill säga stöd i funktionsrättskonventionens mening, avses emellertid inte enbart stödåtgärder i samband med beslutsfattande, utan ett mycket brett spektrum av åtgärder för tillgänglighet och hjälp i samband med rättsligt aktörskap, och stödet kan både vara formellt och informellt.³⁷ Det kan handla om allt ifrån olika slag av tekniska hjälpmedel till mellanmänniska stödfunktioner. Stöd kan exempelvis innebära tillgängliggörande av information på lättläst, i blindskrift eller inläst för lyssning, tillgång till anpassade utbildningar för att kunna uppnå kompetens att fatta beslut i enskilda frågor,³⁸ särskilt framtagna formella dokument såsom förhandsdirektiv som underlättar för personer med funktionsnedsättningar att bestämma i vissa frågor, eller assistans från en annan person. Särskilt har funktionsrättskommittén understrukit att:

Supported decision-making must be available to all. A person's level of support needs, especially where these are high, should not be a barrier to obtaining support. [...]³⁹

³⁶ CRPD/C/GC/1 punkt 27.

³⁷ Series & Nilsson, Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law, I: Bantekas, Ashley Stein & Anastasiou (red.) The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University press, 2018, s. 364 ff.

³⁸ I ett rättsfall av intresse från The Supreme Court i Förenade kungariket år 2021 (Case ID: 202/0133) restes fråga om tillgång till stöd i formen av utbildning för en man med autism och nedsatta kognitiva förmågor för att han skulle kunna göra bedömningar av en parts frivilliga deltagande i sexuell handling. Frågan för domstolen var om det var rätt beslut av en lokal vårdmyndighet att som del av hans vårdplan och dagliga vård förhindra honom att vara ensam med kvinnor. Han ansågs sakna förmåga att förstå att kvinnor måste delta frivilligt i sexuella handlingar, och att denna frivillighet måste föreligga både före och under hela den tid en sexuell handling pågår, vad som menas med ett samtycke, samt att den andra personen också måste ha förmåga att samtycka. En utredning genomfördes av bland annat om mannen skulle kunna lära sig, efter rätt utbildning/information, att hantera sexuella relationer. Svaret blev att han inte bedömdes kunna det. Domstolen fann därmed att beslutet var riktigt för att skydda mannen själv från att begå brott och för att skydda kvinnor från övergrepp. Domstolen fann även att prövningen av hans förmågor i det aktuella avseendet och att förvägra honom möjligheten att umgås på egen hand med kvinnor inte stod i strid med olika mänskliga rättigheter, inklusive funktionsrättskonventionen artikel 12.

³⁹ CRPD/C/GC/1 punkt 29 (a).

Support in decision-making must not be used as justification for limiting other fundamental rights of persons with disabilities, especially the right to vote [...].⁴⁰

Konventionsstaternas skyldighet enligt artikel 12 p. 3 att ”vidta ändamålsenliga åtgärder för att erbjuda personer med funktionsnedsättning tillgång till det stöd de kan behöva för att utöva sin rättskapacitet” innebär inte nödvändigtvis att staten själv måste tillhandahålla stödet. Skyldigheten enligt artikel 12 p. 3 kan fullgöras på olika sätt, både genom att tillhandahålla formella stödinsatser av olika slag som bekostas av det allmänna, eller genom att understödja informella stödformer genom att skapa förutsättningar för att sådana kan fungera på ett sådant sätt att enskildas rätt till likhet inför lagen enligt artikel 12 uppfylls.

Stöd enligt artikel 12 får nämligen inte vara utformat hur som helst. Enligt artikel 12 p. 4 ska stödåtgärder utformas och utövas på ett sådant sätt att personens rättigheter, önskemål och preferenser respekteras och tillvaratas. Det ska finnas garantier för att personer med funktionsnedsättningar inte utsätts för tvångsåtgärder, och individens autonomi och förmåga att fatta egna beslut ska alltid respekteras, även i krislägen.⁴¹ I vissa fall är det dock omöjligt att veta vad en person själv vill – personens vilja går helt enkelt inte att utvärdera på grund av dennes tillstånd. Angående dessa fall har funktionsrättskommittén uttalat att ”the best interpretation of ’will and preferences’ must replace the ’best interests’ determinations.”⁴²

Hur en ”bästa tolkning” av vad som är någons vilja ska förstås är föremål för internationell diskussion och debatt.⁴³ Ett problem som kan påpekas i sammanhanget är också att det möjligen inte alltid är så att alla *har* en vilja att beakta och verkställa, även om det är utgångspunkten för resonemangen från funktionsrättskommittén. I Sverige är det emellertid sällsamt tyst, inte bara i denna specifika fråga, utan överhuvudtaget i frågor som rör funktionsrättskonventionens artikel 12. Det leder till frågan för nästa avsnitt: beror denna icke-diskussion på att Sverige redan har medel på plats för att leva upp till funktionsrättskonventionens artikel 12? Eller kan det tvärtom kan vara så att svårigheterna att uppfylla

⁴⁰ CRPD/C/GC/1 punkt 29(f).

⁴¹ CRPD/C/GC/1 punkt 18.

⁴² CRPD/C/GC/1 punkt 21.

⁴³ Series & Nilsson, Article 12 CRPD: Equal Recognition before the Law, s. 269 ff.

denna artikel inte ännu har uppfattats i all sin vidd? Svaret är viktigt då förverkligandet av kraven enligt artikel 12 har stor betydelse för personer som behöver stöd i rättsliga sammanhang – och därmed för att ingen ska lämnas utanför i utvecklingen mot målen i Agenda 2030.

4 Stödfunktioner för rättsligt aktörskap i Sverige

Som redan nämnts ovan så avskaffades omyndigförklaringsinstitutet i Sverige redan år 1989. Sverige var också en pådrivande aktör i internationella sammanhang för funktionsnedsattas rättigheter, och ett av de första länderna som ratificerade funktionsrättskonventionen.⁴⁴ Givet den bakgrunden ligger det nära till hands att föreställa sig att det också sedan länge skulle finnas medel i Sverige för förverkligande av mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättningar. Som närmare utreds nedan så är detta emellertid inte fallet, åtminstone inte vad gäller stöd för att kunna vara en rättslig aktör som krävs enligt funktionsrättskonventionens artikel 12.⁴⁵ Frågan om sådant stöd är dessutom knappt alls föremål för diskussion i Sverige – trots att konventionen är utgångspunkten för de funktionshinderspolitiska mål som riksdagen antog år 2017 och trots att Sverige fått kritik när funktionsrättskommittén granskat hur funktionsrättskonventionen efterlevs i Sverige.⁴⁶

Formella, rättsligt understödda insatser som idag finns att tillgå i Sverige för att hjälpa eller stödja personer som inte kan göra sig själva gällande som aktörer i rättsliga sammanhang är olika varianter av *ställ-*

⁴⁴ Fridström Montoya, Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox s. 184; prop. 2008/09:28 s. 6 ff.

⁴⁵ Och så är sannolikt fallet även vad gäller en rad andra rättigheter för personer med funktionsnedsättningar. Ideella intressorganisationer såsom STIL (Stiftarna av Independent Living i Sverige, www.stil.se) och Funktionsrätt Sverige (www.funktionsratt.se) driver mot den bakgrunden frågan om inkorporering av funktionsrättskonventionen i svensk rätt.

⁴⁶ Se om funktionshinderspolitikens mål i prop. 2017/18:188 och funktionsrättskommitténs granskning av Sverige, United Nations (2014), Concluding observations on the initial report of Sweden, CRPD/C/SWE/CO/1. I utredningen Gode män och förvaltare – en översyn (SOU 2021:36) lämnade visserligen Ställföreträdarutredningen en rad förslag på förändringar av gällande regler om god man och förvaltare i avsikt att närma sig uppfyllande av funktionsrättskonventionen. Dessa förslag är dock enligt min mening otillräckliga i jämförelse med konventionens artikel 12.

företräderskap: god man, förvaltare, framtidsfullmaktshavare och anhörigbehörighet. God man och förvaltare är två versioner av ställföreträderskap som domstol beslutar om för människor som på grund av sjukdom, psykisk störning, försvagat hälsotillstånd eller något liknande förhållande behöver hjälp med att bevaka sin rätt, förvalta sin egendom eller sörja för sin person, och ett ställföreträderskap behövs (FB 11:4 och 11:7). Framtidsfullmakt är ett privat alternativ för de som så önskar och uppfyller vissa krav i lagen (2017:310) om framtidsfullmakter, FfmL, medan anhörigbehörighet som ställföreträdare följer direkt av regler i FB kap. 17. Som närmare framgår nedan är alla dessa ställföreträdarfunktioner problematiska i jämförelse med funktionsrättskonventionen.

Godmanskap enligt FB 11:4 medför inga förändringar för en persons formella rättshandlingsförmåga, och ska betraktas som förstahandsalternativet för personer som behöver ställföreträdare genom samhällets försorg. Godmanskap får enligt FB 11:4 bara anordnas om den som saken gäller och som kan uttrycka sin vilja, samtycker till anordnandet. Någon begränsning av självbestämmanderätten följer inte av att ett godmanskap anordnas; en god man måste tvärtom få samtycke från den företrädda personen för att rättshandlingar som den gode mannen företar i den enskildes ställe ska vara bindande för denne (FB 11:5).

Ett förvaltarskap enligt FB 11:7 anordnas under samma grundförutsättningar som ett godmanskap, men med den skillnaden att den enskilde behöver vara ur stånd att vårda sig eller sin egendom och godmanskap eller någon annan, någon mindre ingripande åtgärd än förvaltarskap bedöms otillräcklig. Den enskildes egen inställning till förvaltarskap saknar betydelse. Ett förvaltarskap innebär att den enskildes rättsliga handlingsförmåga begränsas i enlighet med förvaltarens förordnande. Förvaltaren får "ensam rådighet" över den enskildes tillgångar och företräder honom eller henne i alla frågor som omfattas av förordnandet (FB 11:9).

Varken för gode män eller förvaltare finns något krav i lagen på att de vid utövandet av ställföreträdaruppdraget ska uppmuntra och stödja den enskilde att fatta egna beslut och agera på egen hand. Den enskildes vilja och önskemål är inte utgångspunkten för uppdraget för gode män och förvaltare, utan kravet enligt FB 12:3 är att gode män och förvaltare alltid ska handla på det sätt som bäst gagnar den enskilde.⁴⁷

De två övriga ställföreträderskap som står till buds skiljer sig på viktiga punkter från godman- och förvaltarskapen. En framtidsfullmakt enligt

⁴⁷ Ändringar har dock föreslagits i SOU 2021:36 Gode män och förvaltare – en översyn.

FfmL är ett helt privat alternativ som inte kräver myndigheters inblandning för att skapas. Den som så vill kan ställa ut en framtidsfullmakt förutsatt att man är över 18 år och ”har förmåga att ha hand om sina angelägenheter” (FfmL 3 §). En framtidsfullmaktsgivare bestämmer själv vem som får behörighet att representera honom eller henne i framtiden, och i vilka frågor. En framtidsfullmaktshavare får behörighet att företa rättshandlingar i fullmaktsgivarens namn när den sistnämnda ”varaktigt och i huvudsak inte längre har förmåga att ha hand om de angelägenheter som fullmakten avser” (FfmL 1 §). Något krav på att en framtidsfullmaktshavare ska stödja framtidsfullmaktsgivaren att i första hand fatta egna beslut och agera själv, finns inte. Av FfmL 15 § framgår att fullmaktshavaren ska fullgöra uppdraget i enlighet med fullmaktsgivarens intressen och, om det är möjligt, samråda med honom eller henne i viktiga frågor.

Den behörighet som ställföreträdare som gäller för vissa anhöriga framgår av FB 17:1. När en person ”inte längre har förmåga att ha hand om sina ekonomiska angelägenheter, är en anhörig behörig att för den enskilde vidta ordinära rättshandlingar med anknytning till dennes dagliga livsföring.” Inte heller anhöriga har något krav på sig att i första hand stödja sin närstående att fatta egna beslut eller kunna agera rättsligt på egen hand. Av FB 17:4 framgår emellertid att en anhörig vid fullgörande av uppgiften ska ”handla i enlighet med den enskildes intressen och då beakta den enskildes vilja eller förmodade inställning”.

Att de ovan beskrivna ställföreträdarskapsreglerna, möjligen med undantag för framtidsfullmakten då en sådan innebär att någon frivilligt och medvetet överlåtit sin framtida beslutsrätt i olika frågor till en framtidsfullmaktshavare, inte överensstämmer med funktionsrättskonventionens artikel 12 framstår som uppenbart. Konventionsstaterna anses ju skyldiga att ersätta åtgärder som innebär ’substituted decision-making’ med åtgärder som innebär ’supported decision-making’.⁴⁸ Som framgått ovan så avses härmed bland annat att i synnerhet tvångsinslag *inte* anses förenliga med konventionen. Möjligheten att besluta om förvaltarskap mot någons vilja och den begränsning av enskildas självbestämmanderätt som förvaltarskap innebär, är alltså inte förenligt med funktionsrättskonventionens artikel 12. Även godmanskap kan anordnas utan den enskildes samtycke om det bedöms att denne inte kan ta ställning. Inte heller anhörigbehörigheten är valbar för enskilda, utan gäller under de förutsättningar som anges i lagen.

⁴⁸ CRPD/C/GC/1 punkt 26.

Inget av ställföreträdarskapen står heller i överensstämmelse med de krav som framgår i funktionsrättskonventionen artikel 12 p. 4 på att stödåtgärder för att någon ska kunna agera i rättsliga sammanhang ska utgå ifrån och respektera den företrädde personens ”rättigheter, önskemål och preferenser”. Ett visst mått av rättslig bevakning å den företrädde personens vägnar och en lojalitetsplikt med dennes intressen ingår visserligen i samtliga ställföreträdaruppdrag, men inte att stödja den företrädde personen så att denne själv kan fatta beslut eller på andra sätt agera i rättsliga sammanhang.⁴⁹ Istället är som nämnts ovan kravet på gode män och förvaltare att alltid handla på det sätt ”som bäst gagnar den enskilde” och på framtidsfullmaktshavare att fullgöra uppdraget ”i enlighet med framtidsfullmaktsgivarens intressen” (FfmL 15 §). Endast anhängiga som ställföreträdare ska ”handla i enlighet med den enskildes intressen och då beakta den enskildes vilja eller förmodade inställning” (FB 17:4).⁵⁰

Dessa diskrepanser mellan funktionsrättskonventionens krav och svensk rätt kan delvis förklaras med hänvisning till ställföreträdarskapets bakgrund. Förvaltarskapet och ett utbyggt godmanskap ersatte omyndigförklaringen när den avskaffades år 1989.⁵¹ Reglerna om god mans och förvaltares uppdrag har i hög grad varit oförändrade sedan dess, och är dessutom i mångt och mycket desamma som gällde för förmyndare till omyndigförklarade personer enligt förmyndarskapslagen från 1924.⁵² Mindre lätt att förklara och än mindre att ursäkta är dock att reglerna om framtidsfullmakter och anhängigas behörighet som ställföreträdare inte överensstämmer med funktionsrättskonventionen – dessa två ställföreträdarformer infördes ju så sent som år 2017, åtta år efter att konventionen ratificerades.

Ställföreträdarskapets oförenlighet med funktionsrättskonventionens artikel 12 innebär dock inte att det inte skulle kunna finnas andra formella stödfunktioner i det svenska systemet som kunde karaktäriseras som ’supported decision-making’, och som respekterar enskildas rättighe-

⁴⁹ Se angående god man och förvaltare i FB 12:3, om framtidsfullmaktshavare i lagen FfmL 15 §, samt om anhängigas behörighet i FB 17:1 och 17:4.

⁵⁰ Hur det kommer sig att utgångspunkterna för uppdragen på angivet sätt skiljer sig åt för framtidsfullmaktshavare och anhängiga ställföreträdare är oklart, i synnerhet som regelverken bereddes och infördes samtidigt. Se prop. 2016/17:30.

⁵¹ Se prop. 1987/88:124.

⁵² Se om dessa reglers utveckling, Odlöw, Ställföreträdare för vuxna. Kamrer eller handledare? Ak. avh, Jure förlag, 2005 s. 110 ff.; Fridström Montoya, Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox s. 276 ff. och s. 326 ff.

ter, önskemål och preferenser. Dessvärre är så inte fallet, bortsett möjligen från den icke-reglerade men statsstödsfinansierade verksamhet med personliga ombud för vissa personer med psykiska funktionsnedsättningar som många kommuner driver.⁵³ Personliga ombud är emellertid endast tillgängliga för personer med psykiska funktionsnedsättningar av en viss karaktär, och förutsättningen för att någon ska kunna anlita ett personligt ombud är att denne har förmåga att själv ställa ut fullmakt till ombudet.

Hur problematiskt det blir att efterleva principen om att ingen ska lämnas utanför i utvecklingen mot målen i Agenda 2030 när inte stödfunktioner som funktionsrättskonventionens artikel 12 kräver finns på plats, ens i ett demokratiskt välfungerande och resursmässigt rikt land som Sverige, blir tydligt när fokus i nästa avsnitt vänds mot frågan om vilket stöd – om något alls – som erbjuds för att personer med funktionsnedsättningar ska kunna utöva sin rätt att rösta i allmänna val. Kan det garanteras att personer med funktionsnedsättningar av alla slag, även intellektuella eller kognitiva, inte lämnas utanför möjligheten att utöva den medborgerliga rättigheten att rösta i allmänna val – och därmed att kunna delta politiskt i utvecklingen mot ett mer hållbart samhälle i enlighet med Agenda 2030?

5 Vissa lämnas dock utanför möjligheten att utöva sin rätt att rösta

Att rösta i demokratiska val är en mänsklig rättighet enligt artikel 25 i Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter från år 1976,⁵⁴ vilken anger att:

Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions: [...] b) To vote and to be elected at genuine periodic elections which shall be by universal and equal suffrage and shall be held by secret ballot, guaranteeing the free expression of the will of the electors.

⁵³ Se förordning (2013:522) om statsbidrag till kommuner som bedriver verksamhet med personligt ombud för vissa personer med psykiska funktionsnedsättningar. Det finns även en rad andra slag av ”personstöd” att tillgå för enskilda enligt SoL och LSS. Men dessa insatser syftar inte till att hjälpa enskilda i rättsliga sammanhang, utan att ge hjälp av omvårdande karaktär.

⁵⁴ SÖ 1971:42.

I den betydligt senare funktionsrättskonventionen understryks i artikel 29 rätten för personer med funktionsnedsättningar att delta i politiken och offentliga samtal. Konventionsstaterna ska

guarantee to persons with disabilities political rights and the opportunity to enjoy them on an equal basis with others, and shall undertake

(a) To ensure that persons with disabilities can effectively and fully participate in political and public life on an equal basis with others, directly or through freely chosen representatives, including the right and opportunity for persons with disabilities to vote and be elected, inter alia, by:

[...] (iii) Guaranteeing the free expression of the will of persons with disabilities as electors and to this end, where necessary, at their request, allowing assistance in voting by a person of their own choice [...]

Frågan för det följande är om denna rättighet för personer med funktionsnedsättningar förverkligas i Sverige.

Av RF 1:1 som trädde ikraft år 1974 framgår att all offentlig makt i Sverige utgår från folket och att den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Någon *allmän och lika rösträtt* fanns dock inte i Sverige förrän år 1989 då omyndigförklaringen avskaffades. En omyndigförklaring innebar nämligen, bland annat, att den som omyndigförklarades förlorade sin rösträtt. Denna konsekvens var ett av de tyngst vägande skälen för att avskaffa omyndigförklaringen, jämte de långtgående begränsningar en sådan medförde för en omyndigförklarad persons möjligheter att bestämma i sina ekonomiska angelägenheter, ta egna initiativ och hävda egna åsikter.⁵⁵

En särskild fråga som restes i samband med att omyndigförklaringen avskaffades var ifall även ett anordnande av förvaltare skulle medföra konsekvenser för en persons rätt att rösta i allmänna val, eller om det i övrigt fanns skäl att skapa begränsande regler vad gällde röstning för personer som tidigare hade kunnat omyndigförklaras. Föredraganden i propositionen resonerade gällande rösträttsfrågan på följande sätt (mina kursiveringar):

[...] de nuvarande förutsättningarna för omyndigförklaring har bestämts utifrån andra synpunkter än dem som har betydelse för frågan vem som skall få rösta i allmänna val. Det finns alltså inget självklart samband mellan omyndigförklaring och rösträtt. Det är därmed inte sagt att rösträtten måste vara helt oinskränkt för alla vuxna personer. I och för sig är det tänkbart

⁵⁵ Prop. 1987/88:124 s. 130.

att införa regler som gör det möjligt att i undantagsfall, t. ex. vid allvarlig psykisk ohälsa, frånta den enskilde rösträtten. [...] Det argument som i Sverige i första hand har åberopats för att inte låta omyndigförklarade delta i allmänna val är att de lättare än andra kan bli offer för otillbörlig påverkan [...]. Avskaffas omyndigförklaringsinstitutet, skulle samma argument kunna åberopas till stöd för att frånta vissa allvarligt sjuka rösträtten. Enligt min mening har emellertid argumentet inte så stor tyngd att det uppväger de skäl, framförallt respekten för den enskilda människans värde och integritet, som talar för att alla skall ha kvar sin rösträtt. Att låta valmyndigheterna från fall till fall avgöra om en person ska få rösta inger betänkligheter från rättssäkerhetssynpunkt. Ett sådant system är också ägnat att vålla besvärliga praktiska problem. Jag anser därför att *ingen bör förlora sin rösträtt på grund av sjukdom e. d.* Även personer vars hälsotillstånd är sådant att en förvaltare har förordnats för dem bör ha rätt att rösta. *Det ankommer därvid i princip på dem själva att utöva sin rösträtt.* För dem som *inte kan ta sig till vallokalen* finns möjligheter att rösta med valesedelsförsändelse. [...] Röstning genom valesedelsförsändelse kan ske genom make, bud eller lantbrevbärare. Budröstning får ske enbart om väljaren på grund av sjukdom, rörelsehinder eller hög ålder är förhindrad att rösta i vanlig ordning. Som bud får användas vissa nära släktingar och vårdare.⁵⁶

Ett förvaltarskap innebär alltså ingen *begränsning* för en persons rätt att rösta. Men, åtminstone vid tidpunkten för avskaffandet av omyndigförklaringen, ansågs att det ”i princip” ”ankommer på personer själva att utöva sin rösträtt” även om deras tillstånd är sådant att en förvaltare förordnats för dem. Vad som avses med ”i princip” tål att funderas över. Kan förvaltare och/eller gode män vara involverade i en företrädd persons utövande av sin rösträtt?

På frågan ”får god man rösta istället för huvudman?” på Valmyndighetens hemsida svarar myndigheten: ”Nej, en person som har god man blir inte av med sin rösträtt. Har personen svårt att ta sig till vallokalen eller förtidsröstningen kan hen få hjälp av ambulerande röstmottagare eller ett bud. Kontakta kommunen för att få hjälp av ambulerade röstmottagare eller information om budröstning och material för budröstning.”⁵⁷ Svaret underbyggs inte av någon hänvisning till lagstöd och är överraskande icke-informativt. Den som får en god man blir ju inte ”av med” någonting; när ett godmanskap anordnas så medför inte det, till skillnad från

⁵⁶ Prop. 1987/88:124 s. 134 f.

⁵⁷ <https://fragor.val.se/org/valmyndigheten/d/far-god-man-rosta-istallet-for-huvudman/>.

om ett förvaltarskap anordnas, några konsekvenser alls för den enskildes behörighet att företa rättshandlingar. En förutsättning för att en god man eller förvaltare ska vara behörig att företa rättshandlingar i den enskildes ställe följer inte heller av att den som företräds "blir av med" sin egen rättshandlingsbehörighet, utan av den gode mannens eller förvaltarens förordnande.

Något tydligt besked om att det *inte* är tillåtet för gode män eller förvaltare att rösta i en företrädd persons ställe – eller hjälpa till så att den företrädda personen kan rösta själv – står inte att finna i uppdragsbeskrivningen för gode män och förvaltare. Tvärtom är uppdraget mycket öppet formulerat. Av FB 12:2 första stycket framgår att gode mäns och förvaltares skyldighet är att, i den utsträckning det följer av deras förordnande, bevaka rätten för de som de företräder, förvalta deras tillgångar och sörja för deras person. Vad som rymms eller inte rymms inom dessa uttryck är oklart.⁵⁸ Det finns inga definierande uttalanden i rättskällor, men däremot gott om exempel på vad uppdragsdelarna i praktiken anses innebära och omfatta.⁵⁹ Då det saknas några begränsande regler för vad som kan rymmas i att "bevaka rätt" bör denna uppdragsdel rimligen innebära att bevaka den företrädda personens rätt i alla avseenden, det vill säga även när det gäller mänskliga rättigheter såsom rätten att rösta och möjligheten för den företrädda personen att utöva denna rätt. Åtminstone hävdar Stockholms stad den tolkningen; på hemsidan med information för gode män och förvaltare framförs att "du som är förvaltare eller god man kan aldrig rösta för din huvudmans räkning", men inom ramen för uppdraget att bevaka rätt är det en god mans eller förvaltares uppgift att "se till så att huvudmannen kan rösta".⁶⁰

⁵⁸ Fridström Montoya, *Leva som andra genom ställföreträdare – en rättslig och faktisk paradox* s. 333 ff.

⁵⁹ Se exempelvis information på olika kommuners överförmyndares hemsidor eller olika "handböcker" om god man och förvaltare, författade av praktiskt verksamma inom överförmyndarverksamheter såsom exempelvis Wallgren, Ställföreträdarskap, Norstedts Juridik AB, 2022; Westman, Förmyndarskap, Norstedts Juridik AB, 2005; Sjöstedt & Sporrstedt, God man och förvaltare, Studentlitteratur, 2011.

⁶⁰ <https://godman.stockholm/siteassets/god-man-formyndare-och-forvaltare/blanketter/valinformation.pdf>.

Då rättsläget i praktiken alltså tycks uppfattas så att gode män och förvaltare inte kan rösta i sina huvudmäns ställe,⁶¹ kan det konstateras att de svenska reglerna så långt står i överensstämmelse med de första punkterna i artikel 12 i funktionsrättskonventionen. Den enskilde förvägras ju inte med hänvisning till funktionsnedsättning sin medborgerliga rätt att rösta, och något 'substituted decision-making' är inte tillåtet.⁶² Men, erbjuds sådant *stöd* som krävs enligt artikel 12 p. 3 för personer som inte själva kan utöva sin rösträtt på grund av funktionsnedsättning? Och är stödet utformat på ett sådant sätt att artikel 12 p. 4 uppfylls genom att "åtgärder som hänför sig till utövandet av rättskapacitet respekterar personens rättigheter, önskemål och preferenser" och är "fria från motstridiga intressen och otillbörlig inverkan"? Och står de svenska reglerna i överensstämmelse med funktionsrättskonventionens artikel 29 som anger att staten ska garantera att den enskildes fria vilja som röstberättigad ska kunna uttryckas, genom att tillåta att denne kan assisteras vid röstning av en person denne själv har valt?

I citatet ovan från propositionen till reglerna om god man och förvaltare framhöll föredraganden möjligheten att rösta genom bud för den som "inte kan ta sig till vallokalen". Sådan budröstning är alltså möjlig enligt vallagen (2005:837), jämte möjlighet till röstning via ambulerande röstmottagare enligt vallagen 7:3a. Av första stycket i vallagen 7:4 framgår att väljare som på grund av sjukdom, funktionsnedsättning eller ålder inte själva kan ta sig till ett röstmottagningsställe får lämna sina valsedlar där genom bud. Med hänvisning till säkerhetsrisker får dock inte vem som helst vara bud.⁶³ Enligt vallagen 7:5 får bud vara personer som fyllt 18 år och som är 1. väljarens make eller sambo och väljarens, makens eller sambons barn, barnbarn, föräldrar eller syskon, 2. de som yrkesmässigt eller på liknande sätt ger väljaren vård eller som annars brukar hjälpa väl-

⁶¹ I den senast utkomna handboken om god man och förvaltare, Wallgren, Ställföreträdarskap s. 101, anges att även om domstol kan besluta om att en person som får förvaltare kan begränsa dennes behörighet att företa en rad rättshandlingar som ett förvaltarskap normalt inte påverkar, så har man "dock alltid kvar sin rösträtt i allmänna val även om man har en förvaltare." Någon referens till det påståendet anges dock inte.

⁶² En nyansering som kan framhållas här är att det rimligen skulle kunna argumenteras för att det överensstämmer med artikel 12 att en god man företräder någon i samband med utövandet av dennes rösträtt om detta beskrivs som att den gode mannen fullgör dennes uttryckliga vilja. På samma sätt, alltså, som en god man kan företräda sin huvudman i en rad andra angelägenheter om huvudmannen samtycker.

⁶³ Prop. 2004/05:163 s. 76.

jaren i personliga angelägenheter, 3. lantbrevbärare anställda av Postnord Group AB samt 4. anställda vid ett häkte eller en kriminalvårdsanstalt.

Gällande den personkrets som får agera som bud resonerades på följande sätt i propositionen till vallagen i 2005 års version:

Även om budröstning är förenad med vissa nackdelar från säkerhetssynpunkt, är denna form av röstning ett naturligt inslag i valförfarandet. Väljare som av olika skäl inte själva kan ta sig till ett röstmottagningsställe måste nämligen kunna ges möjlighet att avge sin röst på annat sätt. Vad saken handlar om är i stället, som utredningen också konstaterat, vilka åtgärder som kan vidtas för att göra systemet rimligt säkert. Som utredningen påpekat handlar det vid budröstning typiskt sett om en utsatt väljarkategori. Det finns därför allmänt sett en betydelsefull garanti i att endast den som kan antas känna väljaren väl och vara knuten med lojalitetsband till honom eller henne får anlitas som bud. Kravet på att budet skall vara närvarande samtidigt med vittnet utgör därutöver en garanti mot obehöriga påtryckningar av olika slag.⁶⁴

Givet denna motivering står det inte klart varför gode män och förvaltare inte har innefattats i den personkrets som kan vara bud. Dessa företrädare har ju till uppgift att bevaka den företrädde personens rätt och hjälper inte sällan till i personliga angelägenheter inom ramen för sitt uppdrag. Därmed hade det legat nära till hands att inkludera god man och förvaltare i den krets som anges i punkten 2 i vallagen 7:5: ”de som yrkesmässigt eller på liknande sätt ger väljaren vård eller som annars brukar hjälpa väljaren i personliga angelägenheter”.

Personkretsen som får agera som bud är emellertid adekvat om det beaktas att det problem som budröstning är avsett att lösa är hur någon ska kunna lägga sin röst i ett val trots att denne är (fysiskt) förhindrad att ta sig till vallokalen; personer som enbart har fysiska svårigheter företräds i normalfallet inte av gode män eller förvaltare. Samtidigt pekas i propositionsuttalandet på att budröstning ofta aktualiseras för en ”utsatt väljarkategori” och vikten därför av att de som får agera bud känner personen väl och har något slag av lojalitetsband till honom eller henne. Återigen kan det därmed ifrågasättas varför inte en god man eller en förvaltare – för de som väljare som har en sådan – får agera bud. Om problemet istället för rörelsehinder är att vissa personer på grund av funktionsnedsättningar har svårigheter att alls veta att ett val står för dörren, hur de ska

⁶⁴ Prop. 2004/05:163 s. 76 f.

göra för att kunna rösta, vad röstning innebär och vad de vill – eller inte vill – rösta på, uppstår frågetecken gällande kretsen av bud.

Något som dessutom ytterligare försvårar för personer med intellektuella eller kognitiva funktionsnedsättningar att kunna rösta genom bud, är *formkrav* för förfarandet. För att budröstning ska anses så säker som möjligt måste denna ske enligt de formkrav som framgår av vallagen 7:7. En väljare som vill rösta genom bud ska för varje val själv lägga en valsedel i ett valkuvert, i närvaro av budet och ett vittne som ska ha fyllt 18 år lägga de valkuvert som gjorts i ordning i ett ytterkuvert för budröst, klistra igen ytterkuvertet, på detta ange namn och personnummer och intyga att han eller hon gjort i ordning valkuvert och ytterkuvert på detta sätt och att valkuvert inte gjorts i ordning tidigare än vad som är tillåtet samt, om han eller hon är en väljare som avses i 7:4, på ytterkuvertet intyga att han eller hon uppfyller kraven för att få budrösta. Därutöver ska vittnet och budet ange sina namn och personnummer på ytterkuvertet och intyga att väljaren själv har gjort det som krävs enligt ovan och att de inte känner till något som gör att de uppgifter som väljaren lämnat inte är riktiga. Det ska även antecknas vilken av kategorierna i 7:5 som budet tillhör.

Givet dessa formkrav får det anses uppenbart att röstning genom bud endast är avsett att underlätta röstning för personer med vissa slag av sjukdomar eller funktionsnedsättningar, men inte för andra. De personer som är fysiskt förhindrade att ta sig till röstmottagningsställe kan rösta genom bud men budröstning, eller för den delen röstning via ambulera-
rande röstmottagare, hjälper inte de som på grund av intellektuella eller kognitiva funktionsnedsättningar har svårigheter att rösta på grund av begränsade förmågor att förstå och kunna genomföra själva röstningsprocessen.

Inte heller sådant stöd från ett biträde i samband med röstning i vallokal som regleras i andra stycket i vallagen 7:3 är avsett för de hjälpbehov som personer med intellektuella eller kognitiva nedsättningar har. I vallagen 7:3 framgår att väljare som på grund av funktionsnedsättning eller liknande *inte själva kan göra i ordning sina röster*, på begäran ska få hjälp med detta av röstmottagarna i den utsträckning som behövs. En sådan väljare får också anlita någon annan person som hjälper honom eller henne vid röstningen. Även denna möjlighet till biträde löser alltså problemet för personer som av fysiska skäl inte kan genomföra själva proceduren med att lägga en valsedel i ett kuvert men inte det stödbehov

som föranleds av andra slag av funktionsnedsättningar.⁶⁵ Biträde i samband med röstning är inte avsett att användas för att erbjuda stöd för att kunna förstå och fatta beslut om och att de vill rösta och i så fall på vad.

Sammanfattningsvis saknas alltså *formella* stödfunktioner i Sverige för att personer med intellektuella eller kognitiva funktionsnedsättningar ska kunna utöva sin rätt att rösta. Däremot finns, åtminstone ett, mycket gott exempel på *informellt* stöd genom Studieförbundet Vuxenskolan. På Studieförbundets hemsida anges att forskning har visat att valdeltagandet för personer med intellektuell funktionsnedsättning är lågt: sex av tio personer med intellektuell funktionsnedsättning röstar inte. Detta faktum kan beskrivas som ett ”demokratiglapp” som innebär ”ett allvarligt hot mot demokratin”. Människor bör ges tillräckligt med förutsättningar för att kunna delta i våra demokratiska processer. Genom metoden ”Mitt val” som framtagits tillsammans med Riksförbundet FUB och Inre Ringen, FUB:s sektion för medlemmar med intellektuell funktionsnedsättning, är avsikten att tillgängliggöra röstning och politik för personer med intellektuell funktionsnedsättning. Metoden Mitt val bygger på en studiecirkel med lättläst information om hur demokrati fungerar och inkluderar bland annat en ”lättpratad valdiskussion” där politiker svarar på deltagarnas frågor på ett sätt som avser att sänka språktrösklarna. Metoden har genomförts i fler än 100 kommuner över hela landet och Studieförbundet beskriver att den fungerar mycket väl då ”över 80% av de som deltog i Mitt Val inför valet 2018 gick och röstade.”⁶⁶

Detta goda exempel på informellt stöd är emellertid inte tillgängligt för alla. Därmed uppfyller inte Sverige sina åtaganden enligt funktionsrättskonventionen artikel 12 p. 3, och inte heller förverkligas artikel 25 i FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter eller artikel 29 i funktionsrättskonventionen för denna grupp av väljare. Detta konstaterande innebär i sin tur att det blir mycket svårt att se hur det ska kunna säkras att personer med nämnda funktionsnedsättningar inte lämnas utanför i utvecklingen mot målen i Agenda 2030.

⁶⁵ Prop. 2013/14:124 s. 36 f.

⁶⁶ www.sv.se/mittval.

6 En ohållbar princip

Som påpekades inledningsvis är principen att ingen ska lämnas utanför i utvecklingen mot målen i Agenda 2030 en utmaning. Självklart anser vi i teorin att ”alla ska med” i utvecklingen mot ett hållbart samhälle. Mot bakgrund av vad som framkommit ovan får dessvärre principen beskrivas som ohållbar, då det framstår som osäkert om dess syften alls eftersträvas. Dessutom kan det ifrågasättas hur principen kommer fungera i längden.

Ett av syftena med principen är som bekant att motverka inskränkningar av medborgerliga rättigheter som hindrar marginaliserade grupper och individer från att åtnjuta sina fulla rättigheter och att delta i politiska samtal och beslutsfattande.⁶⁷ Åtminstone i Sverige finns här ett uppenbart problem vad gäller vilka ansträngningar som gjorts för att erbjuda personer med intellektuella eller kognitiva funktionsnedsättningar det stöd som de kan behöva för att utöva sin rätt att rösta i allmänna val. Visserligen hindras dessa personer inte från att rösta på så sätt att det finns regler som fränkänner dem rösträtt, men det finns heller inte – vilket ger just dessa personer en särställning bland människor med andra slag av funktionsnedsättningar – några formella allmänt tillgängliga stödfunktioner som möjliggör att de kan utöva sin rösträtt. Detta faktum står i strid med dessa personers rätt till likhet inför lagen enligt artikel 12 i funktionsrättskonventionen. Då principen att ingen ska lämnas utanför sägs vara ett uttryck för mänskliga rättigheter, men dessa rättigheter uppenbart inte förverkligas vad gäller utövandet av rösträtt för denna grupp, framstår principen som instabil och osäker.

Därtill kommer ett annat bekymmersamt faktum, nämligen att gruppen människor som får antas behöva hjälp och stöd för att kunna utöva sin rösträtt kommer att öka kraftigt i den nära framtiden. Åtminstone i västvärlden så lever vi allt längre liv, men ofta med sjukdomar eller andra hälsotillstånd under de senare åren av livet som innebär att behov av ställföreträdare eller annat stöd uppstår. Utvecklingen av antalet nya fall av demenssjukdomar som är vanliga när man blir gammal är snabb. I Sverige har Socialstyrelsen beräknat att ca 160 000 personer har en demenssjukdom. Varje år insjuknar ytterligare ca 25 000 personer. Prognosen för antalet personer med demenssjukdom år 2030 är 230 000 personer.⁶⁸ Mot den bakgrunden är det svårt att se att det är en hållbar ambition att

⁶⁷ Prop. 2019/20:188 s. 10.

⁶⁸ www.demenscentrum.se.

Therése Fridström Montoya

kunna erbjuda alla dessa hjälpbehövande människor det stöd de behöver för att exempelvis kunna utöva sin rösträtt och därigenom inte lämnas utanför i utvecklingen mot ett hållbart samhälle.

Lovisa Halje

Bolagsstyrning och en hållbar utveckling

1 Introduktion

Det här bidraget behandlar bolagsstyrning och en hållbar utveckling.^{1,2} Med ”bolagsstyrning” avses skötseln och förvaltningen av ett bolag.³ ”Hållbar utveckling” anknyter till Förenta nationernas mål för hållbar utveckling inom ramen för Agenda 2030.⁴ Det tycks närmast råda enighet om att företag har en viktig roll att spela i arbetet mot en hållbar utveckling.⁵ Samtidigt kan regelmiljön som företag verkar inom möjlig-

¹ Ett varmt tack till professor Mattias Dahlberg och till Linnea Wegerstad för korrekturläsning och kommentarer.

² Temat har behandlats i Halje, Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar, 2022. Förevarande bidrag bygger i stor utsträckning på kap. 8 i nämnda arbete. Ang. typologin i kap. 3 se bl.a. a.a. 3.2, 4.4.1.

³ Jfr definitionen av ”god bolagsstyrning” enligt Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 2: ”God bolagsstyrning handlar om att säkerställa att bolag för aktieägarna sköts hållbart, ansvarsfullt och så effektivt som möjligt.” Bergström och Samuelsson, Aktiebolagets grundproblem, 6 uppl., 2021 s. 19 fokuserar på normerna kring skötseln av bolaget: ”principer och bestämmelser för ägande och styrning av aktiebolag”.

⁴ United Nations General Assembly resolution 70/1, *Transforming our world: The 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/Res/70/1 (21/15 October 2015). World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, UNEP/GC/14/13, 1987, *passim* och med definition i kap. 2 p. 1. Meddelande från kommissionen, Den europeiska gröna given, KOM(2019) 640 slutlig. Se även United Nations General Assembly resolution 60/1, *2005 World Summit Outcome*, A/Res/60/1 (16 September 2005) p. 10. Elkington, *Cannibals with Forks*, 1999 *passim*, särskilt s. 70 ff.

⁵ Agenda 2030 mål 17, genomförande och globalt partnerskap. Skr. 2015/16:69 s. 3 och *passim*. Kurz, *Socially Responsible Investment and Shareholder Activism*, i: Crane et al (red), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, 2008 s. 249 f. och *pas-*

göra hållbarhetsarbete i större eller mindre utsträckning. I det här kapitlet redogörs för aktiebolagsrättsliga verktyg för att vidta hållbarhetsåtgärder, det vill säga åtgärder för att anpassa bolagsverksamheten och bolagsstyrningen till en hållbar utveckling. Undersökningen är avgränsad till de bolagsorgan som enligt aktiebolagslagen (2005:551) (ABL) fungerar som beslutsfattare för bolaget: bolagsstämma, styrelse och verkställande direktör (VD).⁶ När termen ”bolag” eller ”företag” används i det följande är det aktiebolaget som avses, om inte något annat framgår. Redogörelsen bör dock kunna fungera väl som utgångspunkt för en bredare diskussion om hållbarhet i företagsstyrning.

I avsnitt 2 redogörs för de aktörer i bolagsstyrningen som är i fokus och hur de kan influera bolagsstyrningen enligt ABL. Därefter, i avsnitt 3, presenteras en enkel typologi över olika sätt på vilka företag kan bidra till en hållbar utveckling, nämligen genom kärnverksamhetens art (*vad*), genom anpassningar av hur verksamheten bedrivs (*hur*) samt genom själva bedrivandet av näringsverksamhet, oavsett vad som produceras (*att*). I avsnitt 4 analyseras, med utgångspunkt i avsnitt 2 och 3, möjligheterna som aktiebolagsrätten erbjuder för att vidta hållbarhetsåtgärder i bolagsstyrningen. I avsnitt 5 identifieras några utmaningar i hållbarhetskänslighets- och betydelsen av den vidare regelmiljön som kringgärdar en hållbar bolagsstyrning.

2 Bolagsstyrningens aktörer och verktyg

Det högsta beslutande organet i aktiebolaget är *bolagsstämman*, där aktieägarna utövar sin rätt att besluta i bolagets angelägenheter (ABL 7:1). Som utgångspunkt har alla aktier lika rätt i bolaget (ABL 4:1), men bolagsordningen kan föreskriva att det ska finnas aktier av olika slag i bolaget (ABL 4:1–2, dock 4:5). Det kan handla om att aktier har större eller mindre röstvärde på bolagsstämman eller att aktier ger olika rätt till utdelning.⁷

sim. Mares, Institutionalisation of Corporate Social Responsibilities, 2006 s. 2. Olovsson, CSR-krav i offentlig upphandling, Upphandlingsrättslig tidskrift 2017:4 s. 179.

⁶ ABL 7, 8 kap. Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 6. Om bärarna av viktiga funktioner som organ, delar av den juridiska personen, se Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör, 1989 s. 30.

⁷ Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt, 2 uppl., 2016 s. 135 f.

Bolagsstämman har möjlighet att påverka *bolagsordningens* utformning och kan också utfärda *stämmodirektiv* (ägaranvisningar).⁸ Bolagsordningen är vägledande för bolagsorganen i deras styrning av bolaget, men fyller också en informationsfunktion för bolagets andra intressenter.⁹ Stämmodirektiv fungerar som anvisningar till bolagsledningen och ska åtlydas så länge de inte strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning, bolagsordningen, funktionsfördelningsreglerna eller bolagets intresse.¹⁰ Vissa av nämnda aktiebolagsrättsliga gränser är förhållandevis tänjbara. För att ett beslut ska anses strida mot bolagsordningsföreskrifter om syfte och verksamhetsföremål eller mot bolagsintresset krävs att avvikelserna är *uppenbar*.¹¹ Dessutom gäller särskilda tolkningsprinciper för bolagsordningen som ger visst handlingsutrymme för bolagsorganen.¹² Vidare kan samtycke från samtliga aktieägare läka en bristande överensstämmelse med bolagsordningen eller aktieägarskyddsregler.¹³

⁸ Bolagsordningen upprättas av bolagets stiftare och ändras genom bolagsstämmobeslut (ABL 2:3, 2:10, 3:4). Stämmans anvisningsrätt anses följa av inskränkningarna i plikten att lyda dessa anvisningar som stadgas i ABL 8:41 st. 2 (se t.ex. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 177).

⁹ Informationen i bolagsordningen är tillgänglig genom Bolagsverket. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 106. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 655 f. 661 ff., 664, 666.

¹⁰ ABL 8:41 st. 2. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 178. Stattin, Företagsstyrning, 2 uppl., 2008 s. 212 ff. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 206. Östberg, Styrelseledamöters lojalitetsplikt, 2016 s. 255 ff. Styrelsen har därvidlag en prövningsplikt (Östberg, a.a. a.s.). Ang. bolagets intresse, se 1944 års aktiebolagslag 92 § 1 st. 3 men (se även SOU 1941:9 s. 347). Regeln utmönstrades i 1975 års aktiebolagslag, men själva principen ansågs fortfarande gälla. Prop. 1975:103 s. 382. SOU 1971:15 s. 216. Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 199 f. Åhman, a.a. s. 67.

¹¹ Det följde tidigare uttryckligen av lag (1944 års aktiebolagslag 76 §, 1910 års aktiebolagslag 55, 66 §§), men anses numera gälla som en allmän associationsrättslig princip. NJA 1987 s. 394 (hemförsäkring fackförbund), 402 (obiter dictum). SOU 1971:15 s. 216. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 116. Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag s. 167. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 684 ff. Enligt Åhman, a.a. s. 206, 208 f. torde ett agerande där bolagets intresse avsiktligt har åsidosatts bör alltid omfattas av regeln, i övrigt torde ett objektiverat uppenbarhetsrekvisit gälla.

¹² Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 118. Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag s. 166 f. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 665 ff., 675 f.

¹³ Den s.k. SAS-principen. Se t.ex. NJA 1967 s. 313 (inkrämmsförsäljning); NJA 1924 s. 186 (hushållsskola). Efter läkning m.h.j.a. SAS-principen ska anvisningen åtlydas. Ek-

Styrelsen och i förekommande fall verkställande direktör, nedan *bolagsledningen*, är underordnade bolagsstämman.¹⁴ Bolagsledningen anses ha en allmän plikt att *agera i bolagets intresse*.¹⁵ Styrelsen svarar för bolagets organisation och förvaltning (ABL 8:4 st. 1). Styrelsen har en vidsträckt förvaltningskompetens, men vissa frågor ska bolagsstämman besluta om enligt ABL eller enligt principen om oreglerad exklusiv stämmokompetens.¹⁶ Verkställande direktör (VD) ska sköta bolagets löpande förvaltning enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar (ABL 8:29 st. 1). Med löpande förvaltning avses åtgärder som ingår i driften av bolagets verksamhet och som inte är av ovanligt slag eller av stor betydelse.¹⁷ Styrelsen och verkställande direktör företräder aktiebolaget (ABL 8:35, 36).¹⁸ Bolagsstämman har ingen representationskompetens.

Styrelsen kan utfärda *anvisningar och riktlinjer till VD* (ABL 8:29). Sådana anvisningar och riktlinjer ska åtlydas så länge de inte strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning, bolagsordningen, funktions-

lund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 176–177. En anvisning som strider mot en regel i aktiebolagslagen som ska skydda tredje man, exempelvis en borgenär, får däremot inte verkställas även om alla aktieägare skulle samtycka till anvisningen. En sådan utgör en nullitet enligt ABL 7:51 st. 2 p. 1 och ska inte efterhöras. Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 201. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 733.

¹⁴ Om termen bolagsledning, se rubriken till ABL 8 kap. Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 30 f. Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 6.

¹⁵ Prop. 1975:103 s. 376–377. Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 16 (”i bolagets och samtliga aktieägares intresse”). Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 277 f. Östberg, Något om skyldigheten att iakttä bolagets intresse vid insolvens, i: Bernitz et al (red), Festskrift till Lars Pehrson, 2016 s. 455. Östberg, Styrelseledamöters lojalitetsplikt bl.a. s. 63, 139, 150 ff. Se även Sjäffell och Anker-Sörensen, Directors’ Duties and Corporate Social Responsibility (CSR), i: Birkmose et al (red), Boards of Directors in European Companies, 2013 s. 157. EU-kommissionen, Study on Directors’ Duties and Sustainable Corporate Governance, 2020 *passim*, 5.1, 5.3.

¹⁶ Se t.ex. ABL 3:4, 25:1. Den oreglerade exklusiva stämmokompetensen, eller ”residualkompetensen” gäller åtgärder som bedöms som likvärdiga med en förändring av bolagets verksamhetsföremål, som förändrar förutsättningarna för bedrivandet av bolagets verksamhet eller annars är av mycket stor betydelse för bolaget. SOU 1995:44 s. 157. Arvidsson, Aktieägaravtal, 2010 s. 127. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 181 ff. Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 12 uppl., 2018 s. 132, 157 ff. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten, 1997 s. 537 ff.

¹⁷ Jfr ABL 8:29 st. 2.

¹⁸ En särskild firmatecknare kan också utses enligt ABL 8:37–38.

fördelningsreglerna eller bolagets intresse.¹⁹ Styrelsen kan även utfärda *riktlinjer av mer intern karaktär* inom ramen för sitt uppdrag.²⁰ Sådana riktlinjer utgör inte anvisningar från överordnat organ och aktualiserar inte den aktiebolagsrättsliga lydnadsplikten. Styrelsen kan vidare utforma *VD-avtalet*, det vill säga det avtal som stadgar villkoren för VD:s anställning. Styrelse och VD kan också fatta beslut om *momentana åtgärder* inom ramen för sin respektive kompetens.

Ytterligare ett verktyg för att påverka bolagsstyrningen är att upprätta *riktlinjer för ersättning* till ledande befattningshavare, såsom styrelse och VD. I sådana riktlinjer kan kopplingen mellan mål och utbetald ersättning tydliggöras, och de kan därmed fungera incitamentsskapande. Sådana riktlinjer bör i regel antas av bolagsstämman, i vart fall om de rör ersättning till styrelseledamot.²¹ Det hindrar inte att styrelsen är involverad i riktlinjernas utformning.²²

Genom nämnda aktiebolagsrättsliga verktyg kan hållbarhetsnormer förankras i rätten.²³ Därmed får de en självständig status i bolagets normkontext och kan kopplas till rättsföljder. Det innebär att om normerna inte åtlöds och det orsakar skada, kan skadestånd enligt 29 kapitlet ABL aktualiseras. Andra mer informella konsekvenser som entledigande kan också komma i fråga.

Det finns även sätt att påverka bolagsstyrningen som inte berörs i ABL. Aktieägare kan sinsemellan komma överens om hur bolaget ska

¹⁹ Se ABL 8:41 st. 2 och strax ovan om övriga begränsningar i lydnadsplikten.

²⁰ Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 249. Svernlöv, Arbetsordning och andra instruktioner i aktiebolaget, 3 uppl., 2015 s. 10. Östberg, Några tankar kring aktiebolagslagens vinstsyfte, i: Andersson et al (red), Vänbok till Anders Lagerstedt, 2020 s. 214. Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 14, 16. Särskilt om arbetsordning i publika aktiebolag, se ABL 8:46 a–b; Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 19.

²¹ Jfr ABL 8:23 a och Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 22. Se t.ex. ABL 7:61 st. 1, 8:51–53 ang. att vissa publika aktiebolag ska upprätta riktlinjer för ersättning. Enligt reglerna ska bolagsstämman anta riktlinjerna, på förslag av styrelsen. Enskilda aktieägare kan också lämna förslag till riktlinjer (prop. 2018/19:56 s. 121, 123). Det står naturligtvis fritt för andra bolag än de som träffas av reglerna att upprätta riktlinjer för ersättning. Mot bakgrund av Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 2 f., 22 finns skäl att låta aktie- och aktiekursrelaterad ersättning behandlas på stämman även i privata bolag. Det bör dock vara acceptabelt för styrelsen att upprätta ersättningsriktlinjer för VD och andra ledande befattningshavare.

²² Jfr ABL 8:51 st. 1–2.

²³ Om rättslig förankring, se Halje, Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar 1.2.2.1.

styras i så kallade *aktieägaravtal*.²⁴ Aktieägare kan även agera för hållbarhet genom att låta *investeringsbeslut* påverkas av hållbarhetshänsyn, exempelvis genom att inte investera i vissa branscher.²⁵ Aktieägare kan vidare försöka påverka bolagsledningens agerande genom *informella kontakter*. Sådana regleras inte i aktiebolagslagen och ingen lydndsplikt föreligger formellt sett.

3 Bolag och en hållbar utveckling. *Vad, hur och att*

Ett bolags själva kärnverksamhet, produkten som företaget tillverkar och erbjuder, kan i sig bidra till en hållbar utveckling (*vad*).²⁶ Det kan exempelvis handla om framställning av miljövänligt bränsle, eller tillhandahållande av tjänst som främjar klimatomständiga eller sociala ändamål, såsom en bilpool eller verksamhet inom vård eller utbildning.

Ett företag kan också bidra till en hållbar utveckling genom att anpassa *hur* verksamheten bedrivs till hållbarhetsändamål. En sådan anpassning kan till exempel utgöras av en övergång till miljövänliga transportalternativ eller förbättringar av arbetsvillkoren i leveranskedjan. Gränsen mellan anpassningar av *hur* kärnverksamheten bedrivs och anpassningar av själva kärnverksamheten i sig (*vad*) är naturligtvis flytande. Byte av fordonstyp kan till exempel ses som en anpassning av hur verksamheten bedrivs, men skulle i vissa typer av verksamhet kunna betraktas som en ändring av verksamheten i sig. Möjligheter till reparation, service och återbruk kan rymmas inom ramen för tillverkning och försäljning av en vara, men om det sker i större utsträckning kan argumenteras för att själva verksamheten har förändrats.

²⁴ Aktieägaravtal regleras inte närmare i ABL. Om aktieägaravtal, se t.ex. Arvidsson, Aktieägaravtal *passim*.

²⁵ Kurz, Socially Responsible Investment and Shareholder Activism *passim*. Sjöström, Hållbara investeringar, 2014 *passim*.

²⁶ Jfr t.ex. SOU 1941:9 s. 295, där det framgår att samhällsändamål såsom önskan att tillgodose det svenska näringslivet, landets eller en viss orsts behov av en ekonomisk verksamhet, kan ligga bakom bildandet av ett bolag med vinstutdelningssyfte. Se även Campbell och Vick, Disclosure law and the market for corporate social responsibility, i: McBarnet et al (red), The New Corporate Accountability, 2007 s. 250. Business Roundtable, Statement on the Purpose of a Corporation 19/8 2019.

Även altruistiskt färgade åtgärder, såsom välgörenhet, kan vara ägnade att bidra till en hållbar utveckling. Sådana åtgärder kan betraktas som sätt att anpassa verksamhetsutövandet till hållbarhetsändamål (*hur*). Skillnaden mellan å ena sidan åtgärder som är direkt relaterade till kärnverksamheten och å andra sidan välgörenhet kan emellertid ha rättslig relevans. Till exempel måste en ”affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget” och som därmed utgör en värdeöverföring i aktiebolagsrättslig mening, följa reglerna för värdeöverföringar i 17 kapitlet ABL. Ett annat exempel är att om affärshändelsen utgör en gåva är den inte en avdragsgill utgift enligt inkomstskattelagen (1999:1229) 9:1–2.²⁷

Vidare kan själva existensen av företaget, oaktat verksamhetens art och dess hållbarhetsanpassningar, främja en hållbar utveckling (*att*).²⁸ Skatteintäkter genererade av näringsverksamhet är en förutsättning för att det offentliga ska kunna vidta nödvändiga hållbarhetsåtgärder.²⁹ Skapandet av sysselsättningsstillfällen är ägnat att motverka fattigdom och bidra till ekonomisk tillväxt och därmed, potentiellt, till en hållbar utveckling.³⁰

²⁷ Avdrag har medgivits för klimatkompensation, se HFD 2018 ref. 55, jfr HFD 2014 ref. 62. Bjuvberg och Cejje, Klimatkompensation och motprestationer – några reflektioner, Svensk Skattetidning, 2018:8 s. 528 ff. Cejje, HFD:s avgörande i klimatkompensationsmålet – flera missade möjligheter, Skattenytt, 2014, s. 933–952.

²⁸ Detta sätt att bidra till en hållbar utveckling kan relateras till aktiebolagslagens och aktiebolagsformens övergripande ändamål att underlätta och främja näringsverksamhet, vilket i sin tur ska bidra till samhällsnytta. Kraakman et al, *The Anatomy of Corporate Law*, 2 uppl., 2009 s. 28 f. Stattin, *Företagsstyrning* s. 51 ff., s. 54. Östberg, Något om skyldigheten att iakttä bolagets intresse vid insolvens s. 457. Se även definitionen av god bolagsstyrning i 2004 års kod för bolagsstyrning: ”[c]orporate governance, eller bolagsstyrning med en svensk term, handlar om att styra bolag på ett sådant sätt att de uppfyller ägarnas krav på avkastning på det investerade kapitalet och därigenom bidrar till samhällsekonomins effektivitet och tillväxt” (Svensk kod för bolagsstyrning 2004 s. 7, min kursivering). I ett hållbarhetsperspektiv kan ifrågasättas hur samhällsnyttig ekonomisk effektivitet och tillväxt är, men definitionen visar hur som helst på en potentiellt övergripande samhällsnyttig funktion hos aktiebolaget.

²⁹ Se även Hilling och Ostas, *Corporate Taxation and Social Responsibility*, 2017 s. 56–57.

³⁰ Agenda 2030 mål 1 och 8. Prop. 1975:103 s. 197. SOU 1971:15 s. 113. SOU 1941:9 s. 4. Dotevall, *Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör* s. 353, 372 f. Se även Sjäffell, *Sustainable Value Creation Within Planetary Boundaries – Reforming Corporate Purpose and Duties of the Corporate Board*, University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2020-20, Nordic & European Company Law Working Pa-

4 Bolagsstyrning och en hållbar utveckling. Möjligheter

4.1 *Vad.* Att bidra till en hållbar utveckling genom verksamhetens art

Hållbarhetsanpassningar med hänseende på vilken typ av verksamhet bolaget bedriver ligger framför allt i bolagsstämmans händer. Verksamheten regleras ytterst av bolagsordningen och förändringar av verksamhetens art kan behöva återspeglas i exempelvis den obligatoriska bolagsordningsföreskriften om bolagets verksamhetsföremål (ABL 3:1 st. 1 p. 3).

Inom ramen för vad uppenbarhetsrekvisitet och principerna för tolkning av bolagsordningen ger, finns även utrymme för bolagsstämman att ge stämmodirektiv om hållbarhetsanpassningar av verksamheten. Det får avgöras i det enskilda fallet om ett stämmodirektiv innebär en sådan förändring av bolagets verksamhet som bör ta sig uttryck i bolagsordningen. En fördel med att låta hållbarhetsanpassningar speglas i bolagsordningen är att den då har större förutsättningar att fylla en informativ funktion gentemot bolagets intressenter och en vägledande funktion i förhållande till bolagsorganen. Eftersom det krävs bolagsstämmobeslut för att ändra bolagsordningsföreskrifter och samtliga aktieägares samtycke för att frångå dem i ett enskilt fall, finns samtidigt skäl att låta bolagsordningen ha en förhållandevis vag utformning.³¹

Inom ramen för uppenbarhetsrekvisitet och bolagsordningen kan även bolagsledningen, genom riktlinjer, anvisningar och konkreta åtgärder, påverka verksamhetens karaktär. Med hänsyn till att ändringar av verksamhetsföremålet alltid ska göras av bolagsstämman och att förändringar av förutsättningarna för verksamheten anses falla under den oreglerade exklusiva stämmokompetensen, finns dock ofta skäl att låta stämman besluta om dylika anpassningar.

per No. 21-04 s. 3. Business Roundtable, Statement on the Purpose of a Corporation 19/8 2019.

³¹ En alltför otydlig bolagsordning kan dock föranleda krav på yttrande eller rättelse enligt ABL 27:2 st. 1 p. 3.

4.2 Hur. Att bidra till en hållbar utveckling genom anpassningar av hur verksamheten bedrivs

4.2.1 Bolagsordningsföreskrifter

Bolagsordningsföreskrifter kan på olika sätt uppställa krav på att verksamheten ska bedrivas på ett sätt som främjar hållbarhetsändamål (*hur*). I det följande redogörs för bolagsordningsföreskrifter som anger bolagets *syfte*, bolagsordningsföreskrifter som ger *ramar* för verksamhetens bedrivande och bolagsordningsföreskrifter som uppställer *värden* att beakta i bolagsstyrningen.

Ett aktiebolags syfte ska framgå av bolagsordningen. Om ingenting annat anges, är syftet med bolagets verksamhet att ge vinst till fördelning mellan aktieägarna (ABL 3:3). Syftet kan på olika sätt anpassas till hållbarhetsändamål. En variant är att bolagets verksamhet helt eller delvis har till syfte att främja ett visst hållbarhetsändamål.³² En risk med att ha flera syften är att de i praktiken kan vara motstridiga och därmed inte effektiva som vägledning eller som grund för ansvarsutkrävande.³³ Användandet av flera syften måste inte vara problematiskt i ett informationsperspektiv, även om det finns en risk att informationen i bolagsordningen för en intressent framstår som intetsägande eller skönmålände. En annan variant är att bolaget har ett vinstsyfte men att vinsten ska tillfalla ett hållbarhetsändamål (eventuellt tillsammans med aktieägarna).³⁴ Om verksamhetsföremålet utformas så att bolagets verksamhet i sig främjar

³² Jfr prop. 2004/05:85 s. 218 ff.; prop. 1975:103 s. 476; SOU 1941:9 s. 295. Jfr för kommunala bolag kommunallag (2017:725) 10:3 p. 1–2. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 116. Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt, 2004 s. 23. Se även OECD, G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2015 avsnitt VA.2, där det framstår som att etiska policies m.m. skulle utgöra ett bolagssyfte, *company objective*. Det bör dock ofta ligga närmare till hands att betrakta sådana som sidorestriktioner. Om *company object* och *purpose*, se Stattin, Aktiebolagets funktion, 2022 s. 240, 244. Kraven på danska företag för att erhålla certifieringen B Corp. ger ett exempel på hur hållbarhetsyfte kan utformas. Bolagets *formål* ska anges vara att ”bland andet i sin virksomhed og drift at have [...] en væsentlig positiv indvirkning på samfundet og miljøet som helhed” (<https://www.bcorporation.net/en-us/about-b-corps/legal-requirements>, senast besökt 8 december 2022). Något motsvarande krav tycks inte finnas för svenska företag.

³³ Det har framförts att bolagsordningsbestämmelser inte får strida mot ”grunderna” för ABL. Prop. 1975:103 s. 298. SOU 1941:9 s. 80. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 619. Helt klart är hursomhelst att ett aktiebolag enligt ABL 3:3 kan ha ett annat syfte än vinst till fördelning mellan aktieägarna, oavsett hur väl detta kan anses överensstämma med grunderna för ABL.

³⁴ Prop. 1975:103 s. 476. SOU 1941:9 s. 295. Arvidsson, Aktieägaravtal s. 87.

en hållbar utveckling (*vad*), kan detta ske genom att en eventuell vinst enligt bolagsordningen ska gå tillbaka till verksamheten.³⁵ Även ”externa” hållbarhetsändamål bör accepteras som residualtagare, så länge aktiebolagslagens kapitalskyddsregler följs.³⁶ En tredje variant för att anpassa syftet till hållbarhetsändamål är att låta bolaget ha ett vinstutdelningssyfte i enlighet med ABL 3:3, men att ge anvisningar i bolagsordningen för hur detta vinstutdelningssyfte ska tolkas och eftersträvas. Sådana anvisningar kan explicit relatera syftet till hållbarhetsändamål eller långsiktighet.³⁷

Bolagsordningsföreskrifter om hållbarhet som ställer upp (andra) rammar för verksamhetens bedrivande kan utgöras av konkreta villkor för kärnverksamheten, såsom att bolaget enbart ska bedriva handel med produkter med en viss märkning.³⁸ Ramar för verksamhetens bedrivande kan också ha en mer övergripande och procedurinriktad karaktär, exempelvis att bolaget ska vara medlem i ett visst hållbarhetssamarbete³⁹ eller att vissa intressenter ska beaktas vid beslutsprocesser.⁴⁰

Bolagsordningsföreskrifter kan vidare påbjuda att vissa *värden* beaktas vid bolagsstyrningen.⁴¹ Även bolagsordningsföreskrifter om övergripande

³⁵ Jfr ABL 32 kap. om s.k. svb-bolag.

³⁶ Se Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 276 om möjligheten att i bolagsordningen föreskriva att gåva skall kunna lämnas även för andra ändamål än allmännyttiga (jfr ABL 17:5). Att införa ett sådant ändamål innebär inte att möjligheten till gåva enligt ABL 17:5 tas bort. SOU 1941:9 s. 301. Åhman, a.a. s. 607, 630.

³⁷ Typiskt sett anses långsiktighet i bolagsstyrningen främja hållbarhet. Halje, Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar s. 474 ff.

³⁸ Exempelvis att bolaget enbart ska bedriva handel med rättvisemärkta produkter (Arvidsson, Aktieägaravtal s. 87). Ohlson, Vikten av vinst: en studie av syftets betydelse i bolagsstyrning, 2012 s. 52.

³⁹ Arvidsson, Aktieägaravtal s. 87. Enligt Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 276 bör det ”i princip [krävas] att bolagets verksamhet direkt eller indirekt främjas av medlemskapet för att det ska vara tillåtet”.

⁴⁰ Jfr direktivförslag KOM(2022) 71 art 25. Ett (annat) exempel finns i riktlinjerna för att danska bolag ska erhålla certifieringen B Corp., <https://www.bcorporation.net/en-us/about-b-corps/legal-requirements>, senast besökt 8 december 2022.

⁴¹ Värden i bolagsordningen kan fungera både som regelstyrning och som värderingsstyrning (Frostenson, Det interna perspektivet – styrning av etik och CSR, i: Borglund et al, CSR och hållbart företagande, 3 uppl., 2021 s. 165 ff.). Möjligen närmar vi oss här värderingsstyrning, även om också regelstyrning kan ske genom uppförandekoder och ”mjuka” policyer. Mayer, Firm Commitment, 2013 s. 193 f., s. 243 ff. och *passim*.

och allmänt hållna mål kan betraktas som värden att beakta.⁴² Liksom multipla syften kan strida mot varandra kan också värden vara sinsemellan motstridiga och svåra att implementera. Det hindrar inte att identifieringen av grundläggande visioner och värden kan fungera vägledande eller motiverande i enskilda beslutssituationer.⁴³ De kan också informera intressenter om organisationens riktning och ambitioner.⁴⁴ Värden fungerar dock typiskt sett mindre väl som grund för ansvarsutkrävande.⁴⁵

Bolagsordningsföreskrifter som ställer upp ramar i hållbarhetskänslig eller värden att beakta kan precisera andra bolagsordningsföreskrifter. Exempelvis kan de förtydliga hur föreskrifter om syfte och verksamhetsföremål ska tolkas.⁴⁶ Antag att ett bolag har ett vinstutdelningssyfte enligt ABL 3:3. Det säger i sig ingenting om på vilken sikt vinsten ska uppnås, eller i vilken utsträckning avkall på bolagets ekonomiska intressen kan göras. Sidoföreskrifter om hållbarhet har förutsättningar att nyansera och anpassa ett sådant syfte till valda hållbarhetsändamål. Om sidoföreskrifter exempelvis anger att enbart varor med en viss hållbarhetscertifiering ska köpas in, bör så ske, även om det skulle vara mindre ekonomiskt förmånligt för bolaget än ett alternativt agerande.⁴⁷ Samtidigt gäller det omvända, det vill säga en sidoföreskrift om hållbarhet bör ofta tolkas i ljuset av föreskrifter om syfte och verksamhetsföremål.⁴⁸

⁴² Östberg, Några tankar kring aktiebolagslagens vinstsyfte s. 221, 227 f. Jfr prop. 2009/10:179 s. 10 f., där det framgår att det var ett mål att Vattenfall skulle tillhöra de bolag som leder utvecklingen mot en miljömässigt hållbar energiproduktion och att regeringen avsåg att bolagsordningen skulle överensstämma med ”grundläggande värderingar om miljöhänsyn och globalt ansvar som vägleder Sverige i klimatpolitiken och politiken för global utveckling”.

⁴³ Mayer, Firm Commitment s. 193. Ohlson, Vikten av vinst s. 40. Stout, The Shareholder Value Myth, 2012 s. 108.

⁴⁴ Jfr Frostenson, Det interna perspektivet – styrning av etik och CSR s. 166.

⁴⁵ Frostenson, Det interna perspektivet – styrning av etik och CSR *passim* om intern styrning med uppförandekoder och ”mjuka” policyer. Mayer, Firm Commitment s. 243 ff. efterfrågar tydligt angivna värden och att en *board of trustees* övervakar att bolagsstyrningen sker i enlighet med dessa värden. Identifieringen av värden hör alltså i Mayers modell samman med ett uppföljningssystem för dem.

⁴⁶ Arvidsson, Aktieägaravtal s. 77 f. Ohlson, Vikten av vinst s. 45, 47 f.

⁴⁷ Se även Riksrevisionen, Vattenfall AB – uppdrag och statens styrning, RiR 2004:18 s. 21 ff., 25 om Vattenfalls bolagsordning § 3. Stattin, Regeringens möjlighet att påverka beslut om försäljning av tillgångar i Vattenfall AB (publ.) s. 14.

⁴⁸ Sidorestriktioner och andra föreskrifter och bolagets syfte tolkas och förstås sålunda sammanvävt och i relation till varandra; inte fristående från varandra. Arvidsson, Aktieägaravtal s. 77 f. Ohlson, Vikten av vinst s. 45, 47 f.

Vad händer då om en sidoföreskrift om hållbarhet skulle strida mot bolagets syfte eller verksamhetsföremål? Rent principiellt bör syfte och verksamhetsföremål betraktas som tyngre vägande normer än sidoföreskrifter. En sidorestriktion som i en konkret situation skulle strida mot syfte eller verksamhetsföremål bör därför ge vika.⁴⁹ Ibland är det dock svårt att särskilja olika typer av bolagsordningsföreskrifter, exempelvis på grund av bolagsordningens systematik och formulering. En klausul kan ange både syfte och ramar för verksamheten och värden att beakta kan formuleras som syften.⁵⁰ Är sidorestriktionen alltid i konflikt med syfte och verksamhetsföremål bör bolagsordningen ändras. Risken för tolkningsproblem och motstridigheter i bolagsordningen kan förebyggas med hjälp av särskilda föreskrifter som förtydligar prioriteringar.⁵¹ Tolkningsproblem kan också uppstå på grund av att hållbarhetsnormer kan föra med sig en annan kontext, eller förförståelse, än vad bolaget normalt

⁴⁹ Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 675. Här ska erinras om uppenbarhetsrekvisitet och att en sidorestriktion som i en konkret situation skulle leda till ett frånsteg från syfte eller verksamhetsföremål kan tillämpas förutsatt att samtliga aktieägares samtycker till åtgärden (SAS-principen).

⁵⁰ För ett exempel på bolagsordningsföreskrift där syfte, verksamhetsföremål och andra föreskrifter vävs samman, se § 3 i Vattenfall AB:s bolagsordning, med rubriken ”Verksamhet”: ”Föremål för bolagets verksamhet är att generera en marknadsmässig avkastning genom att, direkt eller genom dotter- och intressebolag: (a) affärsmässigt bedriva energiverksamhet så att bolaget är ett av de bolag som leder utvecklingen mot en miljömässigt hållbar energiproduktion, ...” (Vattenfall AB, Bolagsordning antagen vid bolagsstämma den 11 april 2019 (<https://group.vattenfall.com/se/siteassets/sverige/om-oss/bolagsstyrning/bolagsordning-vattenfall-antagen-2019-04-11.pdf>, senast besökt 18 oktober 2022)). Enligt ordalydelsen är föremålet för bolagets verksamhet ”att generera en marknadsmässig avkastning”. Så kan dock knappast vara fallet. Att generera en marknadsmässig avkastning låter snarare som ett syfte, som ska uppnås genom de i paragrafen uppräknade verksamheterna (jfr ”genom att”). Typerna av verksamhet som beskrivs i punkterna med början i (a) kan betraktas som verksamhetsföremål. Ett av verksamhetsföremålen är att ”affärsmässigt bedriva energiverksamhet så att bolaget är ett av de bolag som leder utvecklingen mot en miljömässigt hållbar energiproduktion” (§ 3 (a)). Verksamhetsföremålet preciseras i denna del på två sätt. Energiverksamheten ska bedrivas affärsmässigt och samtidigt med en viss riktning, närmare bestämt målet att tillsammans med andra leda utvecklingen mot miljömässigt hållbar energiproduktion. Affärsmässighetsbegränsningen överensstämmer väl med syftet (att generera en marknadsmässig avkastning). Målet att tillsammans med andra leda utvecklingen mot miljömässigt hållbar energiproduktion tycks snarare antyda ett värde.

⁵¹ Se Stattin, Regeringens möjlighet att påverka beslut om försäljning av tillgångar i Vattenfall AB (publ.), Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet Working Paper Series 2016:2, s. 14–15 om regeringens handlingsmöjligheter i den så kallade brunkolsaffären.

verkar i. Det kan exempelvis vara oklart om en term bör förstås utifrån bolagets verksamhet eller den hållbarhetsbakgrund som termen kan antytas till. Även detta kan tydliggöras i bolagsordningen.

4.2.2 Stämmodirektiv

Stämmodirektiv lämpar sig jämfört med bolagsordningsföreskrifter för åtgärder av mer momentan karaktär. Ett stämmodirektiv kan exempelvis påbjuda att vissa hållbarhetshänsyn ska beaktas inför en affär och att hållbarhetsvillkor ska inkluderas i avtalet.⁵² Ett annat exempel är att bolaget ska tillträda ett visst hållbarhetssamarbete eller göra satsningar inom hållbarhetsinnovation. Ett stämmodirektiv kan även handla om en gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål enligt 17 kapitlet ABL.

Med hänsyn till att bolagsordningen ska tolkas flexibelt och att det krävs ”uppenbara” avvikelser från verksamhetsföremål och syfte för att ett beslut ska anses vara i strid mot bolagsordningen bör utrymmet för stämmodirektiv om hållbarhet vara förhållandevis stort. Av särskilt intresse i ett hållbarhetssammanhang är att en åtgärd som kan betraktas som understödande eller som en naturlig expansion av kärnverksamheten ofta är tillåten även om den inte uttryckligen faller under en bolagsordningsföreskrift.⁵³ Åtgärder till gagn för anställda eller underleverantörer, eller åtgärder som vidtas av marknadsföringsmässiga skäl bör ofta kunna räknas hit.⁵⁴ Hänsyn får tas till tekniska och ekonomiska landvinningar, så att teknik och metoder kan förändras utan att bolagsordningen för den skull måste ändras.⁵⁵ Det öppnar för intolkning av mer miljövänlig teknik och metoder.⁵⁶ Samhällsutvecklingen i övrigt torde också i viss mån kunna

⁵² Se Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 602.

⁵³ SOU 1941:9 s. 298 f. Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 214 ff. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 118. Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag s. 166–167.

⁵⁴ SOU 1941:9 s. 298 f. Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag s. 167. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 706 f., 709 f., 713. Se även NJA 1987 s. 394 (hemförsäkring fackförbund), där fackförbundets uppgift ansågs omfatta, förutom facklig verksamhet i traditionell mening, också insatser av ekonomisk eller kulturell betydelse för medlemmarna, så länge de kunde bedömas ligga i linje med den fackliga verksamheten.

⁵⁵ SOU 1941:9 s. 299. Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 215. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 703 ff.

⁵⁶ Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag s. 167. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 703 ff., 705 f. UfR 1966 s. 31 (dampskibsselskab).

beaktas, liksom hur bolaget har tolkat och tillämpat stadgarna tidigare.⁵⁷ Utvecklingen av företags- och branschpraxis och det omgivande samhällets förväntningar i hållbarhetskänseende bör därför kunna ha viss betydelse för tolkningen av vad som ryms inom syfte och verksamhetsföremål. Antag till exempel att en stämмоanvisning påbjuder en åtgärd om tillvaratagande av biprodukter eller hantering av avfall. Med hänsyn till hållbarhetsdiskursens betoning på ansvar för hela leveranskedjan och produktens livscykel, och med beaktande av om den har fått fäste i bransch- eller företagspraxis, är det inte otänkbart att en sådan anvisning, beroende på åtgärdens omfattning, är inom ramen för verksamhetsföremålet.⁵⁸

I vilken utsträckning en hållbarhetsåtgärd går att motivera ekonomiskt bör ha betydelse för om ett stämmodirektiv om åtgärden bedöms vara till nackdel för bolaget och således potentiellt i strid mot den aktiebolagsrättsliga generalklausulen (ABL 7:47, 8:41 st. 1).⁵⁹ Den föreslagna åtgärdens affärsmässighet kan vidare antas ha betydelse för bedömningen av stämmodirektivets förenlighet med ett eventuellt vinstsyfte. Många hållbarhetsåtgärder kan betraktas som affärsmässiga.⁶⁰ Vissa hållbarhetsåtgärder har, förutom själva hållbarhetsändamålet, ett tydligt affärsmässigt syfte. Andra hållbarhetsåtgärder saknar affärsmässig karaktär och utgör närmast värdeöverföringar. De är tillättna i den utsträckning de

⁵⁷ NJA 1987 s. 394 (hemförsäkring fackförbund). Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 118, 280. Stattin, Regeringens möjlighet att påverka beslut om försäljning av tillgångar i Vattenfall AB (publ.) s. 5.

⁵⁸ Jfr NJA 1922 s. 403 (sågverksrörelse). I fallet var fråga om rätten att i ett bolag som drev sågverksrörelse besluta om anläggande av en fabrik för att ta tillvara biprodukter från sågverksrörelsen. Majoriteten i Högsta domstolen menade att med hänsyn till "beskaffenheten och omfattningen av den med ifrågakvarande bolagsstämмоbeslut avsedda anläggningen" skulle anläggningen strida mot ändamålet att bedriva sågverksrörelse. Mot bakgrund av rättsfallet bör anvisningar om tillvaratagande av avfall och restprodukter vara godtagbara så länge de inte är av för stor omfattning jämfört med huvudföremålet för verksamheten. Rättsfallet är till åren kommet. Det är tänkbart att de ekonomiska fördelarna med att tillvarata restprodukter och införliva en cirkulär ekonomi i bolaget är större idag, med hänsyn till hållbarhetsdiskursens genomslag. Därtill bör naturligtvis reglering om ansvar för avfallshantering och liknande beaktas. Se även Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 216.

⁵⁹ I normalfallet kan ett i bolagets perspektiv ekonomiskt välmotiverat beslut inte angripas. Prop. 1973:93 s. 137. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 191 f. Sandström, Svensk aktiebolagsrätt, 7 uppl., 2020 s. 207.

⁶⁰ Hilling och Ostas, Corporate Taxation and Social Responsibility s. 149.

överensstämmer med 17 kapitlet ABL.⁶¹ Ytterligare andra hållbarhetsåtgärder kan i och för sig motiveras ekonomiskt, men är i ekonomiskt hänseende mindre fördelaktiga än tänkbara alternativ. Det kan exempelvis handla om investeringar som ger avkastning först på längre sikt eller mindre vinst än en annan möjlig investering, och åtgärder som innebär ett större affärsmässigt risktagande än alternativen. Med hänsyn till uppenbarhetsrekvisitet vid syftesavvikelse och möjligheten att motivera hållbarhetsåtgärder ekonomiskt bör även sådana åtgärder många gånger vara tillåtliga, särskilt om vinstsyftet är långsiktigt.⁶² Dessutom finns ett stort utrymme för risktagande och ”dåliga affärer”.⁶³ Skulle emellertid (genomförandet av) ett stämmodirektiv leda till skada för bolaget kan skadestånd enligt 29 kapitlet ABL aktualiseras.

Hållbarhetsanvisningar som utifrån en helhetsbedömning strider mot funktionsfördelningen eller mot bolagets intresse ska inte genomföras. Huruvida gränsen för funktionsfördelningsprincipen överskrids har inte att göra med att anvisningen rör hållbarhet, utan hur ingripande anvisningen är mot bakgrund av andra anvisningar och omständigheterna i övrigt. Att frekvent ge detaljerade anvisningar om specifika hållbarhetsåtgärder riskerar därför att strida mot funktionsfördelningsreglerna. Det bör dock vara i sin ordning för bolagsstämman att ge direktiv om åtgärder som uppställer ramar för förvaltningen, såsom deltagande i uppförandekoder och samarbeten. Med hänsyn till intresset av tydlighet i förhållande till bolagsledningen och andra intressenter bör emellertid övervägas om det rör sig om en förändring av så principiell och genomgripande karaktär att den bör komma till uttryck i bolagsordningen i stället för i stämmodirektiv.

Enligt den förhärskande synen i svensk rätt är bolagets intresse att likställa med (nuvarande) aktieägares gemensamma och hypotetiska in-

⁶¹ Se Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 692 ff. Om gåva NJA 1912 s. 25 (lastkaj). Hållbarhetsinvesteringar torde ofta snarare ha karaktär av åtgärder för verksamhetens bedrivande och utveckling än av investeringar av överskottsmedel (se Åhman, a.a. s. 709 f.).

⁶² Halje, Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar s. 474 ff.

⁶³ Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 108, 276 ff. Parkinson, Corporate Power and Responsibility, 1993 s. 108 f. Sandström, Svensk aktiebolagsrätt s. 267 ff., 407. Stattin, Företagsstyrning s. 432. Svernlöv, En svensk business judgment rule? i: Andersson et al, Vänbok till Anders Lagerstedt, 2020 *passim*, 200 ff. Östberg, Styrelseledamöters lojalitetsplikt s. 62, 319 ff.

tesse, i alla fall i ett ekonomiskt välmående bolag.⁶⁴ Aktieägares gemensamma och hypotetiska intresse kan åtminstone delvis antas vara att få avkastning på sin investering. Diskussionen om hållbarhetsåtgärders förenlighet med bolagets intresse är därför lik diskussionen om överensstämmelse med ekonomiska överväganden. Tolkas bolagsintresset verksamhetsorienterat snarare än avkastningsorienterat, finns eventuellt större utrymme för åtgärder som kan antas löna sig först på längre sikt och med potentiellt mindre avkastning. Detta kan i förlängningen öka möjligheterna att beakta hållbarhetsyhänyn. Ännu större handlingsutrymme ger ett intressentpluralistiskt bolagsintresse, det vill säga att bolagets intresse anses inkludera hänsyn till bolagets intressenter, såsom anställda, miljöintressen och lokalsamhälle. Det kan dock ifrågasättas hur väl ett sålunda definierat bolagsintresse fungerar som vägledning eller som grund för ansvarsutkrävande.⁶⁵

Avslutningsvis bör erinras om möjligheten att avvika från bolagsordningen eller aktieägarskyddsregler med samtliga aktieägares samtycke.⁶⁶

⁶⁴ Prop. 1997/98:99 s. 214, 220 f. NJA 2013 s. 117. Dotevall, Skadeståndsansvar för styrelseledamot och verkställande direktör s. 376. I ett bolag som riskerar insolvens anses bolagets intresse utgöras av borgenärernas intresse, vilket minskar utrymmet för ekonomiskt risktagande och gör den affärsmässiga bedömningen av åtgärder strängare. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 178. Stattin, Företagsstyrning s. 214. Östberg, Något om skyldigheten att iaktta bolagets intresse vid insolvens s. 466 ff., 470 ff., 474. Rt 1993 s. 1399.

⁶⁵ Jfr EU-kommissionens direktivförslag KOM(2022) 71 art 25 som föreslår ett intressentpluralistiskt bolagsintresse. Bolagets intresse som handlingsnorm kan betraktas som ett sätt att beskriva, en metafor för, den balansakt mellan olika intressenter och vinsthorisonter som bolagsstyrning oundvikligen innebär. Ett avkastningsorienterat intresse, ett verksamhetsorienterat intresse och beaktandet av bolagets intressenter bör alla kunna ingå i en sådan balansakt, och det kan ifrågasättas om det är fruktbart att betrakta dem som ömsesidigt uteslutande alternativ. Jfr Sjäffell, Towards a Sustainable European Company Law, 2009 s. 30 f., 107 som beskriver (*enlightened*) *shareholder value maximization* som den ekonomiska komponenten av bolagsintresset. Ett avkastningsorienterat och ett verksamhetsorienterat bolagsintresse ger dock större möjligheter till ansvarsutkrävande än ett intressentpluralistiskt. Jensen, Value Maximization, Stakeholder Theory and the Corporate Objective Function, Business Ethics Quarterly vol 12, nr 2, 2002 s. 245 f. Stattin, Företagsstyrning, s. 216, 219. Taxell, Aktiebolagets organisation, 1983 s. 13.

⁶⁶ Se ovan avsnitt 2. Den aktiebolagsrättsliga generalklausulen betraktas som en aktieägarskyddsregel och kan således frångås med samtliga aktieägares samtycke. Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 187 ff. Johansson, Svensk associationsrätt i huvuddrag s. 168 ff. Åhman, Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten s. 787 ff.

Skulle en anvisning om hållbarhet riskera att bolagets verksamhetsföremål i praktiken förändras eller omöjliggörs, bör dock övervägas om bolagsordningen ska förändras eller förtydligas.⁶⁷

4.2.3 Ersättningsriktlinjer

Ersättningsriktlinjer kan koppla ersättningen till styrelseledamöter, VD och andra ledande befattningshavare till hållbarhetsändamål och därigenom ge incitament att agera i linje med målen i fråga. Bolagsorganen har stort handlingsutrymme att utforma ersättningsriktlinjerna i linje med hållbarhetsändamål.

Enligt ABL 8:51 ska vissa publika aktiebolag anta ersättningsriktlinjer. Riktlinjerna ska förklara hur de bidrar till bolagets affärsstrategi, långsiktiga intressen och hållbarhet (ABL 8:52 st. 1). De ska även förklara hur kriterier för eventuell rörlig ersättning och aktiebaserad ersättning bidrar till nämnda mål (8:52 st. 2 p. 3–4).⁶⁸ Det får anges i riktlinjerna att styrelsen tillfälligt får frångå dem, men fränsteg får endast tillåtas ”i enskilda fall där det finns särskilda skäl för det och ett avsteg är nödvändigt för att tillgodose bolagets långsiktiga intressen och hållbarhet eller för att säkerställa bolagets ekonomiska bärkraft” (ABL 8:53). Reglerna illustrerar hur ersättningsriktlinjer kan anpassas till hållbarhetsändamål.

4.2.4 Bolagsledningens riktlinjer, anvisningar och övriga beslut

Styrelsen har genom sitt övergripande ansvar för bolagets förvaltning och organisation stora möjligheter att påverka bolagets hållbarhetsarbete.⁶⁹ Detta kan ske genom interna riktlinjer och anvisningar till VD. Sådana riktlinjer och anvisningar kan avse konkreta åtgärder eller vara av mer övergripande karaktär. Styrelsen får även besluta om hållbarhetsåtgärder för bolagets räkning. Det kan röra sig om gåva till allmännyttigt eller därmed jämförligt ändamål ”om saken med hänsyn till bolagets ställning är av ringa betydelse” och i övrigt i enlighet med värdeöverföringsreglerna

⁶⁷ NJA 1967 s. 313 (inkråmsförsäljning). Visst stöd i NJA 2000 s. 404 (bruksflyg), NJA 1924 s. 186 (hushållsskola). Eklund och Stattin, Aktiebolagsrätt och aktiemarknadsrätt s. 176 f.

⁶⁸ Se även Svensk kod för bolagsstyrning 2020 s. 21 (p. 9.4), 22 (p. 9.7).

⁶⁹ OECD, G20/OECD Principles of Corporate Governance s. 46 f. Sjäffell, Redefining the Corporation for a Sustainable New Economy, *Journal of Law and Society*, vol. 45, nr 1, 2018 s. 42 f. Sjäffell, Sustainable Value Creation Within Planetary Boundaries s. 7.

i 17 kapitlet ABL.⁷⁰ Styrelsen kan beakta hållbarhet vid tillsättningen av VD och vid utformningen av VD-avtalet. Hållbarhetsåtgärder inom ramen för den löpande förvaltningen faller inom VD:s kompetens.

Det kan ifrågasättas vilket utrymme som finns för bolagsledningen att fatta mer strategiskt inriktade beslut om hållbarhet. I princip bör det falla under styrelsens behörighet att upprätta exempelvis en uppförandekod om hållbarhet.⁷¹ Det hindrar inte att styrelsen kan låta bolagsstämman ta upp uppförandekoden till beslut, för att förankra den hos aktieägarkollektivet. En uppförandekod som strider mot bolagsordningen kräver samtliga aktieägares samtycke. Ett verktyg av strategisk karaktär bör dock anpassas till bolagsordningen, alternativt bör en ändring av bolagsordningen övervägas. Hållbarhetsåtgärder som bedöms som likvärdiga med en förändring av bolagets verksamhet eller som förändrar själva förutsättningarna för verksamhetens bedrivande eller annars är av mycket stor betydelse för bolaget kan höra till stämmans exklusiva kompetens.⁷² I offentligägda bolag bör hållbarhetsåtgärder ibland kunna anses ha sådan politisk karaktär som motiverar stämmobeslut.⁷³

Liksom bolagsstämmans anvisningar, får styrelsens anvisningar inte åtyldas om de strider mot ABL, tillämplig lag om årsredovisning eller bolagsordningen (8:41 st. 2) och inte heller om de strider mot bolagets intresse eller mot funktionsfördelningsreglerna. Begränsningarna har diskuterats ovan och läsaren hänvisas dit (se 4.2.2).⁷⁴

4.3 *Att. Att bidra till en hållbar utveckling genom själva bedrivandet av näringsverksamhet*

Bolagets stiftare och (andra) investerare ger de nödvändiga förutsättningarna för bolagets upprättande. Andra intressenter till bolaget är ofta nödvändiga för dess fortsatta existens. På en övergripande nivå tillhandahålls

⁷⁰ Det kan tilläggas att det historiskt tycks ha funnits en förväntan på företag att i viss mån ägna sig åt välgörenhet. Prop. 1910:54 s. 138. SOU 1941:9 s. 295, 300.

⁷¹ Se t.ex. Svensk kod för bolagsstyrning 2020 3.1.

⁷² Se ovan avsnitt 2.

⁷³ Om offentligt ägda bolag och riktlinjer eller anvisningar av politisk karaktär som måste behandlas på bolagsstämman, se Stattin, Regeringens möjlighet att påverka beslut om försäljning av tillgångar i Vattenfall AB (publ.) s. 6. Stattin, Kommunal aktiebolagsrätt s. 20. Jfr NJA 1967 s. 313 (inkråmsförsäljning), NJA 2000 s. 404 (bruksflyg).

⁷⁴ Bedömningen av om en åtgärd faller under stämmans exklusiva kompetens tangerar bedömningen av om den strider mot verksamhetsföremålet.

regler för en hållbar bolagsstyrning med avseende på *att* näringsverksamhet bedrivs i stor utsträckning genom politiska beslut. Ramverket för upprättande av bolag och förutsättningarna för att göra investeringar ges av lagstiftaren. Även regler som möjliggör för företag att bidra till en hållbar utveckling genom skattebetalning, anställningstillfällen och andra fördelar med näringsverksamhet i stort, kommer i stor utsträckning från lagstiftaren.⁷⁵ Detsamma gäller regler för marknaden på vilken bolaget verkar.

5 Bolagsstyrning och en hållbar utveckling. Utmaningar och en stödjande regelmiljö

Ett bolag kan bidra till en hållbar utveckling genom den typ av verksamhet som bedrivs (*vad*), *hur* verksamheten bedrivs och genom själva idkandet av näringsverksamhet (*att*) (ovan 3). Bolagsstämman och bolagsledningen har framför allt möjligheter att utforma *vad* bolaget gör och *hur* bolaget bedriver denna verksamhet med hänsyn till hållbarhetsändamål (ovan 4.1–2). Stiftare, investerare och bolagets intressenter möjliggör att bolaget överhuvudtaget existerar och bedrivs (ovan 4.3). Några utmaningar i hållbarhets hänseende kan dock identifieras. Utmaningarna visar på vikten av en stödjande regelmiljö.

Bolagsorganen kan antas ha relevant information och kunskap om bolagets verksamhet, även om aktieägarkollektivet typiskt sett har mindre ingående inblick i verksamheten än bolagsledningen. För att vidta adekvata hållbarhetsåtgärder krävs emellertid även kunskap och insikter om hållbarhet och hållbarhetsprocesser. Intresseorganisationer, branschorganisationer och certifieringsorganisationer kan antas ha särskild kunskap om vissa hållbarhetsändamål och/eller produkter och tjänster i ett hållbarhetsperspektiv. Sådan kunskap kan komplettera och vara värdefull för ett företags utveckling i hållbarhets hänseende. Inte minst riktlinjer från branschorganisationer och certifieringsorganisationer är ägnade att ge konkret och sektorspecifik vägledning. Även generella riktlinjer om

⁷⁵ Även arbetsmarknadens parter har stort potentiellt inflytande på regelmiljön.

hållbart företagande från internationella organisationer som OECD och FN kan ge ledning.⁷⁶

En annan utmaning ligger i begränsningen av vad ett enskilt företag kan förväntas åstadkomma i hållbarhetshänseende. Strävan efter en hållbar utveckling implicerar genomgripande förändringar i samhället. Företag har en viktig roll att spela när det gäller innovation och genomförande, men för en bedömning av vilka verksamheter och åtgärder som är särskilt önskvärda eller riskfyllda i hållbarhetssynpunkt krävs beaktandet av olika samhällsintressen och olika tidshorisonter. Ett sådant helhetsperspektiv kan svårt krävas av företagen själva. Dessutom krävs att nödvändiga förändringar genomdrivs och får genomslag. Lagstiftaren kan i detta hänseende spela en viktig roll. Lagstiftaren kan, mot bakgrund av internationella åtaganden, forskning och remissinstansers synpunkter, ställa upp förbud för verksamheter som inte bör bedrivas alls och regler för verksamheter som bör bedrivas under särskilt kontrollerade former. Vidare har lagstiftaren möjlighet att ange gränser och miniminivåer samt påbjuda eller förbjuda vissa åtgärder. Lagstiftaren kan även genom administrativa krav, finansieringsmöjligheter och skattelagstiftning främja vissa verksamheter eller åtgärder och avskräcka från andra. Rättsliga genomdrivandemöjligheter ger regleringen tyngd. Internationella organisationer, intresseorganisationer och branschorganisationer kan ge företag underlag för innovation och utveckling i hållbarhetshänseende, men ger typiskt sett inte upphov till rättsliga normer med tillhörande rättsliga genomdrivandemekanismer.

En utmaning som framförallt gör sig gällande för bolagsledningen är att det kan finnas osäkerhet kring i vilken utsträckning hållbarhetsåtgärder är i linje med andra normer som ska följas, såsom bolagets syfte och bolagets intresse. Sådana åtgärders förenlighet med vad som ligger i bolagets ekonomiska intresse bör ofta vara avgörande för om de vidtas eller inte. Även för aktieägares engagemang kan hållbarhetsåtgärders potentiella affärsmässighet antas vara av betydelse. Regler om hållbarhet och företags hållbarhetsansvar torde kunna påverka i vilken utsträckning hållbarhetsåtgärder betraktas som ekonomiskt motiverade. Det är ofta

⁷⁶ T.ex. OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011. United Nations General Assembly, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, A/HRC/17/31 (21 March 2011). FN:s Global Compact.

affärsmässigt tillrådligt att leva upp till rättsliga förpliktelser. Lagstiftare och avtalsparter kan stipulera materiella krav med utgångspunkt från skyddsändamål i hållbarhetskänseende. Exempel finns på lagstiftning som öppnar för eller påbjuder att den som ingår avtal ställer hållbarhetskrav på sin avtalspart.⁷⁷ Lagstiftare och avtalsparter kan också ställa krav på att bolag eller aktieägare upprättar självreglering om hållbarhet eller informerar om sitt hållbarhetsarbete.⁷⁸ Sådana krav är ägnade att ge incitament till hållbarhetsåtgärder och kan också ge konkret vägledning om vad för hållbarhetsåtgärder som efterfrågas, utan att i detalj styra företagens hållbarhetsarbete.

Vidare kan efterfrågan på marknaden antas spela stor roll för huruvida hållbarhetsåtgärder anses ekonomiskt fördelaktiga. Reglering om information och klassifikationer kan behövas för att ge förutsättningar för ett rättvist utgångsläge på marknaden i hållbarhetskänseende.⁷⁹ Även certifieringar och index från privata aktörer, och därmed de organisationer och företag som står bakom dem, kan antas spela stor roll för hur effektivt marknaden fungerar när det gäller att uppmuntra hållbarhetsåtgärder.

Sammantaget tillhandahåller aktiebolagsrätten flera verktyg för en hållbar bolagsstyrning: bolagsordning, stämmodirektiv, ersättningsriktlinjer och styrelsens riktlinjer och anvisningar kan användas för genomförandet av hållbarhetsåtgärder. I vilken utsträckning möjligheterna tas tillvara på

⁷⁷ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 4:3, 17 kap. EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EU) 2017/821 av den 17 maj 2017 om fastställande av skyldigheter avseende tillbörlig aktsamhet i leveranskedjan för unionsimportörer av tenn, tantal och volfram, malmer av dessa metaller, samt guld med ursprung i konflikt-drabbade områden och högriskområden. Direktivförslag KOM(2022) 71.

⁷⁸ Mares, *Institutionalisation for Corporate Social Responsibilities* s. 172 ff., 302 ("regulated self-regulation"). Årsredovisningslag (1995:1554) 6:1 st. 4. EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EU) 2019/2088 av den 27 november 2019 om hållbarhetsrelaterade upplysningar som ska lämnas inom den finansiella tjänstesektorn. Lag (2004:46) om värdepappersfonder 2:17 h st. 2. EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/828 av den 17 maj 2017 om ändring av direktiv 2007/36/EG vad gäller uppmuntrande av aktieägares långsiktiga engagemang. EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EU) 2017/821 av den 17 maj 2017 om fastställande av skyldigheter avseende tillbörlig aktsamhet i leveranskedjan för unionsimportörer av tenn, tantal och volfram, malmer av dessa metaller, samt guld med ursprung i konflikt-drabbade områden och högriskområden. Direktivförslag KOM(2022) 71.

⁷⁹ Se t.ex. EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING (EU) 2020/852 av den 18 juni 2020 om inrättande av en ram för att underlätta hållbara investeringar och om ändring av förordning (EU) 2019/2088.

ett i hållbarhetshänseende adekvat sätt, beror även på andra regler och aktörer. Såväl lagstiftare som internationella organisationer, branschorganisationer och civilsamhället har viktiga roller att spela i skapandet av en sådan stödjande regelmiljö för företag.⁸⁰

⁸⁰ Jfr Agenda 2030 mål 17 om genomförande och globalt partnerskap.

Mikael Hansson

Hållbar arbetsrätt

Tänka fritt är stort

1 Inledning

De 17 mål för hållbar utveckling som satts upp av FN i Agenda 2030 berör snart sagt varje rättsområde, vilket de väl måste göra om de ska kunna tas på allvar och faktiskt leda till den omställning de eftersträvar. Målen handlar, kan man notera, inte om hållbarhet utan om hållbar *utveckling*. Det beror kanske till dels på att det är svårt att tänka sig en förändring utan utveckling, men antagligen också till dels på att alternativet ”tillbakagång” (eller vad motsatsen är) inte är vare sig politiskt eller psykologiskt möjligt. I utveckling kan också en tilltro till det befintliga byggas in, och därmed en viss teknikoptimism – en teknikoptimism som riskerar att målen inte tas på allvar. Tekniska landvinningar, ännu inte gjorda upptäckter eller uppfinningar, kan ändra hastigheten på utvecklingen, eller till och med vända den så att det ohållbara blir hållbart. I utveckling vänds blicken också bort från den omstörtande förändringen, revolutionen. Varje samhällsordning måste skynda sig, av något slags inreboende självbevarelsedrift. En självbevarelsedrift som driver en ohållbar utveckling är dock dömd att, paradoxalt nog, leda just till en omstörtande förändring. Ska hållbarhetsmålen kunna tas på allvar måste inte varje åtgärd i sig själv lösa hela problemet, men antagligen måste begreppet förstås i någon mening radikalt.¹ Ett samhälle kan inte vara till hälften hållbart, inte nästan hållbart – antingen är det hållbart på så sätt att det

¹ Se om den förståelsen av begreppet *hållbar utveckling* Westerlund, S, En hållbar rättsordning. Rättsvetenskapliga paradigmer och tankevändor s. 23 ff. Se också till exempel Andersson, P, Bruun, N, Herzfeld Olsson, P, Novitz, T och Sjödin, E, Assessing the Swedish labour law model through a social sustainability lens, Retfærd nr 2 2022 s. 76 f.

inte förbrukar mer resurser än vad jorden tål, eller så är det inte hållbart eftersom det eroderar resurserna. I så fall, om ett samhälle är delvis hållbart är det snarare en fråga om hastigheten på förfallet, än om hållbarhet.

Att hållbarhet dock, teknikoptimism åsido, måste förstås som ett mål som måste uppfyllas helt och hållet för att uppfyllas alls (det betyder inte, som sagt, att alla åtgärder måste lösa alla problem samtidigt) gäller om hållbarheten talas i termer av miljömässiga frågor, lika väl som sociala frågor. Hållbarhetsmålen i Agenda 2030 rör inte bara miljömässig hållbarhet, utan också social och ekonomisk hållbarhet. En viktig utgångspunkt är att dessa aspekter måste hänga ihop. Utan social och ekonomisk hållbarhet kan inte miljömässig hållbarhet uppnås, utan miljömässig hållbarhet kan inte ekonomin vara hållbar, och så vidare.² Fördelningen av de tillgängliga resurserna måste vara tillräckligt rättvis för att samhället inte ska riskera att omstörtas, vilket också fungerande demokratiska institutioner ska undvika. Därtill kommer ekonomisk hållbarhet, sociala institutioner kan inte hålla ihop långsiktigt (och tankar om hållbarhet måste vara just långsiktiga) om inte ekonomin är hållbar. En ekonomi som eroderar sina egna förutsättningar genom att överutnyttja de resurser på vilken den bygger kan inte vara långsiktigt hållbar. Ett hållbart utnyttjande av naturresurser är alltså en förutsättning för ekonomisk hållbarhet. Arbetsrätten handlar om sociala institutioner och arbetsmarknadens ekonomi, hållbarhetsmålen berör alltså också arbetsrätten. Arbetsrätten kan rentav tyckas särskilt tacksam bland de civilrättsliga ämnena att hantera, eftersom vissa mål handlar om de frågor som *är* arbetsrätten.

Helhetssynen medför vissa utmaningar. Med utveckling, särskilt den ekonomiska, följer till synes oupplösligt, tanken på att utveckling sker genom ekonomisk tillväxt. Om de konkurrerar om positionen som överordnat mål äventyras antagligen genomförandet av de båda, men vilket mål som ska vara överordnat på sikt är en politisk fråga. Inom ramen för det manöverutrymme som rätten ger, och i enskilda fall (de långsiktiga avvägningarna är politikens uppgift, avvägningarna i varje enskilt fall juridikens).

2 Hållbarhetsmålen och (arbets)rätten

Arbetsrättsliga regler handlar om regler för ett visst kontraktsförhållande (anställningsavtal), med fokus på en viss kontraktspart (arbetstagaren). Arbetsrätten är, åtminstone till sin självbild, en social skyddslagstiftning.

² Att förändra vår värld: Agenda 2030 för hållbar utveckling.

Som sådan lånar den sig väl till att handla om att uppfylla målen 8 *Anständiga arbetsvillkor och ekonomisk tillväxt* och 10 *Minskad ojämlikhet*, särskilt delmål 10.3 *Säkerställa rättigheter för alla och utrota diskriminering*. I vidare mening kan ett antal andra mål sägas behandla arbetsrättsliga frågor.³ Likabehandling och icke-diskriminering märks också i delmål 8.5 *Full sysselsättning och anständiga arbetsvillkor med lika lön för alla*. Diskrimineringslagen är inte bara tillämplig i arbetslivet, men diskrimineringsreglernas historia i den nationella rätten finns i jämställdhetslagen som var tillämplig på arbetsmarknaden och i diskrimineringslagens andra kapitel om dess tillämpningsområde är arbetslivet det första, se 2 kap. 1 och 2 §§ diskrimineringslagen (2008:567). I ett stort komparativt projekt i syfte att kartlägga utvecklingen av arbetsrätten i ett antal europeiska länder är utvecklingen av diskrimineringsskyddet framträdande, när det summeras i början av 2000-talet (2004).⁴ Däremot innehåller inte den svenska arbetsrätten några regler till stöd för delmål 10.1 *Minska inkomstklyftorna*. Målet, som går ut på att till 2030 successivt uppnå och upprätthålla en inkomstillväxt högre än det nationella genomsnittet för de 40 procent av befolkningen som har lägst inkomst, tycks ge anledning till offentlig inblandning i lönesättningen – till exempel genom statliga minimilöner. Den svenska hållningen (inte minst från arbetsgivare och fack) har dock varit att motsätta sig offentligt reglerade minimilöner, och det EU-direktiv⁵ som antagits trots svenska (och danska) protester innehåller vad som tycks vara garantier för att en lönesättningsmodell av den svenska (eller skandinaviska) typen ska kunna upprätthållas.⁶ Enligt den modellen sätter arbetsmarknadens parter, det vill säga arbetsgivare och arbetsgivarorganisationer å ena sidan och arbetstagarorganisationer (fack) å den andra, lönerna eller förutsättningarna för lönesättningen i kolle-

³ Caroline Johansson behandlar i denna volym också mål 16 *Främja fredliga och inkluderande samhällen för hållbar utveckling*, tillhandahålla tillgång till rättvisa för alla samt bygga upp effektiva, och inkluderande institutioner med ansvarsutkrävande på alla nivåer och särskilt mål 4 *Säkerställa en inkluderande och likvärdig utbildning av god kvalitet och främja livslångt lärande för alla*.

⁴ Hepple, B, och Veneziani, B, *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing 2009 s. 3 f.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2022/2041 av den 19 oktober 2022 om tillräckliga minimilöner i Europeiska unionen.

⁶ En utredning har tillsatts för att utreda genomförandet av minimilönedirektivet i Sverige se Dir. 2022:140 Genomförande av direktivet om tillräckliga minimilöner. Regeringen har inte krävt att miljömässiga konsekvenser av förslagen ska redovisas, vilket inte heller krävs enligt kommittéföreläsning (1998:1474), se s. 8.

tiva förhandlingar.⁷ Den statliga inblandning som finns genom Medlingsinstitutet ska också sträva efter att förverkliga parternas förhandlingar. Särskilt tydligt är det genom att Medlingsinstitutet ska främja det så kallade ”märket”, det vill säga ett utrymme för löneökningar (i den mån ett sådant anses finnas) som sätts av arbetsgivare och inom den konkurrensutsatta tillverkningsindustrin. Dessa samarbetar inom ramen för det så kallade Industriavtalet (Industrins samarbets- och förhandlingsavtal), vars mål är att vara klara med löneförhandlingar först och sedan verka för att andra parter på arbetsmarknaden följer efter och inte träffar avtal som innebär högre löneökningar än vad parterna i industrin funnit rimligt. På så sätt ska löneglidning med inflation och andra oönskade effekter som följd undvikas.⁸ Idén är inbyggd i den svenska lönebildningsmodellen på så sätt att Medlingsinstitutet i sin verksamhet särskilt ska verka för att märket hålls.⁹ Modellen har varit framgångsrik, och det går nog ganska lätt att argumentera för att Industriavtalet tjäna ekonomisk hållbarhet.¹⁰ Däremot är det inte lika lätt att argumentera för att det främjar jämställdhet och minskade inkomstskillnader. Märket uttrycks regelmässigt i procent, till exempel att löneökningen ska vara två procent under det kommande året. Eftersom den svenska arbetsmarknaden är ganska könsuppdelad¹¹ och de relativt högavlönade industribranscherna manligt dominerade kommer ett mål uttryckt i procent att behålla och utöka löneskillnader mot lägre betalda branscher, till exempel kvinnodominerade

⁷ Den svenska, eller nordiska, utvecklingen avviker från den europeiska genom att nedgången av kollektiva förhandlingar inte varit lika framträdande här som i många andra europeiska länder. I det ovan nämnda (not 4) komparativa projektet pekade minskad facklig anslutning och därmed mindre grad av kollektiva lösningar ut som den viktigaste förändringen i europeisk arbetsrätt, Hepple, B, och Veneziani, B, *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing 2009 s. 4. Se också, till exempel, Dukes, R, *The Labour Constitution*, Oxford University Press 2014.

⁸ Industriavtalet s. 9.

⁹ Förordning (2007:912) med instruktion för Medlingsinstitutet 2 §. Se också Medlingsinstitutets egen beskrivning av sitt uppdrag; *Den svenska modellen och Medlingsinstitutet*.

¹⁰ Se om framgångsfaktorerna till exempel Andersson, P, Bruun, N, Herzfeld Olsson, P, Novitz, T och Sjödin, E, *Assessing the Swedish labour law model through a social sustainability lens*, *Retfærd* nr 2 2022 s. 78 med hänvisningar.

¹¹ Se Medlingsinstitutets rapport *Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2021. Vad säger den officiella lönestatistiken?* särskilt s. 6, s. 13 f. och s. 49.

(eller kvinnodominerande)¹² värddyrken. Även om Industriavtalet bygger på förutsättningen att industrin behöver ställa om, till exempel till följd av klimathotet, bygger avtalet inte på att arbetsmarknaden måste ställas om för att motverka global uppvärmning utan för att det hot som en global uppvärmning innebär tvingar fram en omställning. Klimathotet kommer utifrån, det nämns tillsammans med ”ändrad efterfrågan, snabb teknisk utveckling och politiska och sociala förändringar i vår omvärld”. Omställningen, ehuru nödvändig, sker alltså på den ekonomiska tillväxtens villkor (se vidare nedan).

Att arbetsmarknadens parter i ett gemensamt avtal beskriver det arbetsrättsliga regelverket på ett visst sätt betyder givetvis inte att det inte kan förstås på andra sätt. Ur ett akademiskt perspektiv har Jonas Malmberg i essän Vad handlar arbetsrättslig reglering om ett antal teorier eller idéer om? beskrivit det arbetsrättsliga regelverkets syfte.¹³ I beskrivningarna hänförs synen på arbetsrätten som social skyddslagstiftning i huvudsak till äldre tider, medan den arbetsrättsliga regleringens koppling till samhällsekonomin är mer framträdande i mer sentida teorier. Arbetsrätten förstås till exempel som en marknadsrestriktion, som en tillitsbärande eller tillitsskapande institution eller som ett sätt att internalisera sociala kostnader i företagen. Det går möjligen att läsa in hållbarhetsaspekter i dessa sätt att förstå arbetsrättsliga regler och deras syften, men det framgår också att tillväxten är det överordnade målet.

Den ekonomiska tillväxten är också framträdande i det för arbetsrätten mest framträdande målet i Agenda 2030, mål 8 *Anständiga arbetsvillkor och ekonomisk tillväxt*. Delmål 8.1 är just *Hållbar ekonomisk tillväxt*, i delmål 8.2 *Främja ekonomisk produktivitet genom diversifiering, teknisk innovation och uppgradering* syns tilliten till den tekniska utvecklingen (och därmed kanske den omnämnda teknikoptimismen). Också delmål 8.3 *Främja politik för nya arbetstillfällen och ökad företagsamhet* och delmål 8.4 *Förbättra resurseffektiviteten i konsumtion och produktion* handlar, om än i uttunnad mening, om ekonomisk tillväxt. Delmål 8.5 Full sysselsättning och anständiga arbetsvillkor med lika lön för alla nämndes ovan, och leder vidare på de övriga delmålen under mål 8, vilka handlar

¹² Hansson, M, Fred säljer... Men vem betalar? Dahlberg, M, (red.) De lege 2017: Genuskritiska frågor inom juridiken s. 9–30.

¹³ Malmberg, J, Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter. Uppsala Faculty of Law Working Paper 2010:9.

om att främja olika grupper ställning eller olika branscher som har med uppfyllandet av hållbarhetsmålen att göra.

3 Det övergripande målet ekonomisk tillväxt

Den arbetsrättsliga regleringen syftar, om den förstås som social skyddslagstiftning, till att motverka att den som besitter styrka i form av kapital kan utnyttja den som inte besitter den styrkan, och som därför är i en beroendeställning. Regler om sakliga skäl för den starkare partens uppsägning av ett kontrakt om arbete minskar risken för att den svagare parten utelämnas åt den starkes godtycke. Ett sätt att förstå regelverks inre rationalitet, är att dela in reglers syfte i *primärmål* och *ultimärmål*.¹⁴ Primärmålen är då de syften som en lag eller annan regel direkt syftar till att uppnå, medan ultimärmålen är de bakomliggande syften som bär upp och motiverar *primärmålen*.¹⁵ De kan också formuleras i termer av att det är rationellt om missförhållanden som motverkar en effektiv användning av resurserna kan uppdagas. Om arbetstagare är rädda för att förlora jobbet om de kritiserar arbetsgivaren eller slår larm om brister eller oegentligheter kommer dessa inte i dagen, vilket motverkar en effektiv resursanvändning. Regler till skydd för arbetstagare som slår larm om missförhållanden, så kallade visselblåsare, kan vara belysande.¹⁶ Sådana regler har till syfte att skydda individen och garantera rättvisa, men också att såväl företagsledningarna som samhället ska kunna få reda på oegentligheter. Företagsledningarna vill förstås gärna själv kunna styra vilken information som sedan förs vidare, och så är också avvägningen i visselblåsarreglerna. Först ska företagsledningen informeras om oegentligheter, endast om inte det ger resultat får allmänheten larmas. Den enskildes

¹⁴ Hellner, J, Metodproblem i förmögenhetsrätten s. 91 ff. Hellner själv vill egentligen lämna begreppsparet, men finner för gott att ändå hålla fast vid den terminologi han en gång anslutit sig till (se not 55). Det har också använts i senare forskning, se till exempel Lidman, E, Kontrolläggande och uppköpsreglering. Likabehandling vid offentliga uppköpserbjudanden och effekterna i bolagsstyrningen. Corporate Governance Forum 2020 s. 123 ff.

¹⁵ Ultimärmålen finner man enligt Hellner (s. 91) genom att ställa frågan: Vilka mål vill vi uppställa som utslagsgivande för det problemkomplex som diskuteras? Valet är när den frågan ställs grundläggande, som mellan miljömässig hållbarhet och ekonomisk tillväxt.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1937 av den 23 oktober 2019 om skydd för personer som rapporterar om överträdelser av unionsrätten, genomfört genom lag (2021:890) om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden (se vidare nedan).

skydd mot repressalier för att sprida uppgifter av allmänt intresse balanseras mot arbetsgivarens intresse av att hålla för verksamheten relevant information hemlig. Arbetstagarens behov av trygghet och arbetsgivarens företagsledningsrätt är båda primärmål, som tjänar det överordnade ultimärmålet ekonomisk tillväxt.

Också en social hållbarhet kan handla om användning av resurser på ett sätt som inte utarmar dem långsiktigt, vilket väl är tanken med begreppet *Human Resources*.¹⁷ Arbetskraften, de mänskliga resurserna, ska användas på ett sätt så att den inte slits ut onödigt fort. Till skydd för det finns arbetstidsregler och ledighetsdagar, som kan ha dubbla syften, ett socialt och ett ekonomiskt. Rätt till en rimlig fritid är ett värde i sig, och skulle kunna betraktas som ett ultimärmål. Ett konkurrerande, och kanske mer övergripande mål för lagstiftaren, är dock också att arbetskraften inte ska slitas ut onödigt fort.¹⁸ Mot det kan i någon utsträckning pensionsålderns successiva höjning tala, från den 1 januari 2023 är den 69 år. För hållbarhetens del kan den dock räddas med kopplingen till den allt längre livslängden, och Pensionsgruppens (den blocköverskridande grupp som arbetade fram den uppgörelse som höjningen bygger på) tanke är ”att ett längre arbetsliv också är av betydelse för välfärden och därmed för hela samhället.”¹⁹ Ju mer betoningen i *human resources* är på arbetskraften som resurs, desto mer ligger fokus på ekonomisk hållbarhet. Avvägningen görs mot den sociala hållbarheten, inte mot den miljömässiga. Det följer av att arbetsrätten inte har med miljö att göra, utan med social hållbarhet och att det är gott nog eller att det till och med är en förutsättning.

Med ekonomisk tillväxt följer ett samhälleligt behov av att fördela det välstånd som skapas, på ett sätt som uppfattas som åtminstone någorlunda rättvist. Till och med överordnat målet om ekonomisk tillväxt kan då identifieras ett mål med arbetsrättsliga regler som har att göra med samhällets överlevnad. Målet är då att undvika revolution och därmed det bestående samhällets undergång, det vill säga den ovan nämnda själv-

¹⁷ Det går att läsa utbildningar med inriktning ”Human Resources” vid åtminstone ett par svenska universitet, och med mer eller mindre motsvarande svenska benämningar på en lång rad universitet och högskolor.

¹⁸ Se till exempel om semesterlagarnas syften Sigeman, T, *Semesterrätt*, Iustus 1991 s. 24. Jfr prop. 1981/82:154 Om ny arbetstidslag m.m. i vilken departementschefen anmärker att välfärds mål som rätt till fritid kommit att ta över det ursprungliga skyddssyftet, s. 16. Arbetskraftens uthållighet betonas alltså inte alls.

¹⁹ Se prop. 2021/22:181 Justerade åldersgränser i pensionssystemet och i kringliggande system s. 82.

bevarelsedriften. Den tanken är också inbyggd i tanken att miljömässig, social och ekonomisk hållbarhet hänger ihop. Om resurserna inte räcker kan man förvänta sig att kampen om dem kommer att omkullkasta samhället. Om man vill att samhällsordningen ska behållas är det alltså klokt att sträva efter att rätten, också arbetsrätten, ska omfatta alla aspekter av hållbarhet och hållbarhetsmål. I svensk (arbets)rätt har medlet för att undvika revolution varit samförstånd, en mjukare och mer följsam linje än repression. Skiftet från repression och motstånd till tolerans beskrivs också som en del av den europeiska arbetsrättens utveckling.²⁰ Den mest paradigmatiske händelsen i historien om den svenska samförståndsandan, Saltsjöbadsavtalet 1938, tillkom några år efter en händelse i Ådalen 1931 då samhället åtminstone för en kort stund och på grund av ett olyckligt tillfälle av repression syntes på randen av en revolution.

4 Rättens fokus, och öppningar för fokusförskjutning

När lagstiftningsförslag om ny arbetsrättslig lagstiftning ska analysera konsekvenserna av förslagen står inte dess miljökonsekvenser i fokus. Beträffande ganska många förslag från arbetsmarknadsdepartementet (om vi begränsar oss dit) är det för all del inte särskilt närliggande att tänka sig sådana konsekvenser, till exempel om bättre förutsättningar för den arbetsmarknadspolitiska verksamheten,²¹ genomförandet av balansdirektivet,²² eller genomförandet av arbetsvillkorsdirektivet.²³ Ibland behövs det dock inte allt för mycket fantasi för att tänka sig en miljömässig påverkan, särskilt för regler som har med förutsättningarna för produktion att göra. Ändå konstateras, till exempel, kort att förslagen som genomför pensions-

²⁰ Hepple, B och Veneziani, B, *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing 2009 s.

²¹ Se prop. 2021/22:216 Förbättrade förutsättningar för den arbetsmarknadspolitiska verksamheten s. 90.

²² Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1158 av den 20 juni 2019 om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhängvårdare och om upphävande av rådets direktiv 2010/18/EU. Se prop. 2021/22:175 Genomförande av balansdirektivet s. 129.

²³ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1152 av den 20 juni 2019 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen. Se prop. 2021/22:151 Genomförande av arbetsvillkorsdirektivet s. 182.

uppgörelsen om ett längre arbetsliv ”[inte bedöms] ha några betydande effekter på miljö eller effekter i övrigt”.²⁴ Det kan tyckas vara en ganska snabbt dragen slutsats om regler som ändå syftar till att hålla uppe finansieringen av system som vilar på produktion. Det kan dock invändas att varje regel kan påverka klimat och miljö, i vart fall varje regel som påverkar eller ger incitament för ett visst handlande. I de senaste omfattande ändringarna i anställningsskyddslagen blir det till exempel i vissa situationer lättare för arbetsgivare att säga upp arbetstagare, och anställningen består som tidigare inte under tvist vilket i sin tur kan förväntas tvinga den uppsagde att söka arbete under tvisten i större utsträckning än tidigare.²⁵ Om miljömässiga konsekvenser av de ändringarna sägs dock ingenting.²⁶ Låt säga att regler som tillåter arbetsgivare att säga upp tvingar folk att söka jobb på annan ort och därmed ökar pendlingen, det vill säga transporter? En regel som tvingar arbetsgivaren att informera arbetstagaren om något påverkar mängden papper som används eller mängden energi för att överföra data digitalt. Analysen är då inte att regler inte påverkar miljö och klimat i och för sig, utan att de inte förväntas påverka i beaktansvärd utsträckning eller att påverkan ligger flera led bort och därför inte beaktas. Det innebär dock oavsett att miljö- och klimatpåverkan vid införandet av arbetsrättsliga regler eller förändringar av arbetsrättsliga regler inte belyses. Det finns dock undantag. Om konsekvenserna av nya regler om så kallat omställningsstudiestöd sägs att:

Förslagen bedöms inte ha en positiv effekt på klimat och miljö. Regeringen bedömer att klimatomställningen bland annat kommer kräva kompetensutveckling och en omställning till de nya jobb som växer fram i dess spår. Reformen bedöms underlätta denna omställning.²⁷

²⁴ Prop. 2021/22:181 Justerade åldersgränser i pensionssystemet och i kringliggande system s. 176. Se också prop. 2018/19:91 Anställningsskyddet förlängs tills arbetstagaren fyllt 69 år, som också genomför Pensionsgruppens överenskommelse och som inte alls nämner miljökonsekvenser av förslaget. Pensioner hänger samman med andra åtgärder för ett hållbart arbetsliv, se Caroline Johanssons bidrag i denna volym.

²⁵ Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

²⁶ Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden. Beträffande grundläggande omställnings- och kompetensstöd dras, trots en i övrigt omfattande konsekvensanalys, samma korta slutsats om konsekvenserna för miljön som beträffande höjd pensionsålder, s. 435.

²⁷ Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden s. 424.

Förslagen bedöms alltså inte ha en positiv effekt på klimat och miljö, men inte heller en negativ effekt får man anta. Däremot bedöms förslagen kunna ha effekt i ett senare led, eftersom förslagen förväntas underlätta klimatomställningen. Regler som syftar till att höja arbetskraftens kompetens istället för att låta den gå sysslösa ger, i nästa led, en positiv påverkan på den klimatomställning som kommer att kräva ny kompetens. Reglerna påverkar dock inte klimatomställningen av sig själva. Klimatomställningen är en politiskt motiverad process, vare sig den i sin tur bygger på den miljömässigt motiverade övertygelsen att klimatforskningen har rätt eller på den ekonomiska förutsättningen att man vill underlätta för de företag som av ekonomiska skäl, för att få konkurrensfördelar, vill ställa om. Utan omställning behövs ingen ny kompetens. Under förutsättning att den kompetens som förväntas förvärfvas i omställningsåtgärder har dessa regler ändå en påverkan, men en påverkan som ligger ett resonemangssteg bort så småningom kan komma till nytta. Resonemanget bygger också på en marknadslogik på så sätt att kompetensutvecklingen förutsätts möta en efterfrågan (som kommer av en politiskt eller ekonomiskt motiverad omställning av produktionen). I omställningsreglerna finns alltså potential för omställning. En mer progressiv variant av omställningsregler hade, till exempel, kunnat bestämma att bara kompetensutveckling till färdigheter som kan nyttiggöras i en klimatomställning får stöd, eller att sådana åtgärder får ett särskilt stöd. Det kanske inte hade varit det klokaste eller mest ekonomiskt rationella, men det finns inget i reglerna eller dess grund som utesluter det valet.

Ännu tydligare i analysen av miljöpåverkan är propositionen till reglerna som implementerar det ovan nämnda visselblåsar direktivet.²⁸

Förslaget bedöms ha en positiv inverkan på miljön om t.ex. miljöförstöring, som en följd av förslaget, skyddat kommer att kunna rapporteras genom trygga och säkra rapporteringskanaler. Därmed förbättras förutsättningarna för såväl verksamheter som myndigheter att i ett tidigt skede komma till rätta med olika former av miljöförstöring, t.ex. olagliga utsläpp av miljöfarliga ämnen.²⁹

I den konsekvensanalysen ses alltså inte bara en möjlighet att underlätta en omställning, utan till och med en möjlighet till positiv miljöpåver-

²⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/1937 av den 23 oktober 2019 om skydd för personer som rapporterar om överträdelser av unionsrätten (se not 16).

²⁹ Prop. 2020/21:193 Genomförande av visselblåsar direktivet s. 264.

kan. Under förutsättning att kanalerna för rapportering är så trygga och säkra som förslaget syftar till, kommer arbetstagare att kunna slå larm om miljöförstöring i verksamheten utan att riskera sin anställning eller andra repressalier. Om en arbetstagare rapporterar om missförhållanden och uppfyller förutsättningarna för att vara skyddad kan miljöförstöring komma till företags eller myndigheters kännedom. Skyddet gäller även i vissa fall information som är belagd med tystnadsplikt, se 2 kap. lag om skydd för personer som rapporterar om missförhållanden, och i vissa fall får rapportering göras till myndigheter (se 6 kap.), annars ska rapporteringen i huvudsak ske genom för ändamålet upprättade interna kanaler (se 5 kap.). Trots att det är ganska snårigt att läsa ut vad som ger skydd enligt lagen (vilket kan antas minska benägenheten att anmäla missförhållanden, om skydd är en förutsättning),³⁰ finns alltså en potential i regleringen att skydda larm om miljöförstöring, ett intresse som alltså i så fall tar över såväl företags intressen att få driva sin verksamhet som de vill och hemlighålla information om de så önskar som intresset av tillväxt. Just intresset av miljöskydd nämns också som ett intresse av särskilt allmänintresse i direktivet (art. 2.1 a), och det framgår av 4 kap. 7 § och 4 kap. 9 § att en person är skyddad om hen rapporterar till en myndighet eller offentliggör uppgifter och ”har skälig anledning att anta att missförhållandet utgör en överhängande eller uppenbar fara för liv, hälsa, säkerhet eller risk för omfattande skada i miljön”. Det är alltså, kan man förstå, inte vilka miljörisker som helst som trumfar företagens intressen, utan bara allvarliga och akuta sådana. Det intressanta är dock att lagstiftningen innehåller en uttrycklig potential, på ett sätt den inte gjort tidigare.

Det har förvisso länge funnits en möjlighet att uttala kritik eller avslöja förhållanden av allmänintresse, såsom i det berömda Värö Bruk-målet, AD 1994 nr 79. I det målet hade en arbetstagare som också var verksam som kommunpolitiker i olika kanaler avslöjat vissa uppgifter om verksamheten hos arbetsgivaren, ett pappersmassabruk, och därpå blivit uppsagd på grund av att han skulle ha brutit mot tystnadsplikt enligt anställningsavtalet och överskridit den kritikkraft som följer av anställningsavtalet. Bedömningen koncentreras alltså till brottet mot anställningsavtalet och dess allvarlighet, eftersom det krävs saklig grund för att arbetsgivaren ska kunna säga upp ett anställningsavtal. Uppgifterna hade

³⁰ Dessa svårigheter påpekades också i Juridiska fakultetens remissyttrande, se JURFAK 2020/50.

med verksamhetens miljöpåverkan att göra, de rörde bland annat vissa kemikaliemängder som användes. Arbetsdomstolen resonerade på ett sätt som påminner mycket om visselblåsarreglerna, bland annat ansågs arbetsgivaren ha ett berättigat intresse av att arbetstagaren vänder sig till denne först och inte rapporterar i media. Arbetsdomstolen gjorde också en avvägning mellan arbetsgivarens och arbetstagarens intressen:

Härvid måste givetvis beaktas bakgrunden till och syftet med en anmälan e d till myndighet från arbetstagarens sida. Ju allvarigare missförhållanden det är fråga om, desto större frihet måste arbetstagaren ha att agera obunden av hänsyn till arbetsgivaren. På motsvarande sätt måste arbetstagaren ha större frihet att agera obunden av sådana hänsyn, ju större betydelse ett missförhållande har för arbetstagaren eller mer allmänt för arbetstagarnas intressen, såsom i arbetsmiljöfrågor m.m.

Miljöintresset har här förskjutits till arbetsmiljöintresset, det vill säga ett intresse som ligger mer omedelbart i arbetstagarens intresse i den egenkapen. Arbetsdomstolen fann i domen att arbetstagaren inte brutit mot vad som enligt anställningsavtalet fick anses vara tillåtet i offentlig debatt, och att uppgifterna hade allmänintresse. Omsorgen riktas dock mot intresset av offentlig debatt och möjlighet att kunna vara politiskt verksam i demokratiska organ, inte mot det allmänna intresset av miljömässig hållbarhet. Rättspraxis rymmer dock självfallet också en sådan potential, men det låter sig tänkas att domare är mindre benägna att utnyttja den utan uttryckligt lagstöd. Det kan vidare tänkas att potentialen att ta hänsyn till miljöhänsyn i vad som anses tillåtet inom ramen för anställningsavtalet minskat i och med de senaste förändringarna i lagen (1982:80) om anställningsskydd. Enligt 7 § krävs numera att en uppsägning är grundad på sakliga skäl (tidigare att uppsägningen hade saklig grund), och det framgår av förarbetena att fokus i högre utsträckning än tidigare ska vara på kontraktsbrottets allvarlighet.³¹ Det finns givetvis inget som hindrar att hänsyn till miljömässig hållbarhet anses vara en godtagbar anledning att bryta ett kontrakt, eller att parterna inte anser offentliggörande av uppgifter av allmänt miljöintresse vara ett kontraktsbrott överhuvudtaget, men det är nog mycket begärt av domare att utan parternas initiativ förändra synen på vad som är avtalat så pass mycket. Om tolkningen av anställningsavtalet är en (än) mindre framkomlig väg än tidigare ökar be-

³¹ Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden s. 88 och s. 446.

tydelsen av positiv lagstiftning som kan ge domare stöd för en progressiv tolkning i motsvarande mån. Sådant stöd kan finnas i reglerna om visseblåsning, men också den besläktade lagen (2017:151) om meddelarskydd i vissa enskilda verksamheter som närmar anställda i vissa privata branscher (skola, vård och omsorg) till tryck- och yttrandefrihetslagarnas regler. Den lagen innehåller inga uttryckliga miljöintressen, men den ger möjlighet att lämna vissa uppgifter för offentliggörande. I en annan och praktiskt viktig lag på arbetsmarknaden, lag (2018:558) om företagshemligheter, är perspektivet på sätt och vis det omvända. Medan visseblåsarlagen och lagen om meddelarskydd begränsar arbetsgivarens rätt att hålla uppgifter hemliga begränsar lagen om företagshemligheter (bland andra) arbetstagarens rätt att avslöja eller använda hemliga uppgifter. Ganska många uppgifter om företags miljöpåverkande uppgifter kan nog förväntas vara företagshemligheter (i vart fall kan företag såsom i AD 1994 nr 79 ha intresse av att hävda det), men det går naturligtvis att betrakta uppgifter om miljöpåverkan som icke-hemliga. Det går, till exempel, att tänka sig att *greenwashing* aldrig skulle vara skyddsvärt och att uppgifter om att företag ägnar sig åt det därför inte kan hållas hemliga.³² Kanske behövs lagändringar, men potentialen finns inbyggd i reglerna.

5 Rättens oändliga potential

Det har handlat om inte vad som gäller, utan vad som kan gälla – en betraktelse av arbetsrättens möjligheter att hantera mål om hållbar utveckling, särskilt miljömässiga. Arbetsrättens regler har ett annat syfte. Den är en skyddslagstiftning för ena parten (”arbetstagaren”) i ett visst kontraktsförhållande och som sådan balanserar den kontraktsparternas (arbetsgivares och arbetstagares) intressen. Överfört till hållbarhetsmålen i Agenda 2030 kommer alltså social hållbarhet och ekonomisk hållbarhet att vara i fokus. De ultimärmål som kan identifieras i arbetsrättslig reglering kommer därför också att handla om sociala värden eller ekonomisk effektivitet, i samspel eller i konkurrens med varandra. Om dock svaret på Hellners fråga; Vilka mål vill vi uppställa som utslagsgivande för det problemkomplex som diskuteras? istället flyttas till miljömässig hållbarhet flyttas också fokus. Om ultimärmålet är ekonomisk tillväxt kommer, till exempel, regler om arbetstid, ledighet och pension att sträva efter att underlätta mesta möjliga produktion under en livstid. Regler om

³² Se Oskar Mossbergs bidrag i den här volymen.

uppsägning kommer att skydda den produktionen, till exempel genom att godta uppsägningar av den som inte presterar eller den som inte tar tillvara rekreativmöjligheterna under sin fritid. Det kan också skapas omställningssystem för den som inte håller produktionstakten, så att arbetskraftsuttaget kan maximeras. Med en fokusförskjutning till hållbar produktion istället för till maximal produktion kan, återigen till exempel, arbetstiden beräknas inte på vad människor orkar, utan på vad jorden orkar (incitamenten att effektivisera produktionen blir heller knappast mindre om arbetstid sätts i relation till utsläpp, då kan en arbetsgivare med en effektivare produktion ta ut mer arbetstid än en med en mindre effektiv). System för omställningsstöd, och överhuvudtaget regler för omstruktureringar, kan inriktas på att främja omställningar som syftar till att öka den miljömässiga hållbarheten. Regler om uppsägningar och andra åtgärder mot arbetstagare kan nyttjas för att skydda den som värnar miljömässiga intressen på bekostnad av arbetsgivarens intresse av att hålla produktionen uppe. Möjligheterna antyds i förarbetena till de nya anställningsskyddsreglerna i vilka det betonas att kritikrätten bör gälla även fortsättningsvis och att "[i]nnebörden av begreppet sakliga skäl bör liksom begreppet saklig grund inte vara statiskt utan tolkas i ljuset av rådande värderingar i samhället".³³ Utrymmet för så kallade politiska stridsåtgärder kan prövas i relation till aktioner för miljömässiga intressen.³⁴ Istället för, eller upptill, diskussionen om minimilöner skulle diskussionen kunna handla om maximilöner och möjligheter att ta ut vinst i verksamheter som är ekonomiskt effektiva men miljömässigt ohållbara. Och så vidare. Kanske närmar man sig här omstörtande tankar, men om hållbarhetsmålen ska tas på allvar måste de kunna tänkas – och förkastas, av bättre alternativ.

Arbetsrättslig reglering bygger i hög grad på självreglering mellan arbetsmarknadens parter. Det innebär inte att regler inte kan införas eller ändras, men det är i någon mening omstörtande att ifrågasätta deras inflytande. Reglering som begränsar inflytandet möts, som i fråga om

³³ Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden s. 87 f.

³⁴ Det anses i svensk rätt finnas ett visst, men begränsat, utrymme för så kallade politiska stridsåtgärder, i vart fall i åtgärder med internationell bakgrund. Se senast AD 2022 nr 33, i vilket Hamnarbetarförbundets åtgärd under en inte obetydlig tid att vägra lossa och lasta ryska fartyg (till följd av Rysslands invasion av Ukraina) i alltför hög grad inverkad på arbetsgivarens företagsledningsrätt. Det ekonomiska intresset att hålla produktionen igång begränsar alltså möjligheterna att manifestera politiska åsikter.

minimilöner, med viss misstänksamhet. Tvärtom har vissa av arbetsmarknadsparterna (inte alla) varit drivande i lagstiftningsarbetet. Medan pensionsöverenskommelsen vilar på ett parlamentariskt samarbete har principiellt viktiga förändringar i såväl anställningsskyddslagen som medbestämmandelagen genomförts i enlighet med utredningar som utförts av arbetsmarknadsparter i samarbete.³⁵ Det kan ligga en begränsning i att såväl arbetsgivarorganisationer som fackföreningar är ideella föreningar (i vart fall oftast)³⁶ som har till syfte att ta tillvara sina medlemmars intressen i förhållande till motparten i arbetsförhållandet. I arbetsrättsliga sammanhang är de också i princip begränsade till det, genom reglernas begränsning till just förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagarare (se 1, 6, 10 och 23 §§ lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet). Vilka de intressena är, finns det dock inte några tydliga begränsningar för – om organisationerna betraktar en fråga som relevant för deras medlemmars anställningsförhållanden är de i princip oförhindrade att driva den (utanför det strikt fackliga tillhandahåller till exempel de stora arbetstagarorganisationerna till exempel billigare hem- och sakförsäkringar till sina medlemmar).³⁷ Vill arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer gemensamt nå ett visst mål har de stora resurser, både i kapital och förtroende, för att göra det.³⁸

Hållbarhetsmålen i Agenda 2030 måste förstås som en helhet. Det innebär att de inte kan genomföras med en enskild åtgärd, och att ansvaret inte kan läggas på en enskild aktör. Det kan tyckas motigt, och rätten

³⁵ Se prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden och prop. 2018/19:105 Utökad fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister. Vidare Herzfeld Olsson, P, Den svenska modellen i en ny era, JT 2021–22 s. 783–798.

³⁶ Jfr Hansson, M, Självreglering och självklarheter, Gilson, R J, Isaksson, M, Lidman, E, Munck, J, Sjöman, E, (red.), Festskrift till Rolf Skog, Norstedts Juridik 2021 s. 551–567 s. 556 ff.

³⁷ De kanske också bör vilja det, av självbevarelsedrift. Andersson, P, Bruun, N, Herzfeld Olsson, P, Novitz, T och Sjödin, E, Assessing the Swedish labour law model through a social sustainability lens, Retfærd nr 2 2022 avslutar (s. 92): "Taking on environmental as well as economic and social objectives, may be crucial to trade unions' relevance, as will ensuring that the Swedish system becomes ever more inclusive of different forms of work and those who do that work."

³⁸ Om en tonåring kan starta en världsomfattande rörelse genom att strejka från skolan en dag i veckan borde organisationer med de resurser som de svenska arbetsmarknadsorganisationerna besitter kunna uträtta nästan vad som helst. Se Sara Lundbergs bidrag i den här volymen.

kan verka vara fast i vissa spår ("path dependency") och knuten till vissa intressen och ändamål. Arbetsrätten tycks till exempel främja maximal produktion – om den inte är hållbar och förbrukar jordens resurser i större grad än vad jorden tål, främjar arbetsrätten inte hållbarhet utan ohållbarhet. Tankeexperimentet att skifta fokus mot ett annat mål löser förstås inte i sig något, och rättens potential är ingenting om den inte används.

Men tänka rätt är större

Caroline Johansson

En hållbar svensk modell?

– Exemplet den nya omställningsregleringen

1 Inledning

Under 2022 genomfördes en stor reform av arbetsrätten, där förändringarna i lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS) utgör en del. Den ursprungliga idén i LAS är att det som skyddas är arbetstagarens anställningsförhållande med arbetsgivaren.¹ Denna idé har delvis luckrats upp genom att fler undantag från de turordningsregler som tillämpas vid arbetsbrist och en mer begränsad omplaceringsskyldighet införts.² Istället har idén om att stärka arbetstagarens kompetens, och i och med det dennes position på arbetsmarknaden, lyfts upp och satts i fokus – en vingarnas trygghet i stället för snäckskalets för att parafrasera Gösta Rehn.³ I förarbetena framhålls

¹ Att LAS skyddar anställningsförhållandet och inte en viss position hos arbetsgivaren klargörs i AD 1978 nr 161 och har sedan upprepats i ett flertal rättsfall. Slutsatsen att gränsen för arbetsgivarens skyldighet att ge kompetensutveckling går vid anställningsskyddsregleringen och att det i sin tur implicerar en begränsad skyldighet dras även i Ds 2002:56, *En hållfast arbetsrätt* s 396. Se avsnitt 3.2 nedan.

² Se 7 § st 2 och 22 § st 2 LAS.

³ Rehn använde uttrycket för att beskriva en kombination av frihet och trygghet där tryggheten främst var ekonomisk och där både arbetstagare och företag var flexibla och rörliga. Hans perspektiv var dock mer övergripande i relation till samhällsekonomi och arbetsmarknadspolitik. Se till exempel Wadensjö E, Dahlberg Å och Holmlund B, *Vingarnas trygghet – Arbetsmarknad, ekonomi och politik*, Vänbok till Gösta Rehn. Uttrycket ”Vingarnas trygghet” har använts av både fackförbund och näringslivet i rapporter om förslag på reformer av arbetsrätten och arbetsmarknadspolitik. Se *Vingarnas trygghet i en modern och hållbar arbetslinje – Den svenska modellen på 2010-talet*, LO-rapport 5 (2013), *Vingarnas trygghet möjliggör ny historisk uppgörelse – Ett reformförslag i tre delar för att modernisera den svenska arbetsmarknadsmodellen*, Ratio (2009), *Vingarnas trygghet – reformer för en trygg och rörlig arbetsmarknad*, Reforminstitutet (2002).

att ”för den enskilde arbetstagaren eller för den som nyligen har förlorat sitt arbete är en god omställningsförmåga viktig för ett tryggt och hållbart arbetsliv”.⁴ I citatet anknyter ”hållbart” till den enskilde individens tillvaro, men omställningsförmåga framhålls också vara viktigt för arbetsgivaren och hela den svenska arbetsmarknaden.⁵ Det här bidraget kommer att ägnas åt den nya omställningsregleringen och frågan om den bidrar till hållbar utveckling och i så fall för vem. Definitionen av hållbar utveckling utgår här från Agenda 2030 och dess hållbarhetsmål.

Ett skäl för att studera regleringen på arbetsmarknaden utifrån ett hållbar utveckling-perspektiv är att det kan ge ytterligare, eller andra, argument i relation till det som klassiskt sett är föremål för arbetsrättsliga studier, det vill säga regleringen av arbete genom anställningsavtal och kollektivavtal. Dukes pekar på en glidning från att arbetsrättsforskning tidigare endast fokuserat på relationen arbetsgivare-arbetstagare till att nu omfatta all reglering av arbetsmarknaden inklusive migration och socialpolitiska frågor.⁶ Den klassiska arbetsrättens samspel, eller brist på samspel, med annan, ofta offentlighetsrättslig reglering är inte sällan forskningsföremålet.⁷ Hållbar utveckling kan kanske vara ett gångbart perspektiv för forskning på arbetsmarknadens område och ambitionen i det här bidraget är att, tentativt, pröva detta. Testföremålet är den nya omställningsregleringen.

Omställningsregleringen är intressant i och med att den dels representerar en ny företeelse på den svenska arbetsmarknaden – den nya, offentlighetsrättsliga regleringen, dels något etablerat och säregt för den svenska arbetsmarknaden – omställningsavtalen. Det rör sig om både offentlighetsrättslig reglering och kollektivavtalsreglering. Regleringen är baserad på

⁴ Prop 2021/22:176, *Flexibilitet, trygghet och omställningsförmåga på arbetsmarknaden*, s 290.

⁵ Prop 2021/22:176 (n 4), s 290. Ulander-Wänman C, *Hållbart arbetsliv genom kompetensutveckling i samverkan – HAKS*, Arena idé (2019).

⁶ Dukes R, *Critical Labour Law* i Christodoulidis E, Dukes R och Goldini M (eds), *Research handbook on Critical legal theory*, Edward Elgar (2019).

⁷ Det finns flera exempel på den glidningen. Några exempel från svensk rätt är Herzfeld Olsson P, *Empowering Temporary Migrant Workers in Sweden: A Call for Unequal Treatment*, i Howe J & Owens R, *Temporary Labour Migration in the Global Era: The regulatory challenges*, Hart (2016), Sjödin E, *Människoexploatering – en analys av ett straffbuds förhållande till regleringen av arbetsmarknaden*, Juridisk Tidskrift, vol 2019/2020(3). Min egen avhandling skulle nog kunna placeras där även om utgångspunkten är kollektivavtalade förmåner, se Johansson C, *Tjänstepensionen möter EU-rätten. Om relationen mellan svenska kollektivavtal och den inre marknaden*, Iustus Förlag (2018).

den principöverenskommelse som slöts mellan några av arbetsmarknadens parter. Lagstiftningen har utformats av dessa parter som i sin tur givit staten i uppdrag att genomföra förslaget i lagstiftning. Av överenskommelsen framgår dessutom att parterna skulle vara med under beredningen av lagstiftningsförslaget. Själva lagstiftningsförfarandet är på så sätt intressant ur ett demokrati- och inflytandeperspektiv.⁸

2 Hållbar utveckling

2.1 Agenda 2030 och en breddad syn på hållbar utveckling

Hållbar utveckling associeras kanske först och främst med en hållbar utveckling i relation till miljö och naturresurser. Traditionellt sett skulle det innebära miljöfrågor, samt ekonomiska och sociala frågor som kan kopplas till användandet av naturresurser i bemärkelsen land, skog, vatten – kort sagt alla former av naturresurser utom mänskligt arbete.⁹ I och med att ekonomiska och sociala aspekter av hållbar utveckling växt sig starkare, har frågor som rör människors levnadsförhållanden vad gäller arbete, bostad och utbildning fått en mer framträdande roll.¹⁰ Det gäller inte minst sedan resolutionen om Agenda 2030.¹¹

⁸ Herzfeld Olsson P, *Den svenska modellen i en ny era*, Juridisk Tidskrift, vol 2021/2022(3), Ulander-Wänman C, *The social partners as actors in new labour law regulation in Sweden*, European Labour Law Journal, vol 13(2) (2022).

⁹ Pieraccini M & Novitz T, *Sustainability and Law: A Historical and Theoretical Overview* i Pieraccini M & Novitz T, *Legal Perspectives on Sustainability*, Bristol University Press (2021). För en intressant analys av de rättsliga följderna av uppdelningen mellan människa och natur se Zbyszewska A, *Regulating Work with People and "Nature" in Mind: Feminist Reflections*, Comparative Labor Law and Policy Journal, vol 40 (2018).

¹⁰ Se 1972 Stockholm Declaration, principle 8: "Economic and social development is essential for ensuring a favourable living and working environment for man and for creating conditions on earth that are necessary for the improvement of the quality of life." och Declaration on the Right to Development Adopted by General Assembly resolution 41/128 of 4 December 1986, article 8.1: "States should undertake, at the national level, all necessary measures for the realization of the right to development and shall ensure, inter alia, equality of opportunity for all in their access to basic resources, education, health services, food, housing, employment and the fair distribution of income...". Vägen har dock inte varit rak se till exempel Pieraccini & Novitz (n 9).

¹¹ FN-resolution, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 25 September 2015. Se även Tomassetti P, *Labor Law and Environmental Sustainability*, Comparative Labor Law and Policy Journal, vol 40 (2018) och Novitz T, *Addressing 'social dumping' and 'unfair competition' – an analysis from a sustainability perspective*, i

Agenda 2030 bygger på social, ekonomisk och miljömässig hållbarhet, något som framgår av de 17 hållbarhetsmålen. I FN-resolutionen anges att målen är universella och tillämpliga i hela världen, oavsett ländernas utvecklingsnivå. Målen är integrerade och odelbara och ska balansera de tre dimensionerna av hållbar utveckling – social, ekonomisk och miljömässig.¹² Även om social och ekonomisk hållbarhet inte är nyheter kopplade till Agenda 2030 är de sociala aspekterna numera mer uttryckligt formulerade och mer relevanta för länder med hög levnadsstandard.¹³

Själva begreppet hållbar utveckling och vad det innebär är i sig omtvistat, men det råder nog konsensus om att det rör sig om utveckling som kan fortgå på lång sikt, om en solidaritet med framtida generationer.¹⁴ I relation till svensk arbetsmarknad talas det om hållbarhet i meningen att något ska vara långsiktigt möjligt, ofta i betydelsen av att en arbetstagar ska ha sådana villkor att det är möjligt att arbeta ett helt yrkesliv,¹⁵ eller att det ska finnas en trygghet när en person av olika skäl inte kan arbeta.¹⁶ Perspektivet kan också vara bredare och röra sig om att ha regler som gör att arbetsmarknaden fungerar på ett tillfredställande sätt under ett längre tidsperspektiv.¹⁷

Ur ett arbetsrättsligt (och eurocentriskt) perspektiv har hållbar utveckling ofta lyfts fram som relevant för att förbättra arbetsrättsliga villkor utanför Europa, till exempel genom att inkludera arbetsvillkor i handels-

Hartzén A-C, Iossa A & Karageorgiou (red), *Law, Solidarity and the Limits of Social Europe – Constitutional tensions for EU integration*, Edward Elgar (2022).

¹² FN-resolution, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, 25 September 2015, p 5, 16, 18 och 55 poängterar det.

¹³ Tomassetti (n 11) och Pieraccini M & Novitz T, *Agenda 2030 and the Sustainable Development Goals: 'Responsive, Inclusive, Participatory and Representative Decision-Making'?* i Pieraccini M & Novitz T, *Legal Perspectives on Sustainability*, Bristol University Press (2021).

¹⁴ Gammage C & Novitz T, *Trade, Investment and Corporate Sustainability*, i Sjäfjell B & Bruner C M (red), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge University Press (2019), Pieraccini & Novitz (n 9).

¹⁵ Utredningen *Tid för trygghet* (SOU 2019:5) rör sig om arbetstid, arbetsmiljö och tidsbegränsade anställningar och fokuserar på så sätt på att förhållandena är hållbara för arbetstagar.

¹⁶ Inom ramen för det som vi kallar arbetsrätt är avtalsförsäkringarna tänkta att fylla en sådan funktion. Från samhällets sida rör det sig snarare om socialförsäkringssystemet.

¹⁷ Ds 2002:56 (n 1) fokuserar både på trygghet för arbetstagar och möjligheter för företag på en mer flexibel arbetsmarknad. Av uppdraget framgår bland annat att ”Balanserade lösningar som på längre sikt kan utgöra en hållbar grund för en rättvis reglering av förhållandena i arbetslivet ska eftersträvas.”

avtal, i utformandet av det ansvar företag själva tar på sig (CSR) och arbetsmarknadens parter utformande av transnationella kollektivavtal.¹⁸ Men hållbar utveckling, och inte minst hållbarhetsmålen i Agenda 2030, har också använts som argument i relation till företeelser i olika europeiska rättsordningar eller EU. Hållbarhetsmålen har till exempel använts som argument för ett bevarande av arbetsrätten som den ser ut idag,¹⁹ eller för att förespråka ett stärkande av fackförbund och kollektiv förhandling,²⁰ eller för mer utvidgad socialpolitisk lagstiftning.²¹ Hållbar utveckling har också använts för att analysera svensk arbetsrätt och den svenska arbetsmarknadsmodellen.²²

2.2 Hållbarhetsmål med koppling till arbetsrätten

Även om målen ska vara integrerade och odelbara så är vissa av dem mer relevanta för arbetsrättslig reglering. Det hållbarhetsmål som är av störst direkt betydelse för arbetsrätten är hållbarhetsmål 8. Målet är varaktigt, inkluderande och hållbar ekonomisk tillväxt, full och produktiv sysselsättning med anständiga arbetsvillkor för alla. Förhållandena på arbetsmarknaden i allmänhet och utformningen av anställningsvillkor i synnerhet utgör kärnan av arbetsmarknadens parter verksamhet, så det

¹⁸ Van den Putte L & Orbie J, *EU Bilateral Trade Agreements and the Surprising Rise of Labour Provisions*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, Vol 31(3) (2015), Gammage & Novitz (14), Salminen J & Rajavuori M, *Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: comparison and a framework for analysis*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol 26(5) (2019), Novits T, *Social Sustainability, Labour and Trade: Forging Connections* i Pieraccini M & Novitz T, *Legal Perspectives on Sustainability*, Bristol University Press (2021).

¹⁹ SOU 2019:13, *Agenda 2030 och Sverige: Världens utmaning – världens möjlighet*, s 145–149 behandlas arbetsmarknadens parter roll. Där konstateras att den svenska arbetsmarknadsmodellen främjar hållbar utveckling genom att den skapar en stabil arbetsmarknad.

²⁰ Novits T, *The Paradigm of Sustainability in a European Social Context: Collective participation in Protection of Future Interests?*, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, 31 no 3 (2015), s 243–262.

²¹ Polomarkakis A K, *The European Pillar of Social Rights and the Quest for EU Social Sustainability*, Social & Legal Studies, vol 29 nr 2 (2020), s 183–200, Novitz (n 11).

²² Inom ramen för projektet *En inkluderande och hållbar svensk arbetsrätt – vägen framåt* (finansierat av Vetenskapsrådet, dnr 2017-03134) har den svenska arbetsrättens utmaningar behandlats. Agenda 2030 används som analysverktyg i Andersson P, Bruun N, Herzfeld Olsson P, Novitz T och Sjödin E, *Assessing the Swedish labour law model through a sustainability lens*, Retfærd, nr 2 2022.

är föga förvånande att deras betydelse för hållbarhetsmål 8 framhålls.²³ Flera andra mål har dock anknytning till arbetsmarknaden. LO, TCO och Saco har tagit fram en gemensam policy för Agenda 2030, där de presenterar nio mål som de tre huvudorganisationerna tänker prioritera i sin verksamhet. Det rör sig om hållbarhetsmål 1, 4, 5, 8, 9, 10, 13, 16 och 17.²⁴ Hållbarhetsmål 4 handlar om tillgång till utbildning och kommer därför ägnas lite mer utrymme nedan. Utöver det är även hållbarhetsmål 16 värt att nämna, särskilt med tanke på det säregna lagstiftningsförfarandet som nämns ovan.

Enligt hållbarhetsmål 16 ska alla världens länder främja fredliga och inkluderande samhällen för hållbar utveckling, tillhandahålla tillgång till rättvisa för alla samt bygga upp effektiva, och inkluderande institutioner med ansvarsutkrävande på alla nivåer. Det rör sig alltså om inflytande och demokratiska beslutsprocesser. Fokus verkar framförallt vara det allmännas organisering. Även om merparten av delmålen inte explicit inriktar sig på offentliga institutioner nämns till exempel rättsväsendet. I övrigt nämns bland annat betydelsen av att säkerställa ett lyhört, inkluderande, deltagandebaserat och representativt beslutsfattande på alla nivåer (16.7). Dessutom lyfts vikten av att bygga upp effektiva och transparenta institutioner med ansvarsutkrävande på alla nivåer fram (delmål 16.6).

Sverige genomförande av Agenda 2030 visar att arbetet med hållbarhetsmål 16 fokuserar på det allmännas uppgifter.²⁵ Av LO, TCO och Sacos gemensamma policy framgår att även huvudorganisationerna på arbetstagsarsidan fokuserar på de offentliga institutionerna i relation till hållbarhetsmål 16. De framhåller att väl fungerande, demokratiska, *offentliga* institutioner är avgörande för organisationers, såsom fackförbunds, möjlighet att existera. Fackförbunden roll, menar de, är som opinionsbildare och aktörer för demokratisering och som därigenom arbetar

²³ Det behöver kanske inte ens nämnas men att det utgör kärnan av arbetsmarknadens parter verksamhet kan utläsas av definitionen av arbetsmarknadsparter i 6 § MBL, det vill säga att de tillvaratar arbetstagare respektive arbetsgivares intressen i förhållande till motparten på arbetsmarknaden. Definitionen av kollektivavtal i 23 § MBL ger att innehållet i avtalet ska röra anställningsvillkor för arbetstagare eller förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare. Att arbetsmarknadens parter är avgörande för hållbarhetsmål 8 framhålls bland annat i SOU 2019:13 (n 19), s 146.

²⁴ Agenda 2030 LO:s, TCO:s och Sacos bidrag till att uppnå de globala hållbarhetsmålen i Sverige och internationellt.

²⁵ SOU 2019:13 (n 19), s 67 om förvaltningens betydelse, s 152 om civila samhällets betydelse och s 158 vad gäller medborgerliga och politiska rättigheter.

för att öka respekten för rättsstatens principer och för mötes- och organisationsfriheten. Dessutom att organisationerna, inom det allmänna fyller en viktig funktion för att öka transparens, minska korruption och för att stärka yttrandefriheten.²⁶ Arbetstagarorganisationernas fokus ligger väl i linje med det civila samhällets roll och den betydelse ideella organisationer många gånger spelar i ett demokratiskt samhälle. Arbetsmarknadens parter är ideella organisationer och utgör en del av det civila samhället, men med tanke på den roll arbetsmarknadsparterna spelat när det kommer till att reglera arbetsmarknaden, särskilt några av de stora organisationerna som de senaste åren haft en ny, mer framskjuten roll i utformningen av lagstiftning,²⁷ kan det finnas skäl att även beakta dessa institutioner i relation till vissa av delmålen i hållbarhetsmål 16.

2.3 Hållbarhetsmål 4 – Utbildning och livslångt lärande

Vikten av utbildning och livslångt lärande har betonats både nationellt och internationellt.²⁸ I och med Agenda 2030 har utbildning framhållits som en viktig komponent för en hållbar utveckling. Av hållbarhetsmål 4 framgår att alla världens länder ska säkerställa en inkluderande och likvärdig utbildning av god kvalitet och främja livslångt lärande för alla. Tillgången till livslångt lärande framhålls vara särskilt viktigt för personer i en utsatt situation eftersom det kan ge möjlighet att, i ett senare skede i livet, skaffa sig den kunskap och skicklighet som krävs för att försörja sig och delta fullt ut i samhället.²⁹

Flera av delmålen under hållbarhetsmål 4 fokuserar på högre utbildning och yrkesutbildning. Till exempel ska alla kvinnor och män ha lika tillgång till yrkesutbildning och eftergymnasial utbildning (delmål 4.3). Utbildningens betydelse för en god ekonomi poängteras. Det ska ske en väsentlig ökning av antalet personer som har relevanta färdigheter, däribland tekniska färdigheter och yrkeskunskande, för sysselsättning, anstän-

²⁶ Agenda 2030 LO, TCO och Saco (n 24).

²⁷ Herzfeld Olsson ger en bra överblick över parternas ökade inflytande över lagstiftningsprocessen de senaste fem åren. Herzfeld Olsson (n 8).

²⁸ Se bland annat FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (artikel 26), Rådets rekommendation av den 22 maj 2018 om nyckelkompetenser för livslångt lärande, (2018/C 189/01) och SOU 2019:69, *Validering – för kompetensförsörjning och livslångt lärande*.

²⁹ FN-resolution, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 25 September 2015, p 25.

digt arbete och entreprenörskap (delmål 4.4). Utbildning framhålls också ha betydelse för hållbar utveckling ur ett bredare perspektiv. Studerande ska få kunskaper och färdigheter som leder till att de i sin tur främjar hållbar utveckling. Det inkluderar bland annat kunskap om mänskliga rättigheter, jämställdhet och värdesättande av kulturell mångfald (delmål 4.7). Utbildning anses alltså vara viktigt både för den enskilde personens välmående och position, och de formativa effekter utbildning kan ha.

De svenska fackförbunden har poängterat utbildningens betydelse, dels som ett mål i sig, dels som ett medel för att få ett anständigt jobb. I sin policy för genomförandet av Agenda 2030 framhålls också att ett livslångt lärande är viktigt för att säkerställa att människor har rätt kompetens när yrken och kunskapskrav förändras.³⁰

Den svenska lagstiftaren är inne på samma spår. I genomförandet av Agenda 2030 lyfts parternas roll för kompetensutveckling och mer specifikt kompetensutvecklingens roll i uppfyllandet av klimatmålen fram. För att möta det starka trycket för att nå klimatmålen kan parterna spela en avgörande roll för att skapa goda förutsättningar för omställning mot yrken och kunskaper som behövs, bland annat för att minska industrins utsläpp. Lagstiftaren pekar på att detta till exempel kan göras genom att sluta omställningsavtal och enas om insatser för kompetensutveckling på huvudorganisationsnivå.³¹

Livslångt lärande och löpande kompetensutveckling är alltså av stor betydelse både för de mest utsatta i samhället och för möjligheten att uppfylla klimatmålen. Det är därför intressant att se om den nya omställningsregleringen stärker möjligheten till livslångt lärande för utsatta grupper, samt om den ökar möjligheten till grön omställning.

3 Den nya omställningsregleringen

3.1 Inledning

Den nya omställningsregleringen består av tre delar – omställningsavtal, offentligt omställningsstöd och omställningsstudiestöd. Även om förhandlingar för att omarbete omställningsavtalen redan pågick i flera sektorer, och behovet av kompetensutveckling låg i fokus, är det slutgiltiga resultatet avhängigt det parlamentariska läge som rådde under den

³⁰ Agenda 2030 LO, TCO och Saco (n 24).

³¹ Prop 2019/20:188 Bilaga 1, *Sveriges genomförande av Agenda 2030*, s 43.

aktuella perioden.³² I samband med att Svenskt Näringsliv, LO och PTK förhandlade om nya omställningsavtal, förhandlade de även om förslag till förändringar i LAS. Från politiskt håll fanns en överenskommelse om att LAS skulle reformeras och parterna arbetade fram sitt förslag parallellt med att en statlig utredning tillsattes.³³ Parternas förhandlingar fortgick under premissen att om de inte kom överens skulle LAS förändras i enlighet med den tillsatta, statliga utredningens förslag.

I slutändan enades PTK och Svenskt Näringsliv om ett huvudavtal om omställning och regler som kompletterar LAS.³⁴ Förutom deras eget avtal kom parterna överens om gemensamma krav på staten vad gäller hur LAS skulle reformeras, vilket inflytande parterna skulle ha i utarbetandet av lagstiftningsförslaget, samt att staten skulle skapa ett offentligt omställningssystem.³⁵ Vad gäller de offentliga delarna ska den ena, det offentliga omställningsstödet, gälla för anställda som inte omfattas av kollektivavtal och den andra, omställningsstudiestödet, omfatta samtliga förvärvsarbete under förutsättning att de kvalificerar sig för stöd.

Tanken med detta avsnitt är att ge en översikt av det nya omställningssystemet. Inledningsvis ges en kort redogörelse för hur omställning och kompetensutveckling reglerats fram till den senaste reformen. När det kommer till de nya reglerna finns det ingen självklar ordning de bör presenteras i. Ett sätt vore att inleda med de nya omställningsavtalen som slutits mellan Svenskt Näringsliv och PTK respektive LO eftersom lagstiftningens utformning bygger på dessa parter principöverenskommelse. Det offentliga omställningsstödet är dessutom utformat efter omställnings- och kompetensstödet i avtalen. I den här redogörelsen kommer dock omställningsstudiestödet presenteras först, eftersom de ersättningar som finns i omställningsavtalen kompletterar omställningsstudiestödet. Därefter följer en redogörelse för det avtalade respektive det offentliga omställnings- och kompetensstödet.

Värt att notera är att det finns fler omställningsavtal på arbetsmarknaden än de som presenteras här. I skrivande stund har samtliga antingen omförhandlats eller är i färd att omförhandlas för att bättre harmoniera

³² Herzfeld Olsson (n 8), Ulander-Wänman (n 8).

³³ Kommittédirektiv 2019:17, vilket resulterade i utredningen SOU 2020:30, *En moderniserad arbetsrätt*.

³⁴ Huvudavtal om trygghet, omställning och anställningsskydd från den 16 oktober 2020.

³⁵ Huvudavtal (n 34). De krav som ställs på staten framgår av bilaga 2, Principöverenskommelse.

med den nya omställningsregleringen. Det behöver dock inte betyda att de är likalydande med de avtal som behandlas här. Urvalet har gjorts eftersom de avtal som redogörs för i texten förhandlades fram av de parter som också hade avgörande betydelse för hur lagstiftningen utformades.

3.2 Kompetensutveckling och omställning före 2022 års reform

Kompetensutveckling och omställningsåtgärder är inte nya fenomen på arbetsmarknaden. Sådana åtgärder har dels reglerats av det offentliga, dels av arbetsmarknadens parter. I detta avsnitt kommer den tidigare regleringen presenteras för att ge en bild av vad som gällde innan den nya omställningsregleringen. I vissa fall ersätter och i andra fall kompletterar den nya regleringen de åtgärder som redan finns på arbetsmarknaden. På det offentligt-rättsliga området finns till exempel arbetsmarknadspolitiska åtgärder som genomförs i Arbetsförmedlingens regi. Dessa riktar sig främst till personer som har svag anknytning till arbetsmarknaden och den verksamheten är inte tänkt att påverkas av den nya omställningsregleringen. Därutöver har studiestödsgrundande vuxenutbildningar, yrkesutbildningar och universitetsutbildningar bidragit till att höja kompetensen på arbetsmarknaden. Även dessa finns kvar och kommer kanske få större utbredning och, åtminstone vad gäller universitetsutbildningar, i viss mån ändrad inriktning i och med omställningsstudiestödet.

Precis som så många andra frågor har kompetensutveckling varit föremål för kollektivavtalsreglering. Det finns bestämmelser om utbildning och kompetensutveckling i flera kollektivavtal.³⁶ De kollektivavtal som framförallt varit inriktade på arbetstagarens ställning på arbetsmarknaden i stort, och dennes möjlighet att ställa om från en typ av arbete till ett annat är, som ju ges av namnet, omställningsavtalen. De första omställningsavtalen slöts på 1970-talet och det var främst tjänstemannasektorn som såg behovet eftersom de offentliga arbetsmarknadspolitiska åtgärderna som initierats då uppfattades gynna framförallt arbetarkollek-

³⁶ Bland annat innehåller Utvecklingsavtalet mellan Svenskt näringsliv, LO och PTK slutet den 9 september 1985 rambestämmelser vad gäller teknikutveckling, samt utveckling och tillvaratagande av arbetstagarnas kunskaper. Ett par exempel på förbunds nivå är teknikavtalet mellan Teknikarbetsgivarna och IF Metall (1 november 2020 till 31 mars 2023) och Svensk handel och Unionen som uppdaterades 16 juli 2020 som båda innehåller bestämmelser om kompetensutveckling.

tivet.³⁷ Avtalen har sedan kommit att utvecklas och fler har slutits vilket lett till att de nu finns omställningsavtal inom alla sektorer, om än med olika innehåll. Före den nya omställningsregleringen var omställningsavtalen tillämpliga vid uppsägning på grund av arbetsbrist. De flesta avtalen innehöll krav på att arbetstagaren skulle ha uppnått en viss ålder och/eller arbetat ett visst antal år i företaget.³⁸

Eftersom inte alla arbetsplatser omfattas av kollektivavtal och eftersom omställningsavtalen tidigare hade en mer begränsad tillämplighet är det intressant vilken skyldighet arbetsgivaren har att erbjuda kompetensutveckling till sina arbetstagare. Det korta svaret är att ingen sådan skyldighet följer av anställningsförhållandet, utan det måste i så fall regleras särskilt i anställningsavtalet. Det svaret kan dock nyanseras. Det finns ingen uttrycklig skyldighet för arbetsgivare att kompetensutveckla sin personal, men anställningsskyddet i LAS är utformat så att arbetsgivaren har en implicit skyldighet att tillhandahålla viss utbildning och möjliggöra inläring av nya arbetsuppgifter. Det har att göra med hur kravet på att arbetsgivaren måste ha saklig grund (numera sakliga skäl) för att få säga upp en person (7 § st 1 LAS) har utvecklats i praxis och hur reglerna om omplaceringsskyldighet (7 § st 2), turordningsreglerna (22 §) och företrädesrätten (25 § LAS) är utformade.³⁹

Detta ska utvecklas något: Uppsägning av anställningsavtalet är en sista utväg och arbetsgivaren måste vidta åtgärder för att undvika uppsägning.⁴⁰ Vid uppsägning av personliga skäl med motiveringen att arbetstagaren brister i förmåga att utföra arbetsuppgifterna kan en sådan åtgärd vara att erbjuda stöd som stärker arbetstagaren kompetens. Omplacering och företrädesrätt är å sin sida kopplade till ”tillräckliga kvalifikationer” vilket innebär att arbetsgivaren inte kan välja den arbetstagare som är

³⁷ Johansson O, Ottosson J, Murhem S och Magnusson L, *Sweden: supplementary Occupational Welfare with near universal coverage* i *Occupational Welfare in Europe: Risks, opportunities and social partner involvement*, red Natali D, Pavolini E och Vanhercke B (2018), s 69.

³⁸ De tidigare omställningsavtalens innehåll framgår av rapporten ISF 2018:14, *Utvecklingen av kollektivavtalade ersättningar sedan 2000-talets början*. De har även behandlats i Sebart G, *Redundancy and the Swedish Model*, Iustus (2005) och Johansson C, *Occupational Pensions and Unemployment Benefits in Sweden*, International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations vol 36(3) (2020).

³⁹ Detta uttrycks i Ds 2002:56 (n 1), s 391ff. Hur omfattande den är har bland annat behandlats i Ulander-Wänman C, *Arbetsbrist och arbetstagares rätt till kompetensutveckling*, Svensk Juristtidning, häfte 8 (2017).

⁴⁰ Prop 2021/22:176 (n 4), s 87, prop 1973:129 *Lag om anställningsskydd*, s 121.

bäst lämpad. Istället är det den som har längst arbetstid och som, efter en kortare inlärningsperiod, har tillräckliga kvalifikationer att utföra arbetet som har rätt till en möjlig omplacering alternativt har företrädesrätt till anställning. Arbetsdomstolen har, i uppsägningsmål, uttryckt att en arbetsgivare i princip har en skyldighet att sörja för vidareutbildning eller kompetensutveckling av sina anställda, men att denne inte har ansvar för några längre utbildningar.⁴¹ Hur långt den principiella skyldigheten sträcker sig är inte klart, men med tanke på att LAS skyddar anställningsförhållandet och inte positionen ligger det nära till hands att dra slutsatsen att den utbildning som arbetsgivaren är skyldig att tillhandahålla utgår från att rädda kvar arbetstagaren på företaget och inte från att ge möjlighet för arbetstagaren att avancera inom ramen för arbetsgivarens verksamhet eller stärka sin ställning på arbetsmarknaden.⁴²

3.3 Omställningsstudiestödet

3.3.1 Studiestöd för de med anknytning till arbetsmarknaden

Personer som studerar i Sverige kan redan idag få ekonomiskt stöd medan de studerar på universitetet eller läser andra utbildningar så länge de är studiestödsberättigade. Omställningsstudiestödet är inte tänkt att ersätta, utan komplettera existerande studiestöd. Det ska vara ett parallellt studiestödssystem som riktar sig till vuxna som är etablerade på arbetsmarknaden. Detta skiljer sig från det studiestöd som regleras i (1999:1395) studiestödslagen,⁴³ eftersom där inte ställs upp något krav om etablering på arbetsmarknaden.

Anknytningen till arbetsmarknaden avgörs genom ett arbetsvillkor. Arbetsvillkoret är centralt för den nya omställningsregleringen. I propositionen beskrivs att arbetsvillkoret är tvådelat – det rör sig om ett etableringsvillkor och ett aktualitetsvillkor.⁴⁴ För att vara etablerad på arbetsmarknaden ska arbetstagaren ha arbetat sammanlagt minst 16 timmar per vecka under en kalendermånad i minst 96 månader inom en ramtid av 14 år

⁴¹ Se till exempel AD 2011 nr 5, AD 2005 nr 75 och AD 1996 nr 42.

⁴² Att LAS skyddar anställningsförhållandet och inte en viss position hos arbetsgivaren klargörs i AD 1978 nr 161 och har sedan upprepats i ett flertal rättsfall. Slutsatsen av gränsen för arbetsgivarens skyldighet att ge kompetensutveckling går vid anställnings-skyddsregleringen och att det i sin tur implicerar en begränsad skyldighet dras även i Ds 2002:56 (n 1), s 396.

⁴³ I texten kallat ”det vanliga studiestödet”.

⁴⁴ Prop 2021/22:176 (n 4), s 179.

(6 § st 1 p 1a lag (2022:856) om omställningsstudiestöd). Under kvalificeringstiden ska arbetstagaren ha haft arbete som sin huvudsysselsättning (6 § st 3) Aktualitetsvillkoret innebär att arbetstagaren måste ha arbetat ett visst antal timmar i närtid, dvs i genomsnitt 16 timmar i veckan per kalendermånad under 12 månader inom en ramtid på 24 månader (6 § st 1 p 1b).

Till skillnad från omställningsavtalen kan den studiestödssökande personen dessutom styrka sin anknytning till arbetsmarknaden genom en viss minsta förvärvsinkomst (6 § st 1 p 2). Inte bara inkomst från anställning räknas, utan även sådan inkomst som en person tjänat som uppdragstagare ska räknas in.⁴⁵ Det öppnar upp omställningsstudiestödet för personer som arbetat oavsett hur detta arbete varit organiserat under tidsperioden.

3.3.2 Kompetens som behövs på arbetsmarknaden

Jämfört med det vanliga studiestödet är omställningsstudiestödet också begränsat till utbildningar som kan antas stärka den studerandes framtida ställning på arbetsmarknaden med beaktande av arbetsmarknadens behov (15 §). Det vanliga studiestödet anses ha ett bredare syfte.⁴⁶ Utgångspunkten för omställningsstudiestödet är dock utbildningar i Sverige som är studiestödsberättigade enligt det vanliga studiestödssystemet. Av förarbetena framgår att omställningsstudiestödet även omfattar utbildningar som köps in av omställningsorganisationerna.⁴⁷

Studierna ska stärka den framtida ställningen på *arbetsmarknaden*. Av lagen framgår att stödet inte är tänkt att finansiera ett stärkande av kompetensen hos den nuvarande arbetsgivaren. Det kan ju givetvis vara så att arbetsgivaren har nytta av kunskap som är allmänt efterfrågad på arbetsmarknaden därför är regeln utformad så att den undantar utbildning som *enbart* syftar till att möta kompetensbehoven hos en specifik arbetsgivare (15 § p 1). Lagen kopplar också till arbetsgivarens implicita skyldighet att erbjuda sina anställda utbildning och träning genom att undanta utbildning som den studerandes arbetsgivare skäligen borde tillhandahålla för

⁴⁵ Prop 2021/22:176 (n 4), s 181.

⁴⁶ Prop 2021/22:176 (n 4), s 167.

⁴⁷ Prop 2021/22:176 (n 4), s 191–193.

att den studerande ska klara av att utföra sina ordinarie arbetsuppgifter (15 § p 2).⁴⁸

Centrala studiestödsnämnden (CSN) är den myndighet som prövar om utbildningen stärker en persons framtida ställning på arbetsmarknaden, och därmed ger rätt till omställningsstudiestöd (2 §). Omställningsorganisationerna har rätt att skicka in ett yttrande som motiverar att utbildningen har den funktionen.⁴⁹ Den rätten motiveras av organisationernas inblick i den enskildes situation och kunskap om arbetsmarknaden.⁵⁰ I förarbetena framhålls att omställningsorganisationerna kommer fylla en viktig funktion och att deras hantering av information och formulerande av yttranden måste göras skyndsamt. Det kan leda till hög belastning på organisationerna i och med att det rör sig om en ny uppgift för dem, samt att det inte endast rör sig om personer som sagts upp på grund av arbetsbrist utan även de som väljer att ta tjänstledigt för att utbilda sig.⁵¹ Söktrycket har visat sig vara högt under den korta tid som stödet funnits.⁵²

Stödet är mer begränsat i tid jämfört med det vanliga studiestödet. Personer under 40 år kan söka stöd för heltidsstudier som är minst en vecka och max 80 veckor långa. För personer över 40 år finns inte samma tidsbegränsning (14 §). Åldersgränsen korresponderar med de mer frikostiga regler som finns i studiestödslagen (3 kap 8 § st 4). I förarbetena till omställningsstudiestödet framhålls att vid 40 års ålder kan den studerande ha varit ute i arbetslivet tillräckligt länge för att ha behov av en ny, längre utbildning.⁵³ Trots begränsningen finns alltså goda möjligheter att påbörja lite längre utbildningar för att vidareutbilda sig eller ändra yrkesinriktning en bit in i yrkeslivet.

⁴⁸ Jämför med avsnitt 3.2 ovan och de något oklara krav som kan ställas på arbetsgivare.

⁴⁹ Omställningsorganisationerna är i dagsläget de organisationer som är kopplade till omställningsavtalen, till exempel Trygghetsfonden (TSL) och TRR Trygghetsrådet som nämns i avsnitt 3.4.1 nedan.

⁵⁰ Prop 2021/22:176 (n 4), s 206.

⁵¹ Prop 2021/22:176 (n 4), s 415–416.

⁵² Enligt ett pressmeddelande från CSN kom det in över 14 000 ansökningar de första veckorna. Prognosen för 2022 var 5300 ansökningar. <https://www.csn.se/om-csn/press/pressmeddelanden/2022-10-25-14-000-ansokningar-till-nya-omstallningsstudiestodet--en-chans-manga-vantat-pa.html> (hämtad 2022-12-19).

⁵³ Prop 2021/22:176 (n 4), s 198.

3.3.3 Storleken på stödet

I förarbetena jämförs omställningsstudiestödsbidraget med storleken på den inkomstbaserade arbetslöshetsersättningen och tanken är att bidragsdelen ska motsvara den inkomstbaserade ersättningen från a-kassan.⁵⁴ Den slutgiltiga formuleringen innebär att bidraget vid heltidsstudier beräknas på 80 procent av personens årliga löneinkomst, dock med ett tak på 4,5 inkomstbasbelopp (24 §). Med 2022 års nivå innebär det att taket går vid en lön på drygt 25 000 SEK före skatt.⁵⁵ De flesta svenska löntagare har en högre lön än så, vilket innebär att bidragsdelen inte täcker upp 80 procent av förlorad löneinkomst vid heltidsstudier.⁵⁶ Omställningsstudiestödet har därför även en frivillig lånedel som ”toppar upp” bidragsdelen. Tanken är att lånet ska kunna täcka skillnaden mellan de samlade bidragen (omställningsstudiebidraget och eventuellt kollektivavtalat stöd) och tidigare nettoinkomster, men eftersom det är svårt att beräkna exakt vilken nettoinkomsten skulle bli med tanke på olika skatter och avdrag innehåller lagen en mer schabloniserad beräkning (26–27 §§).

De arbetstagare som omfattas av de två stora omställningsavtalen i privat sektor har möjlighet till högre ersättning utan lån, eftersom avtalen erbjuder kompletterande stöd. Mer om hur förmånerna i omställningsavtalen är uppbyggda följer nedan.

3.4 Omställningsavtalen

3.4.1 Omställningsstöd och kompetensstöd

De nya omställningsavtalen i privat sektor innehåller regler om omställningsstöd och kompetensstöd. Det förstnämnda gäller när en anställning avslutats och den andra gäller löpande under anställningen. Vad som ingår i de två stödformerna finns det ingen uttömmande definition av, men i huvudavtalen framgår att det exempelvis rör sig om rådgivning, vägledning, förstärkt stöd för sjuka, köpt utbildning, köpt validering, ett kortvarigt studiestöd och ett kompletterande studiestöd. Förstärkt stöd för sjuka och validering gäller endast för omställningsstödet.⁵⁷

⁵⁴ Prop 2021/22:176 (n 4), s 226.

⁵⁵ Regeringen satte 2022 års inkomstbasbelopp till 71 000 SEK.

⁵⁶ Enligt Medlingsinstitutet var medianlönen 33 200 SEK och medellönen 37 100 SEK år 2021.

⁵⁷ Huvudavtal om trygghet, omställning och anställningsskydd mellan Svenskt Näringsliv och PTK, kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 2 och Huvudavtal om trygghet, omställning

Det är Trygghetsfonden (TSL) och TRR Trygghetsrådet som bestämmer omställningsstödet och kompetensstödet innehåll, utformning, omfattning samt hur prioriteringar ska göras om det finns behov av det. Det finns alltså ingen närmare beskrivning i avtalen om hur till exempel det förstärkta stödet för sjuka eller vägledningen är utformat. Huvudavtalen beskriver dock det kortvariga och det kompletterande studiestödet. Studiestödet är kanske det som skiljer sig mest från tidigare omställningsavtal. Ersättningsnivåerna är förhållandevis höga och omfattar även längre utbildningar. De kompletterar omställningsstudiestödet.

Det kortvariga studiestödet gäller för utbildningar som är kortare än en studievecka och det kompletterande studiestödet kan beviljas för studier som är minst en veckas heltidsstudier och max 44 veckors heltidsstudier. För det kompletterande studiestödet är den lägsta studietakten 20 procent och om arbetsgivaren och arbetstagaren inte kommer överens om annat kan stöd för deltidsstudier ges för en sammanhängande period om längst 30 kalendermånader.⁵⁸ Det rör sig alltså om allt från kortare till förhållandevis långa utbildningar.

Det är TSL respektive TRR som prövar om studiestöd ska beviljas eller inte. För att få rätt till stöd ska den anställde också ha rätt till omställningsstudiestöd. De utbildningar som kan bli aktuella är sådana som är godkända för ordinarie studiestöd, samt sådana som TSL respektive TRR köper in av antingen det offentliga utbildningssystemet eller av privata utbildningsföretag. Utbildningsinsatsen ska stärka den anställdes framtida ställning på arbetsmarknaden och arbetsgivares kompetensförsörjning.⁵⁹ Villkoren harmonierar alltså med villkoren för omställningsstudiestöd.

Ersättningen vid kortvarigt studiestöd är 70 procent av den anställdes minskade arbetsinkomst upp till ett tak på 12 inkomstbasbelopp.⁶⁰ Det kompletterande studiestödet är just tänkt som ett komplement till det offentliga omställningsstudiestödet. Storleken på stödet kan beräknas på två olika sätt. Det kan antingen beviljas med 80 procent av den anställdes minskade arbetsinkomst upp till ett tak på 5,5 inkomstbasbelopp eller med 65 procent av den anställdes minskade arbetsinkomst upp till ett

och anställningsskydd mellan Svenskt Näringsliv och LO, kap 2, avsnitt 2 § 2.

⁵⁸ Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 6–7 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 2, avsnitt 2 § 7–8.

⁵⁹ Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 8 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 2, avsnitt 2 § 9.

⁶⁰ Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 6 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 2, avsnitt 2 § 7.

tak på 12 inkomstbasbelopp.⁶¹ Vilket som är mest gynnsamt beror på hur hög lön den anställde har. Det kompletterande studiestödet räknas ner i relation till bidragsdelen i omställningsstudiestödet som behandlas ovan. Det innebär att en person som omfattas av något av de två omställningsavtalen och är berättigad omställningsstudiestöd för det första får bidragsdelen i omställningsstudiestödet, för det andra kan komplettera det med det kollektivavtalade studiestödet enligt den mest gynnsamma beräkningsmetoden och slutligen kan ”toppa upp” med studielån vid behov. En fördel för arbetstagare som omfattas av omställningsavtalen är att de kan få en större bidragsdel och inte behöver belåna sig lika mycket.

3.4.2 Förutsättningarna för att beviljas stöd

Tillsammans med studiestödet är omställningsavtalets tillämpningsområde något som skiljer sig markant från tidigare omställningsavtal. Tre kategorier av anställda har rätt till omställningsstöd: anställda vars tillsvidareanställning upphör på grund av arbetsbrist, visstidsanställda vars anställning upphör på grund av arbetsbrist och anställda vars anställning upphör på grund av sjukdom. Vad gäller tillsvidareanställningar har en anställd rätt till omställningsstöd både vid uppsägning och vid överenskommelse med arbetsgivaren om det är klart att det sker på arbetsgivarens initiativ och det är klart att det föreligger arbetsbrist alternativt att den anställde är sjuk. Vid tidsbegränsade anställningar som löpt ut ska det presumeras att skälet är arbetsbrist. Därutöver kan en arbetstagare beviljas kompetensstöd för att stärka sin framtida anställning på arbetsmarknaden.⁶²

En stor skillnad jämfört med tidigare omställningsavtal inom den privata sektorn är att det inte finns kvar några nedre åldersgränser. I tidigare omställningsavtal var den anställde tvungen att ha fyllt 40 år för att ha rätt till ekonomiskt stöd.⁶³ Däremot finns en övre åldersgräns på 65 år. Visstidsanställda och personer som sägs upp på grund av sjukdom har inte heller omfattats av tidigare omställningsavtal. Inkluderingen av visstidsanställda får ses som ett stärkande av deras position, särskilt som

⁶¹ Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 7 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 2, avsnitt 2 § 8.

⁶² Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 3 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 2, avsnitt 2 § 4.

⁶³ ISF 2018:14 (n 38), s 40ff (tjänstemän) och s 50ff (arbetare).

presumtionsregeln är utformad på sådant sätt att det enda sättet för arbetsgivaren att bryta presumtionen är att begära att få frågan prövad i en särskilt inrättad nämnd – Omställningsnämnden. Förutsättningarna är i så fall att arbetsgivaren kan visa att det föreligger personliga skäl som i enlighet med rättspraxis utgör saklig grund.⁶⁴ Det framgår inte om samma krav ställs på arbetsgivarens bevisföring eller på bedömningen av skälen som vid en rättslig prövning av om det föreligger sakliga skäl för uppsägning men presumtionsregeln talar ändå för att många visstidsanställda kommer att få möjlighet att utnyttja omställningsstödet.

Huruvida reglerna är fördelaktiga för personer som sägs upp på grund av sjukdom är mer oklart. Bristande prestation på grund av sjukdom är som huvudregel inte ett sakligt skäl för uppsägning och det kan därför framstå som märkligt att peka ut sjuka som en grupp som har rätt till omställningsstöd.⁶⁵ Det finns inget i huvudavtalen eller propositionen som indikerar att det ska bli lättare att säga upp personer på grund av sjukdom, vilket skulle öka behovet av omställningsstöd. Tvärtom anges i huvudavtalen att den beskrivning som där görs av vad som utgör en bristande prestation inte avser bristande prestationer på grund av ålder, sjukdom eller funktionsnedsättning.⁶⁶ Dessa beskrivningar kommer att vara tillämpliga på de arbetstagare som arbetar hos arbetsgivare som är bundna av huvudavtalet (2 d § LAS).

Med det sagt finns det exempel i praxis där personer sagts upp på grund av bristande arbetsprestation som grundat sig i sjukdom.⁶⁷ Det finns dessutom möjlighet att komma överens med arbetsgivaren om att avsluta anställningen på grund av sjukdom, så i en situation där arbetsgivaren inte är nöjd med prestationen och arbetstagaren har svårt att utföra arbetet i samma takt eller på samma nivå på grund av sjukdom kan möjligheten att studera för att kunna ta ett annat arbete vara fördelaktigt för arbetstagaren.

⁶⁴ Det framgår av en anmärkning i respektive huvudavtal: Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 3 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 2, avsnitt 2 § 4.

⁶⁵ Prop 1973:129 (n 40), s 126. Se även Glavå M & Hansson M, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, 4:e uppl (2020), s 379ff och Johansson C, *Skäliga omplaceringserbjudanden och arbetsledningsrätten* i Selberg N & Sjödin E (red), *Anställningsskydd i utveckling*, Iustus (2022).

⁶⁶ Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 3 Anställningsskydd, § 3 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 3 Anställningsskydd, § 3.

⁶⁷ Se till exempel AD 2020 nr 58 och AD 2014 nr 26. Se även Johansson (n 65).

Slutligen är kompetensstödet en nyhet. Det har inte tidigare varit möjligt att söka stöd grundat i omställningsavtal för att vidareutbilda sig under pågående anställning. Utgångspunkten är att den anställde ska få ledigt från sin anställning för att kunna studera. Det förutsätter dels att arbetsgivaren informeras i god tid, dels att det inte innebär en allvarlig störning för arbetsgivarens verksamhet. Exempel på allvarliga störningar är om verksamheten inte kan bedrivas på ett rimligt sätt eller om flera arbetstagare vill vara lediga samtidigt.⁶⁸

Tidigare omställningsavtal innehöll krav på att den anställde skulle ha arbetat ett visst antal år i företaget eller inom kollektivavtalsområdet. Även de två nya huvudavtalen i den privata sektorn innehåller ett krav på viss arbetad tid. Som nämnts ovan är arbetsvillkoret detsamma i huvudavtalen som i lagen om omställningsstudiestöd. Den anställde måste ha arbetat i genomsnitt 16 timmar i veckan i minst 12 månader under en ramtid på 24 månader (jmf aktualitetsvillkoret). Arbeta ska ha varit huvudsysslan under kvalificeringstiden. För att beviljas kortvarigt studiestöd eller kompletterande studiestöd måste arbetstagaren dessutom uppfylla ett längre arbetsvillkor (jmf etableringsvillkoret). Det genomsnittliga antalet arbetade timmar i veckan är detsamma men tiden är förlängd till åtta år under en ramtid på 14 år.⁶⁹ En betydligt långvarigare anknytning till arbetsmarknaden krävs alltså för att få rätt till ekonomisk ersättning under studietiden.

3.5 Det offentliga omställningsstödet

3.5.1 *Ett statligt komplement*

Det offentliga omställningsstödet är tänkt att täppa till en lucka i regleringen för de arbetstagare som inte arbetar hos en kollektivavtalsbunden arbetsgivare (8 § p 2 lag (2022:850) om grundläggande omställnings- och kompetensstöd). Omkring en halv miljon personer i Sverige arbetar för arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal. Det innebär att de saknar möjlighet att få omställningsstöd genom en omställningsorganisation som till exempel TRR eller TSL. I propositionen framhålls att det

⁶⁸ Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 3 Anställningsskydd, § 11 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 3 Anställningsskydd, § 10.

⁶⁹ Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och PTK (n 57), kap 2 Omställning, § 4 och Huvudavtal, Svenskt Näringsliv och LO (n 57), kap 2 Omställning, avsnitt 2, § 5.

skapar en obalans mellan arbetstagare som motiverar att staten skapar ett parallellt stöd för de arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal.⁷⁰

Kollektivavtalsreglering är inte heller tänkt att vara det enda sättet att organisera omställningsstöd utan lagstiftningen ger också utrymme för bildandet av omställningsorganisationer som inte är kopplade till arbetsmarknadens parter. En sådan organisation måste uppfylla vissa villkor och måste registreras. Anställda hos arbetsgivare som betalar in avgifter till en registrerad omställningsorganisation omfattas heller inte av det offentliga stödet (8 § p 3). Framtiden får utvisa hur vanliga sådana organisationer kommer att bli.

Omställningsstöd beviljas personer vars anställning upphört på grund av arbetsbrist, sjukdom eller av att anställningen är tidsbegränsad (6 §). Förarbetena anger, precis som huvudavtalen ovan, att förändringarna i LAS i relation till 7 § inte innebär någon ändring i hur bedömningen ska göras kopplat till sjukdomsfall.⁷¹

Arbetsvillkoret överensstämmer med huvudavtalens villkor och omställningsstudiestödets aktualitetsvillkor, det vill säga i genomsnitt minst 16 timmar i veckan per kalendermånad i sammanlagt minst 12 månader under en ramtid om 24 månader (9 § p 1). Precis som vid omställningsstudiestöd är det möjligt att styrka sin anknytning till arbetsmarknaden genom en viss minsta inkomst av förvärvsarbete (9 § p 2).

3.5.2 Omställnings- och kompetensstöd

Lagen om grundläggande omställnings- och kompetensstöd reglerar grundläggande rådgivning. Det är inte tänkt att den ska konkurrera med annan offentlig verksamhet. Den omfattar inte studiestöd, utan endast rådgivning, vägledning och förstärkt stöd (5 §), där det sistnämnda endast omfattar personer vars anställning upphör på grund av sjukdom (7 §). Av propositionen framgår att lagstiftaren har haft det stöd som erbjuds i omställningsavtalen som utgångspunkt. Genom propositionen blir det på så sätt klarare hur stödet i både omställningsavtalen och den nya lagen förhåller sig till andra arbetsmarknadspolitiska åtgärder, även om parterna givetvis har möjlighet att erbjuda mer omfattande stöd i omställningsavtalen. Rådgivningen och vägledningen i 5 § ska inte innehålla sådana mer omfattande insatser som exempelvis ges inom ramen för Ar-

⁷⁰ Prop 2021/22:176 (n 4), s 290.

⁷¹ Prop 2021/22:176 (n 4), s 87.

betsförmedlingens verksamhet. Det offentliga grundläggande stödet ska inte ersätta det stöd som enskilda personer kan få från andra aktörer, t ex Försäkringskassan, Arbetsförmedlingen, sjukvården eller arbetsgivaren.⁷²

Behovet av utbildning och ekonomiskt studiestöd som omställningsavtalen reglerar har ingen motsvarighet i lagen om grundläggande omställnings- och kompetensstöd, utan omfattas istället av regleringen av det offentliga omställningsstudiestödet. Det är också inom ramen för den regleringen som möjligheten till validering tillgodoses. Däremot har arbetstagare möjlighet att få rådgivning om vilka möjliga utbildningar som finns att välja mellan inom ramen för det grundläggande omställnings- och kompetensstödet.

4 Omställningsregleringen – i miljön och de svagas tjänst?

Den nya omställningsregleringen kan sägas vara den andra sidan av myn- tet vad gäller den reform som omfattar förändringarna i LAS. Det är den sida som ska stärka arbetstagarnas position på arbetsmarknaden och på så sätt ge en ”vingarnas trygghet”. Som nämnts ovan är god omställningsförmåga viktig för att den enskilde arbetstagaren ska få ett tryggt och hållbart arbetsliv.⁷³ Omställningsförmåga framhålls också vara viktigt för arbetsgivaren och hela den svenska arbetsmarknaden.⁷⁴ I Agenda 2030 betonas jämlikhet och vikten av att stärka svagare grupper. Bland annat nämns att tillgång till utbildning senare i livet är särskilt viktigt för personer i en utsatt situation.⁷⁵ Den svenska regeringen har också framhållit parternas och omställningsavtalens betydelse för grön omställning. Så vilken betydelse har den nya omställningsregleringen för dels utsatta gruppers tillgång till utbildning senare i livet, dels den gröna omställningen?

För det första förväntas den nya omställningsregleringen främst gynna grupper med god förankring på arbetsmarknaden. Detta följer av arbetsvillkoret. I förarbetena framhålls risken att personer som står utanför arbetsmarknaden får svårare att hävda sig i konkurrensen, och att det därför

⁷² Prop 2021/22:176 (n 4), s 298.

⁷³ Prop 2021/22:176 (n 4), s 290.

⁷⁴ Prop 2021/22:176 (n 4), s 290. Ulander-Wänman (n 5).

⁷⁵ Se avsnitt 3.4.2 ovan.

är viktigt att det finns insatser som stärker dessa grupper.⁷⁶ Personer med svagare anknytning på arbetsmarknaden har tillgång till det vanliga studiestödet, studiestöd, samt utbildning och stöd i Arbetsförmedlingens regi. Det här bidraget ger inte underlag för att utvärdera om kvalitén på utbildningsalternativen skiljer sig. Det finns dock en viss överlappning då omställningsstudiestödet omfattar bland annat universitet och högskola. En sådan överlappning säger dock lite om vilka möjligheter personer med låg utbildning och nyanlända har. Upphovsmannen till ”vingarnas trygghet” hade generella lösningar för arbetsmarknaden i åtanke och avgörande blir därför vilka reformer, och kanske framförallt resurser, som läggs på andra arbetsmarknadspolitiska lösningar.

Något som står klart är att omställningsstudiestödet ger rätt till högre ersättningsnivåer än det vanliga studiestödet.⁷⁷ Som framgår ovan är nivån på omställningsstudiebidraget i samma nivå som den inkomstbaserade arbetslöshetsersättningen. Omställningsstudiebidraget kan dessutom kompletteras med ett omställningsstudielån. Personer som inte har tillgång till omställningsstudiestöd kan som sagt beviljas vanligt studiestöd, men också arbetslöshetsersättning om personen i fråga kvalificerar sig för det. Vad gäller arbetslöshetsersättning har en person med svag anknytning till arbetsmarknaden svårt att uppfylla arbetsvillkoret i arbetslöshetsförsäkringen och är troligtvis inte heller medlem i en arbetslöshetskassa.⁷⁸ Det innebär att personen inte har rätt till inkomstbaserad ersättning utan endast en rätt till grundbeloppet.⁷⁹ Sammanfattningsvis är ersättningen för de som inte har tillgång till den nya omställningsregleringen lägre.

Kort sagt är de ekonomiska förutsättningarna för att studera bättre för de som har tillgång till omställningsstudiestöd. I förarbetena framhålls att de stärkta ekonomiska förutsättningar för att studera i synnerhet gäller för anställda hos arbetsgivare bundna av omställningsavtal eftersom de ger möjlighet till kompletterande studiestöd och tilläggstjänster.⁸⁰ Slutatsen blir att arbetstagare hos kollektivavtalsbundna arbetsgivare som har arbetat i minst åtta år har större möjlighet att studera och ändå behålla en god ekonomisk nivå.

⁷⁶ Prop 2021/22:176 (n 4), s 419.

⁷⁷ Nivån på det totala studiemedlet är knutet till en procentandel av prisbasbeloppet vilket framgår av 3 kap 11 § studiestödslag (1999:1395). I dagsläget ligger nivån på 12 052 SEK för fyra veckors heltidsstudier.

⁷⁸ 7 §, 12–14 §§ lag (1997:238) om arbetslöshetsförsäkring, se även Johansson (n 38).

⁷⁹ 24 § lag (1997:238) om arbetslöshetsförsäkring.

⁸⁰ Prop 2021/22:176 (n 4), s 419.

Ovan beskrivs de ekonomiska förutsättningarna för personer som har, respektive inte har god förankring på arbetsmarknaden. En annan aspekt är vilken avtalsform som reglerar arbetet. Ett villkor för att omfattas av omställningsavtalen och det grundläggande omställnings- och kompetensstödet är att du antingen har haft en anställning som löpt ut eller att du har en anställning som du tar tjänstledigt från för att utbilda dig. Det innebär att personer som utför arbete utan att vara anställda inte omfattas. Många av de avtal som är i gråzonen mellan anställningsavtal och uppdragsavtal innehåller sämre villkor för den som utför arbetet, åtminstone vad gäller anställningsskydd och ekonomisk trygghet.⁸¹ Det rör sig alltså i många fall om en utsatt grupp på arbetsmarknaden.

Uppdragstagares situation har dock beaktats i den offentliga delen av omställningsregleringen. Både vad gäller det grundläggande omställnings- och kompetensstödet och omställningsstudiestödet är det möjligt att uppfylla arbetsvillkoret genom att redovisa inkomster för förvärvsarbete, det vill säga ersättning för arbete oavsett om det utförts som uppdragstagare eller i en anställning. I relation till omställningsstudiestödet ställs inte heller ett krav på att den som ansöker om studiestöd har en anställning eller en anställning som löpt ut. Av förarbetena framgår att eftersom det finns möjligheter att redovisa arbetad tid genom både inkomst och på annat sätt, t ex genom anställningsavtal anses det inte finnas en risk att sökande hamnar i kläm beroende på om de har F- eller A-skattsedel. Kopplingen till arbetsmarknaden kan även uppfyllas om den sökande kan visa att han eller hon har arbetat i ett eget företag.⁸²

Personer med god förankring på arbetsmarknaden, särskilt sådana som arbetar hos en kollektivavtalsbunden arbetsgivare, är i regel inte i en utsatt position. Slutsatsen skulle då vara att den nya omställningsregleringen inte gynnar de mest utsatta i samhället. Bilden kan dock nyanseras. Grupper på arbetsmarknaden som tidigare inte omfattades av omställningsavtalen, omfattas av den nya omställningsregleringen. Regleringen förväntas få särskild betydelse för visstidsanställda.⁸³ Eftersom visstidsanställda omfattas av omställningsavtalen och omställningsstudiestödet ökar deras möjligheter till kompetensutveckling. Arbetsvillkoret är också utformat på ett sådant sätt att det inte ska missgynna anställningsformer som inte är tillsvidarejänster på heltid. I förarbetena framhålls att detta

⁸¹ Se till exempel Johansson (n 38).

⁸² Prop 2021/22:176 (n 4), s 181.

⁸³ Prop 2021/22:176 (n 4), s 419.

särskilt gynnar förhållandevis unga, utrikes födda och kvinnor, vilka är överrepresenterade bland visstidsanställda.⁸⁴ Numera har även personer som sagts upp på grund av sjukdom rätt till omställning, vilket kan stärka deras position (så länge den inte försvagas genom ändringarna i LAS).⁸⁵

För det andra, vad gäller huruvida den nya omställningsregleringen kan underlätta en grön omställning, så är det oklart. Regleringen ger endast *en* indikation på vilken typ av utbildning som omfattas och det är att utbildningen ska stärka arbetstagarens ställning på arbetsmarknaden, det vill säga behovet på arbetsmarknaden avgör. Huruvida omställningsregleringen kommer vara av betydelse för den gröna omställningen kommer alltså vara beroende av fler initiativ från privata och offentliga arbetsgivare eftersom det är de, tillsammans med statlig styrning, som avgör vad som behövs på arbetsmarknaden. Det kan uttryckas så att det finns ett system eller en infrastruktur för utbildning som kan användas för olika ändamål. Initiativ från både staten och arbetsmarknadens parter är därför avgörande för om den nya omställningsregleringen ska bidra till en grön omställning. I en rapport poängterar Svenskt Näringsliv utbildningens betydelse för klimatomställningen. I rapporten redogörs även för de politiska reformer som organisationen anses behövs på utbildningens område.⁸⁶ Av rapporten framgår dock inte vad näringslivet ska bidra med. I och med den nya omställningsregleringens införande fick universiteten och högskolorna i uppdrag att beskriva hur nuvarande utbud möter det behov som omställningsstudiestödet kan ge upphov till, samt hur utbudet, vid behov, kan utvecklas *inom befintliga ekonomiska ramar*.⁸⁷ De exempel som ges i uppdraget handlar snarare om form (till exempel distansundervisning, tillgängliggöra fördjupningskurser för yrkesarbetande med grundutbildning) än att innehållet i utbildningarna ska leda till något specifikt mål, till exempel grön omställning. Det finns alltså få indikationer på att omställningsregleringen aktivt kommer att användas för att skynda på den gröna omställningen. Sammanfattnings-

⁸⁴ Prop 2021/22:176 (n 4), s 419.

⁸⁵ Jämför avsnitt 2.3 ovan.

⁸⁶ Svenskt Näringsliv, *Kompetensförsörjning för klimatomställningen*, oktober 2021. Där föreslås till exempel att ge särskilt ekonomiskt stöd till lärosäten för att säkerställa att spetsutbildningar som efterfrågas av näringslivet men som har få sökande kan genomföras och att på sikt göra livslångt lärande till ett eget verksamhetsområde för högskolorna.

⁸⁷ U2022/02386, *Uppdrag att genomföra utbildningsutbudet för livslångt lärande och omställning*.

vis får framtiden utvisa vilken roll den nya omställningsregleringen kommer att spela en grön omställning.

I detta bidrag har två omställningsavtal kortfattat redogjorts för. De täcker en stor del av den privata sektorn men inte hela.⁸⁸ Dels finns det arbetstagare som arbetar hos arbetsgivare som inte omfattas av kollektivavtal, dels kan omställningsavtalen i olika sektorer variera. I skrivande stund har omställningsavtalen i statlig sektor, i kommuner och regioner, samt inom den ideella och kooperativa sektorn omförhandlats för att passa med den nya lagstiftningen. Villkoren i omställningsavtalen kan dock variera beroende på sektor. Detsamma gäller förutsättningarna för att i framtiden förbättra och utveckla avtalen.⁸⁹ Det är dock möjligt att villkor förhandlas fram i branscher där förhandlingsutrymmet är större, men att dessa sedan kan fungera som exempel i senare förhandlingar i branscher med ett mindre ekonomiskt utrymme. Kollektivavtalsreglering har också lyfts fram som en möjlighet att öka inflytandet i genomförandet av hållbarhetsmålen, genom att det ger inflytande och röst åt arbetstagare.⁹⁰ En följd av kollektivavtalsreglering är dock att resultatet av förhandling kan leda till olika regler på olika arbetsplatser och någon exakt likabehandling är svårt att uppnå och kanske inte ens önskvärd eftersom avtalen ska spegla parternas medlemmars intressen och den kompromiss mellan dessa intressen som avtalets parter enats om.

Den nya omställningsregleringen är speciell på så sätt att staten i viss mån täcker upp och erbjuder stöd för arbetstagare som inte omfattas av kollektivavtal, vilket gör regleringen i sin helhet till en form av hybrid mellan kollektivavtal och offentlig reglering.⁹¹ Arbetsmarknadens parter inflytande över lagstiftningen tillsammans med lagstiftarens tillbakadragna roll motiverar en utvärdering av lagstiftningens generella effekter,

⁸⁸ Fremia är den största arbetsgivarorganisationen utanför Svenskt Näringsliv och organiserar över 5 000 arbetsgivare med knappt 150 000 anställda. För mer information om arbetsgivarorganisationerna på svensk arbetsmarknad se Medlingsinstitutets årsrapport 2021, s 153ff.

⁸⁹ Se Johansson(n 38) för en redogörelse av hur avtalen på huvudorganisationsnivå legat fast men förutsättningarna för att förhandla fram förbättringar på förbunds nivå varierat.

⁹⁰ Novitz (n 20), s 243–262.

⁹¹ Det är inte något nytt att kollektivavtalsförmåner kompletterar statliga ersättningar, däremot att staten täcker upp för förmåner som annars bara finns i kollektivavtal.

särskilt med beaktande av de grupper som står utanför de förhandlande parterna och i många fall inte har samma intressen.⁹²

Avslutningsvis så omfattar den nya omställningsregleringen fler personer som utför eller har utfört arbete under en längre tid på den svenska arbetsmarknaden jämfört med tidigare omställningsavtal. Det ger också möjlighet till högre ersättningar under längre tid för studier efter en tid i arbetslivet. På så sätt kan det ses som ett inkluderande och generöst system. Personer utan lång arbetserfarenhet har dock inte tillgång till systemet och det finns på så sätt en risk att de som redan har kommit in på arbetsmarknaden kan förbättra sin position genom att få möjlighet att stärka sin kompetens, särskilt om det inte samtidigt satsas på de åtgärder som riktar sig till de med svag anknytning till arbetsmarknaden. Huruvida den nya omställningsregleringen kommer bidra till en grön omställning beror på vilka ytterligare initiativ som stat och arbetsmarknadens parter tar.

⁹² De mest tydliga exemplen på sådana grupper har behandlats i projektet *En inkluderande och hållbar svensk arbetsrätt – vägen framåt* (n 22).

Sara Lundberg

En hållbar skolplikt?¹

”... Men fröken brydde sig inte om hennes vårdslösa sätt. Hon sa bara helt vänligt: ”Välkommen till skolan, lilla Pippi. Jag hoppas du ska trivas och att du ska lära dig riktigt mycket.”
”Jaha, och jag hoppas att jag får jullov”, sa Pippi. ”Det är därför jag har kommit hit. Rättvisa framför allt!”²

1 Inledning

Hösten 2018 inledde Greta Thunberg en skolstrejk utanför Sveriges riksdag. Det blev startskottet för en rörelse, *Fridays for future*, som har fått brett internationellt genomslag och beskrivits som en helt ny form av aktivism.³ Syftet med aktionen – som väl inte borde ha undgått någon – är att sätta press på makthavare att göra mer för att minska klimatförändringarna.⁴ Greta Thunberg har hyllats världen över av vitt skilda personer, från politiska ledare som Frankrikes president Emmanuel Macron till

¹ Tack till folkhögskoleläraren Nadja Storsäter för värdefulla diskussioner och kommentarer på texten i olika versioner. Tack även till Peter Ramsjö för konstruktiva synpunkter på utkast till denna uppsats. Ett stort tack riktas också till redaktionen för denna årsbok och då särskilt Mikael Hansson.

² Lindgren, A. *Boken om Pippi Långstrump*, [Ny utg.], Rabén & Sjögren, Stockholm, 2005, s. 43.

³ Thomas, A., Cretney, R., & Hayward, B. ”Student Strike 4 Climate: Justice, Emergency and Citizenship”, *New Zealand Geographer*, vol nr 75 (2), 2019, s. 96–100, s. 97.

⁴ de Moor, J., Uba, K., Wahlström, M., Wennerhag, M. & De Vydt, M. (red.) Protest for a future II: Composition, mobilization and motives of the participants in Fridays For Future climate protests on 20–27 September 2019, in 19 cities around the world, 2020, www.diva-portal.org, s. 7.

Hollywoodkändisar som Leonardo Di Caprio.⁵ Hon har, trots sin unga ålder, talat på internationella toppmöten och inför nationella parlament.⁶

När Greta Thunberg inledde sin skolstrejk sattes både den grundlags-skyddade rätten till utbildning för alla skolpliktiga barn, 2 kap. 18 § regeringsformen (1974:152), förkortad RF, och skolplikten (7 kap. skollagen (2010:800), förkortad SkoL) i gungning. Skolstrejken aktualiserar därmed grundläggande utbildningsrättsliga frågor, men detta perspektiv på *Fridays for future* har såvitt jag vet inte belysts tidigare. Denna uppsats har till uppgift att fylla den luckan.

Rätten till utbildning är en speciell rättighet eftersom den också i sig själv innebär långtgående skyldigheter. Det förhållandet att rätten till utbildning är knuten till skolplikten innebär både att rättigheten *måste* utövas och att den måste utövas på ett *speciellt sätt*. Syftet med den utbildning som bedrivs inom skolväsendet är enligt SkoL att ”förmedla och förankra respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande demokratiska värderingar som det svenska samhället vilar på” samt att ”i samarbete med hemmen främja barns och elevers allsidiga personliga utveckling till aktiva, kreativa, kompetenta och ansvarskännande individer och medborgare” (se 1 kap. 4 §). Utbildningen ska vidare, enligt Läroplanen för grundskolan (Lgr22) främja kritiskt tänkande.⁷ Elever ska ges rätt till inflytande och delaktighet.⁸

Bestämmelsen synliggör skolans roll som både förmedlare av kunskap om elevers fri- och rättigheter och som en arena för elever att utöva dessa rättigheter, till exempel genom att ges inflytande över verksamheten. Samtidigt innebär det faktum att skolplikten som sådan inte är förhandlingsbar att det finns en tydlig gräns; ”hit men inte längre”, i fråga om vad eleven kan ha inflytande över. Det var också dessa skolpliktens ramar som Greta Thunberg tog spjårn mot när hon inledde en av vår tids viktigaste rörelser mot klimatförändringarna.

Greta Thunbergs skolstrejk var en medveten politisk aktion. Men ur ett juridiskt perspektiv har även annan skolfrånvaro, som denna uppsats kommer visa, beröringspunkter med nämnda skolstrejk. Generellt beskrivs skolfrånvaro som ett växande problem, vilket har uppmärksam-

⁵ Bråstedt M., ”Kritiken och hyllningarna till Greta Thunberg: ”De är nog rädda””, Expressen, 11/3 2019 (16/8 2022), www.expressen.se.

⁶ Thunberg, G., *No One Is Too Small to Make a Difference*, Penguin Books, London, 2019, s. 5 och s. 34.

⁷ Se Lgr22 (SKOLFS 2022:418), avsnitt 1 Skolans värdegrund och uppdrag.

⁸ Se Lgr22, avsnitt 2.3 Elevernas ansvar och inflytande.

mats både i forskning och i det politiska samtalet.⁹ Enligt Skolverkets senaste undersökning hade en fjärdedel av eleverna i förskoleklass och i grundskolan en total frånvaro på minst 15 procent under höstterminen 2020. Frånvaron ökar i de högre årskurserna. I årskurs 8 och 9 hade en av tio elever i årskurserna en frånvaro på minst 30 procent, vilket under höstterminen motsvarar en frånvaro på ungefär 5 veckor eller mer.¹⁰ En tidigare undersökning från Skolinspektionen rapporterar att uppemot 1 700 elever haft en sammanhängande frånvaro som pågått i minst en månad.¹¹

Syftet med denna uppsats är att, genom Greta Thunbergs skolstrejk, synliggöra det komplexa beroendeförhållandet mellan barns skolplikt och barns rätt till utbildning. Jag kommer att argumentera för att det finns en spänning mellan å ena sidan barns rätt till självbestämmande och tillgång till sina grundläggande medborgerliga fri- och rättigheter och å andra sidan skyldigheten att gå i skolan. Uppsatsen ska försöka beskriva hur denna spänning kommer till uttryck i lagstiftningen samt vilken påverkan synen på barnet som bärare av egna medborgerliga fri- och rättigheter har för förståelsen av skolpliktens eventuella rättighetsbegränsande effekter. En central poäng med analysen är att visa hur synen på barnet som autonom och självbestämmande kan möjliggöra en kritisk granskning av regleringen av utbildning som individuell rättighet.

⁹ Se t.ex. Arvidsson, M., & Vesterberg, V., "En ojämlig skolplikt? Problematisering av skolfrånvaro i en decentraliserad skola", *Utbildning & Demokrati*, vol 29, (1), 2020, s. 7–24. Se även SOU 2016:94 *Saknad! Uppmärksamma elevers frånvaro och agera* och prop. 2017/18:182 *Samling för skolan*.

¹⁰ Skolverket, *Nationell kartläggning av elevfrånvaro*, Rapport 2021:10, dnr 2019:1103, 2021, s. 3.

¹¹ Skolinspektionen, *Omfattande frånvaro. En granskning av skolors arbete*, s. 5. TV-programmet Kalla fakta lät göra en egen kartläggning 2018, vilken visade att det rör sig om 5 500 barn totalt i Sverige som under långa perioder inte är i skolan alls ("De osynliga barnen", Kalla Fakta [TV program], TV 4, Stockholm, 2018).

2 Barns medborgerliga fri- och rättigheter och skolans roll för dess förverkligande

Bortsett från skolplikt och medborgarskap är barn och vuxna likställda i fråga om de grundläggande fri- och rättigheterna.¹² Rättighetskatalogen i 2 kap. RF gäller ”var och en”. Ändå står det klart att det finns skillnader, bland annat när det gäller barns möjligheter att utöva inflytande och medbestämmande. En mer formell skillnad är att barn under 18 år inte har rösträtt och saknar talerätt i många frågor. Till de mer informella skillnaderna hör att barn skiljer sig från vuxna när det kommer till sårbarhet och beroende.¹³ Barn som vill försöka påverka vuxnas beslutsfattande måste alltså göra det på andra sätt än genom att till exempel rösta i allmänna val eller använda sin ekonomiska makt.¹⁴ *Fridays for future* är ett exempel.

I sammanhang där barns rätt till delaktighet, medbestämmande och inflytande diskuteras kan det vara värt att stanna upp och problematisera föreställningar om barns sårbarhet och beroende, liksom barns förmåga till kritiskt tänkande. Det kan noteras att det, å ena sidan, finns personer under 18 år som gör mer välgenomtänkta val än de som passerat myndighetsåldern och att vuxna, å andra sidan, kan vara sårbara och beroende utan att det begränsar deras medborgerliga fri- och rättigheter.¹⁵ Att en enskild individ fattar dåliga beslut utgör dock inte grund för att påverka hans eller hennes enskildes rättsliga ställning. Allas likhet inför lagen är en grundläggande princip för all lagstiftning (1 kap. 9 § RF).¹⁶

Skolan är en viktig arena för barn att få kunskap om sina medborgerliga fri- och rättigheter. Eftersom barnen tillbringar större delen av sin

¹² Prop. 2009/10:80 *En reformerad grundlag*, s. 187.

¹³ Lister, R., ”Why citizenship: Where, when and how children?”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol nr 8 (2), 2007, s. 693–718, s. 699 ff.

¹⁴ På vissa områden likställs barn med vuxna även vad gäller möjligheten att föra sin egen talan, elever över 16 år tillerkänns till exempel talerätt enligt Skoll, se 29 kap. 12 §.

¹⁵ Larkins C., ”Enacting children’s citizenship: Developing understandings of how children enact themselves as citizens through actions and Acts of citizenship”, *Childhood*, vol nr 21 (1), 2014, s. 7–21, s. 8.

¹⁶ I enlighet med denna princip finns regler som syftar till att motverka att det förekommer situationer där grupper missgynnas jämfört med andra. Ett exempel är förbudet mot diskriminering på grund av funktionsnedsättningar (se bland annat diskrimineringslag (2008:567) och artikel 14 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, EKMR).

vakna tid där ska inte skolans funktion i detta avseende underskattas.¹⁷ Skolan är samtidigt en viktig plattform för inhämtande av kunskaper som möjliggör kritiskt tänkande; något som kan sägas vara grundläggande i en demokrati. Skolan kan med andra ord anses ha två huvudsakliga uppdrag, dels att förmedla rena sakkunskaper, dels ge elever den medborgerliga, demokratiska fostran som behövs för demokratins fortlevnad.¹⁸

Vid sidan om 1 kap. 4 §, som redan nämnts, finns andra bestämmelser i Skoll som betonar att skolan ska ge uttryck för demokratiska värden och ge eleverna kunskaper om grundläggande fri- och rättigheter. Av 1 kap. 5 § framgår att alla som verkar inom utbildningen ska främja de mänskliga rättigheterna och aktivt motverka alla former av kränkande behandling. I förarbetena till bestämmelsen nämns främst de internationella åtaganden om mänskliga rättigheter Sverige har gjort, bland annat FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och barnkonventionen.¹⁹ Något förvånande tas inte vårt eget konstitutionella fri- och rättighetsskydd i RF upp i detta sammanhang. Rimligen bör dessa ingå i de ”mänskliga rättigheter” alla som verkar inom utbildningen ska främja.²⁰

Skoll framhåller också skolans skyldighet att ge barn och elever inflytande över utbildningen (4 kap. 9 §). Förarbetena till bestämmelsen kopplar tydligt samman möjligheten till inflytande och deltagande med förmedlandet av demokratiska värden och kunskap om mänskliga rättigheter. Således anges att förskolan och skolan ”dels (ska) ge kunskaper om demokrati och mänskliga rättigheter med mera och dels tillämpa ett demokratiskt arbetsätt.”²¹ Därtill kommer att barnkonventionens artikel 12 om rätten att bli hörd är implementerad i 1 kap. 10 § andra stycket Skoll.

Elevers inflytande och deltagande i skolan sker dock under ramarna för den avgränsade och kontrollerade formen som skolplikten utgör; skolan ska ”bidra till *fostran* av demokratiska medborgare och har därmed ett

¹⁷ När jag fortsättningsvis använder detta begrepp syftar jag på både utbildningen och den fysiska skolbyggnaden.

¹⁸ Jfr Nilsson, F. L., *Självklart och oklart – Mänskliga rättigheter som kunskapsinnehåll i gymnasieskolan*. MediaTryck Lund. 2022, s. 15 f. Se även prop. 2009/10:165 *Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet*, s. 228.

¹⁹ Prop. 2009/10:165, s. 207.

²⁰ Jfr Lerwall, L. ”Mänskliga rättigheter i skolan” I: Lind, Anna-Sara & Lundin, Olle (red.), *Mänskliga rättigheter i det lokala Sverige*, Studentlitteratur, Lund, 2021, s. 253 ff.

²¹ Prop. 2009/10:165, s. 310 ff.

viktigt socialisationsuppdrag (min kurs.).”²² I denna skrivning synliggörs en viktig aspekt av barns och elevers medborgarskap; de betraktas som *medborgare i vardande*. Det krävs enligt detta synsätt särskild fostran för att barn och elever ska bli *fullvärdiga* medborgare.²³

3 Skolgång – från sällsynt privilegium till självklar rättighet

Den speciella konstruktionen av utbildning som både plikt och rätt gör att utbildning, beroende på vilket synsätt som anläggs, både kan ses som något positivt; en eftertraktad, individuell, rättighet och som något negativt; ett rättighetsbegränsande tvång. I det följande ligger fokus på den andra sidan av detta mynt, alltså hur utbildning kommit att formeras som en individuell rättighet.

När framväxten av det moderna skolväsendet ska beskrivas fungerar ofta 1842 års folkskolestadga som startpunkt, då kommunerna blev skyldiga att tillhandahålla utbildning för alla barn.²⁴ Det ska dock sägas att betydelsen av 1842 års reform har problematiserats av utbildningshistoriker, och det har förts fram att det snarare var en rad beslut som ledde fram den obligatoriska folkskolan. Det dröjde ännu flera år innan skolgång blev en realitet för alla barn. 1847, alltså fem år efter införandet av folkskolestadgan, gick fortfarande mer än en tredjedel av barnen i ”hemskolor”. Den rätt till utbildning (med nutida terminologi) som fanns vid denna tid var nämligen tämligen ihålig. I själva verket krävde kommunernas begränsade resurser att inte alla barn kom till skolan. Skolorna var inte sällan i uselt skick och många föräldrar hade också svårt att skicka sina barn till skolan på grund av fattigdom och dåliga vägar. Barn som undervisades hemma var dock skyldiga att infinna sig i skolan och examineras.²⁵

Det var först genom 1882 års folkskolestadga en skolplikt liknande den vi har i dag, där det blir obligatoriskt för alla skolpliktiga barn att

²² Prop. 2009/10:165, s. 310 ff.

²³ Lister, R., s. 696.

²⁴ Richardsson, G., ”1842 års folkskolestadga” I: Richardson, G. (red.), *Ett folk börjar skolan: folkskolan 150 år: 1842-1992*, Allmänna förl., Stockholm, 1992, s. 27 ff.

²⁵ Richardson, G., *Svensk utbildningshistoria: skola och samhälle förr och nu*, 8 rev. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010, s. 54.

inställa sig i skolan, infördes. Reformen underlättades av den juridiska begränsning av barnarbete som införts året.²⁶

Av de politiska beslut som format skolan under de 140 år som förflutit sedan dess förtjänar 1962 års skollag ett särskilt omnämnande. Genom den infördes den så kallade enhetsskolan som ersatte de olika skolformer som tidigare funnits: folkskola, realskola, fortsättningsskola och skapade en gemensam grundskola för alla.²⁷ Ur demokratisk synvinkel var det givetvis av stor betydelse att alla elever, oavsett bakgrund, gavs samma förutsättningar till skolgång.

Under decennierna som följde har idealet om den likvärdiga utbildningen dock visat sig svåruppnåeligt.²⁸ Under 1990-talet skedde flera genomgripande förändringar av skolväsendet som i högsta grad påverkade dagens skola. För det första genomfördes kommunaliseringen, som innebar att huvudmannskapet för skolan överlämnades från staten till de 290 kommunerna, och för det andra friskolereformen som gjorde att huvudmannskapet för skolan numera kunde utövas av privata subjekt.²⁹

Vägen mot den skola vi har idag har således varit lång och krokig och sättet att se på utbildning har förändrats över tid. Detta märks inte minst genom att utbildning alltmer kommit att beskrivas som en individuell rättighet, snarare än en kollektiv nytthet.³⁰ Viktiga delar i den utvecklingen är dels att rätten till utbildning fick en konstitutionell förankring genom tillkomsten av 2 kap. 18 § RF år 1995, dels 2010 års skollagsreform, som innebar att individuella rättigheter i förhållande till skolväsendet betonades och fick ett allt större utrymme.³¹

²⁶ Berg, G., "Skolplikt, förvaring och elevers rättssäkerhet och inflytande", *Utbildning & Demokrati*, Vol 12 (1), 2003, s. 129–148, s. 134 f.

²⁷ Ryffé, D., *Omöjligt uppdrag: om rättslig styrning och normkollisioner i skolans kompensatoriska uppdrag*, Ak. Avh., Göteborgs universitet, Göteborg, 2019, s. 70 ff.

²⁸ A.s.

²⁹ Jfr Ryffé, D., s. 90 ff.

³⁰ Westberg, J., "Basic Schools in Each and Every Parish: The School Act of 1842 and the Rise of Mass Schooling in Sweden", I: *School Acts and the Rise of Mass Schooling: Education Policy in the Long Nineteenth Century*, (red. Westberg, J., mfl., Springer International Publishing AG, 2019, s. 195. Se även Ryffé, D., s. 364 f. och Novak, J., "Skolan och rättssäkerheten-vad har en elev rätt att kunna", I: *Vad ska en svensk kunna?: Utbildningens dilemma – intrassenas spel* red. Gustavsson, M., Österman, T., Hällén E., Daidalos, Göteborg, 2016, s. 119 ff.

³¹ Av utredningen som låg till grund för 2010 års skollag anges: "För att tillgodose dessa krav anser kommittén att skollagen inte endast skall ange vad skolhuvudmannen skall

Det har gjorts gällande att Skoll innebar ett skifte från en lagstiftning som betonade kommunernas skyldigheter gentemot individen att tillhandahålla utbildning av en viss kvalitet, till en reglering av utbildning som en individuell rättighet att hävda och utkräva gentemot kommunerna (och genom friskolereformen även gentemot enskilda skolor).³² Som konsekvens av ett ökat fokus på rättigheter har även eleverna i högre grad börjat förstå sig själva som rättssubjekt, vilket påverkat synen på utbildning och utbildningens mål.³³

Under senare decennier har rätt och rättigheter alltså blivit mer dominerande begrepp i skollagstiftningen. Av denna korta historieskrivning kan det också konstateras att utbildning gått från att vara en förmån som gavs den enskilda i mån av resurser, till att vara en individuell rättighet att hävda gentemot kommunerna.

4 Rätten till utbildning – ett komplext rättighetsskydd

Rättighetsskyddet när det kommer till utbildning och skola har, som framgått i det föregående, stärkts i lagstiftningen under de senaste decennierna. Vad alla dessa rättigheter innebär för den enskilde eleven och elevens vårdnadshavare kan dock problematiseras. Att det finns olika uppfattningar om vad rätten till utbildning *bör* innebära som medborgerlig fri- och rättighet är en sak. En annan sak är vad rätten till utbildning *faktiskt* innebär ur ett rättsdogmatiskt perspektiv. Som jag kommer att visa i det följande (framställningen begränsas till svensk lagstiftning), är det inte helt lätt att svara på.

I 2 kap. 18 § RF anges att alla barn som omfattas av den allmänna skolplikten har rätt till kostnadsfri utbildning i allmän skola. Den *grundlagsskyddade* rättigheten omfattar alltså endast utbildning vid de skolor som det allmänna bedriver och inte utbildning vid fristående skolor

tillhandahålla utan även – i högre grad än i vad som är fallet i dag – tillerkänna eleverna vissa rättigheter” (SOU 2002:121 *Skollag för kvalitet och likvärdighet*, s. 149).

³² Novak, J., s. 119; Refors Legge, M., *Skolans skyldighet att förhindra kränkande behandling av elever: en rättsvetenskaplig studie*, Ak. avh., Stockholms universitet, Stockholm, 2021, s. 72 och 232.

³³ Nilsson, F., s. 34.

eller andra skolor med enskilda huvudmän.³⁴ Däremot följer av 7 kap. 20–22 §§ SkoL att skolplikten i någon av de aktuella skolformerna *kan* fullgöras antingen i skola med offentlig eller en enskild huvudman. Hur lagstiftningen skiljer sig åt beroende på om det är en kommunal, statlig eller fristående skola ska inte fördjupas här, men det kan konstateras att fristående skolors bundenhet av RF och möjligheten att överlämna skyddet av grundläggande rättigheter till privata subjekt är en återkommande diskussion inom rättsvetenskaplig doktrin.³⁵

Genom att rätten till utbildning har placerats bland övriga fri- och rättigheter i 2 kap. RF betonas dess betydelse som en medborgerlig rättighet. Övriga rättigheter i 2 kap. avser så kallade negativa eller medborgerliga/politiska rättigheter, till exempel yttrandefrihet, religionsfrihet och förbud mot dödsstraff. Innan 2 kap. 18 § fick sin nuvarande utformning, i samband med inkorporeringen av europakonventionen 1995, var rätten till utbildning mer formulerat som en målsättning för samhället. Det angavs således i 1 kap. 2 § dåvarande regeringsformen att ”varje medborgare *bör* ha rätt till utbildning, arbete och social trygghet”.

Det var dock inte utan diskussion rätten till utbildning, som får betraktas som en så kallad social rättighet och förutsätter prestationer av det allmänna, placerades bland rättigheter som annars handlar om frihet från tvång från samhällets sida. Flera remissinstanser ansåg att det var problematiskt att grundlagsfästa en rättighet som inte går att göras gällande inför domstol.³⁶

Regeringen motiverade det stärkta grundlagsskyddet för rätten till utbildning i 2 kap. med att tillgången till utbildning både är av grundläggande betydelse för den enskildes välfärd och av stor betydelse för det demokratiska samhällets fortbestånd. Bestämmelsen bedömdes också vara i linje med de förändringar som behövde göras för att inkorporera EKMR:s skydd för rätten till utbildning.³⁷

Rätten till utbildning är alltså en särskild skyddsvärd rättighet, viktig både för samhället och för den enskilde. Det bör dock uppmärksam-

³⁴ Prop. 2009/10:165, s. 698. Se även prop. 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri och rättighetsfrågor*, s. 23 ff.

³⁵ Ryffé, D. s. 347 f. Se även Refors Legge M., ”Kläd-koder, disciplinära åtgärder och skydd för elevers yttrandefrihet”, <https://svjt.se/content/kladkoder-disciplinara-atgarder-och-skydd-elevers-yttrandefrihet> (preprint i SvJT 2022-06-22), under avsnitt 2: ”Regeringsformen och friskolorna”.

³⁶ Prop. 1993/94:117, s. 23.

³⁷ A.a., s. 25 f.

mas att grundlagsskyddet relativt sett får betraktas som svagt.³⁸ Genom utformningen av 2 kap. 18 §, där rätten till utbildning är kopplad till skolplikten, kan den skolgång som det allmänna erbjuder se väldigt olika ut och ändå vara förenligt med ordalydelsen i bestämmelsen.³⁹ Det sagda innebär också att det går att göra förändringar av skolplikten, som i sin tur påverkar rätten till utbildning, genom vanlig lag.⁴⁰ Den närmare innebörden av rätten till utbildning framgår istället genom författningar på lägre nivå, främst SkoL och skolförordningarna.

Ytterligare en faktor som påverkar grundlagsskyddets omfattning är att förarbetesuttalanden till RF ger vid handen att det inte är *utbildning* i den bredare definition SkoL ger begreppet som avses, utan att det istället är den mer begränsade rätten till *undervisning* som skyddas.⁴¹

Av 1 kap. 3 § SkoL framgår att med *utbildning* avses all den verksamhet som omfattas av de övergripande målen i skolförfattningarna. Det kan således även omfatta annan verksamhet än undervisning i den inre och yttre miljön, till exempel på skolgården och i matsalen. Utbildning kan dessutom omfatta annan verksamhet som äger rum till exempel lägerskolor eller utflykter.⁴² Begreppet beskrivs som ”centralt för lagstiftningen.”⁴³ *Undervisning* däremot, definieras som ”sådana målstyrda processer som under ledning av lärare eller förskollärare syftar till utveckling och lärande genom inhämtande och utvecklande av kunskaper och värde”.

Enligt förarbetena till RF innebär grundlagsskyddet att det allmänna ska åläggas att hålla ett offentligt skolväsende där själva *undervisningen* garanteras. Däremot garanteras inte den enskilde rätt till fritt skolmaterial, fria skolmåltider eller skolskjutsar.⁴⁴ Grundlagsskyddet omfattar således inte en rätt till utbildning i den definition SkoL ger begreppet. Istället finns alltså regler om skolhuvudmannens skyldigheter att bedriva *utbild-*

³⁸ Jfr Bull, T., och Sterzel F., *Regeringsformen: en kommentar*, fjärde upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2019, s. 88 och 94. Se även Refors Legge, M., s. 114 och SOU 2021:30, s. 284.

³⁹ SOU 2019:64 *Nya regler för skolor med konfessionell inriktning*, s. 268.

⁴⁰ Lerwall L., ”Skolplikt och rätt till utbildning” I: Lerwall, Lotta & Scheutz, Sverker. (red.), *Skoljuridik och myndighetsutövning: några rättsvetenskapliga uppsatser om skolan*, s. 59 f.; SOU 2021:30 *Kampen om tiden – mer tid till lärande*, s. 284.

⁴¹ Jfr prop. 1993/94:117, s. 27 f.

⁴² SOU 2016:4 *Politisk information i skolan – ett led i demokratiuppdraget*, s. 28.

⁴³ Prop. 2009/10:165, s. 218.

⁴⁴ Prop. 1993/94:117, s. 27 f.

ning i den mening som avses i 1 kap. 3 § SkoL, liksom omfattningen av skolplikten i sig, i SkoL och läroplanen för grundskolan, Lgr22.⁴⁵

När man i forskning talar om rättigheter i förhållande till utbildning och skola görs det ibland en uppdelning av rätten *till* utbildning, till exempel vårdnadshavares rätt att välja skola till sina barn, se 10 kap. 30 och 35 §§ SkoL och rätten till lika tillgång till utbildning, se 1 kap. 8 § SkoL och rättigheter *i* utbildningen, till exempel rätten till stödinsatser, se 3 kap. SkoL. Därtill kan man tala om rättigheter *genom* utbildningen, som då skulle ringa in rättigheter som innehåll och kunskap i utbildningen.⁴⁶

Att ge ett rakt svar på vad rätten till utbildning innebär är alltså inte helt lätt om man inte nöjer sig med det som, enligt vad som framgått i det föregående, kan anses framgå av grundlagsstadgandet: Rätten att som skolpliktigt barn få tillträde till den undervisning som det allmänna anordnar.⁴⁷ Lägg sedan till att rättigheter ofta uppfattas i termer av överklagbarhet och bilden blir än mer komplex.⁴⁸ De möjligheter en elev eller vårdnadshavare har att klaga på brister i den rätt man anser sig ha i förhållande till skolan eller utbildningen varierar beroende på vad det är fråga om.

⁴⁵ Från den 1 juli 2022 gäller en ny läroplan för grundskolan, Lgr22 (SKOLFS 2022:418). Enligt Skolverket innebär denna bland annat att fakta och förståelse betonas mer för att visa att goda ämneskunskaper har ett värde i sig, att de olika ämnenas karaktär lyfts fram tydligare. Dessutom ska skillnaden mellan olika stadier bli tydligare. Grundläggande kunskaper har stärkts i de lägre årskurserna och mer komplexa sammanhang introduceras successivt. Se Skolverket, ”Ändrade läroplaner och kursplaner hösten 2022”, www.skolverket.se (16/8 2022).

⁴⁶ Nilsson, F. L., s. 11 f.

⁴⁷ För att omfattas av skolplikten krävs enligt 7 kap. 2 § 1 st. SkoL att eleven är bosatt i Sverige. Som bosatt i Sverige räknas enligt 29 kap. 2 § 1 st. SkoL den som ska vara folkbokförd enligt folkbokföringslagen (1991:481). Av 7 kap. 10–12 §§ SkoL framgår att skolplikten som huvudregel inträder höstterminen det kalenderår då barnet fyller sex år och upphör vid utgången av vårterminen det tionde läsåret. Skolplikten kan enligt 7 kap. 20–22 §§ fullgöras antingen i skola med offentlig eller enskild huvudman. Av 7 kap. 2 § 2 st. SkoL framgår vidare att skolplikten upphör under vissa förutsättningar. Den första situationen är då barnet i fråga varaktigt vistas utomlands. I praxis har utomlandsvistelse som sträckt sig över två terminer betraktats som varaktigt i lagens mening.

⁴⁸ Walne Westerhäll, L., anger som ett kriterium för att rättighetsbegreppet ska kunna användas på det förvaltningsrättsliga området att 1) rättigheten är noggrant preciserad i lag, 2) innehålla möjligheter till överklagande för den enskilde och eventuellt 3) att det finns viss statlig tillsyn över de organ som distribuerar rättigheten (Vahlne Westerhäll, L., *Svensk patientlagstiftning: lärobok om patienters ”rätt” i hälso- och sjukvården*, 3:e upplagan, Santérus förlag, Stockholm, 2020, s. 21).

Om en elev har behov av särskilt stöd och därför fått ett åtgärdsprogram, kan detta överklagas till Skolväsendets överklagandenämnd (ÖKN). Beslut om att inte få den skolplacering man önskat kan i vissa fall överklagas till ÖKN och i andra fall endast genom kommunalbesvär, se 28 kap. 12 § p. 6 och 28 kap. 18 § SkoL. Många beslut, till exempel avseende rektors beslut om åtgärder vid skolfrånvaro, går däremot inte att överklaga, se 28 kap. 18 § SkoL.⁴⁹ I dessa situationer av bristande överklagbarhet har istället Skolinspektionens tillsyn tillskrivits en viktig roll i att säkerställa att elevens rättigheter inte kränks.⁵⁰

5 Rätt till kunskaper om hållbar utveckling

Rätten till utbildning går alltså att förstå som ett mycket vitt begrepp som primärt innebär tillgång till (och skyldighet att delta i) undervisning i ett offentligt skolväsende. Det närmare innehållet i utbildningen och undervisningen framgår av SkoL.

Som tidigare nämnt framgår det övergripande målet för utbildningen av 1 kap. 4 §. Bestämmelsen har ett fostrande anslag. Det handlar om att ”främja barns och elevers allsidiga personliga utveckling till aktiva, kreativa, kompetenta och ansvarskännande individer och medborgare.” Det är alltså inte bara sakkunskaper som ska förmedlas, i hög grad handlar istället utbildningen om socialisering. Skolan ska förmedla *vissa* kunskaper och färdigheter som bidrar till målet om en *viss* typ av medborgare och individ.⁵¹ Det sagda innebär till exempel att många elevers utmärkta kunskaper och färdigheter i spelet *Fortnite* rimligen inte förvärvats i skolan, även om datorspelning kan anses främja både kreativitet och en viss typ av kompetens. Däremot har de förhoppningsvis fått kunskaper om ”några av datorns delar och deras funktioner, till exempel processor och arbetsminne” samt om ”hur datorer styrs av program och kan kopplas samman i nätverk.” De senare är nämligen centralt innehåll för ämnet teknik i årskurs 4–6.

De kunskaper och färdigheter som avses i 1 kap. 4 § SkoL konkretiseras genom kursplanerna och det centrala innehållet i läroplanen för

⁴⁹ Se även prop. 2017/18:182 *Samling för skolan*, s. 61.

⁵⁰ Jfr prop. 2013/14:112 *Villkor för fristående skolor m.m.*, s. 42. Se även Ryffé, D., s. 23.

⁵¹ Jfr Dahlstedt, M., *Aktiveringens politik – Demokrati och medborgarskap för ett nytt millennium*, Liber AB, Malmö, 2009, s. 34.

grundskolan, Lgr22 (tidigare Lgr11).⁵² Om man vill veta vad utbildningen ska förmedla om hållbar utveckling och miljö är det alltså i Lgr22 man ska leta. För Greta Thunberg blev en lektion om konsekvenserna av plast i haven ett slags startskott för hennes engagemang för klimatet. Greta Thunbergs mamma Malena Ernman beskriver i sin självbiografi hur Greta Thunberg och hennes klasskamrater blev starkt påverkade av en film som visade hur en ö av plast större än Mexiko flyter omkring i Stilla havet. För Greta Thunberg blev kontrasten mellan detta och klasskamraternas samtal på rasten efteråt om långväga semesterresor och konsumtion påtaglig.⁵³

Lektionen och undervisningen i form av en film om konsekvenserna av den ohållbara konsumtionen av plast är väl i linje med Lgr11:s (som alltså gällde när Greta Thunberg gick i skolan) mål att eleven ska ha ”kunskaper om förutsättningarna för en god miljö och en hållbar utveckling”.⁵⁴ Miljöperspektivet anges vara ett av de övergripande perspektiven, vid sidan av bland annat det historiska och det internationella perspektivet, för all undervisning.⁵⁵ Därigenom ska eleverna få ”möjligheter både att ta ansvar för den miljö de själva direkt kan påverka och att skaffa sig ett personligt förhållningssätt till övergripande och globala miljöfrågor”.⁵⁶ Undervisningen ska vidare ”belysa hur samhällets funktioner och vårt sätt att leva och arbeta kan anpassas för att skapa hållbar utveckling”.⁵⁷ De citerade skrivningarna kvarstår oförändrade i den nya läroplanen, Lgr22.

Greta Thunbergs senare engagemang för klimatet kan anses vara i linje med två andra mål i Lgr11, dels att kunna ”lösa problem och omsätta idéer i handling på ett kreativt och ansvarsfullt sätt”⁵⁸, dels att kunna ”använda sig av ett kritiskt tänkande och självständigt formulera ståndpunkter grundade på kunskaper och etiska överväganden”.⁵⁹ Ytterligare ett mål i Lgr11 är att eleven ska ha fått kunskaper ”om samhällets lagar och normer, mänskliga rättigheter och demokratiska värderingar i skolan och i samhället”.⁶⁰ Även dessa skrivningar kvarstår oförändrade i Lgr22.

⁵² Prop. 2009/10:165, s. 231 f.

⁵³ Ernman, M, Thunberg, S., Ernman, B. & Thunberg, G., s. 34.

⁵⁴ Lgr11 (SKOLFS 2010:37), avsnitt 2.2.

⁵⁵ Lgr11, avsnitt 1.

⁵⁶ A.s.

⁵⁷ A.s.

⁵⁸ Lgr11, avsnitt 2.2.

⁵⁹ A.s.

⁶⁰ A.s.

Det var sådana kunskaper som ledde Greta Thunberg till att välja just Sveriges riksdag som plats för sin skolstrejk i augusti 2018. Om Greta Thunberg har den svenska skolan att tacka för sin kännedom om Sveriges konstitution är däremot en annan fråga.

6 Skolplikten och närvarokravet

Rätten till utbildning förhåller sig till skolplikten på så sätt att det är genom att fullgöra skolplikten som rätten till utbildning och rättigheterna i utbildningen, till exempel rätten till stödinsatser (3 kap. SkolL) förverkligas. Skolplikten kan således anses innebära både att eleven får tillgång till rättigheter, samtidigt som möjligheten att utöva andra fri- och rättigheter inskränks. Den elev som både vill förvärva kunskaper, som ju eleven dessutom har en grundlagsfäst rättighet till, *och* som vill påverka en mer hållbar utveckling genom att delta i de demokratiska processer som kan påverka utfallet av klimatpolitiken, ställs inför ett potentiellt dilemma.

Att skolplikten fullgörs genom att delta i skolans verksamhet, och således kan betraktas som en *närvaroplikt*, är grundläggande för förståelsen av skolpliktens inverkan på elevens fri- och rättigheter.⁶¹ Enligt 7 kap. 17 § SkolL ska elever i de skolpliktiga skolformerna *delta* i den verksamhet som anordnas såvida inte eleven har *giltiga* skäl att utebli. Som Lerwall påpekar kan ordvalet i bestämmelsen ge intryck av ett krav på aktivitet från elevens sida, men varken i bestämmelsen eller i dess förarbeten preciseras innebörden av kravet på att *delta*.⁶² Enligt Skolverket är det upp till skolan och den lärare som undervisar eleven att bedöma om hen ska anses ha varit närvarande eller frånvarande.⁶³

Elevens deltagande i klimataktioner som *Fridays for future*, sker på bekostnad av den ordinarie skolgången, vilket också är en huvudsaklig poäng med agerandet. Men det kan noteras att även andra arenor för debatt om politiskt beslutsfattande, till exempel riksdagsdebatter, i hög utsträckning sker under skoltid. I förlängningen avgör dessa politiska beslut vilken jord som Greta Thunberg och hennes klasskamrater kommer

⁶¹ SOU 2021:30, s. 281, Ryffé, D. s. 347.

⁶² Lerwall, L., s. 63 f.

⁶³ Skolverket, "Frånvaro i skolan", 16/8 2022, www.skolverket.se.

att ärva, vilket bidrar till att det går att argumentera för att det föreligger starka skäl för att barn ska ges möjlighet till inflytande och delaktighet.⁶⁴

I doktrinen har det diskuterats huruvida skolplikten ska ses som en begränsning av den grundlagsskyddade rörelsefriheten enligt 2 kap. 8 § RF eller inte. Tidigare praxis har slagit fast att så inte är fallet.⁶⁵ En hel del talar dock för att tiden har hunnit ikapp den bedömningen och att den kan ses som alltför restriktiv sett i ljuset av dagens syn på barn och barns rättigheter. Rättsläget får sammantaget betraktas som oklart vad gäller skolpliktens ställning i förhållande till elevens rörelsefrihet.⁶⁶

I detta sammanhang är det relevant att synliggöra att 2010 års skollagsreform, enligt vad som fördjupas i det följande, kan ses som en skärpning av skolplikten som närvaroplikt. Därmed innebar också SkoL ytterligare begränsning av möjligheterna för en elev att välja var denne fysiskt ska befinna sig när skolplikten fullgörs.

Som tidigare nämnts upphör närvaroplikten när eleven har giltiga skäl att inte vara i skolan. Det finns ingen legaldefinition av vad som utgör giltiga skäl, men beviljad ledighet och sjukdom ges som exempel i förarbetena.⁶⁷ Att delta i en skolstrejk bör dock inte kunna utgöra giltiga skäl. Skolverket föreslog istället, när myndigheten fick frågor om Greta Thunbergs initiativ, att lärarna skulle ta med klassen och delta i aktionen som en del av undervisningen. Man medgav dock att det då i praktiken inte längre skulle vara fråga om någon skolstrejk.⁶⁸

Möjligheten att fullgöra skolplikten på annat sätt, till exempel i hemmet, är sedan ändringar som gjordes i samband med införandet av SkoL

⁶⁴ För Greta Thunberg själv lämnade vuxenvärldens bristande ansvarstagande för klimatet henne utan alternativ, och det var inte utan ilska i rösten hon uttalade "this is all wrong. I shouldn't be up here. I should be back in school on the other side of the ocean. Yet you all come to us young people for hope. How dare you!", under sitt numera berömda tal vid FN:s klimattoppmöte i New York september 2019 (Talet finns återgivet av Bergh J., m.fl. i "Orden i FN: "Ni har stulit vår barndom."", Expressen, 23/9 2019 (17/8 2022) www.expressen.se).

⁶⁵ Rå 1981 2:14; SOU 2021:30, s. 289 ff.

⁶⁶ SOU 2021:30, s. 289 ff.

⁶⁷ Prop. 2017/18:182, s. 51. Jfr även 7 kap. 17–19 §§ SkoL, 4 kap. 8 § skolförordningen samt prop. 2009/10:165, s. 340 ff.

⁶⁸ Repitsch M., "Klimatstrejkande elever kan få ogiltig frånvaro", Ekot, 14/3 2019 (16/8 2022), www.sr.se. I sammanhanget kan också erinras om den negativa opinionsfriheten i RF som bör innebära att skolorna är begränsade vad gäller att föreskriva deltagande i olika typer av manifestationer. Jfr JO 2021/22 s. 599 och JO 2021/22 s. 595.

starkt begränsade.⁶⁹ Däremot kan en elev numera få distansundervisning som en del av så kallat särskilt stöd, se 3 kap. 7–12 §§ SkoL. Den svenska utformningen av skolplikten skiljer sig från regleringen av den obligatoriska skolan i våra grannländer. I både Danmark och Finland har man i stället *läroplikt*, vilket kortfattat innebär att fokus ligger på elevens kunskapsinhämtning, snarare än på att delta i utbildningen.⁷⁰

Enligt den finska skollagen ska barn och unga delta i grundläggande utbildning som ordnas, eller annars förvärva kunskaper som motsvarar den grundläggande utbildningens lärokurs. Detta innebär att en vårdnadshavare kan välja att hemundervisa sitt barn utan föregående tillstånd. Formerna för hemundervisningen är inte närmare reglerad, men kommunen ska övervaka den läropliktigas framsteg i studierna i förhållande till läroplanen.⁷¹

Hur skolplikten regleras, som en närvaroplikt eller som en läroplikt eller något däremellan, kan få betydelse för vilka konsekvenser en skolstrejk har, eftersom en elev som hemundervisas eller har distansundervisning eventuellt kan delta i aktioner på dagarna och läsa in kunskaperna senare. Vårdnadshavare till en elev som hemundervisas kan således låta sitt barn strejka utan att det får några rättsliga konsekvenser, medan vårdnadshavare till en elev som har närvaroplikt riskerar både orosanmälningar och vitesföreläggande om eleven inte kommer till skolan (se nedan avsnitt).

7 Ansvar för skolpliktens fullgörande

Även om det finns en korrelation mellan rätten till utbildning och skolplikten är det inte eleven själv som rättsligt sett bär ansvar för att skolplikten uppfylls. Eleven är alltså endast rättighetsbärare i detta avseende, även om det som framgått är en rättighet med tydliga (och otydliga) gränser. En skolstrejk kan visserligen få rättsliga konsekvenser, men inte för eleven själv. Det rättsliga ansvaret för att ett skolpliktigt barn fullgör sin skolplikt vilar istället på flera aktörer runt eleven; vårdnadshavare, hemkommun, huvudmannen och rektor (se 7 kap. 19a–22 §§ SkoL).

Kommunen där den skolpliktige eleven är folkbokförd (hemkommunen) har det övergripande ansvaret för att bevaka att eleven fullgör sin

⁶⁹ Ryffé, D. s. 353 f. Se även HFD 2013 ref. 49.

⁷⁰ SOU 2021:30, s. 318.

⁷¹ Utbildningsstyrelsen, ”Hemundervisning”, 16/8 2022, <https://www.oph.fi>.

skolgång, bland annat genom att tillse att eleven har en skolplacering. Huvudmannen ska se till att eleverna i huvudmannens förskoleklass, grundskola och grundsärskola fullgör sin skolgång. Huvudmannen har också ett långtgående ansvar för elevens skolgång enligt andra bestämmelser i SkoLL, till exempel att ge eleven det stöd och de förutsättningar denne behöver för att tillgodogöra sig utbildningen (3 kap.), att motverka kränkande behandling i skolan (6 kap.) och att skapa trygghet och studiero (5 kap.).

Om en elev har upprepad eller längre frånvaro från den närvaropliktiga undervisningen, likt en skolstrejkande elev, ska rektor enligt 7 kap. 19 a § SkoLL skyndsamt inleda en utredning om orsakerna till frånvaron, om det inte är obehövt. En sådan utredning ska göras oavsett om det handlar om giltig eller ogiltig frånvaro. Utredningen ska genomföras i samråd med eleven och elevens vårdnadshavare samt med elevhälsan. Om förutsättningarna för en utredning om särskilt stöd enligt 3 kap. 7 § är uppfyllda ska även en sådan utredning inledas. När en utredning om en elevs frånvaro har inletts ska rektorn se till att frånvaron snarast anmäls till huvudmannen, som i sin tur har ett ansvar för att anmäla frånvaron till elevens hemkommun.

Det faktum att rätten till utbildning hela tiden förhåller sig till skolplikten innebär att eleven inte fullt ut kan disponera fritt över sin rättighet, den går med andra ord inte att välja bort. Tillsynsmyndigheten Skolinspektionen gör regelmässigt bedömningen att en elev som har omfattande frånvaro inte får sin rätt till utbildning tillgodosedd och det spelar i den bedömningen ingen roll om orsakerna till frånvaron uppges vara elevens egen inställning till skolan.⁷² Som Skolinspektionen betonar: ”Att en elev slutar komma till lektionerna eller överhuvudtaget inte dyker upp i skolan är en stark signal om att något är fel.”⁷³

Omfattande frånvaro från skolan leder också regelmässigt till att socialtjänsten kopplas in. Därmed ges också en möjlighet att få syn på missförhållanden i hemmet. Under de senaste åren har massmedia rapporterat

⁷² Jfr Skolinspektionen, *Omfattande frånvaro. En granskning av skolors arbete med omfattande frånvaro*, dnr 40-2015:2855, 2016, s. 5 ff. Se även Skolinspektionens beslut den 24 februari 2017, dnr 411-2016:11485, s. 3 och beslut den 2020-11-17, dnr 2020:2471, s. 7.

⁷³ Skolinspektionen, *Omfattande frånvaro. En granskning av skolors arbete med omfattande frånvaro*, s. 9.

om fall där barn som varit frånvarande från skolan också isolerats från samhället och inte fått sina basala behov tillgodosedda.⁷⁴

Skolfrånvaro är dock ett komplext fenomen och kan, som ämnet för denna artikel tydligt visar, ha vitt skilda orsaker. Utifrån ett perspektiv där eleven är en aktör med möjlighet att bilda sig sin egen uppfattning om rätt och fel är det inte nödvändigtvis problematiskt eller ”fel” för eleven själv att välja bort skolan, till exempel till förmån för en skolstrejk.

Om eleven inte fullgör sin skolgång och detta anses bero på elevens vårdnadshavare, får hemkommunen enligt 7 kap. 23 § SkoL förelägga elevens vårdnadshavare att fullgöra sina skyldigheter. Föreläggandet får förenas med vite. Vad vårdnadshavaren måste göra för att fullgöra sitt ansvar är däremot inte närmare preciserat. Som jag kommer visa i det följande innebär bristen på tydlighet att vårdnadshavaren kan komma i kläm mellan det rättsliga ansvaret för skolpliktens fullgörande och respekten för barnets självbestämmande och autonomi.

I förarbetena till 1985 års SkoL anges att vårdnadshavarens ansvar i praktiken endast kan innebära att vårdnadshavaren ska se till att barnet kommer till skolan och vid behov uppmana barnet att inte till exempel hålla sig borta från vissa lektioner. Ett föreläggande får alltså inte utfärdas om eleven vägrar att gå i skolan trots att vårdnadshavaren har gjort vad som ankommer på honom eller henne i detta sammanhang.⁷⁵ Några ytterligare preciseringar finns inte i förarbetena till 2010 års lag.

I praktiken uppstår inte sällan problematik kring det delade ansvaret för skolpliktens fullgörande när situationen ställs på sin spets, vilket kan anses vara fallet när elever inte kommer till skolan alls, eller har hög frånvaro. Särskilt problematisk är ansvarsfördelningen mellan det offentliga, i form av hemkommun och huvudman å ena sidan och vårdnadshavaren å andra sidan. Detta trots att både de förarbeten som nämnts ovan och kammarrättspraxis innebär att den rimligaste tolkningen av rättsläget är att vårdnadshavarens ansvar för elevens skolgång är begränsat.⁷⁶

⁷⁴ En uppmärksam händelse i Ystads kommun, där barn hade hållits isolerade från samhället ledde till att kommunen gjorde en granskning av sig själva, se Ystads kommun, *Till skydd för barnen Om skolplikt och anmälningskyldighet i Ystads kommun*, 2019, www.ystad.se.

⁷⁵ Prop. 1985/86:10 *Om ny skollag m.m.*, s. 90 f.

⁷⁶ Se bl.a. Kammarrätten i Göteborg, dom den 25 augusti 2010 i mål nr 1385-10, Kammarrätten i Sundsvall, dom den 2 april 2019 i mål nr 2228-2229-18 och Kammarrätten i Göteborg, dom den 22 augusti 2012 i mål nr 6235-11.

Det har förekommit situationer som kan beskrivas som ett slags ”blame game” mellan skola och hem, där vårdnadshavaren menar att skolan inte gör de anpassningar som behövs för att eleven ska vilja komma till skolan medan huvudmannen menar att det är vårdnadshavaren som brister i sitt ansvar.⁷⁷ Det har också funnits en tendens till att allt fler kommuner tar upp fall av skolfrånvaro till prövning om föreläggande mot vårdnadshavaren.⁷⁸ Vårdnadshavare har, å sin sida, använt sig av möjligheten att anmäla sitt barns skola till Skolinspektionen vid upplevda brister i skolans och huvudmannens ansvar.⁷⁹

Greta Thunbergs vårdnadshavares ansvar enligt SkoL är såvitt jag vet inte prövat, men mot bakgrund av förarbetsuttalandena bör inte skolstrejken i sig ha utgjort något skäl för vitesföreläggande. Initiativet var av allt att döma Greta Thunbergs eget helt och hållet.⁸⁰ Konsekvenserna av en skolstrejck får istället anses drabba främst eleven själv, i form av missad utbildning. Greta Thunberg själv har uppgett att hon anser att hennes rätt till utbildning i viss mån måste offras för protesterna mot klimatförändringarna.⁸¹

I en situation likt Greta Thunbergs, där eleven utövar sina *egna* medborgerliga fri- och rättigheter och det får konsekvenser för fullgörandet av skolplikten, uppstår en diskrepans mellan rättigheter och skyldigheter. Vårdnadshavaren har i detta fall skyldigheterna, medan eleven har rättigheterna. Frågan är om det är rimligt att vårdnadshavaren på så sätt blir ”bakbunden” av elevens handlingar?

Det kan tyckas märkligt att man varken i förarbeten eller i lagstiftning gör en tydligare differentiering mellan äldre och yngre barn i förhållande till vårdnadshavarens ansvar för skolpliktens fullgörande. Ålder nämns bara i förbigående som en faktor i 1985 års förarbeten; det poängteras att

⁷⁷ Millington, J. och Karlsson, A., ”Inte föräldrars fel att barn blir hemmasittare”, Aftonbladet 15/2 2019, (16/8 2022), www.aftonbladet.se. Jfr även t ex Kammarrätten i Göteborg dom den 25 augusti 2010 i mål nr 1385-10.

⁷⁸ Skolinspektionen, *Omfattande frånvaro. En granskning av skolors arbete*, s. 22. Se även Canoilas, V., ”Fler fall av hot med vite mot föräldrar”, Dagens Nyheter 30/4 2019 (16/8 2022), www.dn.se.

⁷⁹ Under 2020 inkom det totalt 3 876 anmälningar till Skolinspektionen, 438 av dem rörde rätten till utbildning och skolplikt, se Skolinspektionen, *Statistikrapport över indi-vidärenden 2020*, dnr 2021:1762, 2021.

⁸⁰ Se Ernman, M., Thunberg, S., Ernman, B. & Thunberg, G., s. 207.

⁸¹ ”Vi måste offra vår utbildning”, Expressen [Webbsändning], 24/5 2019 (16/8 2022), www.expressen.se.

vårdnadshavarens tillsyn inte är lika långtgående i högstadietåldern som innan, vilket även påverkar ansvaret för skolplikten.⁸²

8 ”Hemmasittande”, ”skolk” och ”skolvägran” – andra former av skolstrejkande?

Jag har i denna artikel visat hur skolplikten både kan fungera som en rättighet och som en rättighetsbegränsning. Jag har vidare, genom ”fallet Greta Thunberg” försökt synliggöra att skolplikten kan ses som en förutsättning för politiskt engagemang på två sätt, dels genom att eleven förvärvat kunskaper som behövs för att möjliggöra ett kritiskt förhållningssätt, dels genom att själva underlåtet av att fullfölja skolplikten kan fungera som ett påtryckningsmedel på det politiska beslutsfattandet.

Det blir tydligt att det kan skapas en spänning mellan de ramar som vuxenvärlden ställer upp genom skolplikten och barns fri- och rättigheter, särskilt deras rätt till självbestämmande och möjlighet att utöva delaktighet och inflytande över frågor som rör dem. Bilden av skolplikten som direkt korresponderande mot rättigheter för den enskilda eleven kan därmed problematiseras, i vart fall för den elev som inte vill gå i skolan.⁸³ Genom att adressera denna potentiella spänning kan man få syn på aspekter av skolplikten och rätten till utbildning som kanske inte alltid diskuteras så mycket som de skulle behövas. En sådan ingång skulle inte minst kunna vara fruktbar för att diskutera de utmaningar som skolplikten ställs inför i form av skolfrånvaro eller ”hemmasittande elever”.⁸⁴

Det finns paralleller mellan Greta Thunbergs skolstrejk och de frånvarande eleverna. De elever som inte går till skolan riskerar liksom Greta

⁸² Prop. 1985/86:10 *Om en ny skollag m.m.*, s. 49.

⁸³ Jfr Forsell, T., ”*Man är ju typ elev, fast på avstånd*”: *problematisering skolfrånvaro ur elevers, föräldrars och skolpersonals perspektiv*, Ak. Avh., Umeå universitet, Umeå, 2020, s. 80.

⁸⁴ Som tidigare nämnts finns det givetvis många anledningar till att elever är frånvarande från skolan och en viss varsamhet med generella uttalanden är därför påkallad. Med det sagt förekommer viss kategorisering i forskning om skolfrånvaro. Framförallt används två olika begrepp, skolk (truancy) och skolvägran (school refusal). Skolk kan definieras som ströfrånvaro som vårdnadshavarna som regel inte känner till. Skolvägran, däremot, handlar om frånvaro som är känd för vårdnadshavarna. Frånvaron kan bero på att eleven känner obehag inför skolsituationen och har svårt att ta sig till skolan på morgonen. Ofta har eleven andra svårigheter i sin livssituation (SOU 2016:94 *Saknad Uppmärksamma elevers frånvaro och agera*, s. 144 ff. och s. 211). I media och dagligt tal har denna grupp av elever kommit att kallas ”hemmasittare”.

Thunberg att gå miste om sin rätt till utbildning. Ett synsätt där eleven är en självbestämmande, autonom individ, med egna fri- och rättigheter, kan ändra synen på frånvaro. Från att vara något ”problematiskt”, till att ses som ett budskap till vuxenvärlden. Greta Thunbergs val att inte gå till skolan var en manifestation av att rådande situation är ohållbar. Klimatförändringarna måste tas på större allvar. Kanske har de frånvarande eleverna ett liknande budskap till oss, men om andra sorters villkor? Om skolfrånvaro också betraktas som ett sätt att försöka påverka sin tillvaro kan kanske andra frågor kan ställas om anledningarna till att eleverna uteblir. Men vi vuxna måste också vara beredda att lyssna och agera för att skapa en *hållbar skolplikt*. Annars blir det bara, för att citera Greta Thunberg, mer av ”bla, bla, bla...”.

Melina Malafry

Renewable Energy Activities – Overriding the Interest of Biodiversity?

1 Introduction

Energy has been elevated to be a top priority for Sweden and the European Union. As a result of the new geopolitical landscape, altered by Russia's invasion of Ukraine and a period of very high energy prices around Europe, the EU has identified a need to urgently and rapidly transform the European energy system for energy independence. In order to achieve energy independence, the EU suggests that Member States have to deploy more renewable energy and increase energy efficiency.¹

Deployment of renewable energy activities,² in addition to a climate strategy, are now considered crucial for *energy security* in Europe. As a result, the EU Commission released a Communication on REPowerEU that advised how its Member States could become energy independent.³

¹ The idea is that this transition will reduce emissions, reduce dependency on imported fossil fuels and provide affordable energy prices to European citizens and businesses across all sectors of the economy, see European Commission (2022) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2018/2001 on the promotion of the use of energy from renewable sources, Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings and Directive 2012/27/EU on energy efficiency, COM(2022) 222 final 2022/0160 (COD), 18 May 2022.

² “Renewable energy activities” are used in this article as a concept for all renewable energy installations, storage and grid infrastructure that are necessary for the installation of more renewable energy.

³ The Commission (2022) Communication from the Commission to the European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, REPowerEU: Joint European Action for more affordable, secure and sustainable energy, COM(2022) 108 final.

The Communication notes that many of the barriers (46%) were due to lengthy and complex administrative procedures, in addition to grid issues (particularly for wind power and photovoltaics).⁴ Therefore, the EU Commission's main recommendation for energy independence was to improve processing time of legal permits for renewable energy activities.

The EU Commission therefore suggests amendment of the Renewable Energy Directive.⁵ The proposal describes how Member States should work towards faster permit processing for renewable energy activities.⁶ It suggests that the goals for 2030 should be amended to be a 45% share of renewable energy by 2030,⁷ and that Member States should be required to "map" areas that are suitable locations for renewable energy activities⁸ and identify "go-to areas" from that mapping process.⁹ The planning activities involved in determining suitable locations should include a strategic environmental impact assessment,¹⁰ as well as identifying appropriate permit conditions and suitable mitigation measures for those specific areas.¹¹ As a result, a detailed plan is required, with the implication that proposed renewable energy activities have been identified for each area. These planning activities require a detailed environmental impact assessment for specific projects at an early stage, which may be difficult to achieve as developers are not likely to be involved that early in the process.

Controversially, the proposal suggests changes that specify, in accordance with the proposed Article 16(a)(3), that there is no longer a require-

⁴ Technical support for RES policy development and implementation – Simplification of permission and administrative procedures for RES installations ("RES Simplify"). <https://data.europa.eu/doi/10.2833/239077> (2023-01-01).

⁵ Directive (EU) 2018/2001 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 on the promotion of the use of energy from renewable sources. Hereafter referred to as the "Renewable Energy Directive".

⁶ European Commission (2022), Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive (EU) 2018/2001 on the promotion of the use of energy from renewable sources, Directive 2010/31/EU on the energy performance of buildings and Directive 2012/27/EU on energy efficiency, COM(2022) 222 final 2022/0160 (COD), 18 May 2022. Hereafter referred to as "the Proposal".

⁷ Article 1(2). Proposal to amend Article 3(1) of the Renewable Energy Directive.

⁸ Article 15(b) of the Proposal.

⁹ Article 16(a) of the Proposal.

¹⁰ Article 15(c)(2) of the Proposal that refers to Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programs on the environment (SEA-Directive).

¹¹ Article 15(c)(1)(b) of the Proposal.

ment to compose an environmental impact assessment for renewable energy projects in the individual permit process. In addition, in accordance with the proposed Article 16(d), renewable energy activities are presumed to be of *overriding public interest* and *erving public health and safety*.¹² The presumption of the status of *overriding public interest* is welcomed by the wind power industry in Europe, which considers the status of overriding public interest to be essential to the expansion of renewables. *Wind Europe* suggests that it would speed up the permit processes and ensure a better working balance between the expansion of renewables and, for example, biodiversity.¹³

However, despite the increased urgency, the EU Commission has not suggested that other environmental interests are no longer relevant. Indeed, the Commission emphasizes that Member States should ensure that the energy transition needed to reach the 2030 renewable energy target are in line with other factors such as the targets of the EU Biodiversity Strategy.¹⁴ Hence, the Commission has not suggested that there should be any weakening of the EU nature protection directives in order to fulfill the renewable energy goal; rather, that Member States should better plan to locate renewable energy activities in suitable locations so that, for example, biodiversity is not neglected.

One may worry that promoting a rapid energy transition will come at the cost of biodiversity protection. The main purpose of this article is to analyze whether the proposal impacts the legal protection of biodiversity when removing the requirement for individual environmental impact assessments and presuming that all renewable energy activities are of *overriding public interest*. In addition, this article also explores whether

¹² In this article the former concept will primarily be analyzed. Hence, what is of *overriding public interest*. In addition, in areas that are not “go-to areas” is that an action should not be considered to be *deliberate* if appropriate mitigation measures have been adopted. This concept is neither discussed in this article, it requires its own paper. The proposals of the status of overriding principle and the interpretation of *deliberate* are also part of the new Council Regulation that has been proposed during the time writing this article. See the EU Commission (2022), *Proposal for a Council Regulation laying down a framework to accelerate the deployment of renewable energy*, COM(2022) 591 final (the Regulation proposal). In this article only the Proposal of the amendments in the Renewable Energy Directive is discussed.

¹³ See for example Wind Europe (2022), *Overriding public interest is essential for the expansion of renewables*: <https://windeurope.org/newsroom/news/overriding-public-interest-is-essential-to-the-expansion-of-renewables/> (2022-12-27).

¹⁴ See COM(2022) 108 final, p. 9.

the proposal of presuming that *all* renewable energy activities are of *over-riding public interest* aligns with the subsidiarity principle in Article 5(3) of the TEU.

This article proceeds by presenting a background to the relevant EU legal framework in relation to renewable energy and biodiversity in the EU. Thereafter, the proposal for amendments in the Renewable Energy Directive are presented with regards to planning and the changes in the individual permit procedure. Afterwards, the proposal is analyzed with regards to its effect on biodiversity protection and the proposal's legality.

2 Political background – Goal of a sustainable energy transition in the EU

A transition to a *sustainable* energy system in order to deal with climate change has long been identified as the key strategy to reduce carbon emissions in the EU.¹⁵ Such a transition requires more than renewable energy activities to be deployed. The energy activities also have to be deployed at a location and in a way that minimize their impact on the surrounding environment in order for the energy system to be considered sustainable. *Biodiversity* may be affected if the renewable energy activity is located in an area that is also an important habitat or location for certain species.¹⁶ *Culture value* may also be affected if for example solar cells are installed on buildings or in areas that are protected due to their cultural value.¹⁷ Hence, sustainability is much more than climate. In the Rio 2030 sustainability goals, “climate action” (number 13) and “affordable and clean energy” (number 7) are only two of the 17 sustainability goals listed.

¹⁵ For a brief history of the renewable energy policies, see: Malafry, M. (2016) *Biodiversity protection in an aspiring carbon neutral society – The Relationship between renewable energy and the protection of biodiversity in an EU context*, p. 13–17. See for example: COM(2011) 885 final, p. 4 et seq. In all the scenarios the analysis shows that renewable energy will constitute the biggest share of energy supply in 2050. See also European Commission, Delivering the European Green Deal, see: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en (2023-01-01). For a list of documents and legislation with regards to energy, see: <https://eur-lex.europa.eu/content/summaries/summary-18-expanded-content.html> (2023-01-01).

¹⁶ Malafry, M. (2016).

¹⁷ Malafry, M. (2021), Skyddet av kulturvärden i omställningen till ett koldioxid neutralt samhälle: – En studie av det rättsliga skyddet av kulturvärden mot installation av solceller i plan- och bygglagen respektive kulturmiljölagen, *NMT*, Vol. 2020(2), pp. 77–98.

Renewable Energy Activities – Overriding the Interest of Biodiversity?

However, there are 15 other sustainability goals that should be fulfilled by 2030; for example, “life below water” (number 14) and “life on land” (number 15) – which both aim at protecting biodiversity. These goals should simultaneously be fulfilled as states undertake their climate action.¹⁸ The General Assembly of the UN calls for “holistic and integrated approaches to sustainable development that will guide humanity to live in harmony with nature and lead to efforts to restore the health and integrity of the Earth’s ecosystem.”¹⁹

At the EU level, the EU Commission has long acknowledged the relationship between biodiversity and climate change. In 2001, the Commission acknowledged that both climate change and loss of biodiversity are two of the greatest threats to sustainable development,²⁰ and that a new approach to policy making is needed. A more coordinated policy approach was requested, where long-term perspectives are presented for win-win situations.²¹ The importance of tackling both issues in the same context was also expressed:

“We cannot halt biodiversity loss without addressing climate change, but it is equally impossible to tackle climate change without addressing biodiversity loss. It is therefore essential that climate change policy is fully complementary with biodiversity policy.”²²

The EU Commission has also pointed out that even though renewable energy is more environmentally friendly than fossil fuels, it is not necessarily without impact on biodiversity.²³

In the Green Deal it is also emphasized that nature is an important part that needs to be addressed when transitioning to an EU that is carbon neutral. The Green Deal also claims that “nature regulates the climate, absorbs and stores carbon, and provides valuable renewable resources for the bio-economy. Restoring nature and enabling biodiversity to thrive

¹⁸ RIO 2030 goals, for more info see: <https://sdgs.un.org/goals> (2023-01-01).

¹⁹ See the UN General Assembly (2012), *The future We Want*, A/RES/66/288, section 40.

²⁰ See Commission Communication to the Council and the European Parliament (2001), *A Sustainable Europe for a Better World: A European Union Strategy for Sustainable Development*, COM(2001) 264 final, p. 4.

²¹ *Ibid.*, p. 5.

²² The European Commission (2009), *Environment: Commission calls for a shakeup in EU biodiversity policy*, IP/09/649, p. 5.

²³ COM(2012) 271 final, p. 11.

again offers a quick and cheap solution to absorb and store carbon.”²⁴ In addition, the EU has a strategy for biodiversity. Earlier, the goal was to halt the loss of biodiversity by 2020.²⁵ The Post-Covid biodiversity strategy stresses that Europe’s biodiversity should recover by 2030, “for the benefit of people, climate and the planet.”²⁶ There is also a proposal for an EU directive on restoration of biodiversity.²⁷ As a solid base there are also EU directives with strong provisions protecting species and habitats at the EU level through the Habitats Directive, Birds Directive and the Water Framework Directive.²⁸ Any reason to see the loss of biodiversity less urgently because of the changed geopolitical landscape due to the Russian invasion of Ukraine has not been expressed. The loss of biodiversity is still alarming.²⁹

While wind power is used as the primary example in this article, the implications are general in the sense that the concept of overriding public interest applies to *all* renewable energy activities. The main focus will be the provisions on habitat protection through the Natura 2000-network and strict species protection in the Habitats Directive.³⁰ That said, the provision under discussion may also be valid for any discussion on the meaning of the status of overriding public interest when applied to other nature protection directives.

²⁴ European Commission (2019), Communication from the Commission, *The European Green Deal*, COM(2019) 640 final, see also: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en (2023-01-01).

²⁵ See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions (2011), *Our life insurance, our natural capital: an EU biodiversity strategy to 2020*, COM/2011/0244 final.

²⁶ European Commission (2019), Communication from the Commission, *The European Green Deal*, COM(2019) 640 final.

²⁷ The European Commission (2022), *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on nature restoration*, COM(2022) 304 final.

²⁸ Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (the Habitats Directive), Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds (the Birds Directive), Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (the Water Framework Directive).

²⁹ See for example WWF (2021), *Living planet report*. Can be found at: <https://living-planet.panda.org/en-US/> (2023-01-01).

³⁰ The provisions on habitats protection and strict species protection will be presented in chapter 4.

3 The EU legal background

3.1 The EU competence in the field of energy and the environment

The Member State has *shared competence*³¹ to adopt measures and policies in the areas of energy and the environment.³² The competence of the EU is conferred from the Member States to the EU. In Article 4 of the Treaty of the European Union (TEU), it is stated that competence not conferred to the EU remains with the Member States.³³ The competence for the EU to legislate in the field of environment, energy and energy infrastructure, are specified in articles 192, 194 and 172 TFEU.

It is not completely clear where such competence begins and ends when the EU has shared competence. The principles of subsidiarity and proportionality guide the exercise of the EU competence. The Subsidiarity Principle implies that the EU should only act when the goals of its actions are better achieved at EU level than by individual actions by the separate Member States.³⁴ In accordance with Article 5 of the Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality, proposals of European legislative acts shall take account of the need for any burden to be minimized (whether financial or administrative) that are falling upon for example the regional or local authorities in order to achieve the intended objective.

If a Member State considers the EU to not have respected the principle of subsidiarity, it can bring an infringement procedure to the CJEU under Article 263 TFEU.³⁵ However, though the principle of subsidiarity

³¹ See Article 2(2) TEU.

³² The legal bases for energy is Article 194 TFEU and Article 192 TFEU with regard to the environment. The categories of shared competence are the general provision and are listed in Article 4 TFEU, see list in Article 4(2) TFEU. However, the list is not to be considered exhaustive; see Craig, P. (2010), *The Lisbon Treaty: Law, Politics, and Treaty Reform*, p. 168. The EU can also have *exclusive competence* to adopt policies in certain fields. In accordance with Article 3 TFEU.

³³ The principle of conferral is limited by the specific competences conferred upon it in the Treaties; see Article 5(2) TEU.

³⁴ See Article 5(3) TEU. The article is a principle about the exercise of competence. When the EU takes action, it needs to show that the conditions of Article 5 are fulfilled, for every single measure. For a more in depth discussion on the meaning of the subsidiarity principle, see Chalmers, D. et al. (2019), *European Union law: cases and materials*, p. 364.

³⁵ See also Craig, P. and Búrca, G. (2020) *EU Law – Text Cases, and Materials*, p. 127.

has been invoked before the Court, no annulment of EU measures or legislations has yet been undertaken.³⁶

The Proportionality Principle stipulated in Article 5(4) TEU also has to be considered. It suggests that the type of measure the EU chooses must be proportional, or rather that the measure “shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties”.³⁷ In the context of EU legislative powers, the principle of proportionality describes how far reaching an EU policy or action can be without impairing too much on the Member States’ rights.

It can be argued that it is better to have a common EU legislation in the field of climate change due to its nature. Greenhouse gases are a global pollutant whose consequences know no national borders.³⁸ The damage is not distributed fairly, as some countries are more hurt by climate change than others. However, policies to combat climate change could be more efficient if companies and individuals are playing by the same rules in the EU. Also, in general, in order to achieve a high level of environmental protection in the EU, it might also be better for the EU to handle environmental policies that address environmental problems of a more local character, as it would ensure a minimum environmental standard for certain issues.³⁹

However, from a constitutional perspective, renewable energy is a more sensitive issue than pure environmental protection, which implies that the EU does not have as clear a mandate to act. Energy issues have long been of national concerns. It has been discussed in the literature how much the EU can legislate in the field of energy due to the wording of Article 194 TFEU.⁴⁰ In this context, the current proposal may also be questioned on that basis, but it will not be discussed further here. Instead, the focus is whether the specific provision of giving *all* renewable energy activities the status of overriding public interest is aligned with the principles of subsidiarity and proportionality.

³⁶ See Chalmers, D. et al. (2019), *European Union law: cases and materials*, p. 364.

³⁷ See Article 5(4) TEU. For more info on the principle, see Usher, J.A. (1998), *General Principles of EC Law*, p. 37.

³⁸ See Krämer, L. (2012), *EU Environmental Law*, p. 18.

³⁹ See De Sadeleer, N. (2012). Principle of subsidiarity and the EU environmental policy. *Journal for European Environmental & Planning Law*, 9(1), pp. 64–65.

⁴⁰ For a further discussion see Malafry, M. (2016), pp. 61–67.

3.2 Relationship between legislation of renewable energy and biodiversity at the EU-level

No formal hierarchy exists between different legislative acts at the EU-level.⁴¹ In Article 7 TFEU it is codified that EU legislation should be consistent with other EU law. In the renewable energy context, this provision implies that the Renewable Energy Directive should be consistent with other EU law, including the nature protection directives. Article 7 TFEU demonstrates that the EU legislative acts should be construed in a way that enables the various acts to function consistently.⁴² In the TEU it is established that the EU shall have a single institutional framework that ensures consistency, effectiveness and continuity of EU policy and actions.⁴³ The Renewable Energy Directive specifies that “the coherence between the objectives of this Directive and the Community’s other environmental legislation should be ensured” during the planning or permitting procedures for renewable energy installations.⁴⁴ This provision implies that the environmental directives that protect biodiversity shall be accounted for even though reaching objectives with such legislation may be at odds with attaining the goals set out in the Renewable Energy Directive.

In EU case law – the *Puglia Case*⁴⁵ – the legal relationship between biodiversity protection and the promotion of renewable energy was indirectly discussed. The Court was asked for a preliminary ruling concerning the interpretation of the Habitats, Birds and the Renewable Energy Directive.⁴⁶ The referred question was whether a national provision, generally prohibiting wind power production (not for self-consumption) in

⁴¹ However, regulations, directives and decisions may in addition to legislative acts also be “delegated” or “implementing” acts. These sources also form a hierarchy where the legislative acts are at the top of the hierarchy. For a description, see Article 290–291 TFEU; and Craig, P. and Búrca, G. (2020), *EU Law – Text Cases, and Materials*, pp. 145–151.

⁴² In the literature it is expressed that “consistency implies that two rules are consistent when they produce the same result on the same facts or raise similar legal issue. Moreover, the notion of consistency is concerned with symmetry of all components of a given legal system”; see Herlin-Karnell, E., and Konstadinides, T. (2012), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, pp. 141–142.

⁴³ See Article 13 TEU.

⁴⁴ Preamble, para. 44 of the Renewable Energy Directive.

⁴⁵ See Case C-2/10, *the Puglia Case*.

⁴⁶ The older version of the Renewable Energy Directive was discussed (Directive 2001/77).

a Natura 2000 site, conflicted with EU law. The prohibition applied generally throughout the entire protected area, disregarding the various local conditions.⁴⁷ In accordance with Article 6(3) of the Habitats Directive, a conditional environmental impact assessment is required to authorize activities that are *likely* to have a significant effect on a Natura 2000 site (a so-called appropriate assessment). The specific national law that was discussed in the case was a general prohibition on wind power projects of a certain size. No prior assessment of the wind power installation was here needed, since projects of this type were generally prohibited. Hence, the specific national legislation used was more stringent than the Habitats and Birds Directives. The Court considered the more stringent national law to comply with Article 193 TFEU. However, even though it was justified by Article 193 TFEU, the law must comply with the other provisions in the same treaty. The Court discussed whether this stringent approach was in conflict with Article 194 TFEU and whether the energy objectives provided in the Directive (promoting renewable energy) should take precedence over the protection of biodiversity pursued in the Habitats and Birds Directives. The Court clarified that it was sufficient to observe the wording of Article 194(1) TFEU, which states that the EU policy on energy must “have regard for the need to preserve and improve the environment” in order to answer that question.⁴⁸ The Court thereafter concluded that the general prohibition, in view of its limited scope, could not be “liable to jeopardize the European Union objective of developing new and renewable forms of energy”.⁴⁹

Nevertheless, the Court acknowledged that the general provision still needed to be non-discriminatory⁵⁰ and to respect the principles of proportionality, as reflected both in general EU law and specific provisions in the directives under interpretation.⁵¹ The CJEU presents arguments that the specific legislation (that forbids wind power plants not for self-consumption) is both proportionate – since there is only a limited propor-

⁴⁷ The provision was “concerning the refusal to authorize the location of wind turbines not intended for self-consumption on land situated *within the confines of the Alta Murgia national park*, a protected area classified as a site of Community importance (‘SCI’) and special protection area (‘SPA’) forming part of the Natura 2000 European Ecological Network.”; see Case C-2/10, *the Puglia Case*, para. 2.

⁴⁸ See Case C-2/10, *the Puglia Case*, para. 56.

⁴⁹ *Ibid*, para. 57.

⁵⁰ *Ibid*, paras. 61–66.

⁵¹ *Ibid*, paras. 72–74.

tion of renewable energy production that it impacts – and is non-discriminatory – due to wind power’s specific nature. This outcome is not to say that any type of ban would be acceptable. For example, if the ban included all types of renewable energy production, it may be hard to argue that the provision would be proportionate. Also, the general prohibition would most likely not be considered proportionate if it was applicable to all Natura 2000 sites, independent on the protected habitat.

In this case, the Court suggests that the general prohibition did not jeopardize the objective of developing new and renewable forms of energy due to its limited scope. In light of the new proposal for amendments of the Renewable Energy Directive, if renewable energy activities (independent of their size) are presumed to be of overriding public interest, a general prohibition of renewable energy of any size may not have been considered legal.

4 The protection of nature in the EU

4.1 Introduction

There is strong legal protection of nature in Europe. Nature is protected through a number of directives, primarily the Habitats Directive, Bird Directive and the Water Framework Directive.⁵² For the purpose of this article it is not necessary to dive into the meaning and differences of the various directives since the main purpose is to discuss one concept that is similar in all directives: overriding public interest. The provisions in the Habitats Directive will serve as an appropriate example to discuss the concept of overriding public interest, as the concept has been used mostly in that context.

The Habitats Directive aims to contribute to ensuring biodiversity through the conservation of habitats and wild animals and plants in the EU territory.⁵³ The Birds Directive has a similar purpose for all wild birds.⁵⁴ Both species protection and habitat protection (Natura 2000) are protecting biodiversity in the EU. The Birds Directive and the Habitats Directive respectively require Member States to create a protection

⁵² See Footnote 28. There is also a proposal for a Directive on Nature Restoration, see European Commission (2022), *Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on nature restoration*, COM(2022) 304 final.

⁵³ Article 2(1) of the Habitat Directive.

⁵⁴ Article 1 Bird Directive.

system for all wild birds under the Birds Directive and for species listed in Annex IV of the Habitats Directive (species protection).⁵⁵ Article 5 of the Birds Directive and Article 12 in the Habitats Directive contain the relevant prohibitions.

There is also a requirement for Member States to protect important habitats for different species and important habitat types listed in Annex I and Annex II of the Species and Habitats Directive (Natura 2000) and Article 4(1) and (2) of the Birds Directive.⁵⁶ These areas are called Sites of Community Importance (SCI) and Special Areas of Conservation (SAC) in accordance with the Habitats Directive and Special Protected Areas (SPA) if the protection covers only birds in accordance with the Birds Directive. These proposed areas are then investigated by the Commission in order to ensure that a sufficient proportion of the habitat type or the habitat of the species is protected before the Commission approves the designation of the area.⁵⁷ A short introduction below is to the provisions on strict species protection and protection through the Natura 2000 network in the Habitats Directive.

4.3 Species protection

Species protection is regulated primarily in EU directives, more specifically in Article 12 of the Habitats Directive and Article 5 of the Birds Directive, where it is stated that certain species and all wild birds occurring within the territory of the Member States are protected.⁵⁸ Article 12 of the Habitats Directive includes a strict protection system for certain listed species according to Annex 4 of the Habitats Directive. It is prohibited to intentionally kill or disturb these listed species, especially during important periods for the species (e.g., mating and wintering periods).⁵⁹ In addition, it is prohibited to intentionally destroy or collect eggs in the wild, and regardless of intent, it is prohibited to damage or destroy mating or resting sites of these listed species.⁶⁰

⁵⁵ See Article 5 Bird Directive.

⁵⁶ Notify that it is the provisions in the Habitats Directive about Natura 2000 that are applicable in accordance with Article 7 Habitat Directive.

⁵⁷ EU Commission (2011), *EU Guidance on wind energy development in accordance with the EU nature legislation*, p. 19.

⁵⁸ Article 5 Birds Directive is referring to Article 1 in the same Directive where it is stated.

⁵⁹ See Article 12(a) and (b) of the Habitats Directive.

⁶⁰ See Article 12(c) and (d) of the Habitats Directive.

According to the Article 5 of the Birds Directive, Member States are obliged to establish a general protection system for its species. In this, the Birds Directive differs from the Habitats Directive. According to the Habitats Directive, a strict protection system must be established for *listed* species, while the Birds Directive deals with a general protection system that includes *all* wild bird species. In addition, hunting is exempt from the Birds Directive under certain conditions.⁶¹ Similar to the Habitats Directive, it is forbidden to intentionally kill the species. It is also forbidden to intentionally disturb wild birds under the condition that the disturbance “would be significant having regard to the objectives of this Directive”.⁶² In the EU case *Skydda Skogen* the CJEU discusses the meaning of Article 12 of the Habitats Directive. The Court states that the prohibitions in Article 12(1)(a)–(c) are independent of the actual risk of the species’ conservation status being affected, and regardless of whether the species has achieved favorable conservation status. However, the CJEU believes that the conservation status of the species is relevant when applying Article 16 of the Habitats Directive (i.e., whether exemptions can be granted from Article 12 of the Habitats Directive). The discussions with regards to species protection are on a general level, though, and in this article the scope of the provision on the prohibition will not be discussed.

5 Proposal for amendments of the Renewable Energy Directive after REPOWER

5.1 Introduction

The new amendments were proposed as a result of the changed geopolitical landscape. The deployment of renewable energy was elevated in importance for reasons of *energy security* in Europe and renewable energy activities are now presented in new light. The transition of the energy system has been an issue in Europe for some time, but primarily as a means

⁶¹ See Article 7 Birds Directive.

⁶² See Article 5(a) och (d) Birds Directive. In addition, the act has to be deliberate for the ban to kick in if the species’ nests and eggs are damaged. However, no intention is required to be covered by the ban when collecting eggs in the wild. It is also prohibited to keep birds of such species that may not be hunted or caught in accordance with Article 5(b) and (c).

of reducing greenhouse gas emissions and addressing climate change. The relationship between renewable energy and biodiversity is not necessarily conflicting, and the individual goals are both important to reach a sustainable future. The question is whether the proposed amendments would fundamentally change the existing relationship, or if it is only a semantic change that may give rise to confusion on how the future energy system can develop. The proposed changes are briefly described below, and the proposal will be analyzed in chapters 5 and 6.

5.2 The proposals of mapping and planning

One of the more interesting proposals are the provisions on mapping and planning of “go-to areas” for renewable energy activities.⁶³ The idea is that Member States shall adopt a plan where it has identified a land or sea area where deployment of a specific type or types of renewable energy is not expected to have significant environmental impacts. Priority should be given by the Member States to “artificial and built surfaces”⁶⁴ and the areas should exclude Natura 2000 sites, identified bird migration routes (and other important areas identified), nature parks and reserves. However, if artificial and built surfaces are located there, the areas are not excluded. Member states are furthermore obliged to use “all appropriate tools and datasets”, including wildlife sensitivity mapping, to identify the go-to areas.⁶⁵ Hence, the main purpose of this planning is to identify where there are areas that are not in conflict with the nature protection directives.

When areas are identified, Member States shall establish appropriate rules for the renewable go-to areas, including the appropriate mitigation

⁶³ A renewable go-to area is identified as “a specific location, whether on land or sea, which has been designated by a Member State as particularly suitable for the installation of plants for the production of energy from renewable sources, other than biomass combustion plants”. See Article 1 of the Proposal, that suggest a new Article 9(b) with that definition.

⁶⁴ such as “rooftops, transport infrastructure areas, parking areas, waste sites, industrial sites, mines, artificial inland water bodies, lakes or reservoirs, and, where appropriate, urban waste water treatment sites, as well as degraded land not usable for agriculture;”

⁶⁵ Article 16(a)(1)(a) of the Proposal.

measures needed in the specific area.⁶⁶ Those rules should then be applicable for the installation of the renewable energy activity. This part of the planning is a type of pre-assessment of the individual activity in order to first avoid and to second “significantly reduce” the negative environmental impacts that may arise from the activity.⁶⁷ A strategic environmental assessment is needed in accordance with the SEA Directive.⁶⁸ Hence, in this second step, the environmental impact is further mitigated. Many sensitive areas should already be excluded in the first step. However, such an approach requires the planner to suggest the renewable energy project type, its size and complexity, and its location in the “go-to area”. Here, the strategic environmental impact assessment must be very specific, in order to not miss important aspects that should have been included in the plan. However, if the strategic environmental assessment is not sufficiently specific, those activities should be identified at the screening process during the individual assessment, and if needed, the developer should be required to submit an individual environmental impact assessment.⁶⁹ Nature might therefore not be at risk. From the developer’s perspective, though, there is a risk that not all aspects are covered, and they invest time and money in a location that does not enable a *fast track* – which it is advertised as.

Thus, the proposed plans that should be composed at Member State levels are to be very comprehensive, at least in theory. However, due to a lack of resources it may be a difficult task in Sweden. In reality, the plans may not be sufficiently comprehensive and detailed for the fast permit process. This planning proposal needs to be read in conjunction with the changes made in the permit procedure for renewable energy activities that are intended in go-to areas. For such projects an environmental im-

⁶⁶ Where appropriate, Member States shall ensure that appropriate mitigation measures are applied to prevent the situations described in articles 6(2) and 12(1) of Directive 92/43/EEC, Article 5 of Directive 2009/147/EEC and Article 4(1)(a)(i) and (ii) of Directive 2000/60/EC. Such rules shall be targeted to the specificities of each identified renewable go-to area, the renewable energy technology or technologies to be deployed in each area and the identified environmental impacts. Compliance with such rules and the implementation of the appropriate mitigation measures by the individual projects shall result in the presumption that projects are not in breach of those provisions without prejudice to paragraphs 4 and 5 of Article 16(a). See Article 16(b)(1)(b) of the Proposal.

⁶⁷ Directive 2001/42/EC (SEA Directive). See Article 16(a)(1)(b) of the Proposal.

⁶⁸ Article 16(a)(2) of the Proposal.

⁶⁹ See Article 16(a)(4) and (5) of the Proposal.

pact assessment at the project level is then excluded, which implies that the environmental assessment carried out at the planning stage needs to be composed at a very detailed level, providing sufficient information to securely replace the requirements that otherwise would be satisfied by an individual environmental impact assessment.

5.3 The individual assessment of renewable energy activities in go-to areas

5.3.1 *Introduction*

The proposed planning described above could potentially lead to a more sustainable energy system in Europe. A better planning procedure in general,⁷⁰ and for renewable energy activities in particular, is identified in the literature to be an instrument that can enable a more sustainable future.⁷¹ The literature suggests that better planning could potentially avoid many conflicts in the individual assessment procedures. However, the proposal has other provisions that may contradict each other and may lead to perverse outcomes, such as longer permit procedures or premature rejection by permit authorities due to the lack of information.

5.3.2 *Time-limit and no environmental impact assessment?*

The individual permit assessments are accompanied with strict time limits to speed up the process. If a project is to be located in a “go-to area”, the competent authority shall validate the application or request the developer to submit a complete application within 14 days in accordance with Article 16(2) of the Proposal. In addition, the permit-granting process shall not exceed one year in accordance with Article 16(a)(1) of the Proposal.⁷² If the project is located outside of such a designated area,

⁷⁰ See for example Christiernsson, A. (2011), *Rättens förhållande till komplexa och dynamiska ekosystem – En studie om rättsliga förutsättningar för adaptiv och ekosystembaserad reglering och planering för bevarandet av biologisk mångfald vid jakt*, dissertation, Luleå University of Technology and Forsberg, M. (2012), *Skogen som livsmiljö – En rättsvetenskaplig studie om skyddet för biologisk mångfald*, dissertation, Uppsala University.

⁷¹ Pettersson, M. (2008) *Renewable Energy Development and the Function of Law A Comparative Study of Legal Rules Related to the Planning, Installation and Operation of Wind-mills*, Dissertation, Luleå University of Technology and Malafry, M. (2016).

⁷² If extraordinary circumstances, that one year period may be extended by up to three months, see Article 16(a)(1) of the Proposal.

the deadline is two years instead of one year.⁷³ Developers that want to locate in an area outside a go-to area require an individual environmental impact assessment if applicable.⁷⁴ Hence, it is required to closely investigate the environmental impact that the specific renewable energy activity under the assessment may have. This situation does not differ much from today in a general sense, other than the time limits that would be stricter in the future.⁷⁵ Such rapid processing would likely require a significant increase in administrative funding.

As presented above, the planning should be detailed and even propose how the developer can mitigate its impact on the environment. However, without specific information on the size and type of operation under review, it is challenging to investigate and compose permit requirements in advance. It may be difficult to avoid the need for more information to be gathered at the individual stage, which is specific to the proposed operation. The main rule in the proposal is that no environmental impact assessment is required in the individual assessment of the activity.⁷⁶ However, the permit authority is screening the application and if the specific project is identified to have *significant unforeseen adverse effects* that were not identified during the strategic environmental impact assessment composed at the planning stage, an environmental impact assessment can be requested by the permit authority for the specific project.⁷⁷

Whether such a procedure will save time in the permit procedure is questionable. A permit will be refused if the permit-granting authority does not consider the information in the application to be sufficient for

⁷³ See Article 16(b)(1) of the Proposal.

⁷⁴ See Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, annex II and III. As proposed in Article 16(b)(2)(b) of the Proposal.

⁷⁵ Another controversial amendment, that is specific to areas that are *not* “go-to areas”, is the proposal of the provision that makes a definition of “deliberate” that differs from the current interpretation in EU law, see Article 16(2)(b) of the Proposal. As mentioned that will not be further discussed here.

⁷⁶ See Article 16(a)(3) of the Proposal.

⁷⁷ See Article 16(a)(4) and (5) of the Proposal.

assessing the application,⁷⁸ which is likely to happen when no environmental impact assessment was provided with the application. Anticipating and accounting for the information required to cover prospective applications in the planning stage would be difficult; in the worst case, failing to account for the information would lead to permit-granting authority denying applications more often to satisfy the time-limit. Performing an environmental impact assessment after the developer sends in its application will create a longer timeline than if the application was complete from the beginning, as it may suggest that the chosen location is not suitable after all. Therefore, I consider it questionable whether removing the environmental impact assessment requirement in the individual assessment is an appropriate measure, from the perspective of time and perspective of protecting biodiversity. However, such individual environmental impact assessment in the permit-procedure should often be required if there is derogation from the nature protection directives in question, as more information is likely needed. Also, if there is a derogation from the Natura 2000 rules, an appropriate assessment is always a legal requirement.⁷⁹

5.3.3 Presuming that renewable energy activities are of overriding public interest

One of the changes proposed in the Proposal for new provisions in the Renewable Energy Directive is the one in Article 16(d), which suggests that renewable energy activities⁸⁰ shall be presumed to be of overriding public interest with regards to the derogation rules of the nature protection directives. More precisely:

⁷⁸ In accordance with Chapter 22 Section 2 of the Swedish Environmental Code (1998:808) an application can be denied if the application is not sufficient. If an environmental impact assessment is needed it is also established in case law that an environmental impact assessment has to be undertaken in the right way and be sufficient to assess the project's environmental impact, if not it can be ground for denial of the application, see for example: NJA 2008 s. 748, MÖD 2003:27 and MÖD 2002:29.

⁷⁹ See for example C-304/05, *Commission v. Italian Republic*. Article 6(3) of the Habitats Directive.

⁸⁰ Here the term "renewable energy activities" are used for the activities specified in Article 16(d) of the Proposal. In essence all activities that are related to the functioning on renewable energy production, distribution and storage.

Renewable Energy Activities – Overriding the Interest of Biodiversity?

“By [three months from entry into force], until climate neutrality is achieved, Member States shall ensure that, in the permit-granting process, the planning, construction and operation of plants for the production of energy from renewable sources, their connection to the grid and the related grid itself and storage assets are presumed as being in the overriding public interest and serving public health and safety when balancing legal interests in the individual cases for the purposes of Articles 6(4) and 16(1)(c) of Directive 92/43/EEC, Article 4(7) of Directive 2000/60/EC and Article 9(1)(a) of Directive 2009/147/EC.”

The same provision is also suggested in the Proposal for a Council Regulation regarding a framework to accelerate the deployment of renewable energy.⁸¹ The only difference is that it does not apply if *species protection* is concerned, then priority should only apply to projects of overriding public interest if areas are made available for appropriate species conservation measures “contributing to the maintenance or restoration of the populations of the species at a favorable conservation status” and such measures are undertaken.⁸² In the Proposal (amendment of the Renewable Energy Directive) that is discussed in this article, such limitation is not proposed.

However, the wording is the same regarding the main provision. That all renewable energy activities – in general – are of *overriding public interest* and *erving public health and safety*. This specific wording is one of the derogation clauses for the various nature protection directives, namely the protection of nature through Natura 2000, species protection (both regarding birds and other fauna) and the Water Framework Directive.⁸³

The proposed provision has to be seen in relation to the proposals prior in the Directive. As mentioned before, in accordance with the proposed Article 15(c), the Member States shall identify areas where the renewable energy activity does not have “significant environmental impact”,⁸⁴ and exclude for example, protected areas, such as Natura 2000 sites, nature parks, and identified bird migration routes.⁸⁵ “Mapping” of the areas should use “all appropriate tools and datasets” to identify “go-to areas”

⁸¹ The EU Commission (2022), *Proposal for a Council Regulation laying down a framework to accelerate the deployment of renewable energy*, COM(2022)591 final, 2022/0367(NLE) (Regulation Proposal).

⁸² Article 2 of the Regulation Proposal.

⁸³ Focus in this article is primarily on the provisions in the Habitats Directive.

⁸⁴ See Article 15(c)(1)(a) of the Proposal.

⁸⁵ *Ibid.*

and establish rules with appropriate mitigation measures to be adopted.⁸⁶ In addition, a strategic environmental impact assessment should be carried out at the planning stage if the activity is located in a go-to area.⁸⁷ The idea is that the plan should be so detailed that one can presume that projects are not in breach of the nature protection directives. Hence, by now suggesting that renewable energy activities are of overriding public interest will only theoretically have a limited effect on biodiversity in those areas, as the proposed sites have already been identified by avoiding impact on, for example, biodiversity. Although, in the Council Regulation, no planning is suggested but special rules apply to species protection that could limit the impact.

Nevertheless, when an environmental impact assessment is not provided in go-to areas, there is uncertainty how the derogation rules should be assessed. How should the alternatives to the proposed activity be presented, when it is a requirement for the application of the derogation rules? By adding this dimension to the permit procedure and not requiring an individual environmental impact assessment, it is difficult to understand how these provisions will be beneficial to either the developer or biodiversity. With regards to derogation from the Habitats Directive, an appropriate assessment is a requirement prior to deciding if a project is of overriding public interest. If derogation rules are recommended to be applied, one would assume that an environmental impact assessment is required also in the individual assessment. If not, it is questionable whether the proposal is in line with the nature protection directives, as an appropriate assessment is at least required in accordance with Article 6(3) of the Habitats Directive if a derogation is needed.⁸⁸ The use of the derogation rules in areas that are not planned are as mentioned limited when it comes to species protection but not in relation to other nature protection provisions. However, I consider that due to the complexity of the

⁸⁶ See Article 15(c)(1)(b) of the Proposal.

⁸⁷ See Article 15(c)(2) of the Proposal.

⁸⁸ See Case C-304/05, *Commission v. Italian Republic*, para. 82. This case concerned improvement of a Ski resort in order to facilitate an accommodation of the 2005 World Alpine Ski Championship. In this case the socio-economic interests of the site were discussed without having undertaken an appropriate assessment in accordance with Article 6(3) of the Habitats Directive. The Court concluded that an appropriate assessment was a prerequisite to be able to discuss whether the project was considered to be one of overriding public interest. The strict interpretation was also emphasized in C-182/10, *Solvay and Others*, para. 73.

derogation rules the status of overriding public interest may not be as significant as it sounds.

6 When can derogation be granted from the nature protection directives

6.1 Introduction

If an activity is to be a valid derogation from the nature protection directives, many criteria are required. This article will not go in to the specific assessment required under all the nature protection directives, but focus on Article 6(4) of the Habitats Directive and primarily discuss two of the criteria that are common for the nature protection directives.⁸⁹ Namely, a project has to have a status of overriding public interest⁹⁰ and no alternative solutions exist.

In accordance with Article 6(4) of the Habitats Directive, an activity can be permissible, even though adversely affecting the integrity of the site concerned, if it meets certain criteria. The first is if no alternative solutions exist, and the second is if the renewable energy project is considered to be of overriding public interest. Furthermore, if the above criteria are met, all necessary compensatory measures must be taken to ensure that the overall coherence of Natura 2000 is protected. Hence, in the Article there are three steps that needs to be taken. My analysis will focus on the first two. Even though the Article is pedagogically constructed, specifying the different steps in order, case law shows that there is confusion on the order in which these criteria apply. The discussion on overriding public interest is sometimes discussed before considering alternative solutions.⁹¹ Compensatory measures that are something to consider in the third step have also been adopted prior to the first two steps, which has not been accepted by the CJEU.⁹²

⁸⁹ See also Article 16 of the Habitats Directive regarding derogation from the species protection, Article 9 of the Birds Directive and Article 7(4) of the Water Framework Directive.

⁹⁰ In the Birds Directive such criteria does not exist. It is there “serving public health and safety” that is the criteria.

⁹¹ See Case C-239/04, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*.

⁹² Regarding compensatory measures; see Case C-521/12, *T.C. Briels and Others v. Minister van Infrastructuur en Milieu*.

Even if renewable energy activities are, per definition, presumed to be of overriding public interest, it still must be shown that there are no other solutions. The following section will therefore analyze how the concept of overriding public interest may be interpreted and has been interpreted at the EU-level, and how and when *alternative solutions* need to be examined and presented in the process.

6.2 Overriding Public Interest

There are no decisions by the CJEU defining what is of overriding public interest, but there are a number of Opinions by the EU Commission suggesting what type of projects may be of that nature. Even though Opinions by the Commission are not legally binding,⁹³ they may still give some guidance on how the concept is interpreted in the EU.

Nevertheless, how the concept could be interpreted has been under assessment by the CJEU. First, in C-304/05, CJEU emphasized that Article 6(4) of the Habitats Directive must be interpreted strictly, as it constituted a derogation from Article 6(3).⁹⁴ Then, in C-182/10, the CJEU further spells out the requirements under Article 6(4). The Court suggested that an interest capable of justifying the implementation of a plan or project must be both ‘public’ and ‘overriding’. This means that it must be of such an interest that it can be weighed up against that directive’s objective of the conservation of natural habitats and wild fauna and flora in the Habitats Directive.⁹⁵ The Court thereafter suggested that projects should satisfy those conditions only in exceptional circumstances.⁹⁶ The CJEU has not assessed the question with regards to wind power, but the question was touched upon in the *Schwarse Sulm case* with regards to a

⁹³ See Article 249 TFEU.

⁹⁴ See Case C-304/05, *Commission v. Italian Republic*, para. 82. This case concerned improvement of a Ski resort in order to facilitate an accommodation of the 2005 World Alpine Ski Championship. In this case the socio-economic interests of the site were discussed without having undertaken an appropriate assessment in accordance with Article 6(3). The Court concluded that an appropriate assessment was a prerequisite to be able to discuss whether the project was considered to be one of imperative reasons of overriding the public interest. The strict interpretation was also emphasized in C-182/10, *Solvay and Others*, para. 73.

⁹⁵ See Case C-182/10, *Solvay and Others*, para. 75.

⁹⁶ *Ibid*, para. 76.

hydro power plant.⁹⁷ In that decision, the Court expressed the view that the construction of a hydro power plant may be of an overriding public interest.⁹⁸ Further, the court states that Member States “must be allowed a certain margin of discretion for determining whether a specific project is of such interest”.⁹⁹

However, the court has not given a clear picture on what projects are of overriding public interest. Some guidance can be found in the EU Commission Guidance Document, which is not a legally binding source but can give direction to the types of projects that can be considered to have such an interest. The EU Commission suggests that it refers to situations where indispensable plans or projects are undertaken within the framework of actions or policies aiming to protect fundamental values for the citizens’ life; within the framework of fundamental policies for the State and the Society; or within the framework of carrying out activities of economic or social nature that fulfil specific obligations of public service.¹⁰⁰ A few cases are also presented that are suggested to be considered to be of *overriding public interests*.¹⁰¹ Infrastructure such as motorways,¹⁰² high speed lines,¹⁰³ and the building of ports,¹⁰⁴ are some examples. The Commission also emphasizes that projects of that kind should have a *long-term interest* and that short-term interests should not be considered

⁹⁷ See Case C-346/14, *Commission v. Austria*, para. 82. The case was initiated by the European Commission, which considered that the decision of granting a hydropower plant a permit, despite its impact on the water system, was not acceptable under the Water Framework Directive. The Court dismissed the Commission’s action as it had failed to establish the infringement as alleged. The Commission had not shown that the report that the derogation decision was based on was incomplete or incorrect.

⁹⁸ *Ibid.*, para. 69.

⁹⁹ *Ibid.*, para. 70.

¹⁰⁰ See The EU Commission (2007), *Guidance Document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC*, p. 8.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 8–9.

¹⁰² The development of an intersection of the *Peene Valley* in Germany in order to link a small region (with exceptionally high unemployment) with the central regions, see *Ibid.*, p. 8.

¹⁰³ High speed line in France – the TGV East, due to lack of options for linking the existing lines, see *Ibid.*, p. 9.

¹⁰⁴ Project Mainport Rotterdam in the Netherlands. Due to increased demand for space in the harbour if the competitive position of the harbour was to be maintained. It was also justified by the fact that by enabling more transportation of goods to go by boat instead of by road, the development was in fact reducing greenhouse gas emissions and congestion, see *Ibid.*, p. 9.

to be of such importance that they can outweigh the conservation interest of the Directive.¹⁰⁵

If a site is particularly important from a biological point of view (for example, if it hosts a priority natural habitat and/or priority species) then the interpretation of overriding public interest becomes stricter. At such a point, overriding public interest will be those interests concerning human health, public safety, or overriding beneficial consequences for the environment. In these cases, the Commission needs to formulate an Opinion.¹⁰⁶ The Commission of the European Union has in its Opinions suggested when certain projects are acceptable due to the application of the derogation rules in the Habitats Directive. For example, in the Swedish *Botnia Case*, the Commission suggested that the Botnia project was an infrastructure project of overriding public interest due to a number of reasons: that the project was an environmental form of transportation in the region, and that the project would create better conditions for cooperation among northern cities.¹⁰⁷ An Opinion by the Commission is not legally binding, but it still has an impact on how EU law is interpreted and applied in the EU Member States.¹⁰⁸ However, if the Member State does not act in accordance with the Opinion, the Commission can decide to take the case to the CJEU.¹⁰⁹ A negative Opinion could also help a person to bring the case to national courts if it was not followed up by the Member State. Therefore, there are incentives for Member States to prepare cases accordingly, in order to get the informal permission from the Commission to derogate from the Habitats Directive. However, it is questionable whether socio-economic reasons can be valid arguments for considering a project to be of overriding public interest when located in

¹⁰⁵ Ibid, p. 8; compare the EU Commission Opinion regarding the extension of a coal mine; see: European Commission, C(2003) 1304 of 24 April 2003.

¹⁰⁶ See Article 6(4)(2) of the Habitats Directive.

¹⁰⁷ European Commission, Opinion: K(2003) 1309 of 24 April 2003; see also discussion on the Botnia case in Krämer, L. (2009), The European Commission's Opinions under Article 6(4) of the Habitats Directive, *Journal of Environmental Law*, Vol. 21:1, pp. 72–73.

¹⁰⁸ See Article 249 of the EC Treaty.

¹⁰⁹ See Article 226 of the EC Treaty.

priority natural habitats.¹¹⁰ It has been argued that socio-economic interests could never be a valid ground to justify such a project.¹¹¹

An EU Member State has argued that a project is of overriding public interest due to the threat that climate change poses on humanity. In the Netherlands, the exemption has been used in regards to derogation from both the habitat and birds directives, where it was suggested that: “sustainable energy projects contribute to limiting climate change and therefore help to protect flora and fauna”.¹¹² In Swedish case law, a project has seldom been considered of overriding public interest, but the argument has been mentioned or assessed in court decisions. For example, a ski resort¹¹³ and a kaolinite mine¹¹⁴ were not considered to be of that dignity; however, a stabilization of a major highway, E20¹¹⁵, and a flood protection system were considered to be of that nature.¹¹⁶ Prior to the E20 case, a similar case was assessed by the court that considered erosion protection of the highway E55, but the court did not consider the environmental impact assessment to be sufficient and therefore the application was rejected.¹¹⁷

In sum, no simple definition exists of what is of overriding public interest in the EU. If a general provision – that *all* renewable energy activities are of overriding public interest due to energy security – was introduced, it may not make the process faster, as it requires the assessing authority to closely examine the *alternative solutions* available. The Member States still need to decide if a specific project is a valid derogation from the nature protection directives. The status of the project is only one of the criteria that must be fulfilled prior to granting the activity derogation from the

¹¹⁰ See Article 6(4)(2) of the Habitats Directive.

¹¹¹ See Chris B. (1997) Implementatie van de Habitat-Richtlijn in het Nederlandse natuurbeheersingsrecht, as referred to in Nollkaemper, A., *Journal of Environmental Law*, Vol. 9:2, p. 279.

¹¹² See Backes C, Ackerboom S. (2018) *Renewable energy projects and species protection. A comparison into the application of the EU species protection regulation with respect to renewable energy projects in the Netherlands, United Kingdom, Belgium, Denmark and Germany*. Utrecht Centre for Water, Ocean and Sustainability Law, p. 28.

¹¹³ See MÖD 2015:3.

¹¹⁴ See Land and Environmental Court of Appeals judgment of the 30 April 2019 in case number M 10717-17, p. 21.

¹¹⁵ See Land and Environmental Court of Appeals judgment of the 22 of April 2021 in case number M 11476-17.

¹¹⁶ See MÖD 2018:28.

¹¹⁷ See MÖD 2014:46.

nature protection directives. Prior to discussing whether the project is of overriding public interest, alternative solutions, both form and location must be explored and excluded.¹¹⁸

6.3 The Relevance of alternative solutions

Alternative solutions have to be excluded prior to the application of the derogation rules from all nature protection directives. It is pointed out in Case C-239/04 that showing the absence of alternative solutions is a prerequisite. The court clarified that a Member State fails to fulfil its obligations under Article 6(4) of the Habitats Directive if it implements a project despite a negative environmental impact assessment in accordance with Article 6(3), and without having demonstrated the absence of alternative solutions.¹¹⁹ However, the meaning of alternative solutions has not yet been interpreted by the CJEU.¹²⁰ Neither has it been interpreted very strictly by the Swedish courts or by the Commission in its Opinions. However, the Commission suggests in the Guidance Document that all alternative solutions must be analyzed, including both location and form of the activity. In other words, in addition to alternative locations or routes, analysis must consider different scales or designs of the activity and alternative processes.¹²¹ The Commission further states that, when the national authorities are assessing alternative solutions:

¹¹⁸ See for example Article 6(4) and Article 16(1) of the Habitats directive, Article 9(1)(a) of the Birds directive and Article 4(7) of the Water Framework Directive. The following section is primarily discussing the concepts from the caselaw in relation to Article 6(4) as there is most caselaw on that derogation. When it comes to species protection, in addition to the requirement that there are *no satisfactory alternative*, the derogation cannot be “detrimental to the maintenance of the populations of the species concerned at a favourable conservation status in their natural range”.

¹¹⁹ The court here also mentioned that any *reasonable* scientific doubt as to the absence of any adverse effect on the integrity of the site must be removed before the project is authorized; see Case C-239/04, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, para. 24.

¹²⁰ The CJEU has stated that showing the absence of alternative solutions is a prerequisite for assessing whether the project has to be undertaken due to overriding public interest; see case C-239/04, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, para. 24.

¹²¹ See EU Commission (2007), *Guidance Document on Article 6(4) of the Habitats Directive*, p. 6.

“It should be stressed that the reference parameters for such comparisons deal with aspects concerning the conservation and the maintenance of the integrity of the site and of its ecological functions. In this phase, therefore, other assessment criteria, such as economic criteria, cannot be seen as overruling ecological criteria.”¹²²

However, such a strict interpretation of alternatives has not been seen in case law or in the Commissions Opinions. As mentioned above, one Swedish Case – *The Botnia Case* – entailed an Opinion from the Commission, which regarded the route of a train track in the northern part of Sweden.¹²³ When the developer examined alternative routes of the track, the developer showed two alternative routes that would have little or no impact on the Natura 2000 site. However, those sites were not chosen for seemingly economic reasons. The argument was not that the building of the route would be more costly if it was not built through the Natura 2000 site, but that the operation of the train route would be problematic and would result in lower profit. The alternative routes would take 10–20 per cent longer in time and imply that Umeå would continue to be a dead end station and not a through route station as the proposed alternative. The Swedish authorities suggested that because of these reasons the proposed alternative, which affected the Natura 2000 site, was the only viable alternative.¹²⁴ The Commission accepted this reasoning in its Opinion.¹²⁵ In the Swedish court case, the assessment was only regarding the compensation measures as the court felt bound by the government’s decision with regard to the location and the other as-

¹²² See *Ibid*, p. 7. Even though guidance documents do not have any legal force, they still have an impact on the interpretation of EU legislation and are often used by national authorities and courts in their legal reasoning in their judgments and decisions, at least in Sweden.

¹²³ The *Botnia Case* was highly debated in Sweden and gave rise to a number of decisions by the Government and the Swedish Courts, and a number of appeals; see, for example: RÅ 2004 ref. 108, RÅ 2008 ref. 89 and MÖD 2006:44.

¹²⁴ At the time the lower Courts considered themselves bound by the Government’s decision and the appeal regarding the Natura 2000 permit was only a judicial review and did not result in any change of the Natura 2000 decision due to it not being considered a point of law, though the Supreme Administrative Court had a dissenting opinion with a different view, see RÅ 2008 ref. 89.

¹²⁵ See the Commission, Opinion: K(2003) 1309 of 24 April 2003. See also Krämer, L. (2009), pp. 72–73.

pects of the Natura 2000 permit.¹²⁶ Due to the fact that the scope of the examination only applied to conditions for the permit, MÖD rejected the request to obtain a preliminary ruling from the CJEU regarding alternative railway sections.¹²⁷

As mentioned above, the guidance document states that economic criteria cannot be seen as overruling ecological criteria when assessing alternative locations, as the comparison shall only “deal with aspects concerning the conservation and the maintenance of the integrity of the site and of its ecological functions”.¹²⁸ Economic criteria cannot only refer to the cost of developing the project as there are also economic considerations regarding the operation of the activity. It is interesting to note how the Commission accepted this line of argument. Even though the prerequisite of showing the absence of alternative solutions was not handled appropriately, the project was considered to be of overriding public interest and on that basis a valid derogation in this case.¹²⁹ In addition, the quality of the reasoning in the Opinion can be questioned due to the acceptance of the project even though no compensatory measures were provided by the Swedish authorities.¹³⁰ The court decided that the compensatory measures that were suggested were not enough and sent the case back to the environmental court for further processing.¹³¹

Alternative solutions, however, have not stretched to alternative forms in any Opinion.¹³² This outcome is especially interesting in the renewable energy context where expansion of renewable energy sources is a priority in the EU Member States. The meaning of what is required by alternative solutions could therefore also include alternative forms of production (in accordance with the Guidance Document) to better reflect the EU environmental and energy policy objectives. Renewable energy activities are

¹²⁶ “Botniabanan” was prior to NJA 2013 s. 613.

¹²⁷ See MÖD 2006:44.

¹²⁸ Compare EU Commission, (2007) *Guidance Document on Article 6(4) of the ‘Habitats Directive’ 92/43/EEC*, p. 7. See also Michanek, G. and, C. Zetterberg (2021), *Den svenska miljörätten*, p. 257.

¹²⁹ Michanek and Zetterberg point out that the Opinion by the Commission is not in line with the Guidance Document or the Habitats Directive, emphasizing that economic interest cannot be prioritized over ecological interests; see Michanek, G. and, C. Zetterberg (2021), pp. 257–258.

¹³⁰ See discussion in Krämer, L. (2009), p. 73.

¹³¹ See MÖD 2006:44.

¹³² See discussion on alternative solutions in Krämer, L. (2009), p. 80.

also not necessarily site specific. The sun is shining and wind is blowing in many places. Hence, with regards to many renewable energy activities, alternative locations may also be a valid *alternative*. The reason to use the derogation rules may become very limited in the case of renewable energy activities, and the status of overriding public interest may be unnecessary language that confuses an already-complex legal procedure.

7 How the proposal affects the relationship between renewable energy activities and biodiversity

As described in this article, the relationship between the various legislative acts is the same as before: both are directives and should not contradict one another. Hence, there is no change in the relationship between EU legislative acts even if the proposal will be adopted. With regards to the status of renewable energy activities to be presumed to be of *overriding public interest* in relation to the nature protection directives, the status does not change the current relationship between norms at the EU level. Also, the status does not mean that renewable energy activities have an automatic exemption from the nature protection directives. The assessment that needs to be made prior to a valid derogation to take place is more complex, as explained above, as it requires that there are no *alternative solutions*. For the permit authority to undertake such an assessment, a comprehensive investigation needs to be undertaken for the permit authority to be able to decide upon the matter. If the requirement for an EIA in the individual assessment is relaxed for go-to areas, it will be difficult for the permit authority to decide upon the matter and premature rejections of such applications may be more common.¹³³ It is therefore a proposal that does not necessarily lead to the intended purpose of speeding up the administrative procedures or the expansion of renewables in the EU in designated go-to areas.

However, by not requiring an environmental impact assessment, the screening process may become unnecessarily burdensome because it is difficult to ensure that the environmental impact assessments at the planning stage will cover everything that the individual project encompasses.

¹³³ See for example Judgment by the Land and Environmental Court of Appeal on the 19 of August 2020 in case number M 4612-19.

In addition, the process may not save time because the developer may find it easier to compose an environmental impact assessment prior to its application rather than when the permit-authority decides that it is needed. It is important to clarify that an environmental impact assessment may often be required when a derogation from the nature protection directives are needed, especially as it is required by EU law in some cases.¹³⁴

In light of the CJEU case law and the Opinions by the Commission, it transpires that the implementation and application of the provision set out in Article 6 of the Habitats Directive is not always satisfactory. Only the parts that have been interpreted by the CJEU have resulted in a more adequate interpretation of the provision. The EU Commission Guidance Document suggests a rather strict interpretation of the provisions, but the Commission itself does not follow it in its Opinions to the Member States.¹³⁵ The extent to which alternative solutions need to be presented, both regarding location and form, is not established in case law.

In summary, the meaning of *overriding public interest* is not established by EU case law. Case C-346/14 suggests that the Member States should decide whether a certain project is of that nature. However, in accordance with the Guidance Document on Article 6(4) of the Habitats Directive, only very large projects may be considered to be of such importance.¹³⁶ The concept implies that the interest (promoted by the project) must override the interest (objective) of the specific directive that the derogation is to be granted from. Projects may therefore be of overriding interest in relation to the Water Framework Directive but not in relation to the Habitats Directive. However, if there is a presumption that *all* renewable energy activities are of overriding public interest, such variation will not be accounted for. Furthermore, such a status may not necessarily speed up the permit-granting process because it is much more complicated to make an assessment (on whether a project can be a valid derogation from the nature protective directives) than to only consider the status of the project. Such an assessment requires a much better basis for the decision and, in most cases, an environmental impact assessment. By suggesting that renewable energy activities are to be exempted from the environ-

¹³⁴ See for example C-304/05, *Commission v. Italian Republic*.

¹³⁵ As discussed above in section 4.

¹³⁶ See EU Commission (2007), *Guidance Document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC*, p. 8.

mental impact assessment requirement in the individual assessment, together with the proposal that all renewable energy activities are presumed to be of overriding public interest, gives rise to legal uncertainty for the developer as it is a confusing legal construction. If an environmental impact assessment does not accompany an application when a derogation is needed, such a project should, after the screening, be required to do one anyway. As mentioned before, the CJEU has clarified that a specific environmental impact assessment is undertaken prior to assessing if a project can derogate from the Habitats Directive.¹³⁷ The question is whether such an order of events would save time or if it would be more time consuming to go through a screening procedure and either be denied a permit or asked to do an environmental impact assessment after an application is composed.

7.1 Is the proposal in line with the subsidiarity and proportionality principles?

Earlier the CJEU suggested that the decision of what is of *overriding public interest* should be left for a decision at the Member State level in the individual assessment.¹³⁸ However, if the proposal of presuming that all renewable energy activities are of that nature, then the question is no longer left to the permit-granting authority in the individual case.

It can therefore be questioned if the proposal is in fact an acceptable article due to the subsidiarity principle codified in Article 5(3) of the TEU. What is of overriding principle in one country may not be of that nature in another country. It can also depend on different regions in the same country. Due to the different preconditions in different Member States, a wind park project of ten turbines might be of overriding public interest in some Member States but not others, where only larger projects are likely to get such status. It is therefore on the one hand difficult to centralize the definition of what is and is not of overriding public interest. On the other hand, the current energy crisis in Europe, due to the changed geopolitical landscape, together with the imminent threat of climate change, shows that a rapid increase in renewable energy in Europe is arguably of overriding public interest and may be a decision that is better handled at the EU-level.

¹³⁷ See Case C-304/05, *Commission v. Italian Republic*, para. 83.

¹³⁸ See Case C-346/14, *Commission v. Austria*.

However, the proposal can also be questioned on the basis of the Proportionality Principle in Article 5(4) of the TEU. Is it still important to determine whether a marginal wind turbine is of such great importance, irrespective of where it is located? Or, is it more suitable to only grant large projects that dignity? In other words, is the proposal proportional? By presuming that all renewable energy projects are of overriding public interest, the provision becomes too general. It may be hard to argue that renewable energy of any size could be of overriding public interest due to the general EU principle of proportionality. It is not proportionate to derogate any renewable energy activity on the basis that it is a renewable energy activity, as that activity still must have a public interest. Arguably, small installations do not merit such consideration. For example, large infrastructure such as highways may be of overriding public interest but that does not entail that every single paved road is of similar dignity. The same argument can be applied to marginal renewable energy installations.

It is also questionable if the administrative burden put on the Member States and their authorities are justified. A lot of the proposed changes require a significant increase in resources for the planning, legal assessment and screening phases. However, it is not clear how those processes will be financed.¹³⁹

8 Concluding Remarks and Way Forward

The proposal to elevate renewable energy to be of *overriding public interest* does not necessarily imply that renewable energy is prioritised over the protection of biodiversity. That conclusion is supported by the EU political documents and the EU legal framework. Furthermore, the proposal suggests that locations suitable for renewable energy activities should be mapped beforehand and that such locations should avoid areas that can be of interest to biodiversity. If a conflict occurs with a renewable energy activity – due to its potential impact on Natura 2000 sites, species protection, or its effect on the water status – the project may still be permissible if the conditions under the derogation rules are fulfilled. Only one of the preconditions is that the project is of *overriding public interest*. However,

¹³⁹ Article 5 of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union – PROTOCOLS – Protocol (No 2) on the application of the principles of subsidiarity and proportionality (the Subsidiarity Protocol), *Official Journal* 115, 09/05/2008 P. 0206 – 0209.

one prerequisite for all derogation clauses is that there are no alternative solutions, which is hard to argue with regards to wind power as most conflicts can be avoided if the location changes. That said, there may be cases where there are no alternative solutions and only then can the derogation rules be applied.

Independent of why an interest is considered to be of overriding public interest, either for climate or energy security, the same counter argument is valid. Even though the climate objective or energy security objective behind the promotion of renewable energy is of great importance – arguably of *overriding public interest* – each individual renewable energy activity is not likely of that nature. However, with regards to large-scale projects, such arguments may be valid. It is difficult to see that a marginal turbine has such an importance. This may imply that large-scale hydro-power installations, large-scale transmission line projects and large wind power parks may be of that nature, either due to their considerably large contribution to reduction of GHG emissions or because of their importance as a large electricity producer (or distributor) due to an energy security objective.

The question of alternatives is part of the environmental impact assessment and the permit authority shall, according to the letter of the law, only accept an application that includes sufficient information to decide upon the matter in accordance with Chapter 22 Section 2 of the Swedish Environmental Code. If a derogation is to be explored, I always consider an environmental impact assessment to be required, as it requires more specific information that is not available to the planning authority. However, even if an environmental impact assessment theoretically should be required (due to the need of more information) it is difficult to ensure in practice when considering urgencies, procedural costs, and (if the new proposal becomes a reality) the very strict time restraints that the permit authorities have to adhere to when it comes to renewable energy projects.

However, if the initial mapping and planning are undertaken in accordance with the proposal, it may be very seldom that the status of the project has to be raised – especially if, for example, Natura 2000 areas are to be excluded and migration routes are to be avoided. As Darpö et al. investigated, only 10% of the wind power cases in Sweden between 2014 and 2018 were hindered by species protection.¹⁴⁰ If Sweden undertakes better mapping and planning, further conflicts may be avoided and that

¹⁴⁰ Darpö et al. (2022), *Artskydd och beslutsprocesser*, Vindval, Report 7009, p. 7.

number may be lowered. In this case and particularly in the Swedish context, the derogation rules should therefore not be as relevant for the transition of the energy system. Hence, the energy transition should be less intrusive on biodiversity in theory. In practice, it may lead to perverse consequences if the status is understood to be a fast track for renewable energy activities. The question then changes to whether the wording – of presuming that all renewable energy activities are of overriding public interest – is in fact necessary or proportionate. The proposal of presuming that all renewable energy activities are of overriding public interest may be difficult to argue as a proportionate amendment, even though the proposal is supported by climate and energy security reasons. This is primarily due to the wording of the proposal that suggests that *all* renewable energy activities are of that nature, where one would presume that this depends explicitly on the size of the activity. The specific Member States preconditions may also vary and a project that is of overriding public interest in Poland may not be of overriding public interest in Sweden. Therefore, the proposal may have unintended effects, which is why I suggest that the proposal should not be introduced in the Renewable Energy Directive. Instead of finding special treatment in the EU for renewable energy activities, perhaps Sweden and other Member States should focus on ensuring better location planning for renewable energy activities in areas where it has minimum effect on biodiversity and other environmental values.

Another dimension requires attention but is not discussed in this article: the relationship between the plans on go-to areas and the municipal veto in Sweden. Today, the municipality has input on the locations of wind power within its municipal boundaries, in accordance with Chapter 16 Section 4 of the Environmental Code. In a report from 2022, the authors identified that 76% of all wind power applications in Sweden during 2021 were denied due to the municipal veto.¹⁴¹ The rule has been

¹⁴¹ Westander, H. and J. Risberg (2022), *Kommunalt veto 2020–2021*. Can be found at: <https://svenskvindenergi.org/wp-content/uploads/2022/03/Kommunala-vetot-2020-och-2021-2022-03-18-slutversion.pdf> (2023-01-01).

questioned in the literature¹⁴² and the authors suggest that the veto was neither proportionate nor necessary in accordance with the Renewable Energy Directive.¹⁴³ Recently, an Official Governmental Report proposed that the municipal veto should change to a process requirement in the form of a “location notice” (*lokaliseringsbesked*), which must be in accordance with the municipality’s overview plan.¹⁴⁴ Such change would increase the predictability for developers of wind power while at the same time ensuring the municipality’s influence over land use within the municipality. However, it can still be questioned whether such a location notice is a necessary and proportionate process condition that is acceptable according to the EU’s Renewable Energy Directive, especially now in light of the proposed amendments in the Directive. If this proposal becomes reality, it is uncertain whether the municipal veto will survive as the Directive does not give room for such municipal power. The risk of keeping the proposal in the Swedish Government Official Report is that project developers will be steered in the wrong direction towards places that are not necessarily a location suitable from environmental point of view.

In summary, this article suggests that even though the proposal for amendments in the Renewable Energy Directive gives the impression of elevating renewable energy over nature protection values, it will likely not have a significant impact on the protection of biodiversity as other safeguards exist to ensure that renewable energy activities are not deployed with unnecessary impact on its surrounding environment. I do question if the intended purpose of the proposal, of speeding up the process for renewable energy activities, will take place, or if the additional language only adds to an already complex legal permit procedure. In addition, it is uncertain whether the proposal aligns with the subsidiarity principle – if the status of renewable energy activities can be better decided at the EU-level and whether the proposal of presuming that *all* renewable energy

¹⁴² See for example Michanek, G. (2014) One national wind power objective and 290 self-governing municipalities in *Renewable Energy Law in the EU: Legal Perspectives on Bottom-up Approaches*, eds. Peters M, Schomerus T, Elgar E, p. 144 and Darpö, J. (2020) Should locals have a say when it’s blowing? The influence of municipalities in permit procedures for wind power installations in Sweden and Norway. *Nordic Environmental Law Journal*, 2020:1, p. 59–79, on p. 66.

¹⁴³ Malafry, M. (2016), p. 77–78.

¹⁴⁴ For a discussion, see: Malafry, M. and M.C. Öhman (2022) *Rättsliga förutsättningar för havsbaserad vindkraft*, Vindval Rapport 7028, p. 33–35.

activities are of overriding public interest satisfies the principle of proportionality. Hence, I find that the proposal of giving renewable energy the status of overriding public interest not to be a necessary nor appropriate language to add in the Renewable Energy Directive to ensure a faster transition to a sustainable energy system in Europe.

Oskar Mossberg¹

Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden

Det är, milt uttryckt, vanligt att företag och andra uttrycker sig positivt om sina produkters klimategenskaper eller utmålar sig själva som gröna aktörer. Eftersom de därmed "lovar grönt", kan sådana utsagor kallas gröna löften. Dessa "löften" synes dock sällan få rättsliga konsekvenser. Från hållbarhetssynpunkt kunde detta ses som en brist – en brist, som i så fall, och i hög grad, är förmögenhetsrätten att skylla; det låter sig hävdas att förmögenhetsrätten är dålig för klimatet(!). Den här texten testar åtminstone att se det så, och handlar sedan om hur detta kan komma sig.

1	Inledning – grönt är skönt / grönt är skit	196
2	Förmögenhetsrättens paradig	204
3	Avvägning mellan tvenne	209
4	Avtalsfrihet och intervention	226
5	Äganderätt. Och det värdelösa klimatet	237
6	Gröna löften som löftesrikt område för klimaträttsutveckling?	246

¹ Den här artikeln är del av ett större tvärvetenskapligt projekt om *Miljöutfästelser inom energisystemet*, bedrivet tillsammans med fil dr i retorik Erik Bengtson och stött av Energi-myndigheten. För hjälpsamma kommentarer tackar jag dem som lämnat sådana, vilket inte är så få. Alla kvarstående brister är givetvis mina egna.

1 Inledning – grönt är skönt / grönt är skit

Numer är det så alldagligt att det väl framstår som en underdrift, om man hävdar att det är vanligt att företag gestaltar sina produkter, och sig själva,² som *gröna*.³ Man slätar över miljöpåverkan, torgför eventuella klimatinsatser, och framhäver varje hållbar aspekt maximalt. Man grönmålar. (Eller värre: greenwashar.)⁴ Det har blivit brukligt, och bruket blivit självförstärkande, ty när ens konkurrenter använder ”Vi är klimatbra!” som säljargument, då skapas tryck på en själv att göra det, för att inte halka efter eller tappa marknadsandelar på den marknad som tydligen värdesätter grönt.⁵ Är vi inte där redan, så rör vi oss mot ett läge där det faktiskt

² Personfokus kan vara strategiskt: Med bara lite fantasi (jfr not 24) kan MD 2007:31 beskrivas som att vad Vattenfall gjort, snarare än att gestalta någon av sina produkter som klimatvänliga, och därigenom försöka nå ökad avsättning av densamma, var att gestalta *sig självt* som en grön aktör (konstruera ett grönt ethos). Då kan detta också ses som förklaring till att företagets marknadsföring inte var otillåtet vilseledande – trots att det låter sig ifrågasättas hur rättvisande det är att beskriva ett kolkraftverk som försetts med illa fungerande Carbon Capture and Storage-teknik som ”koldioxidfritt”.

³ Iakttagelser motsvarande denna är en återkommande trop i samhällsvetenskaplig klimatforskning, se t ex Frandsen & Johansen, Rhetoric, Climate Change, and Corporate Identity Management, *Management Communication Quarterly* 2011 (vol 25) s 511 ff, på s 513 ff m hänv; Kim & Lyon, Greenwash vs. Brownwash: exaggeration and undue modesty in corporate sustainability disclosure, *Organization Science* 2015 (26) s 705 ff; Lyon & Montgomery, Means and Ends of Greenwash, *Organization and Environment* 2015 (vol 28) s 223 ff; Marquis, Toffel & Zhou, Scrutiny, norms, and selective disclosure: a global study of greenwashing, *Organization Science* 2016 (27) s 483 ff.

⁴ Engelskans *'greenwashing'* är ett begrepp med ganska oklara gränser, men klart negativ värdeladdning (jfr forskningsöversikten i de Freitas Netto m fl, Concepts and forms of greenwashing: a systematic review, *Environmental Sciences Europe* (2020) 32:19 s 1 ff). Det har blivit ett gläpord mot *oförtjänt förgrönande offentlig kommunikation*. 'Grönmålning' (ordleken grön-skönmålning) avses här använt med svagare negativ värdeladdning än 'greenwashing': det måste inte vara lika skarpt att syna någons grönmålning som att anklaga den för greenwashing. Även påpekandet av grönmålning innebär förvisso ett synliggörande av en retorisk strävan, att framstå som grön, men det behöver inte som greenwashingstämplandet implicera att strävan inte motsvaras av något reellt, eller döljer något smutsigt (jfr i not 16 nedan). På svenska förekommer även 'gröntvättning', som har konnotationer närmare det engelska uttrycket. Då dock anglicismen är ful föredras här engelskans ord.

⁵ Se allmänt om grönmålningens kommersiella drivkrafter, t ex Delmas & Burbano, The Drivers of Greenwashing, *California Management Review* 2011 (vol 54) s 64 ff, som kommit att bli en standardreferens i greenwashingsdiskursen.

förväntas att man framhäver sin klimatnyttighet,⁶ åtminstone inom vissa branscher och kontexter.⁷ Och skulle förväntningarna komma på skam, så riskerar avvikelsen från bruket att framstå som suspekt.⁸

Grönmalning är alltså supertrendigt: Företag gör det.⁹ Organisationer gör det.¹⁰ Politiska partier.¹¹ Arbetsmarknadens parter.¹² Staten.¹³

⁶ Att skapa sådana förväntningar är väl också en marknadsföringsstrategi, som kan tjäna differentierings- eller trovärdighetsskapande syften, jfr t ex Chen & Chang, Towards green trust: The influences of green perceived quality, green perceived risk, and green satisfaction, *Management Decision* 2013 (vol 51) s 63 ff. Viss överblick över fältet ges av Peattie & Crane, Green marketing: legend, myth, farce or prophesy?, *Qualitative Market Research* 2005 (vol 8) s 357 ff.

⁷ Det bekräftar väl Baader-Meinhof-fenomenet, men börjar man reagera ser man det överallt. (På väg till jobbet såg jag bilar från tre olika företag med varianter av: "Vi har klimatet i tanken!")

⁸ Jfr Mossberg, Avtalets räckvidd I s 679 och 549 ff.

⁹ De börjar bli gamla nu, men TerraChoices siffror från 2009 har kommit att bli en given referenspunkt i greenwashingdiskussionen: av den evigt växande gröna marknadsföringen var drygt 90 % på ett eller annat sätt greenwashande. Vanligast var att ensidigt fokus dolde relevanta nackdelar (hidden trade-offs, jfr därom t ex Bengtson & Mossberg i not 28 a a). Ett konkret, ökänt, exempel är annars Volkswagens dieselskandal, som fått ett bestående arv genom den tyska civilrättsliga domen BGH 25.5.2020, som kommenterats av bl a Huemer, The Volkswagen Federal Court of Justice ruling of 25 May 2020 – A landmark judgment for consumers in the VW diesel scandal, *JFT* 2020 s 375 ff.

¹⁰ Så har t ex Formel 1-världens klimatambitioner ofta ifrågasatts (trots återkommande motorkrympningar och påståenden om att "Vi driver teknikutvecklingen!") – liksom väl i stort sett alla andra stora sportevenemang fått skäll för sin ohållbarhet.

¹¹ Tendentiöst belägg: Organisationen Jordens Vänner delade 2018 ut det årliga *Greenwashpriset* ("Sveriges minst attraktiva miljöutmärkelse", med syfte att "uppmärksamma när olika aktörer greenwashar") till Centerpartiets styrelse, som, enligt organisationen, gett vilseledande information om biobränseln för flyg, samtidigt som de kallade sig för "alliansens gröna röst". Tävlingsens "vinnare" utses genom att allmänheten nominerar kandidater, utifrån vilka organisationen väljer ut toppkandidater, varpå det hela avgörs genom öppen omröstning på organisationens hemsida, där drygt 3000 röstade 2018. Till tidigare vinnare räknas bl a Maud Olofsson (2011) och Miljöpartiets partistyreelse (2016). I skrivande stund är (val)årets (2022) omröstning ännu inte avgjord, men bland toppkandidaterna finns Svenska staten.

¹² Så tycks t ex arbetsgivarorganisationen Gröna arbetsgivare kunna vara ett intressant studieobjekt.

¹³ Jfr i not 11 ovan.

Myndigheter – ja, till och med universiteten bejaktar sitt grönvarande;¹⁴ den här boken kunde gott vara ett exempel, på hur en fakultet mobiliserar sina hållbarhetsstyrkor för att beredvilligt bidra till en bättre värld.¹⁵ Det gäller även förevarande artikel, som ska dra en lans för hållbarhet. Här ska nämligen kanaliseras ungefär samma slags attityd (ethos) som i den regelrätta *greenwashing*-diskursen, där man synar, och ofta *shame*-ar, *greenwashing* (som alltså är ett särskilt ökänt slags grönmalning, där anklagelsen om att något ”tvättas” implicerar att det är smutsigt).¹⁶ Attityden är *kritisk*: man identifierar tillkortakommanden, såvitt gäller det ”gröna”;¹⁷ man genomskådar sken, utpekar brister, påpekar och anklagar – ibland endast för att skandalisera, eller kompromettera, men ofta, vill jag tro, i mer konstruktiva syften, åtminstone i förlängningen.¹⁸

¹⁴ Givet styrningsmekanismerna, och tendenserna till ekonomisering, marknadsiering, New Public Management, osv, är det väl också en helt logisk utveckling, om universitetets aktörer börjar bete sig entreprenöriellt. (Även om de kanske inte borde det.) Om vi låtsas att universiteten är som företag, så är det väl inte konstigt om akademien börjar bete sig som om de vore det. (Även om de kanske inte borde det ... även om man nog alltid gjort det.)

¹⁵ Jfr Uppsala universitets mål och strategier (UFV 2018/641), som inleds med: ”Utbildning och forskning för en bättre värld [...] Dagens och morgondagens samhällsutmaningar handlar i hög grad om att samhällets utveckling måste vara hållbar. [...] Som fullskaligt forskningsuniversitet står [UU] väl rustat att bidra till en hållbar utveckling, med djupa specialkunskaper och en kompetensbas som spänner över ett brett fält av ämnesområden. [bla bla bla] Uppsala universitet vill ta en ledande roll på vägen mot ett mer hållbart samhälle.” (s 5). Om dokumentet ses som del av UU:s strategiska kommunikation, så förklarar det nog den inte direkt subtila ethosgestaltningen (jfr i noten ovan).

¹⁶ ”Etymologiskt” härleds väl *greenwashing* från *whitewashing*, som i ursprunglig bokstavlig mening denoterar aktiviteten att vitrappa putsade husfasader. Därmed borde kopplingarna till malning ligga lika nära till hands som tvättning, men när uttrycket förekommer nyttiggörs gärna smutskonnotationerna. Detta är åtminstone kuriöst intressant, givet att uttrycket *greenwashing*, enligt konventionell visdom, myntades när en miljökamp kritiserade hotellbranschens miljöbelastande tvättvanor.

¹⁷ Så har t ex FN:s 17 globala hållbarhetsmål – den stora symbolen för internationellt hållbarhetsarbete, och som fått fantastiskt globalt genomslag, i hållbarhetsretoriken – kallats för en *paperstiger*, och ett bra medel för dem som vill *greenwasha*, se t ex Biermann m fl, *Scientific evidence on the political impact of the Sustainable Development Goals*, *Nature Sustainability* 2022 (<https://doi.org/10.1038/s41893-022-00909-5>), som bl a framhåller att: ”[The] impact has been largely discursive, affecting the way actors understand and communicate about sustainable development. More profound normative and institutional impact, from legislative action to changing resource allocation, remains rare.”

¹⁸ Jfr i not 11 ovan för ett ex på hur *greenwashing*anklagelser kan fungera skam- och skuldbeläggande. Jfr även Delmas & Burbano, *The Drivers of Greenwashing* s 64 f, samt

Specifikt ska artikeln handla om förmögenhetsrätten (den del av civilrätten som traditionellt demarkeras medelst konstaterandet att det inte är familjerätt), och kanalisera den kritiska attityden genom att helt enkelt avhandla hur:

förmögenhetsrätten är dålig(!)

... på vissa saker, eller rätteligen: för vissa ändamål – såsom fördelningspolitik,¹⁹ social rättvisa,²⁰ och, här centralt, klimatet: ”Förmögenhetsrätten är dålig för klimatet!” – det blir paroll för denna artikel. En paroll som visserligen genast får följas av en apologi, medelst specificering: Dålig, i den specifika bemärkelsen att förmögenhetsrätten är illa ägnad att tillvarata klimathänsyn. Men likväl en paroll som slår an just den där kritiska tonen, och kanaliserar kritikerns ethos (*the ethos of crit*).²¹ I och med att detta kanaliseras på ett specifikt grönt tema kan det sägas röra sig om ett (lite ironiskt) grönt ethos (*green crit*) – och därmed alltså ett bidrag till gestaltningen av en grön fakultet, inom ett grönt universitet...

”Vadan då all denna grönmålning?”, vill kanske någon fråga (om den bott under en sten i några decennier): ”Varför gestalta sig som grön?” Ja, varför? Ett idealistiskt, kanske naivt, svar vore att det återspeglar seriösa strävanden att ställa om till klimatomständigt mer hållbara mönster. Vilket nog är sant, ibland.²² Det cyniska svaret är väl dock att *grönt säljer*. Att

möjl även Seele & Gatti, Greenwashing Revisited: In Search of a Typology and Accusation-Based Definition Incorporating Legitimacy Strategies, Business Strategy and the Environment 2017 (vol 26) s 239 ff, och Gallicano, A Critical Analysis of Greenwashing Claims, Public Relations Journal 2011 (vol 5) s 1 ff.

¹⁹ Temat mer än tangerandes i förrföra årets upplaga av denna fakultetsskrift, se sålunda Grahn-Farley (ed), Voices on Law and Activism: Addressing the Work of Adam Gearey, Uppsala 2020.

²⁰ Jfr dock, om att även estetiska dimensioner kan påverka rättsliga bedömningar, t ex Jarborg, Mening, värde och rationalitet, de lege 2008 s 471 ff, eller Schlag, The Aesthetics of American Law, Harvard Law Review 2002 (vol 115) s 1047 ff.

²¹ Är det *det*, som är ”den nya Uppsalaskolan”? – ett slags *neo-crit*? Jfr Mossberg, Den konstruktiva riktningen och ”begreppsjurisprudensen”, TfR 2022 s 289 ff, på s 351 ff m hänv.

²² Det är också tänkbart att aktörer som återkommande över tid signalerar hur gröna de är, med tiden får en förändrad självbild, och att *man blir vad man säger att man är* (t ex pga att aktörer inom organisationen vill undvika kognitiv dissonans, eller att ljuga, eller därför att man drar till sig personal som uppfattar organisationen som grön, och verkar därefter). Se t ex Frandsen & Johansen, Rhetoric, Climate Change, and Corporate Identity Management, bl a s 527 f.

uppfattas som en hållbar aktör kan främja ens försäljning, och inköp, det kan underlätta rekrytering av kvalificerad personal,²³ det kan vara ett led i lobbyverksamhet, fylla opinionsbildande funktioner,²⁴ fungera som konkreta sakargument i samband med ansökningar om offentliga tillstånd eller stöd,²⁵ och på det hela taget underlätta ens relationer med andra aktörer och det omgivande samhället.²⁶ *Grönt är skönt* – kunde PR-tanken vara, fångad i det gamla ordspråkets rimmande slogan – i dubbel bemärkelse, och i mer än rent estetisk mening: Det får en att se bra ut, att verka skön, och är såtillvida tilltalande, men därtill kan emanerandet av ett grönt sken vara ett ganska behagligt sätt att upprätthålla sin legitimitet,²⁷ särskilt om det realiter ligger lite bakom skenet – vilket är sporren till hela greenwashing-debatten: att *gröna löften ofta är tomma*.²⁸

Intressant nog, kan dock hållbarhetsforskare på förmögenhetsrättens traditionstyngda område möta attityder stick i stäv med de som impliceras av "PR-tanken" när den förutsätter att grönt tilltalar. Om lite *anekdotisk bevisföring* kan tillåtas: På frågan om nuvarande forskningsprojekt,

²³ Se t ex Bolter, Hållbarhet avgörande för att locka unga talanger, Dagens industri, 1 feb 2019 (eller testa googla typ "hållbarhet lockar anställda").

²⁴ Jfr t ex det i not 2 nämnda MD 2007:31, där utgången även (mer lojalt mot domskälen) kan förklaras som att Vattenfalls agerande snarare fyllde opinionsbildande funktioner, och *därför* inte utgjorde otillåten marknadsföring. (Frågan avgjordes genom att fallet hänfördes till yttrandefrihetens område.)

²⁵ Parallellt med denna utveckling har det (för att ta ett godtyckligt, men konkret, exempel) blivit vanligt att kommunerna i sin markanvisning bygger in olika hållbarhetskrav. Uppsala kommun arbetar t ex för en "hållbar stadsutveckling" och kan "med utgångspunkt i detta" ställa olika "kriterier i markanvisningsförfarandet för att främja detta. [...] För ekologisk hållbarhet kan det till exempel vara kriterier kopplat till ett energi- och klimatsmart byggande, ekosystemtjänster, en långsiktigt hållbar och robust förvaltning och drift, avfallssortering och återvinning, hållbara vardagsresor med fokus på cykel samt leverans- och distributionslösningar.", Uppsala kommun, Uppsalamodellen för markanvisningar s 4 f.

²⁶ Se allmänt Delmas & Curuel Burbano, The Drivers of Greenwashing.

²⁷ Jfr t ex Baum, It's Not Easy Being Green ... Or Is It? A Content Analysis of Environmental Claims in Magazine Advertisements from the United States and United Kingdom, Environmental Communication 2012 (vol 6) s 423 ff.

²⁸ För en populärvetenskaplig introduktion, se Bengtson & Mossberg, Greenwashing och grön marknadsföring, Retorikmagasinet, 13 mars 2022. Om grön legitimering, se t ex Frandsen & Johansen, Rhetoric, Climate Change, and Corporate Identity Management; Wæraas & Ihlen, Green legitimation: the construction of a green ethos, International Journal of Organizational Analysis 2009 (vol 17) s 84 ff, och om de ekonomiska incitamentsstrukturerna t ex Gregory, When is greenwashing an easy fix?, Journal of Sustainable Finance and Investment 2021 (<https://doi.org/10.1080/20430795.2021.1907091>).

har jag flera gånger svarat något i stil med att: ”Jag för närvarande ägnar ganska mycket energi åt ett större tvärvetenskapligt projekt, som bland annat rör förutsättningarna att inom förmögenhetsrättens ramar beakta hållbarhetshänsyn.” Reaktionerna har sedan varierat. Många har varit positiva, eller åtminstone intresserade. Det är dock inte ovanligt, och detta är mitt bevis, att de varit ganska avvaktande. Flera av dem som får räknas till den traditionella förmögenhetsrättens kulturbärare har varit överraskande skeptiska.²⁹ Det här är dock inte rätt plats för exempel. (Det var redaktörerna tydliga med.)

Denna anekdotiska bevisföring bygger uppenbarligen på ett för litet och dessutom oredovisat urval. Den vidlås helt säkert även av andra metodologiska brister, och besvärande *biases*, varför den ingalunda medger några säkra slutsatser om den egentliga opinionen på området. Men – ändå, och likafullt, får jag en känsla av att reaktionerna är i någon mån representativa, för traditionella förmögenhetsrättsliga värderingar och försanthållanden, samt alltså för vad som kan kallas *områdets doxa*.³⁰ Förmögenhetsrätten är nämligen inherent konservativ,³¹ den handlar om

²⁹ Det finns visst statistiska korrelationer mellan *demografiska faktorer* och hållning till hållbarhetsfrågor. Ett inte ovanligt exempel är att vita, västerländska, medelålders män (”det nuvarande systemets vinnare”) är relativt skeptiska till hållbarhetsfrågornas genomslag. Till ”den traditionella förmögenhetsrättens kulturbärare” räknas väl också många som tillhör den demografin. Populationen i akademien torde dock vara lite speciell, och demografiska korrelationer (som kan (miss)brukas för skuldbelägganden) är faktiskt inte temat här. Även om inte minst generationsfaktorn i mina ögon är intressant (ung och fräsch, som jag är!) så finns det också undantag från de statistiska mönstren, åt alla möjliga håll. En av dem som på senare tid gjort mest betydande insatser för hållbarhetsfrågornas genomslag i nordisk civilrätt, genom att arbeta inom det traditionella paradigmet, hellre än att förespråka mer radikala revolutioner, är, t ex, Lena Sisula-Tulokas – nordismens grand old lady, född 1945.

³⁰ Se om doxabegreppet t ex Mossberg, Avtalets räckvidd I s 120 ff, särsk 155 ff, m hänv. Se även t ex Bengtson, *The Epistemology of Rhetoric: Plato, Doxa and Post-Truth*, Uppsala 2019.

³¹ Det gäller förstas all juridik, som är hänvisad till att arbeta med kulturella resurser vilka låter sig konstrueras som (redan) givna – t ex rättskällor. Källa på det? Det är väl allmänt känt?! – Så se 35 kap 2 § 1 st RB! ... Men, okej då: jfr t ex Christensen, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster, TFR 1996 s 519 ff, särsk kap 2 (och i anslutning därtill kring not 183 nedan), eller hur Wilhelmsson, Social civilrätt s 6, låter sin ambition begränsas bl a i anledning av det inte är ”värt att förädla fröna alltför långt innan man kan se om de överhuvudtaget har möjlighet att gro. – Rätten utvecklas genom små steg; försöker rättsdogmatikern ta ett alltför långt steg på en gång ramlar han lätt utanför området för det rättsligt möjliga.”

förmögenhetsvärden (det vill säga ytterst om pengar), och dess omsättningsfrämjande teleologi är sedan länge väl etablerad.³² Dessa karaktäristika är ägnade dels, att motverka etablering av nya intressen (sådana som inte låter sig spåras till någon approprierad latinsk fras?) dels, att osynliggöra det som svårigen låter sig översättas till monetära värden,³³ dels, slutligen, att betinga en skepsis till sådant som inte befäster den tillväxtideologi området i grunden behärskas av.³⁴

För att ta ett övertydligt exempel, kan man sålunda fundera över hur väl idén om *degrowth* (på svenska ibland nerväxt, eller 'avväxt') lilar med förmögenhetsrättens grundläggande tankestrukturer ("ändamålsstrukturer"). Termen betecknar en politisk, ekonomisk och social idé (och rörelse) som baserar sig på ekologistiska, antikonsumentistiska och antikapitalistiska idéer, och går ut på att konsumtionen och produktionen måste minskas, därför att de för närvarande varken är ekologiskt eller socialt hållbara. Tanken om nerväxt har blivit en återkommande trop i åtminstone delar av klimatdiskussionerna.³⁵ Idén synes dock föga förenlig med förmögenhetsrättens tendens till idolisering av omsättningsintresset –³⁶ själva ordet *degrowth* borde klinga falskt, i öron som vants vid förmögenhetsrättens vanliga klanger.

³² Jfr, t ex, NJA 2015 s 1040, där vad som kunde "anses vara i den allmänna omsättningens intresse" blev ett utslagsgivande argument, eller NJA 2021 s 709, där utfallet motiverades med hänvisning bl a till att det inte tummade alltför mycket på "den fria omsättningens intressen".

³³ Jo, visst, till förmögenhetens domän räknas bl a ersättning för ideella skador, som ju karaktäriseras av just svåröversättlighet till pengavärden (ideella skador *beräknar* man inte – man *bestämmer* dem). Jfr t ex (bland många möjliga sådana) H Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2017) s 258: "Som traditionell *huvudregel* i skadeståndsrätten gäller att ekonomiska skador ersätts, medan sådant som inte är ekonomiskt – och därmed kan kallas ideellt – bara ersätts om en *uttrycklig särregel* är tillämplig. Civilrättens historia har helt enkelt en tämligen markant slagsida åt det materiella, icke det ideella; detta syns i beteckningen 'förmögenhetsrätt'." (noter, m omf hänv, uteslutna.)

³⁴ Jfr Mossberg, Avtalets räckvidd I, bl a s 343 ff och 720 ff, inte minst 727 f och 730, m hänv.

³⁵ Om man inte bryr sig så mycket om alla nyanser kan också noteras att tropen utnyttjas av "båda sidorna". Den ena (typiskt sett vänsterprogressiva) sidan framställer nerväxt som ett lämpligt medel, mot ett eftersträvat mål och säger saker som "vi måste tillbaka till 60- eller 70-talets konsumtionsnivåer". Den andra (typiskt sett högerkonservativa) framställer nerväxt som ett hot (mot den önskade tillväxten), och därmed som ett bevis på motståndarsidans dårskap.

³⁶ Jfr t ex (för att bara ta *ett* exempel) Lehrberg, Avtalsrättens grundelement 3 uppl s 66: "Det är av ålder erkänt att det allmänna intresset av en enkel, snabb, effektiv och trygg omsättning (*omsättningsintresset*) har mycket stor betydelse inom avtalsrätten [som är en

Nu förenklar jag, uppenbarligen,³⁷ är orättvis, och går hårt fram, men poängen är bara att grönt inte måste uppfattas som skönt, av dem som är vana vid att tänka förmögenhetsrätt. Saken kan rent av uppfattas tvärtom, som att *grönt är skit*, och i relation till den traditionella förmögenhetsrättens kulturbärare kan alltså grönmålning vara förtroendeskadligt inte därför att målandet uppfattas som oförtjänt förskönande, utan därför att själva kulören anses opassande!

Så, detta är den tes som här föreslås (*propositio*): Internaliserandet av traditionella förmögenhetsrättsliga tänkesätt är ägnat att stämma en negativt mot många hållbarhetshänsyn, därför att dessa uppfattas som svår- eller oförenliga med områdets normala ändamålslogik (märk att omsättningsintresset är ett både tydligt och centralt exempel, men att det likväl bara är ett exempel). – och detta, leder, helt logiskt, till att förmögenhetsrätten blir illa ägnad att tillvarata klimathänsyn, då det inte uppfattas vara vad den är *till för*, av områdets utövare. Tänker man förmögenhetsrätt, så tänker man inte *så*, och i detta finns en del av förklaringen till att gröna löften kan uppfattas som tämligen verkningslösa.

Avsikten är att, i anspråkslös essäform, försöka utveckla denna tematik, samt att artikulera hur det kan komma sig, att förmögenhetsrätten kommer till korta härvidlag, och att alltså, utan att tvångsmässigt försöka *lösa* problemen, försöka säga något om vad som *är* problemen, såvitt gäller förmögenhetsrättens bristande hållbarhet. Detta kunde man skriva långt om. Både du och jag lyder väl dock under temporala begränsningar, och åtminstone en av oss är även underkastad utrymmesmässiga sådana. För att då raskt försöka göra de möjliga motsättningarna tydliga, eftersträvas *paradigmatisk renodling*. Det innebär bland annat att texten, så som utvecklas i följande avsnitt, hellre än att försöka medla mellan motsatser och lösa upp spänningar, kommer att betona kollision och konflikt.³⁸ (Till överdrift, kan säkert någon tycka.)

central del av förmögenhetsrätten]. Åtskilliga avtalsrättsliga regler präglas av en strävan att underlätta omsättningen och på så vis främja samhällsekonomins utveckling.”

³⁷ T ex har ju hållbarhetshänsyn sedan länge införlivats i det fastighetsrättsliga tänkandet, bl a genom att man tänker den i termer av speciell fastighetsrätt. Så t ex Bengtsson, Speciell fastighetsrätt: Miljöbalken 9 uppl, t ex s 13: ”[Boken] behandlar egentligen två rättsområden: dels den del av fastighetsrätten som ofta kallas markrätt, dels miljörätt. Rättsområdena hänger emellertid nära ihop; också miljörätt hör till större delen till fastighetsrätten.”

³⁸ Jfr, å ena sidan, Nietzsche, Den glada vetenskapen § 228 (cit fr Wijkmars översättning; Friedrich Nietzsches samlade skrifter, Bd 5, Den glada vetenskapen (”la gaya sci-

2 Förmögenhetsrättens paradig

Några utgångspunkter då. De har redan antytts, men kan gott göras explicita. Förmögenhetsrätten är ett *ämne*: det är resultatet av en indelning av något vilket sålunda förutsätts kunna hanteras, och det är en (akademisk) disciplin – något man tillägnar sig, genom att lära sig att tänka (resonera och argumentera) i vissa termer, på vissa sätt, enligt vissa mönster. Ämnet har *företrädare*, vilka är de som behärskar och utövar ämnet. Ämnet, och företrädarna, formas av sina *traditioner*, vilka både medger möjligheter och sätter gränser (de senare är ofta elastiska, men existerar icke desto mindre). Den moderna förmögenhetsrätten uppfattas och legitimeras gärna *instrumentellt*; den tänks fylla en funktion, och ofta är det denna funktion som anses ge ämnet dess existensberättigande: förmögenhetsrätten finns till för att göra något, och det är därför vi vill ha den. Det blir därför ofta tilltalande att tänka och tala om förmögenhetsrätt i teleologiska termer, då detta uppfattas ändamålsenligt.

Dessa utgångspunkter kan sägas utgöra en del av *förmögenhetsrättens paradig*. (Det finns fler, men här eftersträvas inte fullständighet.) 'Paradigm' används då i Kuhns mening: Ett paradig är ett ursprungligt exempel vilket uppfattas som föredömligt och därför blir utgångspunkt för en vetenskaps postparadigmatiska normalpusslande praxis: Ett framgångsrikt³⁹ experiment, som inspirerar senare experiment, och blir en naturlig referenspunkt för disciplinen.⁴⁰ Ordet paradig bär därmed innebörd av både idealexempel och skolbildning.⁴¹ När man jobbar inom

enza"), Symposium 2008): "*Mot de medlande*. – Den som vill medla mellan två beslutssamma tänkare får medelmåttighetens stämpel på sig, han saknar blick för det unika; att se likheter och överensstämmelser är ett tecken på svaga ögon.", samt, å andra sidan, § 189: "*Tänkaren*. – Han är en tänkare: det betyder att han förstår sig på att uppfatta tingen enklare än de är."

³⁹ Framgången behöver inte bedömas relativt ursprunglig intention: Övriga upptäckter måste inte göra ett experiment misslyckat. Att röntgen, penicillin, osv, upptäcktes som oavsiktliga bieffekter tillhör ju vetenskapshistoriens konventionella visdomar – vilket osökt får mig att tänka på Thomas Bull(!), Vinklar och vrår, i Asp & Nuotio (red), Konsten att rättsvetenskapen (Uppsala 2004) s 69 ff, på s 76.

⁴⁰ Huvudverket är Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*. Paradigmtterminologin berörs rätt ingående i Mossberg, *Avtalets räckvidd I*, så istället för att upprepa mig hänvisas dit, se bl a s 94 ff, där det också finns hyfsat rika referenser.

⁴¹ Apropå flertydigheten: Den analytiska filosofen Masterman (*Nature of a Paradigm*, i Lakatos & Musgrave (eds), *Criticism and the Growth of Knowledge* (London 1970), s 59 ff, särsk 61 ff) identifierar inte mindre än 21 olika betydelser hos Kuhn själv.

paradigmets gränser (vilket alla discipliner gör, eftersom paradigmat gränser definierar disciplinen) tar man vissa saker för givna – man laborerar med etablerade tankestrukturer, jobbar utifrån kända mönster, och reproducerar dem, på ett sätt som är ägnat att ytterligare befästa dem. Man bekräftar det varande, och vidmakthåller normer; så fungerar skolbildningar. (Och det är såväl en styrka, som ett skäl för normkritik, mot skolbildningar.)

Uppehåller vi oss vid betydelsen idealexempel, så skulle förmögenhetsrättens paradigm kunna sägas vara antingen *köpet*, eller *skadeståndet*.⁴² Det är dock frestande att utdefiniera det senare, genom att se det som ett utflöde ur ansvarsrätten,⁴³ och då se skadeståndsrätten som att den primärt rör *kränkningar* (i vid mening, dvs delikt), snarare än *förmögenheter*; ersättningen vore endast en av praktiska skäl behövlig översättning till monetära termer – en värdesättning av kränkningen, en tvungen kvantifiering av något kvalitativt oberäkneligt.⁴⁴ För att, ytterligare, ge slagsida åt kontraktshållet kunde man då också tänkas återropa historiska,⁴⁵ sys-

⁴² Traditionellt kan förmögenhetsrätten brytas ned i obligations- och sakrätt, och obligationsrätten i sin tur i kontrakt och delikt, eller annorlunda uttryckt avtals- och skadeståndsrätt, i vid mening, vilka därmed kan sägas stå i förmögenhetsrättens centrum. Sakrätten är förvisso en betydande del av förmögenhetsrätten, men tenderar nu att ses som rätten om obligationers tredjemansverkningar (t ex om en köparens skydd mot säljarens borgenärer), vilket talar för obligationsrättens primat. (Det här är knappast okontroversiellt. Ämnesföreträdare ser nog gärna sitt eget ämne som det *egentligt* centrala.)

⁴³ Se, i anslutning till obligationsrättens tänkta historia, Mossberg, Tredjemansavtalets tidiga historia, i Debaenst & Shanagar (red), Rättshistoria i rättsvetenskaplig forskning, s 93 ff, bl a 101 ff m hänv.

⁴⁴ Jfr, för motsvarande poänger, t ex Friberg, Kränkningersättning (Uppsala 2010) s 731 (ff); Hellborg, Diskrimineringsansvar (Uppsala 2018) s 348 f; Johansson, Skada och ersättning vid immaterialrättsliga intrång (Uppsala 2020) s 17 (ff); Chamberlain, Integritet och skadestånd (Uppsala 2020) s 462 f(f); Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten (Uppsala 2021) s 243 (ff), eller H Andersson, Ersättningsproblem i skadeståndsrätten (också Uppsala, 2017) s 621 f. (Det kunde nog tilläggas ett ”bl a” före ”s” på samtliga.) Märk förresten, att detta alltså inte är begränsat till ideella skador: Skadestånd handlar alltid om att ”ersätta” något, med något annat, och innefattar därmed alltid en översättning; att översättningen kan *framstå som* enkel (Stenlund, a a s 324) är en annan sak.

⁴⁵ Det är frestande att gå tillbaka till romersk rätts *emptio venditio* (jfr vid not 33 ovan) och förse noten m hänv av typen ”Se därom t ex Zimmermann, The Law of Obligations s 230 (bl a: ’The Roman law of sale has provided us with the basic tools for our modern analysis of this economically most important of contracts, and it has invariably shaped our modern way of thinking about sale’), men egentligen är det ett starkare argument (såväl på grund av temporal och geografisk närhet, som på grund av det faktiska regelinne-

tematiska och analytiska skäl, och gestalta köpet som det mest centrala, och formativa, (om än inte ursprungliga),⁴⁶ förmögenhetsrättsliga exemplet – en upphöjd ställning som i synnerhet borde förlänas köpeavtal avseende lös egendom.⁴⁷ Köp av lös egendom är det givna exemplet, inte minst i undervisningssammanhang, där det regelmässigt får leda in studenter i ämnet, och sedan bli referenspunkt.⁴⁸ Reglerna därom kan ligga till grund för analogier, och är ofta uttryck för mer allmänna principer (varför också köplagen och 1905 års köplag inspirerat andra lagar, liksom domstolsavgöranden utanför reglernas direkta tillämpningsområden, och för den delen standardavtalspraxis).⁴⁹ Köprätten är belysande, för de för området relevanta intresseavvägningarna, och vägledande. Den illustrerar hur vi tänker och styr vårt agerande. Köprätten tillhandahåller det normala, de allmänna utgångspunkter som i avsaknad av särskilda skäl bör

hålllet och dess centralitet för svensk rättshistoria) att nämna reglerna i 1 kap 1 och 2 §§ i 1734 års HB, som under lång tid var de mest centrala avtalsrättsliga bestämmelserna i svensk rätt. Det första embryot till avtalslag brukar också anses vara Nya lagberedningens förslag till lag om *köp* och byte av lös egendom från 1894. Se om avtalsrättens historia t ex Adlercreutz, Avtalsrättens framväxt i Högsta domstolens praxis, i Högsta domsmakten 1789–1989, Del II, s 3 ff, eller Hellner, Avtals- och köprätt under 1900-talet, SvJT 1984 s 755 ff.

⁴⁶ Ursprunget skulle istället kunna vara köpets syskon: *bytet*, som brukar antas ha föregått utvecklingen av de för köp nödvändiga penningssystemen. En sådan arkeologi antyds av t ex Lehrberg, Förutsättningsläran s 33: ”Förutsättningsfrågorna tillhör säkert avtalsrättens äldsta problem. De aktualiserades kanske för första gången i en trädkrona någon gång i en avlägsen forntid, då två av våra förfäder bytt frukter med varandra, och den ene upptäckte att den frukt han fått var rutten.”

⁴⁷ Fastighetsrätten ses ofta som speciell, och även när den ger uttryck för allmänna principer, så förses dessa gärna med en aire av fastighetsrättslig specialitet. Jfr t ex Hellner, Hager & Persson, Speciell avtalsrätt II: Kontraktsrätt 1 häftet 7 uppl s 37: ”Det ställs alltså upp skilda regler för köp av fast och lös egendom. Så har det varit i Sverige sedan urminnes tid. [...] Fastighetsköpet har många särdrag.”; Håstad, Sakrätt avseende lös egendom 6 uppl s 29: ”Huruvida egendom har egenskapen av fast eller lös egendom har mycket stor betydelse i olika sammanhang.”; Grauers, Fastighetsköp 22 uppl s 36 f, och kanske NJA 2012 s 1095.

⁴⁸ Det är därmed ingen slump att ansatser till omprövning, och hållbarhetstest av förmögenhetsrätten, tagit utgångspunkt i just köprätten, se vidare 4 nedan, i och kring not 172.

⁴⁹ Se och jfr t ex Almén & Eklund, Om köp och byte av lös egendom 3 uppl s 1 ff och 5 ff; Ramberg & Herre, Köplagen 2 uppl s 52 ff; Håstad, Köprätt och annan kontraktsrätt 6 uppl s 15, 17 och 35 f, samt t ex NJA 2013 s 271 och NJA 2012 s 597 (där entreprenadkontrakt tolkades mot bakgrund av ’allmänna principer och köplagens regler’).

(för)bli gällande.⁵⁰ – Något sådant kunde man säga, för att se köpet, och därmed avtalet, som förmögenhetsrättens centralpunkt.

Och det är frestande ... men vore missvisande, att sålunda marginalisera skadeståndsrätten. Den traditionella förmögenhetsrättens paradigm borde istället anses vara köpets och skadeståndets minsta gemensamma nämnare, varvid områdets idémässiga fundament blir *idén om den personliga sfären* – det utrymme för autonomi, dit andra kan bjudas in (avtal), och vars integritet kan kränkas (på sätt som leder till skada, som kan värdesättas); den plats där man är fri att efter eget huvud realisera sina intressen.⁵¹ Ett sådant synsätt är helt konsekvent med den vedertagna historieskrivningen om den moderna förmögenhetsrättens rötter i en liberal tanketradition.⁵² Sfären är områdets paradigm. Det teoretiska fundament vilket sällan uttalas, men som likafullt underförstås och *formar* området, genom att både medge möjligheter och sätta gränser.

För överdriven tydlighets skull, kan förresten sägas att talet om ”paradigm” inte bör tolkas som något förfäktande av ett *paradigmskifte* (en idé man för övrigt borde vara skeptisk till, annat än som en alltid diskutabel efterhandskonstruktion – ett sätt att beskriva redan inträffade idéhistoriska skeden, i termer av inträdande skiften).⁵³ Det rör sig här om ett försök att artikulera

⁵⁰ ”Varför skulle *inte*, t ex, det avgörande för en felbedömning även vid tjänsteavtal vara om tjänstens resultat lever upp till ’vad som med fog kan förutsättas?’ – jfr sålunda NJA 2015 s 110, men se därtill J Samuelsson, DCFR som svensk rättskälla, de lege 2015 s 219 f, och för en utförlig redogörelse Hultgren, Fel i tjänst: Om felbedömning och påföljdsbestämning vid avtal om tjänster i oreglerade fall.

⁵¹ Se, om autonomi som en privaträttens grundpelare, t ex Fried, *Contract as Promise* s 1 ff; Eisenberg, *The Theory of Contracts* s 206 ff, särsk 223 ff, och Gordley, *Contract Law in the Aristotelian Tradition* s 265 ff, särsk 274 ff, båda de sistnämnda i Benson (ed), *The Theory of Contract Law: New Essays*, Cambridge 2001. Jfr Dagan, *Autonomy, Pluralism and Contract Law Theory*, *Law and Contemporary Problems* 2013 (vol 76) s 19 ff; Grundmann, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law*, *European Review of Private Law* 2008 s 553 ff.

⁵² Jfr källorna i noten ovan, samt t ex *Votinius, Varandra som vänner och fiender* (Stockholm 2004), och därtill Wilhelmssons anmälan i SvJT 2005 s 439 ff; Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford 1991) s 214 ff, eller Hesselink, *Justifying Contract in Europe* (Oxford 2021) bl a s 24 ff, 99 ff.

⁵³ Det tycks svårt att använda paradigmterminologin (att alls skriva ”paradigm”) utan att någon vill läsa in förespråkanden av ett ”-skifte” därvidlag. Detta påfyllnadsfenomen antyder en stark diskursiv koppling mellan paradigm och skiften. Kopplingen är förvisso förstälilig, då terminologin kan sägas ha myntats för att diskutera bland annat idéhistoriska skiften. Den är dock minst lika användbar för, och avsedd, att diskutera disciplinära karaktäristika.

ett områdes nuvarande karaktäristika, för att synliggöra desamma, och antyda de utmaningar förmögenhetsrättens nuvarande belägenhet kan innebära, för hållbar utveckling. Försöket tjänar till att inbjuda till diskussion och till att relevanta bedömare själva tar ställning,⁵⁴ och avses inte ensamt forcera fram några fundamentsskiften, centrumförskjutningar eller paradigmatiske revolutioner.⁵⁵

Här eftersträvas som sagt paradigmatiske renodling. När olika system berörs, och särskilt när de behärskas av eller befrämjar olika rationaliteter, undviks generellt sådana medierande strategier som förvisso finns tillgängliga, och kan utnyttjas för att neutralisera motsättningar och medla i hotande konflikter.⁵⁶ Istället för att försöka foga samman, släta ut eller läsa på sådana rekoncilerande sätt som ofta är fullt legitima, särskilt i praktisk tillämpning, eftersträvas här motsatsen: Att ta fasta på logikernas rivalitet, betona konkurrens, renodla konfliktlinjerna, och förstärka förefintliga spänningar, för att därigenom låta dem bli uppenbara – hellre än att medelst nedtoning dölja dem eller låtasas som att de inte finns. Med andra ord: Här utteras och hårdras (ibland säkert i överkant) i ett försök att visa vad som i vart fall *skulle kunna* stå på spel, om vi valde att spela på det sättet.

Texten disponeras i anslutning till några av förmögenhetsrättens *loci communes*, det vill säga inarbetade tankefigurer som ofta figurerar i resonemang inom ämnet och bidrar till att strukturera paradigmet. Konkret rör det sig om *avvägningar*, varvid relationen mellan nationell och internationell (EU-)rätt berörs; om *avtalsfrihet*, marknadsfrihet och föreställningen om att begränsningar därav innebär störande interventioner, samt om *ägenderätt*, och om egendoms respektive klimatets värde. Dessa tankefigurer, eller topiker, utgör väsentliga delar av förmögenhetsrättens paradigm – förutan dem vore ämnet inte vad det är. Märk dock att det är så ”stora teman” att ambition till fullständighet måste efterges: Avsikten är blott att ventilera några i förmögenhetsrättens traditioner inne-

⁵⁴ I linje med vad som utförligt utvecklas i Mossberg, Avtalets räckvidd I, ses här *Rätt som en species av retorik*, i Aristotelisk mening: retorikens domän är ”det som kunnat vara anorlunda”, och dess funktion är dels att visa publiken utrymmet för beslutsfattande (*krisis*), dels att ge bättre beslutsunderlag (retoriken inte som konsten att övertala, ej heller att endast övertyga – utan också att överväga).

⁵⁵ Jfr om sådana ambitioner H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten (Uppsala 2013) s 56.

⁵⁶ Jfr allmänt Healy, Fuck Nuance, *Sociological Theory* 2017 (vol 35) s 118 ff.

slutna elementa, som har gemensamt att de synes ägnade att motverka hållbarhetsintressets genomslag. Avslutningsvis följer sedan några lösa spaningar, om hur rättsutveckling kring gröna löften kan ge medlen för sådant genomslag.

3 Avvägning mellan tvenne

Det finns en klar tendens till att låta förmögenhetsrättsliga narrativ handla om att väga olika storheter mot varandra.⁵⁷ Det kan vara parternas respektive intressen, eller samhälleliga intressen mot enskilda sådana. Det kan vara skälen för och mot något, till exempel en viss tolkning av en lag, ett avtal, eller något annat. Det kan vara formell förutsebarhet mot materiell rättvisa i det enskilda fallet, eller ekonomiska faktorer mot moraliska hänsyn. Det kan vara annat. Gemensamt för tematiserandet i termer av vägande, är att åkallandet av vägen – den mest ikoniska av rättviserepresentationer – ger en narrativ inramning som bjuder in till resonemang efter vissa argumentationslinjer, eller skript, ty när resonemang påbörjas i vissa termer skapas förväntningar om fortsättningen.⁵⁸

Avvägningsnarrativ kan beskrivas som att de bygger på en *grundmetafor*, alltså en metafor som styr förståelsen av ett område. I detta fall de rättsliga berättelser där ”vägandet” sker. Grundmetaforer behöver långt ifrån alltid göras explicita.⁵⁹ I rättsliga sammanhang är avvägningsmetaforiken så väl etablerad att man kan underförstå väsentliga delar av den, och med endast små antydningar aktualisera de skript och kognitiva strukturer med vilka den hänger ihop. Man behöver inte säga: ”Okej, tänk er det här är som en väg, va? Och att vi i den ena vägskalet lägger

⁵⁷ Jfr Mossberg, Avtalets räckvidd I s 602 f m hänv.

⁵⁸ Se, om användning av narratologi och skript i rättsvetenskapen, Björling, Rättstillämpningens tystnad: En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen (Göteborg 2017); H Andersson, Rättens narratologiska dimensioner, i Gräns & Westerlund (red), Interaktiv rättsvetenskap: en antologi (Uppsala 2006) s 11 ff, och Hansson Kollektivavtalsrätten: en rättsvetenskaplig berättelse (Uppsala 2010). För min syn, se Mossberg, Avtalets räckvidd I s 228 ff.

⁵⁹ Exempel: I argumentation kan man vinna eller förlora, attackera, träffa mitt i prick; försvara sig, repliera och ge upp – och så vidare – och möjligheten av dessa, i sig metaforiska, uttryckssätt implicerar en grundmetafor enligt vilken ”Argumentation är krig” eller motsvarande.

det här, och i den andra det där, och så ser vi vad som väger tyngst!”⁶⁰ Det är oproblematiskt bara tala om ”vägande skäl”. Ofta kommer man undan med bara slutsatsen: ”det här, bör väga tyngre!” Detta är möjligt därför att resonemangen nyttiggör etablerade kulturella koder, som gör att publiken med små signaler kan fås att själv underförstå det outtalade som behövs för att påståendet ska bli begripligt.⁶¹ – Förutan förkunskap som styr både förväntning och förståelse vore det ju annars fullt rimligt att fråga: ”Vadå *tyngre*? Vad är det egentligen som *väger* här? *I vilken mening* är det tyngre? Och *relativt vad*?”

Som alla metaforer gör avvägningsmetaforen något med resonemangen.⁶² Den för över föreställningar, förändrar blicken, och introducerar nya kategorier som gör att problem kan tänkas, och tvister avgöras, i vissa termer.⁶³ Fenomen som uppenbarligen saknar fysisk existens (”partsintressen”, ”skäl” – you name it) ges medelst metaforens materialiseringseffekt något åtminstone analogt med vikt. Fenomenen blir inte bara *kvantifierbara*, utan dessutom *kommensurabla* med de andra fenomen i relation till vilka de ska avvägas – varvid är att märka att den retoriska artikulationen av de intressen, etc, som anges ska vägas mot varandra (alltså hur de formuleras) kan predeterminera bedömningen, vikta vågen, och ge ett försteg åt ena sidan, innan det tänkta vägandet ens påbörjats.⁶⁴ (Här antyds en spännande forskningstematik, kring hur detta kan ske och vilka retoriska strategier med mera man kan utnyttja därvidlag.)

⁶⁰ Det här kan tyckas självklart, men det är i så fall just på grund av att metaforen är så inarbetad; testa att istället tänka den rättsliga bedömningen som ett skådespel, en kamp, eller, mer långsökt, en slemmig mopp – tre metaforer som alla torde fordra mer förklaring (olika mycket, men mer), som stöd för den metaforiska argumentation vilken förutan förklaring knappast blir ägnad att övertyga.

⁶¹ I detta fall kan de metaforiska premisserna beskrivas i termer av enthymem.

⁶² Se, om hur metaforer kan fungera, t ex Lakoff & Johnson, *Metaphors We Live By* (Chicago 1980); Spence, *Figuratively Speaking* (London 2007), och Sullivan, *Mixed Metaphors* (London 2019).

⁶³ För min syn på rättslig metaforanalys se Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s 679 ff m omf hänv, jfr 602 ff.

⁶⁴ Jfr (operationaliserat) t ex Schlag & Griffin, *How to do things with legal doctrine* (Chicago 2020) s 32 f. Se även (djupare) Schlag, *The Aesthetics of American Law*, *Harvard Law Review* 2002 (vol 115) s 1047 ff (bl a 1117: ”That is where the ’real’ work of law is done – in foregrounding different backgrounds, in shifting the frame, in triggering gestalt shifts.”), och (teoretiskt tillgängligt) Schlag, *Prefiguration and Evaluation*, *California Law Review* 1992 (vol 80) s 965 ff.

Det som här är av huvudsakligt intresse är dock hur avvägningsmetaforiken föranleder tänkande i termer av *två*, vilka genom att sättas mot varandra blir just *motsatser*. Avvägningsmetaforen är gammal,⁶⁵ och besläktad med en binär logik djupt kodad i rättens DNA. Det finns åtskilligt som driver fram tänkande i termer av binära motsatser och dikotomier: Normen är två parter, såväl i avtal som i processer; vi har käromål och svaromål; talan som kan antingen bifallas eller ogillas; vi har anbudsgivare och -tagare, skadevällare och skadelidande, aktörer vilkas etikett slutar på *-ant* eller *-ent* å ena sidan (reklamant, kommittent, etc) och de mottagare som slutar på *-arie* eller *-är* å den andra (cessionarie, kommissionär).⁶⁶ Vi konstruerar relationer som tvåsamheter, och konceptualiserar dem i termer av aktörer med motstående intressen,⁶⁷ varav ett kan få genomslag och det andra får ge vika – för om ena parten ska vinna måste, ju, den andra förlora.⁶⁸ Det gäller förstås allra främst i processer (det forum som utformats för att ställa saker på sin spets ... och sedan falla åt ettdera hållet). Ofta gäller det dock även utanför sådana, emedan den rättsliga retoriken påtagligt ofta tjänar till att föra publiken till ett vägskäl (*krisis*) där den enda möjligheten blir att fortsätta i endera riktningen.⁶⁹

Med denna logik sammanhänger att det förmögenhetsrättsliga paradigmet är *partsfokuserat*. Fokus faller på de agenter som gör något (-enterna, etc). Ibland i kombination med mottagare som främst blir objekt för agerandet (många gånger blir det relevanta att cessionaren *tar emot*

⁶⁵ Inom den rättsliga ikonografin (\approx juridikens konsthistoria) har man spårat den mer än 4000 år tillbaka, till ikoner av den babyloniska sol- och rättviseguden Shamash och den egyptiska rättvisegudinnan Ma'at. Se Mossberg, Avtalets räckvidd I s 602 f m hänv.

⁶⁶ Även när termerna antyder trepartskonstellationer (cession, kommission) sker den rättsliga analysen av situationerna i termer av tvåpartsrelationer, vilka bör hållas isär, om analysen ska bli rättvisande.

⁶⁷ Jfr svårigheterna att konceptualisera avtal som relationella (hur *relational contract theory* ofta haft svårt att bli mer än just teori), eller hur analysen av också samarbetsavtal och omförhandlingsklausuler tenderar utmynna i att partsintressen ställs mot varandra.

⁶⁸ Jfr sålunda t ex det underbara NJA 2010 s 583 (Kyrkan på Näs) – det förmögenhetsrättsliga fall jag kan komma på som varit närmast utgången *oavgjort*: Två parter tvistade om en fastighet, som i slutändan befanns vara en självvägande tillgång. Rimligen kände sig båda parterna som förlorare, men formellt sett var bara en av dem det, nämligen den kårande vars yrkande om bättre rätt ogillades.

⁶⁹ Jfr t ex... Asch, vi tar: H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 536 ff, inte minst s 538 f om ”den dualistiska konfrontationen”, det ”motsatsförhållande som är motorn i all dialektisk, diskursiv och narrativ verksamhet” – inklusive, alltså, och inte minst, rättstillämpning och rättslig argumentation.

överlåtelseobjektet, och kommissionären uppdraget).⁷⁰ Andra gånger urskiljer man agenter på båda sidor (och framhäver istället exempelvis att kommissionären *accepterat* uppdraget).⁷¹ I avtalsfallen är det ju just genom att två aktörer utövar sin agens (utnyttjar sin rätts-handlingskapacitet) i förhållande till varandra som de blir parter. Oavsett hur partskonstellationen gestaltas, så blir det dock, när intressen ska vägas mot varandra, normalt just *parternas* intressen som vägs.⁷² (Det finns undantag – i sakrätten är det snarare är regel än undantag att man väger in andra intressen än parternas – men i obligationsrätten leder det faktum att intressena är externa i förhållande till parternas relation till... just det, varför sådana avvägningar blir undantagsartade anomalier vilka, som sådana, utmanar paradigmet.)⁷³

Det är dock inte bara subjektstillhörigheten som begränsar vilka intressen som kommer ifråga, utan även deras art. Intressena ska vara förmögenhetsrättsliga, och alltså ytterst översättbara i monetära värden; det som inte kan mätas i pengar (genom beräkning, uppskattning eller be-

⁷⁰ Jfr t ex hur den idealtypiska skadelidanden tänks som en passiv figur, som endast utsätts för något, eller hur den som utgångspunkt relevanta rätts-handlingsmottagaren är den som har *passiv* behörighet, och således endast behöver ta emot något. Att dessa figurer sedan kan göra något – uppdragstagaren kan t ex aktivt utföra uppdraget – kan då sägas vara en annan sak, och när utförandet (etc) hamnar i fokus uppstår ofta terminologiska variationer: Den som agerar enligt beställares uppdrag kallas t ex för utförare (istället för "huvudmannens uppdragstagare"), synbarligen inte bara för att det är kortare, utan också för att betona den utförande partens agens och aktivitet.

⁷¹ Kommissionärens mottagande av uppdraget kan förvisso ske medelst accept (jfr 1 § KommL). Det hindrar dock inte att det i olika sammanhang kan vara strategiskt att framhäva antingen hans agerande, eller hans mottagande-relation i förhållande huvudmannen, för att t ex gestalta ett beroendeförhållande.

⁷² Lehrbergs, Förutsättningsläran s 277 ff, framställning om den för läran avslutande "riskavvägningen" är exemplarisk, dels såtillvida att den är bra, dels på så vis att den tematiseras som en fråga just om vem av parterna som bör bära risken för en felaktig förutsättning. Han lyfter förvisso in även övergripande hänsyn (genom de sju principerna), men de an knyter ofrånkomligen till parterna, och kanaliseras genom deras respektive personer.

⁷³ Så är t ex tredjemansrättigheter att se som undantag, utanför det normala och huvudfallsartade, vilka därmed i Kuhns termer utgör *anomalier* som utmanar paradigmet och är ägnade att förändra det. (De vetenskapliga revolutionernas struktur: inom paradigmet praxis uppdyker anomalier, vars växande antal till slut resulterar i att paradigmet förkastas, och ersätts av ett nytt, varvid alltså en revolution inträffat.) Exempel? Jfr, t ex, de analytiska utmaningar som NJA 2007 s 758 eller NJA 2014 s 760 bereder; hur de är svåra att *passa in* (vilket inkluderar: *få ihop*). (Men nej, de ävågbringar inget paradigmskifte!)

stämning), det har ingen plats i förmögenhetsrätten. Båda dessa begränsningsfaktorer – det är endast *vissas* intressen, och endast *vissa* intressen, som kommer ifråga – skapar utmaningar för förmögenhetsrätten som medel för hållbarhetsintressets rättsliga genomslag.⁷⁴ Det får vi skäl att återkomma till.

Generellt instansierar alltså förmögenhetsrätten en *individuell* och *relationell* rationalitet. Det centrala är de enskilda aktörernas relationella intressen: deras intressen i förhållande till varandra.⁷⁵ Den arketypiska avvägningen sker på så vis att person As privat(ekonomisk)a intressen vägs mot person Bs –⁷⁶ och detta är, tror jag, centralt.

Den mesta klimaträttsutvecklingen av förmögenhetsrättslig relevans verkar nämligen ske inom och genom EU:s rättsapparat, och det finns en risk att unionsrättsliga utvecklingar, sedda från den traditionella svenska förmögenhetsrättens håll, uppfattas utmana (d)en etablerad(e) ordning(en).⁷⁷ De kan ses som anomalier, varvid en begränsningstendens kan göra sig gällande, kanske oreflekterat, i ett reflexmässigt premierande

⁷⁴ Jfr den sedvanligt balanserade Bengtsson, Anmälan av Westerlund, En hållbar rättsordning, SvJT 1999 s 93 ff, s 97: ”Att t. ex. låta miljösynpunkter prägla civilrätten tycks ofta stöta på liknande svårigheter att genomföra i verkligheten som de välbekanta tankarna om en social civilrätt, fast stödet i traditionella rättskällor varit betydligt starkare i det fallet. Såvitt jag kunnat konstatera skulle ett försök att låta [det av Westerlund förespråkade] miljöparadigmet påverka de kontraktsrättsliga reglerna närmast skapa förvirring utan att innebära någon egentlig vinst från miljösynpunkt.”

⁷⁵ Anticipering av en invändning: Jo, det kan finnas indispositiva moment och tvingande regler, vilka uppbärs av allmänna (icke-individuella) intressen. Även dessa gestalts dock normalt som undantag, se vid not 73 ovan, och 4 nedan.

⁷⁶ Sådana avvägningar är arketypiska och därmed huvudfallsartade, även om de inte är de enda möjliga. Jfr t ex Hästad, Reform av de nordiska avtalslagarna, NJM 1990 s 251, som, vid försvar av förhandlingsetiska regler med tvingande moment, förekommer en invändning: ”En tvingande regel om upplysningsplikt i samband med avtalsförhandlingar kunde ses som ett interventionistiskt drag som hämmar avtalsfriheten. I själva verket torde en sådan regel förbättra marknadens funktion.” Se 4 nedan.

⁷⁷ Jfr J Samuelsson, DCFR som svensk rättskälla?, de lege 2015 s 199: ”[D]et är svårt att komma ifrån att det finns ett avstånd mellan europarätten och civilrätten. Det handlar om två skilda former av rätt, som verkar på skilda premisser. Följaktligen går europarätten *inte att förstå* utifrån traditionella civilrättsliga utgångspunkter. Så betraktad är den rentav juridik ställd på huvudet.”

av det redan kända,⁷⁸ vilket vill säga traditionella (förmögenhetsrättsliga) logiker.⁷⁹ Förankringen i unionens grundläggande målsättning att förverkliga en fri inre marknad leder nämligen, helt logiskt, till att EU-rätten primärt tar hänsyn till *övergripande marknadsfunktioner*.⁸⁰ När ”Europa” reglerar privaträtten blir parternas relativa positioner av under-

⁷⁸ Jfr J Samuelsson, a a s 98 f. Fenomenet är båda gammalt och mänskligt. Nya lagar förstås ofta (ibland förvisso avsiktligt), åtminstone under en omställningsperiod, i ljuset av äldre rätt, hellre än som självständiga nyhetsvärldiga verk. Här finns förstås en pedagogisk börda; lagens adressater måste sätta sig in i den nya lagen, och människor tenderar att göra det som är enkelt, vilket i sammanhanget blir att utgå ifrån det man redan vet, hellre än att besvära sig med att lära sig nytt. (Det krävs tid, för att förändra opinioner, inklusive den opinio juris där attityd- och kunskapsfrågorna ofrånkomligen hänger samman.) Det rör sig här synbarligen om samma fenomen som, dels, medför ett retoriskt försteg till den som kan presentera sin sak med en ingångsinramning som appellerar till det för publiken redan kända, dels, gör att metaforer kan vara så goda pedagogiska hjälpmedel (vill man förklara promissory estoppel kan man t ex börja med ”det är typ som culpa in contrahendo”, för att sedan försöka förklara hur det skiljer sig därifrån, istället för att från början försöka förklara institutet för sig).

⁷⁹ Till saken hör väl också att ”det främmande” i sammanhanget, dvs EU-rätten, ofta uppfattas som underordnad svensk lagstiftning vad gäller juridisk-teknisk kvalitet. ”Vi har ju förarbeten!”, osv (jfr t ex Wong, Europeisk rättsbildning/berednings- och implementeringsprocessen – hur går det med kvaliteten?, SvJT 2003 s 405 ff, bl a 413 ff, samt i samma nummer Herre, s 438 ff; Nordling, s 456 ff; Vängby, s 499 ff och Öberg, s 505 ff, vilka på olika sätt påtalar värdet av förarbeten). ”EU-regler står i högre grad för sig själva, som *black letter law*, och deras tillämpning innebär ett annat behov av elaborering än gamla hederliga svenska regler, vilket kan påverka förutsebarheten negativt.” Osv. Regelmässigt baserar sig väl dock sådana negativa omdömen i ett nationellt perspektiv, såtillvida att man projicerar nationskulturellt kontingenta kriterier på materialet, på ett sätt ägnat att premiera den kultur vari kriterierna fotas – varvid man kunde beskylas för att döma det Främmande efter premisser som är främmande för detsamma. (*Som hockey betraktat, är fotboll uselt.*)

⁸⁰ Se t ex Micklitz, *European Private Law*, i Patterson & Södersten (ed:s), *Companion to European Union Law and International Law*, s 262 ff, där europaprivaträttens framväxt beskrivs så: ”private law is instrumentalized for the completion of the internal market” (s 263), samt, om ’konstitutionaliseringen’ av också den nationella privaträtten, konstaterar att: ”[I]n the core of private law relations, contract and tort – ’traditional private law’ – the instrumental market-driven use of economic freedoms and fundamental rights clearly dominates.” (s 265), och fortsätter: ”[T]he different set of EC directives deal only to a very limited extent with private law relations. In fact, contract law is turned into a device to serve the overall purpose of liberalization and privatization of former public services. [... EU law] implants new principles and new legal concepts into private law relations [...].” (s 271).

ordnad betydelse.⁸¹ En annan rationalitet gör sig gällande. Privaträtten instrumentaliseras, för att fullborda den inre marknaden.⁸²

När olika system representerar olika rationaliteter kan deras respektive logiker komma att kollidera.⁸³ Det är förstås ingen nyhet att mötet mellan nationell rätt och EU-rätt lett till sådana kollisioner, och att kollisionerna lett till att det ena fått vika.⁸⁴ I regel har det väl varit traditionella nationella logiker, särskilt när de ansetts förhindra EU-rättens effektiva genomslag.⁸⁵ Åtminstone kan saken ses så, betraktad från ett EU-rättsligt

⁸¹ I konsumentskyddsreglerna blir t ex konsumentbegreppet en EU-rättslig konstruktion, varvid det relevanta i lägre grad blir enskilda konsumenter, och i högre grad en abstrakt konstruktion i form av den som kan tänkas agera på den inre marknaden.

⁸² Detta är huvudtemat i Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, Baden-Baden 2010 (en ansedd tysk habilitationsskrift, med allt vad det innebär). Jfr, efter honom J Samuelsson, a a s 200 f, samt densamme i Om harmoniseringen av den Europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet, ERT 2009 s 63 ff, bl a s 76. Se även Micklitz, European Private Law s 263. Instrumentaliseringstendensen har kopplats till nationernas upplösning, och hur de ersätts av marknader som den relevanta sociala arenan, så: Grundmann, The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law s 553 ff, jfr även Frerichs & Juutilainen, Rome under seven hills? An Archaeology of European Private Law, I Börner & Eigmüller (eds), European Integration, Processes of Change and the National Experience, s 73 ff.

⁸³ Jfr, för reflektioner på närliggande tema, t ex Teubner, Altera pars audiat: Law in the collision of the discourses, i Rawlings (ed), Law, Society and Economy, s 149 ff, Oxford University Press 1997, eller Gustafsson, Dissens: Om det rättsliga vetandet 2 uppl (Uppsala 2021) s 105 ff. Se även Mossberg, Avtalets räckvidd I s 71 ff, särsk 88 ff m hänv.

⁸⁴ Här borde väl nämnas i vart fall mål 26/62 van Gend en Loos, EU:C:1963:1 (EU-rätten kan ha direkt effekt och ge upphov till individuella rättigheter som det åligger de nationella domstolarna att skydda); mål 6/64 Costa mot ENEL, EU:C:1964:66 (EU-rättens företrädare framför nationella regler i händelse av konflikt); mål 14/83 von Colson, EU:C:1984:153 (indirekt effekt, direktivkonform tolkning), och mål C-9/90 Francovich, EU:C:1991:428 (skyldigheten att utge ersättning till enskild till följd av medlemsstats överträdelse av EU-rätten). – Listan kan förstås göras lång, men det här vet väl alla redan.

⁸⁵ Säkert är vi många som drömt om en actionfilm, om ett gisslandrama i Luxemburg, vars obligatoriska slutuppställning mellan huvudrollen (jag tänker en Bruce Willis-typ, både mjuk och hård samtidigt, men utpräglad europé) och filmens skurk (någon terrorist av lämpligt nationalistiskt snitt... spelad av en britt?) skulle kulminera i att hjälten yttrar "Well, this is my *effet utile!*", för att sedan skjuta skurken i huvudet, så att han, när kulan i en fontän av blod passerar genom både huvud och det för genren obligatoriska fönstret bakom honom, kastas bakåt, ramlar genom glassplittret, och sedan faller långsamt med hela EU-domstolens gyllene fasad, i slow motion – klipp till hjälten perspektiv, högt därövan, varifrån skurken ses ligga långt därnere på gatstenen, död... För mer balanserade framställningar om förhållandet mellan nationell rätt och EU-rätt, se t ex Bernitz, Europa-

perspektiv: Unionsrätten vinner. (För att unionens organ bestämmer det.)⁸⁶

Det riktigt intressanta sker dock när det nyvunna läget sedan ska införlivas i de därigenom tillrättavisade nationella rättsordningarna. Dylika införlivanden i de etablerade ordningarnas konservativa (självkonserverande) system kan nämligen neutralisera mycket av den reformativa kraft vilka unionsutvecklingar kan tyckas ha, vid första anblick; europeiskt breda penseldrag till trots, är det inte alltid mycket färg som tränger igenom nationellrättens silande raster.⁸⁷ (Här eftersträvas som sagt paradigmatiske renodling – därav *mina* breda drag ... och märk, förresten, hur bekvämt man kan glida in i ett motsättningsnarrativ som ställer det ena mot det andra.)

Det finns nog många exempel på slikt silande, men ett av de intressantare sådana rör självaste ”symbolen för den moderna avtalsrätten”: 36 § avtalslagen.⁸⁸ (Händelsevis är det också ett exempel av relevans för gröna löften.) Det rör sig här om ett omdiskuterat tema, men vi kan ta utgångspunkt i en svensk nestors reaktioner på vissa EU-rättsliga utvecklingar på konsumentområdet.⁸⁹ För några år sedan, nämligen 2019, reagerade sålunda Ulf Bernitz på en ännu hyfsat färsk serie rättsfall från

rättens grunder 4 uppl, bl a s 75 ff; Reichel, EU-rättslig metod, i Nääv & Zamboni (red), Juridisk metodlära, s 109 ff, eller, men inte minst, C Johansson, Tjänstepensionen möter EU-rätten: Om relationen mellan svenska kollektivavtal och den inre marknaden, alla m v hänv. Jfr även Strand, Reflektioner med anledning av EU-civilrätten (eller Hey ho, let's go!), ERT 2019 s 92 ff, som, i sammanfattande anda, betonar att samspelet är komplext, och inte bör reduceras till den enas överordning över den andra.

⁸⁶ På EU-rättens officiella hemsida, EUR-Lex, heter det sålunda i en glossarisk sammanfattning att: ”The principle of the primacy (also referred to as ‘precedence’) of EU law is based on the idea that where a conflict arises between an aspect of EU law and an aspect of law in an EU country (national law), EU law will prevail.” (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/primacy-of-eu-law.html>, alla de hemsidor vartill hänvisas besökta 23 sep 2022.)

⁸⁷ Jfr om inertia efter not 157 nedan.

⁸⁸ Jfr Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta s 42 ff (i nytrycket från 2013), och se i avslutning därtill J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 66 ff, särskilt utläggningarna om Grönfors och det moderna arvet på s 74 ff, m omf hänv. Jfr även i not 92 nedan.

⁸⁹ Såväl jag som andra har använt exemplet förut, men det försvarar sin rätt, då det är just ett av de intressantare exemplen.

EU-domstolen.⁹⁰ Han fann serien anmärkningsvärd, och ansåg att den ”utveckling som skett i EU-domstolens praxis ha[de ...] gjort” den traditionella nordiska ”syn[en] på jämkning av oskäliga standardvillkor i konsumentavtal ohållbar”, då avgörandena:

”I korthet innebär [...] att det inte är tillåtet att jämkna ett oskäligt villkor så att det blir skäligt eller att ersätta villkoret med ett annat villkor som bedöms vara skäligt. Det oskäliga villkoret får alltså inte ändras; det ska lämnas utan avseende och är ogiltigt. [...] Sammanfattningsvis gäller alltså enligt unionsrätten att oskäliga standardvillkor i konsumentavtal ska lämnas utan avseende, dvs. betraktas som ogiltiga. De får inte jämkas” med stöd av 36 § avtalslagen, utan avtalet ska betraktas som om det oskäliga villkoret inte fanns.⁹¹

Det är lätt att se den beskrivna utvecklingen som principiellt betydelsefull. En symboltvingning intervention i den moderna civilrättens grundstrukturer, vilken innebure att ett av den moderna domarens viktigaste verktyg undantagits henne, genom att det nu införts ett förbud mot den möjlighet till öppen kontroll och justering av avtal som setts som ett framsteg.^{92, 93} Sett till partsplanet ger den flexibla och situationsanpassande jämkningsmöjligheten ett verktyg som kan göra den enskilda situationen

⁹⁰ Bernitz, Oklarhetsregeln och oskäliga avtalsvillkor: ny rättsutveckling för konsumentavtal, SvJT 2019 s 679 ff, berör EUD:s domar i målen C-618/10, Banco Español de Crédito SA mot Joaquín Calderón Camino, från 2012; C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse och Katarina de Man Garabito mot Jahani BV, från 2013; C-397/11, Erika Jörös mot Aegon Magyarország Hitel Zrt, från 2013; C-26/13, Árpád Kásler och Hajnalka Káslerné Rábai mot OTP Jelzálogbank Zrt, från 2014 samt målen C-154/15 m fl (tre förenade mål), Francisco Gutiérrez Naranjo mot Cajasur Banco SAU, från 2016. Fallen kommenteras även av Farino, i not 100 nedan a st.

⁹¹ Bernitz, a a s 693 ff.

⁹² Jfr t ex Dotevall, Fullmakt och immateriella tjänster s 31 f, som, synbarligen i förlängningen av Grönfors, ser 36 § och dess möjliggörande av nyanserade bedömningar och justeringar som själva grunden för den moderna avtalsrätten.

⁹³ Möjligheten till *öppen kontroll*, genom skälighetsprövning och jämkning, har setts som ett medel för att undanröja kontroll ’dold under tolkningens täckmantel’ (se Mossberg, Avtalets räckvidd I s 449 ff, särsk 454 ff s hänv, jfr även s 406 ff). Ett förbud mot jämkning (= transparent justering) skulle då kunna ses som ett steg tillbaka – en försämring, som åternödvändiggjorde en föräldrad teknik vilken den moderna (nationella) rättsvetenskapen ju redan lagt bakom oss! Att sålunda ”dölja” en avtalsjustering genom att tematisera den i tolkningstermer vore illojalt mot EU-domstolens intentioner. (Gissningsvis skulle man dock ofta komma undan med det, då försätet kan vara svårt att genomskåda.)

rättvisa.⁹⁴ Höjer man blicken till marknadsplanet skapar möjligheten dock en spekulationsmöjlighet, då marknadsaktörer kan uppställa oskäligena villkor (t ex om skyhögt ränta) i förvisning om att de i händelse av tvist får åtminstone något (en skälig ränta).⁹⁵ Jämkning ger också att utfallet i olika fall kan komma att variera, vilket nationellt sett är del av poängen.⁹⁶ Från det överstatliga perspektivet synes det dock skapa risk för (marknads)störande dissonanser. För den som har att bringa de nationella rättsordningarnas skällor i samklang blir lösningen självklar: Eftersträva harmoniska utfall och straffa bort spekulationsmöjligheten. Ingen jämkning. Den rättsliga verktygsådan begränsas till den relativt fyrkantiga ogiltighetspåföljden att helt bortse från oskäligena villkor.⁹⁷ (Det kan förvisso också funka bra med t ex räntevillkor (= 0 % ränta), men sämre med andra villkor (om t ex köparens medverkansförpliktelser).)⁹⁸

Men, och det är nu poängen: Det har hittills inte blivit så mycket av detta ingrepp – och gissningsvis kommer det inte bli det heller.⁹⁹ Delvis därför att EU-domstolen senare nyanserat det som först framstod som mer ingripande.¹⁰⁰ Delvis dock därför att utvecklingen tycks ha tämjts,

⁹⁴ Redan 2003 uttryckte Bernitz (En europeisk civillag?, JT 2003–04 s 503 ff, på s 517) att regeln innebar ett försteg framför kontinenten: "[...] den senare tillkomna 36 § avtalslagen, som har en betydligt mer modern och smidig lösning på avtalsrättsliga ogiltighets-, oskälighets- och jämningsfrågor än den stela syn på avtalsrättsliga ogiltighetsverkningar som man ofta möter i icke-nordiska europeiska länder."

⁹⁵ I det primära fallet i serien, C-618/10 (Banco Español), skulle således ett villkor om dröjsmålsränta på 29 % inte ändras.

⁹⁶ Se SOU 1974:83 s 120 ff och jfr t ex Grönfors & Dotevall, Avtalslagen 4 uppl s 277 ff.

⁹⁷ Begreppstekniskt kan ifrågasättas om det faktum att ett villkor "lämnas utan avseende" innebär att det blir "ogiltigt" i avtalsrättsteknisk mening. Det sagda är inte avsett som något ställningstagande till denna fråga.

⁹⁸ Att helt bortse från vissa typer av villkor kan rubba avtalsbalansen påtagligt. Det är inte minst i sådana fall 36 § AvtL ger särskilda möjligheter, bl a genom att medge ändring av också andra villkor än det oskäligena.

⁹⁹ Låt vara att man aldrig kan sja om framtida utvecklingar med någon säkerhet. (För att bara nämna en, av prognosteoriernas brister.)

¹⁰⁰ Ett centralt avgörande är C-26/13 (Kásler), enligt vilket det är tillåtet att, efter att ha ogiltighetförklarat det oskäligena villkoret, ersätta detta med en utfyllande rättsregel (som väl får förutsättas skälig). (Detta innebär möjligen en praxisändring, givet att vad den spanska domstolen i C-618/10 ville göra var att justera räntan till den lagstadgade nivån.) Se C-26/13 särskilt p 80–82. En färsk undersökning finns hos Farino, Unfair Terms and Supplementation of the Contract, European Review of Private Law 2021 (vol 29) s 441 ff, som ingående berör problematiken och EUD:s praxis, och därvid finner (låt vara inte okontroversiellt) att nationella domstolar i praktiken medges ganska stor frihet att

dess kraft mattats av, genom utnyttjande av våra vanliga neutraliserings... förlåt, införlivandestrategier: Vi läser, som sig bör, noga, och tar då fasta på tillgängliga delimiteringsfaktorer;¹⁰¹ vi erkänner att samspelet mellan EU-rätt och nationell rätt är komplext, och gör sig gällande på flera olika nivåer,¹⁰² på ett sätt som inbjuder till differentiering och distinktioner mellan olika fall, snarare än till att ge genomslag åt förment enkla okomplicerade regler;¹⁰³ vi ser EUD-domar såsom skrivna med fin penna, hellre än målade med bred pensel;¹⁰⁴ vi parafraiserar, ofta medelst

laga efter läge, inklusive att ingripa med 'judicial correction' (jämkning) när detta krävs för ett adekvat och effektivt konsumentskydd.

¹⁰¹ Redan när Camino-fallet (se not 91 ovan) avgjordes kunde man således ta fasta på att avgörandets räckvidd var begränsat till tillämpningsområdet för direktiv 93/13/EEG; det rörde *konsumentförhållanden* (art 1) och *standardvillkor* ("som inte varit föremål för individuell förhandling"), där det aktuella villkoret inte givits någon *undanskymd plats* eller liknande (se domens p 27, jfr direktivets art 3). Domen tar också sikte på *biförpliktelse* (jfr art 4.2 och beaktandesats 18 samt omständigheterna i målet, jfr dock hur generella domskälen är i p 58 ff, inte minst p 73), vilka kan förklaras obindande för konsumenten och *avtalet kan bestå* (art 6.1, jfr Farino, a a s 452 ff). Allmänt i anslutning till poängen i brödtexen, jfr t ex J Samuelsson, DCFR som svensk rättskälla s 198 ff; Strand, The Passing-On Problem in EU-Law Damages and Restitution s 34 ff, och Strand, Reflektioner med anledning av EU-civilrätten (eller Hey ho, let's go!) s 96 (Vi borde "förvänta oss samma grundliga närläsningar av EU-rättsligt material som av svenskt material" och "förvänta oss en läsning av EU-domstolens domar med samma uppmärksamhet på argumentation, omständigheter och prejudikatets formulering som vi tar för självklar när samma person studerar svenska prejudikat.").

¹⁰² Så t ex Strand, Reflektioner med anledning av EU-civilrätten (eller Hey ho, let's go!) s 92 f(f). Jfr även t ex Smits, Dutch Report: Coherence and Fragmentation of Private Law, European Review of Private Law 2012 (vol 20) s 153 ff, på s 160; Schmid, The 'Three Lives' of European Private Law, Antonioli-Fiorentino (eds), A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference (München 2011) s 299 ff, på s 312.

¹⁰³ Jfr, specifikt ang EKMR, men uttryckligen i anslutning till den allmänna europeiseringsstendensen, t ex H Andersson, Nationell EKMR-skadeståndsrätt – en argumentativ probleminventeringsskiss, JFT 2007 s 377 ff (bl a på s 377, om att "juridiken inte 'tar slut' så fort EKMR kan åberopas, utan att den nationella skadeståndsrätten just då 'startar' sin översättning av EKMR till juridik här och nu.", och om ambitionen att motverka att "att den stora berättelsen om den stora konventionen får en del rättsliga distinktioner och differentieringar att nedtonas." – ett tema han sedan utvecklat, i bl a Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 544 ff (jfr s 33 ff) och Ersättningsproblem i skadeståndsrätten, bl a s 646 ff, 786 ff.

¹⁰⁴ Jfr (eller se) Strand, Reflektioner med anledning av EU-civilrätten (eller Hey ho, let's go!) s 90 ff.

i och för sig ofrånkomlig översättning;¹⁰⁵ vi struntar i unionsteleologin, och passar istället in fall i inhemska mönster och mallar,¹⁰⁶ också vad gäller ändamålsresonemang, och – låt oss vara ärliga – ibland ignorerar vi bara.¹⁰⁷ Ser man inte unionsrätten som en del av nationell rätt, så spelar den i en mening ingen roll.¹⁰⁸ Och när den väl gjorts till del av nationell rätt, så har vi strategier för att kastrera unionslagstiftaren och minimera

¹⁰⁵ Det kan t ex förstås såtillvida att man tolkar EU-rättsakters termer i ljuset av motsvarande svenska termer, istället för som autonoma begrepp. Översättningen kan dock även vara metaforisk, såtillvida att inpassandet av något i ett befintligt system utgör ett slags översättning. Det hänger ihop med Pierre Legrand's återkommande invändningar mot harmoniseringsprojekt, och hur han menar att något alltid går förlorat i översättningen. Se t ex Legrand... Ja, nästan vilken som helst av hans artiklar – säger han också själv, då han återkommande, och på olika sätt, gör en poäng av att det, gentemot ett (lag)verks ortodoxi alltid måste vara kätterskt, att försöka fånga det i något annat. Se på temat även Brooks, *The Well Wrought Urn* s 176 ff.

¹⁰⁶ Så ansåg man sig t ex vid införlivandet av direktiv 93/13/EEG, genom avtalsvillkorslagen (1994:1512), kunna införliva art 5 genom regeln i 10 §, som i stort sett sågs som en kodifiering av den ändå redan gällande allmänna oklarhetsregeln, se prop 1994/95:17 s 50 f och 107 f. Numer, synes det dock tänkbart att den rationalitet EUD premierar skulle kunna göra att man vid direktivkonform tolkning av lagen når över tröskeln för en relevant oklarhet tidigare, än först 'när avtalets motstår alla tolkningsförsök'. (Det är tänkbart, men diskutabelt, och en fråga som förtjänar mer än bara en fotnot!)

¹⁰⁷ Det synes sålunda vara norm i åtminstone den svenska förmögenhetsrätten, att bry sig *så lite som möjligt* om EU-rätten, jfr Mossberg, *Avtalets räckvidd I* s 810, och hur t ex Strands, *Reflektioner med anledning av EU-civilrätten (eller Hey ho, let's go!)* s 95 f, kampanjande mot denna norm drivs av samma iakttagelse. Möjligen har det också, i vart fall fram till nyligen, funnits liknande mönster internationellt; jfr, specifikt om konsumentkontraktetsrätten (se nedan), Micklitz, *European Private Law* s 266: "For nearly twenty-five years [...] the building of a European consumer contract law remained largely unnoticed. It remained a domain for consumer lawyers around the globe that was not really taken seriously by private law scholars. It was seen as a kind of 'bastard,' an illegitimate child in the private law domain."

¹⁰⁸ Utan förankring i nationella institutioner riskerar den bli ett abstrakt frispel, som aldrig tar mark. Låt vara att detta frispel, i en annan mening, är nog så betydelsefullt, som en förebådan om vad som kan komma skall. (Man borde kanske bry sig mer om EU-privaträtten, redan innan den dyker upp som gubben i lådan ... och gjorde man det kanske den framstod som mindre överraskande?)

hans exekutionsbetjänters påverkan.^{109, 110} (Och kanske är det en bra sak – kan man få för sig, som optimistiskt bekännande förmögenhetsrättare ...¹¹¹ även om man också kan få för sig att det bara uppskjuter det oundvikliga.)

Nåväl, saken är nu alltså den att det finns en spänning mellan unionsrättsliga tankesätt och nationellt förmögenhetsrättsliga dito. Områdena tänks olika, inte minst i termer av vilka intressen (individuella/övergripande) som bör avvägas. I den mån olikheterna innebär begränsningar

¹⁰⁹ Här finns en spännande motdynamik, då den europeiska utvecklingen går mot att ålägga nationella myndigheter och domstolar ett slags tillsynsansvar: ”Europa” gör nationella rättsvårdande instanser till sin exekutionsbetjänt, i en rörelse ägnad att motarbeta protektioniska tendenser. Nu gäller t ex, och bl a, att nationella domstolar har att *ex officio* kontrollera vissa avtalsvillkor; se sålunda målen C-168/05 Mostaza Claro; C-40/08 Asturcom, och det ovan nämnda C-618/10 Banco Español (not 90), samt om utvecklingen Micklitz, European Private Law s 274 f m hänv, eller t ex T Andersson, Ex Officio Application of the Unfair Terms Directive Cases Against Consumers: A Swedish Perspective, i Nylund & Strandberg (eds), Civil Procedure and Harmonisation of Law (Cambridge 2019), s 153 ff. Jfr även Krans, Procedural Autonomy in the Netherlands: A Fading Relic?, i Krans & Nylund (eds), Procedural Autonomy Across Europe (Cambridge 2020) s 101 ff.

¹¹⁰ Till dessa betjänter räknas förstås även, och inte minst, *akademiker*, som gjort betydande insatser för en European Civil Code (jfr t ex Mattei, The Nile Perch in European Private Law, i Micklitz (ed), The Many Concepts of Social Justice in European Private Law (Cheltenham 2011), s 167 (ff)). Akademiker har agerat opinionsbildande och aktivistiskt (jfr t ex J Samuelsson, ERT 2009 s 72 m hänv) men framför allt har de bidragit till framtagandet av den största symbolen för en sådan kod: den föreslagna Common European Sales Law, CESL, som var resultat av många års europeiskt rättsvetenskapligt samarbete. Här tänker jag på The Study Group, Acquis-gruppen och DCFR (med sitt genomslag i svensk HD-praxis, se därtill t ex J Samuelsson, DCFR som svensk rättskälla s 205 ff, jfr Håstad, DCFR Rules in the Swedish Supreme Court, Festskrift till avtalslagen 100 år del II s 179 ff). Se om projektens historia och betydelse t ex Herre, DCFR och svensk rätt, SvJT 2012 s 933 ff, eller Micklitz, European Private Law s 263 ff, ssk 265 ff – Micklitz, som tillhör europaprivaträttens absoluta höjderskikt och varit med och format europaprivaträtten, men som i efterhand klandrat sig själv för bristen på självkritisk reflektion kring inte minst de kompetensöverföringar han medverkat till, se Micklitz, The Transformative Politics of European Private Law, i Kjaer (ed), The Law of Political Economy: Transformation in the Function of Law (Cambridge 2020), s 205 ff, på s 211 ff.

¹¹¹ Jfr J Samuelsson (med tjänstetitel ”professor i civilrätt, särskilt förmögenhetsrätt”), DCFR som svensk rättskälla?, de lege 2015 s 199: ”Man tenderar att vara lojal med sitt material. Om man följaktligen, som jag, är civilrättare, finns det en risk för att man oreflekterat tar ställning för den nationella civilrätten i dennas möte med europarätten. Det mötet är ju inte friktionsfritt, utan rentav en kollision, en konfrontation, som lätt provocerar fram ett ställningstagande.” Jfr även t ex Bernitz, En europeisk civillag? JT 2003–04 s 503 ff, på 516 ff m hänv.

för unionsrättens genomslag riskerar de medföra utmaningar också för hållbarhetsintressets effektiva genomslag, i förmögenhetsrätten: dels därför att detta intresse till sin natur är övergripande och allmänt, snarare än specifikt och individuellt; dels därför att den mesta hållbarhetsrättsutvecklingen av förmögenhetsrättslig relevans, som nämnts, och följdriktigt, sker inom eller genom unionens apparat.¹¹² Vad gäller hållbarhetsfrågorna finns det väl också fördelar med överstatlig reglering, givet att klimatproblemen till sin natur är globala.¹¹³

Det finns också åtskilliga utvecklingar inom EU vilka har som ändamål att skydda klimatet och bidra till grön omställning.¹¹⁴ Den stora symbolen är den strävan mot att bli ”den första klimatneutrala kontinenten” som signifieras av ”European Green Deal” och som i vart fall retoriskt genomsyrar unionens arbete.¹¹⁵ Unionens gröna agenda påverkar inte minst konsumenträtten, som i den nationellt rättsliga systematiken väsentligen räknas till förmögenhetsrätten, och som bland annat därför kan nämnas. Det finns flera utvecklingslinjer och saker på gång. Ett av

¹¹² Jfr t ex Strand, Reflektioner med anledning av EU-civilrätten (eller Hey ho, let's go!) s 89 ff (bl a på s 92: ”numera kommer som bekant majoriteten av de nya lagstiftningsprodukterna ytterst från EU-lagstiftaren, och den lagstiftaren tar begränsad hänsyn till nationella rättsliga traditioner.”, jfr även s 93), eller Grundmann, *The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law* s 553 ff, på s 555 (där det görs gällande att åtminstone 80 % av den rätt som rör ”economic, social and tax law” är ”European”, i den bemärkelsen att den är ”conditioned by EC primary or secondary law”). Påståenden i stil med att ”den svenska lagstiftaren är ganska ointresserad av förmögenhetsrätt” tycks också ha blivit en återkommande trop, i en rättsvetenskaplig diskussion som ibland synes förbittrad (över att lagstiftaren ignorerar en), och ibland nöjd (över att få vara ifred) – jfr, för delvis motsatt åsikt, och en problematiserande hållning till lagstiftarens evigt ingripande lagstifteri, Ulväng, *Om straffrätt och principer*, i Asp, Lernestedt & Ulväng (red), *Katedralen: Tre texter om straffrätt* (Iustus 2009) s 149 ff, ssk 224 ff. (Egentligen hade jag velat hänvisa till hans installationsföreläsning ”Less is more”, som var mycket tydligare, och dessutom finns inspelad och öppet tillgänglig på internett, via t ex Google, men, då den inte finns utgiven, som text, så gör jag inte det.)

¹¹³ Låt vara att det kan vara politiskt svårare att få åstundad reglering på plats pga ökad kulturell heterogenitet, och att hållbara ambitioner kan urvattnas genom nödvändiga politiska kompromisser.

¹¹⁴ Vad gäller nationell förmögenhetsrättsutveckling finns väl också skäl för fortsatt pessimism, då den svenska lagstiftaren alltså inte gärna petar i området, annat än för att ”köra igenom” EU-lagstiftning. Jfr debatten om ”HD:s aktivism”, och hur den försvarats med hänvisning till lagstiftarens passivitet.

¹¹⁵ Se i anslutning till denna deal t ex Dahlbergs bidrag i denna bok.

unionens uttalande mål, i den *New Consumer Agenda* som ska styra policyarbetet 2020–2025, är att ytterligare revidera unionens

”consumer law to empower consumers for active participation in the green transition”.¹¹⁶

Ambitionen ligger i linje med internationella trender,¹¹⁷ och det finns väl en logik i att vilja ge konsumenter mer makt, givet att konsumtionens klimatteffekter i regel fått vara en konsumentsmaksfråga. Närmare bestämt på så vis att det, helt i linje med förmögenhetsrättens paradigm, lämnats upp till enskilda att välja grönt – eller låta bli.¹¹⁸ Konsumenträtten är också ett av de områden där unionen har störst kompetensmässig trovärdighet, vilket knappast skadar, emedan realisandet av unionsagendan också är en fråga om vad som är realpolitiskt möjligt.¹¹⁹

¹¹⁶ Empowerment-retoriken genomsyrar kommissionsdokumentet, se COM(2020) 696 final. Agendan finns även på svenska, som ”Ny strategi för konsumentpolitiken”, men i den svenskspråkiga versionen ljuder ambitionen mycket tamare. Det mesta låter förstås coolare på engelska, men här tycks också den engelska språkdräkten signalera en ambition som är mer ... ambitiös. Den svenska versionen inleds: ”De europeiska konsumenterna förväntar sig med rätta att kunna utnyttja den inre marknadens alla fördelar och att ha möjlighet att göra välgrundade val och aktivt delta i den gröna och digitala omställningen närsomhelst och var de än befinner sig i EU”, medan den engelska lyder så: ”European consumers rightly expect to benefit fully from the single market and to be empowered to make informed choices and play an active role in the green and digital transition whenever and wherever they are in the EU.” Semantiskt kan man kanske säga att versionerna överensstämmer (och det låter ju inte klokt att man ”ska bemäktiga konsumenterna”), men meningarna får olika laddning, och detta går sedan igen, genom dokumentet.

¹¹⁷ Jfr sålunda t ex Poncibò, *The Contractualisation of Environmental Sustainability*, *European Journal of Environmental Law* 2016 (vol 12) s 334 ff; Muniz Cipriano, *Consumer Law and Sustainability: The Work of the United Nations*, i do Amaral Junior, Almeida & Klein Vieira (eds), *Sustainable Consumption: The Right to a Healthy Environment* (Cham 2020) s 153 ff, och i samma antologi Durovic & Lech, *International and Transnational Consumer Law on Sustainable Consumption* s 13 ff; Mathios, Micklitz, Reisch, Thøgersen & Twigg-Flesner, *Journal of Consumer Policy's 40th Anniversary Conference: A Forward Looking Consumer Policy Research Agenda*, *Journal of Consumer Policy* 2020 (vol 43) s 1 ff. Det rör sig här om två parallella trender, dels att (ansvaret för) hållbarhet kontraktualiseras, dels att hållbarhetsaspekter görs till en legitim del av konsumenträtten, vilka båda inbegriper en rörelse mot att ge konsumenter rätt att faktiskt kräva hållbarhet.

¹¹⁸ Se vidare 4 nedan.

¹¹⁹ Jfr t ex Micklitz, *European Private Law* s 264 eller dens, *The EU as a Federal Order of Competences and the Private Law*, i Azoulai (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford 2014), s 125 ff, bl a s 126 f.

Unionen tar alltså fasta på övergripande mål, för att verka för hållbarhet. Ett av de senaste initiativen går ut på att ”främja cirkulär ekonomi” genom att ”kraftfullt motverka” förkortade produktlivsåldrar (early obsolescence practices), samt att därtill, och här centralt, *förbjuda greenwashing*, genom att uppdatera direktivet om otillbörliga affärsmetoder, som i Sverige införlivats genom marknadsföringslagen. Konkret föreslås utökningar av

”förteckningen över produkttegenskaper som en försäljare inte får vilseleda konsumenterna om, till att omfatta miljömässig eller social inverkan samt hållbarhet och reparerbarhet. Därefter inkluderas även nya metoder som anses vara vilseledande efter en bedömning från fall till fall, t.ex. att göra ett miljöpåstående som gäller framtida miljöprestanda utan tydliga, objektiva och kontrollerbara åtaganden och mål och ett oberoende övervakningssystem.”¹²⁰

Det finns andra utvecklingar,¹²¹ och ytterligare andra är tänkbara,¹²² men förslagen gäller som synes i första hand marknadsföringsrätten. Det är

¹²⁰ Europeiska kommissionens pressmeddelande 30 mars 2022, ”Den cirkulära ekonomin: Kommissionen föreslår nya konsumenträttigheter och förbud mot grönmålning”: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/IP_22_2098.

¹²¹ Bland andra åtgärder kan nämnas unionens ansatser till regler om *informationsgivning*, helt i linje med den vedertagna rationalistiska logiken om att motverka informationsasymmetrier och sträva mot det ekonomiteoretiska idealet om fullt informerade marknadsaktörer (konsumenter). (För om man bara dränker folk i text, så löser sig ju allt – så har ju exempelvis alla GDPR-mail och cookie-accept-popuper otvivelaktigt gjort världen till en bättre plats.) Därutöver verkar unionen för *standardisering* (taxonomiförordningen har symbolvärde) och olika *märkningar* (den mest relevanta är kanske EU Ecolabel, jfr om den t ex Zsolt, *The Smokescreen of a Daisy: Critical Notes on the EU Ecolabel scheme*, *Studia iuridica auctoritate, Universitatis Pecs publicata* 61, 2016 s 154 ff) samt att uppmuntra kommersiella aktörer till *självständiga hållbarhetsåtaganden* som komplement till regleringen (främst kan nämnas Kommissionens Sustainable Consumption Pledge, som synes erbjuda grönmålare en lysande möjlighet att låna av EU:s eventuella trovärdighet som hållbarhetsgarant).

¹²² Det är svårt att förutse vad instrumentaliseringen av privaträtten och befrämjandet av övergripande marknadslogiker kan leda till. Det är väl dock inte otänkbart, att rättsutvecklingen skulle inriktas på att adressera uppmärksammande brister, varför utvecklingar kunde tänkas av bl a konsumenträttsliga *felregler* (Sisula-Tulokas analys, se i not 172 nedan, ger vid handen att det inte är nödvändigt, men förtydliganden är väl tänkbara, t ex angående betydelsen av sådana standarder och märkningar som nämns i noten ovan), liksom *relevansregler* (inte minst vad gäller reklamationsfrister, synbarligen helt i linje med ambitionen att motverka förkortade produktlivsåldrar, jfr vid not 172 nedan), och

dock inte särskilt långsökt att de skulle kunna få inverkan på enskilda partsrelationer genom exempelvis offensivt unionslojala tillämpningar av köplagarnas regler om marknadsföringsansvar.¹²³ Man kan också tänka sig en strängare tillämpning av oklarhetsregeln, för att komma åt det slags vaghet som ofta präglar gröna löften.¹²⁴ Att på så vis, eller andra,¹²⁵ medelst klimatoffensiv rättstillämpning ge verkan åt gröna löften och göra dem exekverbara skulle väl ge konsumenter makt, på ett sätt som ligger i linje med unionens agenda. Dylika utvecklingar synes också fulla tänkbara – särskilt om man tar unionsutvecklingarna på allvar, istället för att reflexmässigt neutralisera dem.

Att ge gröna löften effekt måste dock inte bero av att EU-rationaliteter överordnas nationella. Man torde kunna behålla fokus på partsintressen, men medelst utvecklingar av kontraktspraxis och/eller tolkningsvisa utvidgande parafraiseringar omformulera vad som utgör relevanta intressen.¹²⁶ Vad gäller den praktiskt betydelsefulla frågan om effektmätning, ska då medges att många effekter, som kan vara aktuella inom ramen för till exempel en kontraktsbrottsbedömning, säkerligen är svåra att bevisa. Det är dock inte givet att en grönköpare, hellre än en grönlovande säljare, borde bära risken för detta. Det framstår som fullt tänkbart att, med avvikelser från den vid feltalan normala ordningen, ålägga säljaren bevisbördan för att sådana kli-

påföljdsregler, där t ex regler om viten eller schabloniserade skadestånd kunde uppfattas adressera svårigheterna att bevisa skador orsakade av "klimatfel" (straffskadestånd skulle kunna skapa hållbarhetsincitament, ungefär som med diskrimineringsersättningsens preventionspåslag – även om det framstår som en högoddsare). Man kunde också tänka sig en mer *vidsträckt direktkravs rätt* mot producenter, för att främja cirkulär ekonomi (jfr om den ambitionen strax ovan). Även annat är tänkbart, inte minst innovationer vad gäller fördelning av "tillsynsansvaret", jfr vid och i not 194 nedan samt i not 109 ovan). Se även 6 nedan.

¹²³ Jfr sålunda t ex 4 kap 2 § 4, samt 11 och 23 §§ i den nya konsumentköplag som liksom den tidigare har EU-rättslig bakgrund. (Jag avser utveckla detta på annat håll, därav den helt svepande stilen här.)

¹²⁴ Sålunda kunde man t ex försöka argumentera för en strängare tillämpning av 10 § AVLK medelst återopande av den till grund för Camino-fallet m fl liggande rationaliteten (se not 100 och 106 ovan). Kunde man tänka sig utveckling av en särskild, instrumentell, oklarhetsregel? Redan genom praxis?

¹²⁵ Lek med tanken, på att kombinera en sträng tillämpning av allmänna principer om *culpa in contrahendo*, med en ersättningsbestämning innefattande preventionspåslag...

¹²⁶ Jfr *The Chancery Lane Project* (<https://chancerylaneproject.org>) med ambitionen att bidra till omställning genom att utveckla standardvillkor för "climate aligned contracts", och för detta ändamål tillhandahåller en växande samling modelklausuler, definitioner och verktyg. Jfr även B Lehrbergs bidrag i denna antologi samt i not 172 nedan.

mateffekter som åberopas faktiskt finns. Det skulle gynna klimatintressets rättsliga genomslag, och ligga i linje med unionens gröna ambitioner – men egentligen behövs väl ingen EU-rätt för att legitimera en sådan fördelning av bevisbördan: Varför skulle *inte* bevisbördan placeras så? Åtminstone i konsumentfall?¹²⁷

4 Avtalsfrihet och intervention

Förmögenhetsrätten ses gärna som ett rättsligt uttryck för idén om individens frihet. Området kan därmed sägas grundas i, och kontinuerligt reproducera, den liberala ideologi enligt vilken den rationella människan ska vara fri att forma sitt eget liv. Den implicita människosynen blir individualistisk; varje människa är unik, en diskret varelse, särskiljbar från varje annan, med självständiga rättigheter, en uppsättning friheter, och legitima anspråk på självbestämmande. Eftersom friheten ska vara också ekonomisk, blir äganderätt, avtalsfrihet och formell ekonomisk autonomi nödvändiga beståndsdelar i förmögenhetsrättens paradigm.¹²⁸ (Det här gäller nog förresten i lika hög grad för EU-privaträtten, som rent av kallats ett nyliberalistiskt projekt i det globala kapitalets tjänst.)¹²⁹

¹²⁷ Det verkar vara vanligt förekommande, att man tänker sig att felansvar skulle vara uteslutet, pga att köpare har svårt att bevisa olika ”klimatomständigheter”. Det är säkert riktigt att det är svårt att bevisa det som krävs, och det här är uppenbarligen komplicerat, på ett sätt motiverar mer än en fotnot, men här får jag nöja mig med konstaterandet att det ingalunda framstår som givet att köparen borde få bära bevisbördan, för de omständigheter som konstituerar fel, när de är särskilt svårbevisade, och en sådan bevisbördefördelning leder till att näringsidkare kan lova, om inte guld, så väl gröna skogar, utan att kunna hållas till sitt löfte.

¹²⁸ Här hämtar jag inspiration ur Liberalernas partiprogram 2022. Visst blir det ganska träffande?

¹²⁹ Mattei & Nicola, A “Social Dimension” in European Private Law, *New England Law Review* 2006 (vol 41) s 1 ff. Jfr även Mattei, The Nile Perch in European Private Law, s 167 (ff), och Somma, At the roots of European private: social justice, solidarity and conflict in the proprietary order, s 187 ff, båda i Micklitz (ed), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, samt den Study Group som nämns i noten nedan. Frågor om europaprivaträttens politiska fundament berörs även i Brownsword, Micklitz, Niglia & Weatherill (eds), *The Foundations of European Private Law*, där Niglia ger viss sammanfattande överblick på s 177 ff.

Även om det finns också så kallade sociala tendenser (och en rörelse, på halvfart,¹³⁰ mot en social civilrätt),¹³¹ och även om avtalsfriheten (ganska tendentiöst, och med viss projicering)¹³² hävdats vara ”övervakad och rudimentär”,¹³³ så kan man nog säga att liberalismen här alltjämt utgör segrande ideologi^{–134} eller rent av påstå att den klassiska förmögenhetsrätten är det närmaste man, inom rättens domän, kommer ett svar på kapitalismen.¹³⁵

Förmögenhetsrättens paradigm finner som nämnts ett ideologiskt fundament i idén om *individens skyddade sfär*, med dess fri- och rättigheter. Idén anger utgångspunkten, och varje inskränkning av de senare blir ett intrång i sfären; något tas undan från den, och undantag ses lätt som sådana förändringar vilka, till skillnad från utgångspunkterna, fordrar särskild förklaring.¹³⁶ (Emedan ingen misstänker det normala ger gestaltandet av något som norm lätt en normerande kraft ... är väl en del av poängen med kultur- och normkritik.) I takt med att utgångs-

¹³⁰ Delvis beror väl halvfarten på att socialiseringsprojektet flyttat upp till internationell nivå, en rörelse för vilken Study Group on Social Justice in European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto, European Law Journal 2004 (vol 10) s 653 ff är ett slags symbol. I denna Study group ingår i princip alla europaprivaträttens ”stora namn”, och i den inledande författarnoten framgår att ett antal ytterligare personer ur den internationella akademiska adeln, ”though unable to participate in the composition of this Manifesto, have asked to be associated with its content”.

¹³¹ I nordisk rätt är den stora symbolen för denna rörelse alltjämt Wilhelmsson, Social civilrätt, från 1987. En färsk undersökning med vissa beröringspunkter finns i Halje, Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar (Uppsala, 2022).

¹³² Jfr redan Adlercreutz anmälan av verket i not 133 nedan, i Om avtalstolkning, SvJT 1990 s 578 ff. Jfr även Hästad, Reform av de nordiska avtalslagarna, Nordiskt juristmöte (NJM) 1990 s 247 ff, på s 281 f; och Grönfors reaktioner i referaten från mötesdebatten, s 269 f; Lehrberg, Anmälan av Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta, SvJT 1996 s 461 ff. Jfr även J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 99 f.

¹³³ Grönfors, Tolkning av fraktavtal s 18.

¹³⁴ Det har visst symbolvärde att Grönfors fått smäll på fingrarna för sin karaktärisering vid noten ovan; han vidgick senare (Grönfors, Avtalsgrundande rättsfakta (1993, men cit fr nytrycket 2013) s 44 f) att det ”onekligen [var] att ta i och locka till känsloladdade motargumenteringar” (jfr möjl hänv i not 132 ovan), att kalla avtalsfriheten ”rudimentär”, varför han istället valde ett mer ”neutralt” uttryck, och talade om ”den övervakade och förminskade avtalsfriheten” (kurs ändrad).

¹³⁵ Jfr Hydén, Förmögenhetsrätten ur ett rättssociologiskt perspektiv, SvJT 1988 s 203 ff, på s 204, eller Eklund, Juridiken som samhälleligt styrmedel, SvJT 1977 s 577 ff, 582 ff (ansats till historiciserande förklaring). Jfr även J Samuelssons ironi i Avtalsrätt efter historiens slut, JT 2016–17 s 643.

¹³⁶ Jfr efter not 157 nedan.

punkten naturaliseras¹³⁷ får idén en atmosfär av förgivettagen neutralitet över sig –¹³⁸ det är bara så det *är*, snarare än ett historiskt och kulturellt kontingent fenomen, eller en värdebemängd konstruktion på ett område där det hade kunnat vara annorlunda.¹³⁹

När de förmögenhetsrättsliga aktörernas samlas, och deras personliga sfärer aggregeras till marknadsnivå, så kan frihetsidealets naturalisering göra appeller till idén om marknadens frihet till slagkraftiga övertygelsesmedel: den fria marknaden kan då tänkas som det enda ekonomiska system vilket går att förena med individuell frihet, och därmed med ett sant demokratiskt statskick.¹⁴⁰ Därtill understöds marknadsfriheten ofta med konsekventalistiska argument, i stil med att den fria marknaden är det mest framgångsrika ekonomiska systemet för att skapa välstånd.¹⁴¹ – Sfärerna aggregeras, och rättar in sig, på marknadens plan, där de arrangeras till en gränslinje vilken lagstiftaren tänks inte böra överträda; att intervensera i den fria marknaden blir inte bara välfärdshämmande, utan därtill en begränsning av varje där aktiv persons frihet!¹⁴² Dylika

¹³⁷ Jfr, kärnfullt om ideologisk naturalisering som medel för rättens realisering, t ex Schlag & Griffin, *How to do things with legal doctrine* s 14 f. För ett retorikvetenskapligt perspektiv på liknande tema, se Bengtson, *Den mytiska argumentationsbasen: Roland Barthes mytbegrepp i retorisk argumentationsteori*, *Rhetorica Scandinavica* 2012 s 38 ff.

¹³⁸ Jfr... kanske Bernitz, *En europeisk civilag?* s 516 f, bl a 517, där han förhåller sig skeptiskt till Wilhelmsson (som kritiserat det europeiska civillagsprojektet för dess förmenta värderingsneutralitet, när det i huvudsak bygger på ett marknadsliberalt synsätt), och fortsätter: ”Den allmänna uppfattningen även i Norden, till vilken jag ansluter mig för egen del, torde vara att den centrala avtals- och obligationsrättsliga lagstiftningen till övervägande del är tämligen värderingsneutral [...]”

¹³⁹ Dvs på det område som enligt Aristoteles (*Retoriken* 1357a) är retorikens domän.

¹⁴⁰ Jfr t ex Taxells klassiker *Avtalsrättens normer* s 15 f, där han sålunda framställer några av det västerländska samhällets grundtrådar som ouppknutligen sammanvävda: ”Vårt lands samhällssystem – nordisk *demokrati* – [...] Demokratin framhäver individens *frihet*. [...] Envar tillförsäkras ett sådant mått av personlig frihet att de har tillräckliga möjligheter att tillgodose egna behov och verka för intressen som de finner angelägna. I denna frihet finns en bas för ekonomisk verksamhet. Närings- och avtalsfrihet är uttryck för ledande tankar i demokratin med dess respekt för individuell frihet. [...] En i egentlig mening fri marknadsekonomi kan knappast förekomma i andra än i demokratiskt styrda samhällen. Det ekonomiska livets marknadsekonomiska frihet har det demokratiska samhällets tysta erkännande och gillande.”

¹⁴¹ Liberalernas partiprogram, igen här – men det är fortfarande för att det är träffande: den klassiska förmögenhetsrätten är otvivelaktigt ägnad att tilltala folkpartister.

¹⁴² Nej, jag menar inte att alla förmögenhetsrättare tänker så här. (Vad vet jag om det?) Jag menar att området *inbjuder* till sådana tankesätt, och att den klassiska förmögenhetsrätten inbjuder till ett mått av politisk naivitet, pga dess effekt att få de liberala grundanta-

tankegångar kan understödjas även med rättsekonomiska argument, som ju ofta baseras i en tillväxtideologi och operationaliserar idéer om den ideala marknaden som interventionsfri (fri från *störningar*).¹⁴³ (I gröna sammanhang borde väl dock annat ekonomiskt tankestoff vara av större intresse, såsom det för all ekonomisk analys grundläggande antagandet om resursernas knapphet (typ: planetära gränser), eller analyser i termer av marknadsmisslyckanden – varvid för övrigt den populära tankefiguren kan upprepas, enligt vilken klimatkrisen är 'vår tids största marknadsmisslyckande'.)¹⁴⁴

Tanken om att man har kontroll över sin individuella sfär får effekter för rättsliga resonemang. Skyddet mot intrång i sfären innefattar, per varje konventionell definition, rätten att hålla andra ute, varför också envar äga negativ avtalsfrihet.¹⁴⁵ Förmodligen viktigare är dock kontrollens positiva sida: rätten att bjuda in andra i sin sfär. Envar skall äga positiv avtalsfrihet, ty man är, som redan Cicero lär ha sagt, inte fri, om man inte är fri att binda sig, varför också avtal skall hållas – för att respektera avtalsfrihetens princip.

Avtal är rättens kanske förnämligaste uttryck för individens autonomi, och i vart fall alltså just paradigmiskt för förmögenhetsrätten.

Halvt parentetiskt kan noteras att avtalsinstitutionen får en förnyad aktualitetsbas, när politiska utvecklingar leder till minskningar av den offentliga sektorn, till privatiseringar, och till utnyttjandet av avtalsregimer för att säkra social välfärd och trygghet, varvid även viljan att utnyttja (skapa) konkurrensutsatta marknader för att främja effektiviteten i tillhandahållan-

gandena att framstå som politiskt neutrala, snarare än ideologiskt kontingenta. Jag menar heller inte att man ska sätta sin egen politiska övertygelse över förmögenhetsrätten eller över 'den politik som kristalliserat sig till rät'. (När har jag sagt det?) Den som sätter sig över källorna och tolkningstraditionerna, den ägnar sig över huvud taget inte åt juridik. Om något, menar jag blott att varje jurist har ett performativt ansvar, som medskapare av rätten.

¹⁴³ Se på temat Mossberg, Avtalets räckvidd I s 717 ff, särsk 720 ff m omf hänv. Se även t ex Landeman, Markåtkomstersättning s 41 ff, för en god överblick över mycket av vad jurister kan hämta ur ekonomin.

¹⁴⁴ Exempler är, som man säger, legio. Ett uppmärksammat sådant finns i Isabel Schnabels, ledamot i Europeiska centralbankens Direktion, tal på European Sustainable Finance Summit 28 sep 2020 ("When markets fail – the need for collective action in tackling climate change").

¹⁴⁵ Undantag finns (kontraheringsplikt är kanske det viktigaste), men utgångspunkten har stark appell.

det av allmänna nyttigheter ger förnyad och utökad aktualitet.¹⁴⁶ När privatiseringstendensen ger marknadisering och kontraktualisering blir avtal både medel för medborgarnas behovstillfredsställelse och styrmedel för att reglera den.¹⁴⁷ Då kommer avtalsparadigmet att innebära – bära i sig, och föra med sig – åtskilligt. Det formar förståelsen av området, och i takt med marknadslogikernas (av europeisering, globalisering, privatisering, med mera) spridning uppstår nya (affärs)möjligheter, och nya problem av såväl faktiskt som rättsligt slag, inte minst vad gäller hållbarhet – för även där omförhandlas förhållandet mellan offentligt och privat.¹⁴⁸

Som en i grunden liberal tankekonstruktion är avtalsparadigmet ägnat att ge försteg åt idéer om försäljnings- och inköpsfrihet. Det är rakt av en effekt av avtalsfrihetsidealet. Anknytningen till ideologin om individuell autonomi ger förvisso en skenbar konsumtionsneutralitet: avtalsfriheten som sådan behöver inte vara konsumtionsdrivande, eftersom envar har rätt att också avstå från att konsumera (mera). När avtalsfriheten dock på systemnivå kombineras med tillväxtidealet blir den medel för realiserandet av den ideologik som inbegriper idén om tillväxtens nödvändighet, som ett samhälleligt gott,¹⁴⁹ och blir då, legitimerad av den konsumerism

¹⁴⁶ Man kan förstås tycka att de utvecklingar som beskrivs befinner sig långt ovan oss, som utträtar vårt ödmjuka värv på det juridiska verkstadsgolvet. Utvecklingarna påverkar dock även oss. Ett tecken därpå, är att de kontinuerligt avsätter spår i praxis. Se t ex NJA 1998 s 656 I (där kommunal barnomsorg bedömdes i vissa avseenden ha ”så pass starka privaträttsliga inslag att det föreligger ett ömsesidigt förpliktande avtal”); NJA 2008 s 642 (liknande; med grund i avtalsrättsliga principer behövde en vårdnadshavare inte betala barnomsorgsavgift för den tid förskolan var stängd pga strejk); NJA 2011 s 600 (bristfällig tandläkarvård konceptualiserades som en felaktigt utförd privaträttslig tjänst), och NJA 2018 s 266 (utbildningsavgift, Mälardalens högskola blev pga bristande utbildningskvalitet återbetalningsskyldigt enligt kontraktsträttsliga principer till en utländsk student). Temat har berörts av bl a Heidbrink, se t ex hans kommentar till 2018 års avgörande i JT 2018–19 s 137 ff, m hänv till sin tidigare produktion på s 140.

¹⁴⁷ Gärna, förstås, utifrån mätbara faktorer, som helst också kan siffrasättas – så att man kan kringgå alla onödiga, besvärliga, kvalitativa, bedömningar.

¹⁴⁸ Jfr i och vid not 117 ovan, och för all del 6 nedan.

¹⁴⁹ ”BNP bör växa; vi kan gå framåt och uppåt – eller falla bakåt och nedåt!”, med den modernistiska metaforikens alla värdeladdade konnotationer (möjligen kan man också se detta bekräftat i det allmänna samtalets tendenser till ekomodernism).

som kapitalistiska egenintressen underblåser,¹⁵⁰ ägnad att befrämja en konsumtionsdrivande logik – av allt att döma till men för klimatet.

Avtalsfrihetsideal tenderar också dels, som nämnts, att sättas i samband med andra för det västerländska tänkandet grundläggande värden (frihet, individualism, demokrati, rationalitet,¹⁵¹ osv), dels, kanske särskilt i nyliberalt tänkande, att underställas dedifferentierande analyser, där (avtals-) friheten genom att göras till en, stabil, sak kommer att framstå som mer oomkullrunkelig. Härigenom kan idealet vinna betydande övertalningsförmåga. Oförtjänt, kan man tycka, och till stöd för sin åsikt åberopa det gamla ordspråket om att inte alla får bör skäras över samma kam.¹⁵² När sådana dedifferentierande analyser kommer att operationaliseras i rättsliga diskurser så innebär väl detta också en sådan politisering av desamma att man kunde ifrågasätta om inte (den förvisso instabila) distinktionen mellan rätt och politik träds förnär.¹⁵³

”Det är skillnad på rätt och politik” har blivit en glosa som närmar sig maximens status, och som i vart blivit allas vår favoritfloskel för att utan vidare spisning hänföra vissa effekter till ”politiken”, och därigenom göra dem inte bara irrelevanta, utan till rättsligt sett *illegitima* hänsynstaganden – till effekter som inte må beaktas utan att bli ”aktivistisk”, dvs ”politisk” (eller i värsta fall en extremistisk haverist). Som om förekomsten (eller möjligheten) av en

¹⁵⁰ Konsumerism kan i sammanhanget ses som den outtalade ideologi som är resultat av omfattande systematisk artificiell stimulering av konsumentönskemål genom manipulativ marknadsföring av massproducerade konsumentprodukter.

¹⁵¹ Om rationalitet ses som en förutsättning för frihet, så kan man däri finna förklaring till att den som inte anses agera rationellt ofta får se sitt agerande underkänt av rätten.

¹⁵² Sagt med Olaus Petris sextonde domarregel i bakhuvudet (om hur många ”uppenbarliga och allmänneliga ordseder pläga brukas för lag, så att där må dömas efter.”). Ord-språk, eller bara ordspråksklang, kan ju uppfattas förmedla insikter och klokskap. De frambesvärjer lätt känslan av tradition, ålder och naturlig visdom: maximer som ett kulturarv med kloka saker ”de gamla” (jfr engelskans *the ancients*) tänkt ut, och sedan fångat i kärnfulla fraser för förenklad förmedling. Jfr även ordspråksexperten Whiting, *The Nature of the Proverb* (1932) som definierat proverb som: ”[A] short saying of philosophic nature of great antiquity, the product of the masses rather than the classes, constantly applicable and appealing because it bears a semblance of universal truth.”, eller Mieder, *Proverbs Are Never Out of Season: Popular Wisdom in the Modern Age* (1993) som gör ett nummer av att ordspråk därför kan vara *farliga*, som kraftfulla verktyg i övertalningsapparater av också det mindre nogräknade slaget.

¹⁵³ Här kunde möjligen erinras om den ännu rätt minnesvärda diskussionen kring utredningen om Frihyressättning vid nyproduktion (SOU 2021:50), samt den därmed sammanhängande regeringskrisen, som en arena där gränsen mellan rätt och politik förhandlats.

distinktion skulle kunna säkra rättsvetenskapens politiska neutralitet! – Re-peterandet av gloskunskapen tjänar förvisso till att upprätt(håll)a en gräns och att negativt avgränsa juridikens domän. Det blir ett retoriskt drag, i det juridiska spelet, som ofta är försvarbart; disciplinära gränser är nödvändiga, givet att det förutan sådana inte kan finnas några discipliner. Stundtals, och det är väl det som motiverar denna petita utvikning, kan man dock få för sig att gloskunskapen (dvs den inarbetade föreställning eller doxa vartill glosan appellerar) åberopas för att legitimera en till synes närmast uppsåtlig (rätts)politisk naivitet. – ”Jurister måste vara mäktiga ett stort mått personklyvning”,¹⁵⁴ och jag är bara lojal mot *systemet!*”, säger man ... som om det vore neutralt. Alternativt (mer konspiratoriskt): åberopar man glosan för att medelst intellektuellt ohederligt manövrerande försöka dölja vad som i realiteten är (rätts)politiskt smygkampanjande.¹⁵⁵ – För det är väl inte mindre ”politiskt” att argumentera *för* avtalsfrihet, än att argumentera *mot* den? ... eller vice versa?¹⁵⁶ Kunde man inte bara acceptera att också rättsvetenskapare har ett performativt ansvar, som medskapare av systemet?¹⁵⁷

¹⁵⁴ Ekelöf & Edelstam, Rättegång: Första häftet 9 uppl (Stockholm 2016) s 104 f. Jfr även Ekelöf, Om rätt och moral, Vänbok till Boman (Uppsala 1990), omtryckt i de lege 1991 s 57 ff, på s 57 f (där Ekelöf blygsamt skryter om hur han sagt sig hellre vilja ta till vapen, än agera systemiljoalt). Jfr möjligen även H Anderssons ”vänliga likgiltighet” (se främst Rättspolitiskt inkorrekt – en bra början?, Vänbok Saldéen (Uppsala 2003) s 25 ff; jfr Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 59 ff) som ibland liknats vid Ekelöfs personlighetsklyvning, vilket dock inte framstår som oproblemiskt.

¹⁵⁵ Som en motinstans kunde Knuts, Kursmanipulation på värdepappersmarknaden (Helsingfors 2011), framhållas, som ett föredöme, då han inleder sin doktorsavhandling (s 3) så: ”Jag tänker börja denna bok med en bekännelse. Ibland är det helt enkelt bäst att lägga korten på bordet: Jag tror på liberalismen. För denna avhandling är min ideologi helt avgörande.” Jfr dock H Andersson, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten s 51 not 48, som (om än inte mot Knuts) anmäler skepsis mot det ”attraktiva” i ”att anföra en viss politisk uppfattning som stöd för en teoris attraktivitet”, vilket ger vid handen att saken inte bara gäller *om* man är (rätts)politisk medveten och öppen, utan också *hur* man är det.

¹⁵⁶ Att det kan vara legitimt är en annan sak – eftersom legitimitet och neutralitet är två olika saker. Man kan tycka att avtalsfrihet är önskvärt (det gör nog t ex ofta jag själv), men det innebär inte, att bejakandet av (någon viss förståelse av) sådan inte för med sig effekter som kan mätas med en politiskt-ideologiskt måttstock. (Det är heller inte utan intresse, att en av distinktionens första, och främsta, företrädare, i dess moderna tappning, nämligen Hans Kelsen, sannolikt anammade distinktionen av politiska skäl, specifikt ambitionen att isolera rätten från nazistisk rättsutveckling (se Mossberg, Avtalets räckvidd I s 494 ff m hänv).)

¹⁵⁷ På det temat: Det har redan framgått att ambitionen här är att försöka problematisera vissa förmögenhetsrättsliga grundstrukturer, för att därigenom öppna för omförhandling av dem, i syfte att, så att säga, *hållbarhetstesta* dem – och just i denna del av texten gäller det primärt vissa (dedifferentierade) förståelser av avtalsfrihetens ideal.

Här gör sig synbarligen också det argumentationsteoretiska fenomenet *inertia* (diskursiv tröghet) aktuellt. Fenomenet är kopplat till frågor om bevis- och argumentationsbörda. Filosoferna Chaïm Perelman & Lucie Olbrechts-Tyteca förklarar:

'Inertia gör det möjligt att förlita sig på det normala, det vanemässiga, det reella, och det faktiska, och att värdesätta, vare sig det är fråga om en existerande situation, en accepterad uppfattning, eller ett stadium av regelbunden, kontinuerlig utveckling. Förändring, å andra sidan, måste legitimeras [...] Det är mycket vanligt att man i argumentation insisterar på att inget i omständigheterna motiverar en förändring.'¹⁵⁸

Inertia aktualiseras inte minst avseende tidigare beslut (jfr idén om prejudikats bindande verkan) men fenomenet är allmänt, och innebär alltså att den som kan gestalta sin position som befrämjande *status quo* i regel vinner ett argumentativt försteg, framför den som argumenterar för en förändring, genom att den senare tenderar att åläggas argumentationsbördan.¹⁵⁹ Det innebär, att den som kommer undan med en ingångsinsamling¹⁶⁰ som lägger tonvikt på marknadens frihet ("och varför skulle inte människor få välja själva?") lätt kommer undan med ett par saker. För det första, med att utmåla reglering som intervention. Det gäller förstås särskilt föreslagen ny reglering (varför det kan vara strategiskt att presentera den som "endast) en kodifiering").¹⁶¹ För det andra, med att gestalta förslagsställaren som en intervenient, vilken i denna egenskap borde åläggas att legitimera sina förslag – som alltså presumeras vara utan fog.¹⁶² (Apropå konservativa tendenser.)

¹⁵⁸ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric: A Treatise on Argumentation* s 104 ff (jag översätter här en passage från s 106).

¹⁵⁹ Se om fenomenet även t ex Crosswhite, *Inertia in Argumentation: Nature and Reason*, i Hansen, Kauffeld, Freeman & Bermejo-Luque (eds), *Presumptions and Burdens of Proof: An Anthology of Argumentation and the Law* (Tuscaloosa 2019), s 142 ff, som bl a framställer motkritik, mot Gaskins, *Burdens of proof in modern discourse* (New Haven 1992), kritik mot P & O-T. Även Gaskins bok är dock intressant på temat.

¹⁶⁰ Se om 'entry framing' t ex Schlag & Griffin, *How to do things with legal doctrine* s 31 ff, särsk s 32 f, och jfr vidare nedan.

¹⁶¹ Det kan därmed antas att t ex C Rambergs beskrivning av "Avtalslagen2010" som en kodifiering delvis är avsedd att framställa den som relativt okontroversiell, jfr C Ramberg, *En ny avtalslag*, SvJT 2011 s 32 ff.

¹⁶² Denna resonemangsmässiga logik tycks genomsyra Lundbergs reaktion på det i noten ovan nämnda verket, se Lundberg, *Avtalslagen 2010 – några synpunkter*, JT 2013–14

Häri finns nog en stor del av förklaringen till att det är kontroversiellt att påstå att ”avtalsfriheten numer är rudimentär och övervakad”. Lika mycket som om underlaget, för det förvisso tendentiösa påståendet, handlar nämligen kontroversen om beskrivningens potentiella effekter. Och då särskilt om hur en sådan gestaltning förändrar *utgångspunkten*, på ett sätt ägnat att framställa reglering mindre som en nytillkommande intervention och mer som ett naturligt nästa steg, på en väg man sedan länge slagit in, varvid det, åtminstone i teorin, kunde bli lättare att legitimera inskränkningar av avtalsfriheten, och störningar av marknaden, också såvitt gäller till exempel klimatpåverkande avtal.¹⁶³

Samma retoriska legitimeringseffekt torde dock kunna uppnås även på andra sätt. Istället för att åberopa framväxten av ’en stor mängd tvingande regler och 36 § avtalslagen’,¹⁶⁴ vilka sammantagna gjort en regulatorisk frihetsinskränkning till det nya normala, istället för det, kunde man hävda att reglering, redan från början, är marknaden själva *försättning*.¹⁶⁵

Förekomsten av ett regelsystem skapar inte bara den *tillit* mellan marknadens aktörer som krävs för att de ska våga riskera sådana ekonomiska förhållanden som definierar marknader (jfr ”trygghetsintresset”). Det är regler som skapar själva *objekten* för omsättning (förutan JB funnes förvisso jord – men inga fastigheter),¹⁶⁶ och gör dem *beständiga*, så att de tål tidens

s 997 ff, där verket, sin uttryckta kodifierande ansats till trots, av Lundberg karaktäriseras som: ”ett mycket ambitiöst diskussionsinlägg *de lege ferenda*.”

¹⁶³ Ett radikalt alternativ vore att *se klimatvidriga avtal som pacta turpia*, och förvägra deras upprätthållande rättsordningens stöd. Det framstår dock dels, som ett potentiellt ganska tandlöst alternativ dels, som en rätt osannolik rättsutveckling.

¹⁶⁴ Det var alltså Grönfors argument (i kombination med en förment objektivisering av avtalstolkningen, som gör att även den blir mer regel-bunden), se hans Tolkning av fraktavtal s 18 ff (bl a: ”Avtalsfriheten finns alltså i botten som princip men hela avtalsrätten är fylld av tvingande regler. Den är numera en övervakad och rudimentär avtalsfrihet.”), och Avtalsgrundande rättsfakta s 42 ff.

¹⁶⁵ Se till det följande främst Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton 2019), som debatterats av bl a Hesselink, *Reconstituting the Code of Capital: could a progressive European code of private law help us reduce inequality and regain democratic control?*, *European Law Open* 2022 (vol 1) s 316 ff, och Micklitz, *What kind of private law for what kind of Europe? A rejoinder to Martijn Hesselinks ‘progressive code’*, *European Law Open* 2022 (vol 1) s 402 ff.

¹⁶⁶ Jfr, om kommodifieringen av land, Polanyi, *The Great Transformation* (Boston 2001 (1944)) s 71 ff, samt för kommentar och illustration av hans tänkandes potential för rättslig analys t ex Rönnelid, *Regulatory Capabilities for Catch-up Growth*, i Gonzá-

tand, och kan handlas med kontinuerligt. Det är regler som bestämmer aktörernas *positioner*, relativt varandra och andra.¹⁶⁷ Regler gör objekten omsättningsbara, också i den bemärkelsen att de på ett eller annat sätt kan *omvandlas* till andra värden än objektsimmanenta sådana (kränker någon din rätt, kan du t ex få skadestånd). Ja, förmögenhetsrätten – den västerländska kulturexport som kommit att dominera hela den sålunda civiliserade världen –¹⁶⁸ den är såväl medel som medium för den *rättsliga kodning* som ekonomiska transaktioner förutsätter, och därmed motorn för hela det moderna ekonomiska livet.

Idén om den regelbefriade marknadens frihet blir paradoxal; förutan privaträttsligt regelverk funnes ingen marknad.¹⁶⁹

Om det då också är så, att förmögenhetsrätten, i vid mening, inklusive inte bara den svenska utan också dess utländska och internationella motsvarigheter, är bränslet i den motor som driver klimatförändringarna, så kunde det väl synas åtminstone konsekventialistiskt försvarbart, att börja tänka avtalsfriheten som ”rudimentär och övervakad”, emedan det öppnar för omställning och behövliga klimatlösningar.¹⁷⁰ (Den riktigt intressanta frågan består väl dock, då den rör vilka dessa lösningar närmare bestämt skulle vara.)

Så långt om frihet och intervention. Avtalsparadigmet för dock med sig även annat. Inte minst en *transaktionell rationalitet*. Den klassiska avtalsrättens paradigme är enligt ovan köpet, en transaktion som idealtypiskt

les Cadenas (ed), *Cambio consitucional y orden juridico internacional* (Valencia 2022) s 111 ff, inte minst 119 ff, m hänv.

¹⁶⁷ Eftersom positioner i förhållande till andra i huvudsak blir en fråga om olika anspråks relativa prioritet, är det delvis här sakrätten kommer in i bilden. Sakrätten har dock traditionellt även ägnats åt att konstruera rättsliga objekt (med frågor om vad som är ett objekt, vilka de essentiella kriterierna är, hur man skiljer mellan olika objekt, när de flyter samman, när ett objekt blir ett annat, o dyl).

¹⁶⁸ Jfr t ex Gordley, *Philosophical Foundations of Modern Contract Doctrine* s 1: ”With the enactment of the Chinese civil code, systems of private law modelled on the West will govern nearly the entire world.” (Det är förstås delvis en effekt av historisk kolonialism.)

¹⁶⁹ Det är en central poäng för såväl Polanyi som Pistor, liksom för andra.

¹⁷⁰ Är det inte lite spännande, att politiskt konservativa och liberala tendenser tycks tendera att skapa skepsis mot klimatlösningar, trots att det dels, handlar om att säkra människors materiella möjligheter till *frihet*, dels, rör sig om ett per definition *konservativt* mål: att bevara något viktigt, hålla det bestående? Skepsisen beror väl på att de föreslagna medlen i regel uppfattas som progressiva (= förändrande/inte marknadsliberala) – varvid målet tydligen inte helgar medlen. (Det var väl f ö också Grönfors avsikt: att medelst modernistisk retorik öppna för progressiva lösningar.)

karaktäriseras av momentant utbyte av bestämda prestationer: en sak, mot ett penningvärde.¹⁷¹ De för förmögenhetsrätten typiska transaktionerna (de som enklast hanteras inom det etablerade analytiska ramverket) är i linje med detta *tidsligt* och *rumsligt avgränsade* och *angränsande*, varför senare och annorstädes inträdande effekter måste tendera att uppfattas som för transaktionen irrelevanta.

Det i sammanhanget primära exemplet rör tidsaspekten, specifikt reaktionsfrister, och då särskilt sådana som följer av *reklamationsregler*. I klimatsammanhang har dessa nämligen ansetts bidra till produkters förtida föråldring (*early obsolescence practices*): Fristerna tjänar till att utesluta ansvar för producerer och ger därmed incitament att producera varor som håller marginellt längre än fristens längd. (Den uppenbara lösningen är förstås att variera reklamationsfristen, antingen genom att förlänga den, för vissa feltyper, eller generellt, eller att helt ta bort den, eventuellt för vissa feltyper; sådana variationer har också föreslagits och diskuterats.)¹⁷²

De relativt avlägsna effekterna får presumtionen mot sig, på ett sätt som viktat vågen till nackdel för den som anser sig annortides eller annorstädes drabbad, och till nackdel för klimatet, vilket som fenomen är svåravgränsbart. För att klimatet ska få plats (*topos*) i den förmögenhetsrättsliga analysen krävs att berörda intressen kan identifieras, avgränsas, och konkretiseras. I den rättsliga verktygslådan finns också verktyg med just dessa funktioner. Det kanske mest effektiva av dessa verktyg är 'egendom', och eftersom egendom är sådant som kan ägas, så har vi nu nått nästa del av förmögenhetsrättens paradigm vilken här ska beröras, nämligen *äganderätt*.

¹⁷¹ Möjligheten att indexreglera pris, att göra det variabelt över tid (och öppna för spekulation), innebär inte, att det inte är ett bestämt pris. Det är bara bestämt på ett annat sätt, nämligen relativt (ett index).

¹⁷² Jfr kring not 120 ovan. I nordisk rätt har temat främst diskuterats i en artikelserie av Sisula-Tulokas, se hennes: Ödesdigra överraskningar eller trista teknikaliteter – köplagarnas reklamations- och preskriptionsregler och klimatfel, Seppo Villan juhlaulkaisu (Turku 2021) s 527 ff; Klimatbelastande varor och köplagarnas påföljdssystem – och någonting helt lite om indirekta förluster, Festskrift till Jan Kleineman (Stockholm 2021) s 767 ff, särsk s 779 ff, samt Sales Law and Climate Considerations, i Grothe, Mankowski & Rieländer (eds), Europäisches und internationales Privatrecht: Festschrift für Christian von Bar zum 70. Geburtstag (München 2022). Jfr även hennes Kan en varas klimatbelastning vara ett köprättsligt fel?, JFT 2020 s 313 ff.

5 Äganderätt. Och det värdelösa klimatet

Här får man gå försiktigt fram, för äganderätt är ett belastat ämne. Om-skrivet och omdebatterat – slagfält för allmänpolitiska storbråk i det så kallade praktiska livet, liksom för mer rättspolitiska och rent teoretiska strider. Givet äganderättstermens hävdvunnet kontextvariabla innebörd,¹⁷³ har väl heller inte de som stridit alltid haft samma objekt för ögonen, vare sig de försvarat ”äganderätten” eller förfäktat olika ”in-skränkningar” i densamma.¹⁷⁴ Lik förbannat är dock ”äganderätt” en absolut grundbult i all förmögenhetsrättslig teoribildning, så till den milda grad att de periodiskt återkommande försöken att utmönstra den varit dömda att misslyckas, och väl också gjort det.¹⁷⁵ Även här må vi dock göra saken enklare än vad den är, och begränsa oss till blott några få av ägandets hydrahövdade problematiker. Närmare bestämt ska fokus falla på vad äganderättstänkandet kan föra med sig för föreställningar till rättslig analys, vad ägandekonstruktionen kan få att framstå som oproblematiskt legitimt, och några av de funktioner den kan fylla i förmögenhetsrättslig retorik och analys.

Ägande hänger ihop med egendom; den som äger, äger däröver fälla egen dom: en klassisk definition är att ”äganderätt innefattar den i princip oinskränkta rätten att förvalta och disponera över egendom, inklusive

¹⁷³ Det finns faktiskt, som man säger: ”praxis på det!” Se sålunda NJA 2010 s 227: ”Vem som ska anses som ägare till en egendom kan många gånger ge upphov till skilda tolkningar. Begreppet ägare är i sig inte entydigt och frågan om vem som är ägare blir ibland rent terminologisk. Olika frågor [...] behandlas för sig för att få ett mer nyanserat system[.]”

¹⁷⁴ Jfr t ex Åhman, Egendomsnytt (Uppsala 2000) s 19 ff, bl a 19: ”I regel avgör en persons politiska uppfattning hur stark denne anser att äganderätten som en mänsklig rättighet bör vara.” Termen blir ju gärna också ett banér att samlas under för ena sidan av politiska strider. Tydliga och (valårs)aktuella exempel: strandskydd, skogsbruk, och beskattning (”Det är ju mina pengar!”).

¹⁷⁵ Se om den realistiska förmögenhetsrättens mord- och försvarsförsök (dvs rättighetsdebatten) t ex J Samuelsson, Tolkning och utfyllning s 295 ff. Även om debatten fick effekten att äganderättsbegreppet avnaturaliserades och differentierades, så har det aldrig utmönstrats, och i vart fall fått förnyad aktualitet genom europeiseringen. Här har jag i första hand EKMR:s första tilläggsprotokoll och Rättighetsstadgan i åtanke, men harmoniseringstendenser, komparativa ansatser, och ett allmänt nyliberalt uppsving kan förstås leda till att rättighetstänkande får genomslag också på mindre uppenbara sätt (jfr allmänt t ex Åhman, Egendomsnytt: Äganderätten enligt [första tilläggsprotokollet], eller från senare tid t ex Stenlund, Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten). Det skulle faktiskt förvåna mig, om äganderättsargument *inte* får genomslag på ännu svårförutsebara sätt.

att förstöra den.¹⁷⁶ Liksom avtalsparadigmet för med sig föreställningar om försäljningsfrihet, så för tanken om ägande, eller *egendomsparadigmet*, gärna med sig föreställningar om *produktions- och utvinnandefrihet*; som det gamla ordspråket anvisar gäller att, så som man sår, så får man också skörda, men här tar vi inte med oss den sedelärande sensmoralen om att man får ta konsekvenserna av sina handlingar, utan istället att detta är två rättigheter (*usus* och *fructus*) vilka sedan gammalt anses primärt tillkomma ägaren (*dominus*):¹⁷⁷ den givna utgångspunkten blir att man har rätt att efter eget huvud nyttja sin egendom och njuta dess frukter.

Sådana tankesätt låter sig lätt förenas med en extraktivistisk världsåskådning: ett förhållningssätt som ansetts väl förankrat i det västerländska tänkandet,¹⁷⁸ och som blivit invariant – en normal(iserad) mentalitet, vilken reproduceras varje gång människan förutsätts satta att dominera jorden.¹⁷⁹ Man, blir det agerande subjekt som utövar imperium över naturens objekt; man överordnas i en icke-reciprok relation, och uppfattas försedd en (gudagiven)¹⁸⁰ rätt att

¹⁷⁶ Jfr t ex Lehrberg, Köprätt enligt 1990 års köplag (Uppsala 2008) s 60: ”Äganderätt är inom civilrätten i princip den självständiga, fullständiga och oinskränkta rätten till ett förmögenhetsföremål. Äganderätten definieras därför lättast negativt: ägaren får utnyttja egendomen som han vill, i den mån inga begränsningar följer av lag eller avtal som han ingått.” Jfr även Hessler, Allmän sakrätt (Stockholm 1973) s 17 ff, särsk s 42; Håstad, Sakrätt avseende lös egendom (Stockholm 1996) s 23 ff; Persson, Förbehållsklausuler (Stockholm 1998) s 109 och Undén, Svensk sakrätt I s 57 ff.

¹⁷⁷ ”Se t ex Zimmerman, The Law of Obligations s 351, jfr 278.” Se även i not 186 nedan.

¹⁷⁸ Mentaliteten har t ex spårats till Francis Bacons De Augmentis Scientiarum från 1623; en spårning som populariserats av kändisforskaren Naomi Klein, This Changes Everything: Capitalism vs The Climate s 161 ff, särsk s 170 ff.

¹⁷⁹ Även om *extractivism* har laddning av progressiv crit bör det inte förstås som bara ett uttryck vilket en politisk grön vänster använder för att skälla på stora aktörer i fossil-, skogs- eller gruvindustrin. Det har anknytning till postkolonial teori, men är i grunden en filosofisk term som tycks sätta fingret på något, genom att signifiera ett visst förhållningssätt till den omgivande naturen vilket kan kontrasteras mot andra relationer, t ex sådana där jorden uppfattas som en livgivande moder eller som innebär att det blir rimligt att tillerkänna en flod rättspersonlighet; jfr sålunda t ex Richardson & McNeish, Granting Rights to Rivers in Colombia: Significance for ExtrACTIVISM and Governance, i Shapiro & McNeish (ed.s), Our Extractive Age: Expressions of Violence and Resistance, s 155 ff.

¹⁸⁰ I den nordamerikanska diskussionen, där det ligger närmare till hands att göra det, har man åberopat Bibeln, och särskilt första Mosebok (i synnerhet 1:26–28) som uttryck för ett dominansbaserat synsätt. Jfr bl a 1:28: ”Gud välsignade dem och sade till dem: ’Var fruktsamma och föröka er, uppfyll jorden och lägg den under er. Härskas över havets fiskar och himlens fåglar och över alla djur som myllrar på jorden.’” På engelska (King James

utvinna och föra undan naturresurser för att fritt utnyttjas och försäljas på världsmarknaden, liksom en rätt att kontrollera naturen, att avkräva den dess hemligheter och att, om så önskas, manipulera den.¹⁸¹

Liksom det klassiska avtalsparadigmet tycks egendomsparadigmet (med sin fundamentala och synbarligen helt naturaliserade kategori ”Min!”) fostra anti-interventionistiskt tänkande. Tryck mot ägarens egendomsfär kan uppfattas som intrång,¹⁸² eller, som minst, ingrepp i en etablerad position,¹⁸³ och därmed som en förändring i behov av legitimering. Även här rör det sig om ett uttryck för inertia, nu i förhållande till ingångsinramningens predistributiva utgångspunkter, eller annorlunda uttryckt i förhållande till förföreställningar om vad som tillkommer vem.¹⁸⁴

En karaktärisering av ett ”klassiskt” egendomsparadigmet har lytt: ”A man, by god, owned his land and that’s all there was to it!”¹⁸⁵ – *usus fructus dominii est*.¹⁸⁶ Härvid rör det sig, förstås, om en historieskrivning som inte är oproblematiserad. När dylika historier förekommit har de ofta tjänat till att beskriva ett outvecklat (primitivt) förr, vilket kontrasteras mot ett mer utvecklat (civiliserat) nu. Historieskrivningarna bidrar då till att legitimera nuläget, och blir då likaledes ofta, och inte förvånande, tendentiösa.¹⁸⁷

Version): ”And God blessed them, and God said unto them, Be fruitful, and multiply, and replenish the earth, and subdue it: and have dominion over the fish of the sea, and over the fowl of the air, and over every living thing that moveth upon the earth.” Jfr härtill Klein, a s 73 ff. Lösryckta bibelcitater till trots, framstår det väl dock som rätt utslutet att kristendomen skulle präglas av en, unison natursyn.

¹⁸¹ Här kan man ha allt ifrån fracking och konstgjorda öar till kärnkraft och gensaxar i åtanke. När vi dominerar naturen – vad ska hindra oss?

¹⁸² Jfr t ex Hästad, Sakrätt s 23: ”Som en konsekvens av att äganderätten av praktiska skäl måste definieras negativt ses begränsningarna av ägarens utnyttjanderätt som inskränkningar eller ibland rent av som kränkningar av en i princip fullständig dispositionsrätt.”

¹⁸³ Jfr Christensen, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster, TFR 1996 s 519 ff, särsk s 532 ff och 528: ”Det allra tydligaste utslaget av detta normativa grundmönster är det skydd för besittningen av viss egendom som tillkommer den legitima ägaren.”

¹⁸⁴ Jfr Schlag & Griffin, How to do things with legal doctrine s 70 f.

¹⁸⁵ T Ross, Metaphor and Paradox, Georgia Law Review 1989 (vol 23) s 1053 ff, på s 1055.

¹⁸⁶ ”Jfr t ex Justinianus, Digesta 7.1, bl a 7.1.4 (om att se *usus fructus* som del av ägarens rätt (*pars dominii*)).”

¹⁸⁷ Jfr, om modernistiskt självbeträffande historieskrivningar, Mossberg, Tredjemansavtalets tidiga historia s 124 ff.

Man bör inte ta dedifferentierade egendomsargumentation på för stort allvar. Det är också, tror jag, lätt för förmögenhetsrättare att låta bli. Differentieringsstrategierna sitter i ryggmärgen.¹⁸⁸ Funktionalismen är så stark att alla ”vet” att ’ägande’ är en mångtydig term, med olika betydelse i olika sammanhang. Att egendomsbegreppet är multifunktionellt betyder dock inte att det inte är funktionellt, i det att det *uträttar* något i olika sammanhang, eller att termer som ägande, egendom, osv, inte fyller någon funktion redan i anledning av deras betydelser. (Som beskrivning av det rättsliga språkets realiteter är idén om Tû-tû missvisande, vilket Ross också var väl medveten om, när han målade upp sin utopiska fiktion om folket Noit-kif.)¹⁸⁹ Egendomstanken är funktionell redan i anledning av ordets betydelse i vart fall på så vis att ordet styr tanken in på vissa banor,¹⁹⁰ inklusive banor där den protektionistiska ”Min!”-reflexen kan inträda ... och här skulle resonemanget, mutatis mutandis, kunna reprisera det ovan:

Det är, såvitt rätten anbelangar, bara ”ditt”, i kraft av att det finns ett regelverk på plats vilket tillerkänner dig vissa rättigheter i relation till det denoterade objektet; innehållet i dessa regler är förhandlingsbart; befintliga regler har vissa (pre)distributiva effekter, men det innebär inte att dessa är naturgivna, eller nödvändigtvis måste göras till utgångspunkt för varje resonemang; ens om så vore så kan man förstås, ändå, anta regler med andra, (re)distributiva, effekter; eller, generaliserat: det samhälleliga samtalet karaktäriseras av politisk dynamik, och dess temporala, rumsliga och kategoriska inramningar (dess bestämmningar av när och var, liksom dess vad och hur) är i hög grad diskursiva konstruktioner, vilka kan såväl ifrågasättas som omförhandlas, såvitt gäller såväl start- och utgångspunkter som gränser – och så vidare.¹⁹¹

¹⁸⁸ Det kan sägas vara temat, i Mossberg, Den konstruktiva riktningen och ”begreppsjurisprudensen”, TFR 2022 s 289 ff, se där passim, och jfr bl a s 338 ff.

¹⁸⁹ Det finns en hel kanon kring Ross, Tû-tû, Festskrift til Henry Ussing (Köpenhamn 1951) s 468 ff. Se därom (såvitt känt senast) Schytzer, Fordrans uppkomst inom insolvensrätten (Uppsala 2020) s 117 ff m omf hänv.

¹⁹⁰ Det faktum att någon kan tänkas börja tänka i teleologiska termer (’olika ändamål ger olika betydelser i olika sammanhang’) motbevisar inte detta, utan *bekräftar* det – termen leder ju dit! Jfr, i anslutning till frågan om språksyn, Mossberg, Avtalets räckvidd I s 82 och 476.

¹⁹¹ Inga av rättens nollpunkter (dess baselines) är okonstruerade, naturgivna eller neutrala (jfr på temat, tillgängligt på gränsen till det triviala, Schlag & Griffin, How to do things with legal doctrine s 59 ff) – varvid den underförstådda rättsmetodologiska poängen väl blir att detta är något man både kan och bör förhålla sig medvetet till.

Istället för att bara repriser, är dock avsikten att här erinra, om annat. För det första erinrar vi oss vågskålsmetaforen, igen, nu i anledning av vad den hjälper oss att se, och för det andra om en av de konkreta funktioner som tänkande i termer av egendom kan utföra.

Vågskålsmetaforiken är tilltalande inte minst därför att den förutsätter att varje sak har två sidor, och därigenom motverkar ensidighet. Denna tvåsidighet gör sig kulturligtvis gällande också för frågor om egendom och dess skydd. Inte minst då en av egendomskonstruktionens främsta funktioner är att *diskriminera*, nämligen alla de som inte är ägare. Åminnandet därav kan också tänkas förändra frågan, genom att skifta sakens inramning. *Post-Crit*-aren Pierre Schlag påstår:

”One early example of frame shifting is the legal realist Robert Hale’s inversion of the characteristic tendency to view property rights from the perspective of the ‘haves’ (owners) rather than the ‘have nots’ (workers). With this switch, Hale revealed that property rights function not simply as grants of entitlements to owners, but as impositions of disablements on nonowners.”^{192, 193}

Denna dynamik blir ofta verkningsfull när ”egendomsskydd” ställs mot ”gröna” intressen; när icke-ägares (”förmenta”) intressen ställs mot ägares intressen kan de förra komma att framstå som så lättviktiga att de bara viftas bort.

Så var exempelvis läget länge att miljöorganisationer, *eftersom* de var utomstående tredjemän, inte hade talerätt i många frågor där ägarintressen stod mot gröna intressen. Även om idogt kampanjande lett till vissa förändringar härvidlag, så märks att dessa förändringar, snarare än med hänvisning till organisationernas intressen, har legitimerats med hänvisning till att organi-

¹⁹² Schlag, *The Aesthetics of American Law* s 1083, som hänför sig till Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, *Political Science Quarterly* 1923 (vol 38) s 470 ff. Se om Hale även Kennedy, *The Stakes of Law, or Hale and Foucault!*, *Legal Studies Forum* (vol 15) 1991 s 327 ff (senare återutgiven i Kennedy, *Sexy Dressing Etc.* s 83 ff). En introducerande framställning om *framing* finns i Schlag & Griffin, *How to do things with legal doctrine* s 31 ff. Se även t ex Jaff, *Frame-shifting: An Empowering Methodology for Teaching and Learning Legal Reasoning*, *Journal of Legal Education* 1986 (vol 35) s 249 ff.

¹⁹³ I tysk rätt är ägarens rätt att exkludera andra från varje inflytande rent av lagfäst, i § 903 BGB, som innehåller portalregeln om ’ägarens befogenheter’ (jfr även t ex Windscheid, *Lehrbuch des pandektenrecht* Bd 1 (1 aufl 1862) s 417 f). Som vanligt är alltså amerikanerna efter.

sationerna kan bevaka allmänna intressen: NGO:erna får inte agera i egen sak, utan blir ”våra” uppsyningsmän och processtorpeder.¹⁹⁴

Egendomsbegreppets diskriminerande funktion följer dock inte bara av dess utpekande av vissa *subjekt* som ägare/icke-ägare. Det för oss till vårt andra tema, som enligt ovan var vad egendomstänkandet konkret kan utföra.

Det har redan nämnts att förmögenhetsrätten tjänar till att definiera rättsliga *objekt*. För detta är egendomsparadigmet centralt, och det är såttillvida ingen slump att egendomsbegreppet, också internationellt, är särskilt hårt knutet till sakrätten, som ju handlar om just saker,¹⁹⁵ eller annorlunda uttryckt om objekt (och som på engelska normalt benämns *The Law of Property*, dvs egendomsrätten). Förmögenhetsrättens, ännu underteoretiserade,¹⁹⁶ funktion att konstruera objekt är avgörande för dess förmåga att möjliggöra ekonomiska transaktioner, eftersom det som tänks transfereras genom sådana är just objekt.¹⁹⁷ Möjligheten att företa transaktioner hänger ihop med egendomsskyddet i vid mening, och ob-

¹⁹⁴ För en färsk undersökning kring talerättstematiken, se A Hellner, *Arguments for Access to Justice: Supra-individual Environmental Claims before Administrative Courts*, Uppsala 2019, som bl a påminner om hur den i sammanhanget centrala Århuskonventionen ”har setts som ett medel för att ge miljön en röst i rättsliga tvister” (s 423), och drar ”slutsatsen att klagorätten i miljörättslig kontext har specifikt miljörättsliga syften [...] konventionens reglering av klagorätten skiljer sig från nationella regleringar, i synnerhet genom att förutsätta att enskilda och miljöorganisationer ska kunna klaga i ett allmänt, s.k. supra-individuellt intresse.” (s 426).

¹⁹⁵ Sakbegreppets innebörd är förstas omdiskuterat, men en klassisk definition finns hos Nordling, *Anteckningar efter Prof. E. V. Nordlings föreläsningar: Svensk Civilrätt: Allmänna delen*, Uppsala 1913, s 86: ”Saker kallas begränsade delar af den yttre förnuftlösa naturen, som äro eller kunna vara föremål för ett eller flere rättssubjekts förfogande för deras ändamål.” (Jfr Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts Bd 1 8 uppl* (1900) s 603.). En annan klassiker finns i Undén, *Svensk sakrätt 10 uppl* (Lund 1995; faksimil) s 12 ff.

¹⁹⁶ Viktiga undantag utgörs av Strömgren, *Tillbehör och accession* (Uppsala 2012), och Andreasson, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet: En förmögenhetsrättslig undersökning* (Göteborg 2010). Ämnet är dock knappast uttömt och liksom för många andra ämnen innebär klimatförändringarna synbarligen en ny relevans- och aktualitetskontext för det rättsliga objektskonstruerandets problem.

¹⁹⁷ I den moderna analysen gäller det för övrigt även tjänster: köpet av en tjänst innebär att *rätten* att få tjänsten utförd uppstår hos/överförs till köparen, så som en fordran, dvs ett tillskapat immateriellt objekt. (Spridningen av objektstänkande som analysmodus illustrerar hur objektsmetaforik underbygger väsentliga delar av förmögenhetsrätten.)

jektskonstruktionen är avgörande även för detta skydd, eftersom det som ägs, och därmed skyddas, är objekt vilka någon förutsätts kunna rättsligt sett "ha".¹⁹⁸

För att något ska bli föremål för förmögenhetsrätten, och falla inom ämnets domän, förutsätts alltså i regel att det låter sig konstrueras som ett objekt.¹⁹⁹ Som sakrättens separationsrättsliga, eller äganderättsliga, specialitetsprincip illustrerar innebär detta att krav uppställs på *identifierbarhet* och *avgränsbarhet*.²⁰⁰ Eller mer elaborerat: För att fenomen ska kunna betraktas som förmögenhetsrättsliga objekt får de inte vara för abstrakta, gränslösa, utspridda eller esoteriska; istället bör de vara konkreta, avgränsbara, koncentrerade och åtminstone metaforiskt materialiserbara (som t ex fordringar).²⁰¹ Dessa förutsättningar gör det utmanande att konstruera "klimatet" som rättsobjekt.

'Klimatet' är i sig begreppsligt vagt. I klimatförändringssammanhang avses ofta något mer än långtida meteorologiska mönster inom ett område, eller de genomsnittliga fysiska förhållandena i atmosfären. Ytemperaturen stiger, men i regel tar man sikte på något mer än bara detta (och därmed något mer svårfångat, för förmögenhetsrättslig konceptualisering). Klimatet anspelar då på något i stil med klimatsystemets komponents tillstånd – dvs förhållanden i atmosfären, hydrosfären, kryosfären, litosfären och biosfären – i stunden, och över tid, samt alltså hur luften, vattnet, isen, jorden och livet är, utvecklas, och interagerar med varandra.

¹⁹⁸ Härmed avses inte så mycket besittningsfrågan, som möjligheten att råda över och överföra objektet. (Associationen antyder väl dock att de är doxiskt förbundna.) Vad "havandet" därutöver inbegriper kan diskuteras. Men inte här.

¹⁹⁹ "i regel" får tjäna som brasklapp om inte annat så därför att det kan bli ganska osmakligt att konstruera vissa skadeståndsrättsligt skyddade värden som objekt.

²⁰⁰ Se bl a NJA 1994 s 506 ("En grundförutsättning för att separationsrätt skall föreligga till något som lämnats i annans besittning med begränsad rätt är i allmänhet att föremålet är på något sätt bestämt. Man brukar här tala om specialitetsprincipen. Det skall vidare vara möjligt att identifiera den aktuella egendomen."); NJA 2009 s 500 ("För att separationsrätt till lös egendom ska föreligga krävs vanligen att anspråket mot gäldenären avser ett individuellt bestämt föremål och att detta föremål kan identifieras hos gäldenären ('specialitetsprincipen').") För rättsvetenskaplig behandling av specialitetsprincipen, se främst Zackariasson, Borgenärsskydd och specialitet, bl a s 31 ff, m omf hänv.

²⁰¹ Historiskt har man, bl a i anledning av BGB § 90 ("Begriffe der sache[:] Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände") diskuterat om sakkbegreppet låter sig utsträckas till annat än res corporales (≈ materiella ting). Den diskussionen ansågs dock föråldrad redan i slutet av 1800-talet; jfr t ex Almén, Om köp och byte af lös egendom 1 uppl (Stockholm 1906) s 5 not 6 och i not 195 ovan.

För att de fenomen som bokstavligen omgärdar oss ska kunna bli föremål för förmögenhetsrätt krävs därmed juridiska och retoriska reifieringsstrategier, för att konkretisera det abstrakta, samt konstruktioner som kan koncentrera det utspridda och kristallisera det till rättsliga objekt – så att vi kan säga *vad* det är som tillkommer någon.²⁰²

Därtill fordras strategier för att knyta det till någon, så att dennas intressen framstår som tillräckligt nära knutna till det sålunda konstruerade objektet – så att man kan säga *vem*, *vad-et* tillkommer,²⁰³ och helst också *hur*, och *relativt vem*, så att det framstår som legitimt att avskära andra från objektet. (Egendomsrättens diskriminerande funktion.) Ingångsvärdet måste annars vara att enskilda intressen framstår som alltför avlägset och indirekt relaterade till fenomenen för att några förmögenhetsrättsliga rättsföljder ska kunna urskiljas som ens potentiellt relevanta. Att klimatet saknar ägare leder förvisso till det önskvärda läget att *alla* får rätt till det, som något slags radikal allemansrätt, men samtidigt leder ägarlösheten till att *ingen* får en rättsligt skyddad rätt till det, vilket för med sig att klimatförstöring i stor utsträckning kan ske sanktionslöst, och gratis.

Exakt vad som krävs för att ”göra förmögenhetsrätt av det” – dvs för att konstruera resonemang som kan övertyga om att någon bör svara för klimatförändringar – måste variera med frågans inramning. Som synes gäller

²⁰² Ett givet exempel i sammanhanget är *utsläppsrätter*, där man tillskapat förmögenhetsobjekt i form av överlåtbara föroreningsrättigheter för att kunna utnyttja marknadsmekanismer för att nå hållbarhetsmål, specifikt genom att internalisera externaliteter, alltså ”prisa in” utsläpp av växthusgaser och därigenom skapa ekonomiska incitament för att minska dem (i linje med the polluters pay principle). För rättsvetenskapliga studier, se t ex Elgebrant, *Ägande & värde av utsläppsrätter och andra liknande handelsobjekt*, Stockholm 2012; eller den föredömligt kärnfulla Efestøl, *Allt har sitt pris – också koldioxidutsläpp från fartyg?*, Festskrift till Kleineman s 251 ff. Se apropå ägandefrågan även Ylihjeljo, *The Variable Nature of Ownership of Emission Units in the Intersection of Climate Law, Property Law, and the Regulation of Financial Markets*, *Climate Law 2021* (vol 11) s 45 ff.

²⁰³ Förmodligen kommer objektifierings- och relationsstrategierna att gå in i varandra, så att den som lyckas skapa ett vad är på god väg också till ett vem – om så bara därför att den förmögenhetsrättsliga traditionen tycks innebära att det är svårt att tänka sig ägarlösa objekt. Egendom implicerar ägande, och man vill gärna utpeka en ägare; all fast egendom har t ex ägare, och lös egendom kan förvisso överges, men en modern analys av övergiven egendom (res derelicta) ger vid handen att övergivarens eigendomsrätt inte upphör bara för att densamma inte vill ha den, se sålunda Lindskog, *Något om övergiven egendom*, Festskrift till Advokatsamfundet 100 år, Stockholm 1987, s 343 ff. Jfr (dock) Almqvist, *Förmögenhetsbrott och förmögenhetsrätt*, Uppsala 2021 s 249 ff, 284 f.

det sagda primärt egendomsfrågor, och innebär därmed viss slagsida mot sakrättstänkande, givet fokuset på 'ägende-till-objekt'. Man ska dock inte förbigå skadestånds- och avtalsrätten. Där sakrätten handlar om *objekt*²⁰⁴ handlar de andra om *aktivitet*. Utöver att pröva strategier för objektivisering, identifiering och avgränsning (Vad handlar det om?), kan man därmed utforska strategier för, i vart fall, individualisering (Vem drabbas? Vem orsakar?²⁰⁵), samt berättelsestrategier för händelseåtergivning (Vad har hänt? Vad har orsakat vad? Och hur vet vi i bevishänseende det?), och inte minst värdesättning (Vad är det värt? Hur bör detta värde viktas?). I anslutning till alla dessa teman bör även inventeras lämpliga avgränsningsfaktorer (Var, när, och hur ska gränser dras?) och därmed sammanhängande legitimeringsgrunder (Varför?). – Som synes, och som sades inledningsvis, är avsikten här inte så mycket att ge svar och färdiga lösningar, som att reflektera över frågorna och problemen (och det här är alltså frågor som hela tiden legat under textens ytpän). I nästa avsnitt ska dock ges vissa antydningar, om de möjligheter förmögenhetsrätten faktiskt *kan* erbjuda.

Otvivelaktigt måste en hel del till, för att det ska gå att föra övertygande resonemang om att någon på förmögenhetsrättslig grund borde få svara för klimatförändringar. I avsaknad av erforderliga övertygelsemedel måste klimatfrågorna falla utanför förmögenhetsrätten – såvitt detta ekologocentriska rättsområde anbelangar får lakoniskt konstateras att *klimatet är värdelöst*, och så förblir. Klimatförändringarna som sådana är för abstrakta, de slår för generellt, och det faktum att de drabbar oss alla får paradoxalt nog till effekt att det för den förmögenhetsrättsliga analysen är som om de inte drabbar någon alls. Åtminstone framstår det så, för mig. Det vill säga som att det, snarare än "floodgate-argumentet", är "ingskada-skedd-argumentet" som ofta gör det till en *non-starter* att diskutera klimatansvarsfrågor inom förmögenhetsrätten: Vi duckar frågan – kan

²⁰⁴ Eller, de som är tillräckligt moderna för att bortse från ords betydelser skulle nog invända att sakrätten inte handlar om objekt, utan om *positioner*, och sedan bemöta invändningen om att den "väl i så fall rör positioner *relativt saker*" med att konstaterandet att den snarare handlar om positioner relativt andra personer. ("Vi talar om bättre rätt, än annan – inte om rätt till saken!") Det har dock ingen betydelse för poängen här.

²⁰⁵ Det har visserligen påståtts att det är ganska enkelt att peka ut de aktörer, och nationer, som historiskt bidragit mest till utsläppen av växthusgaser och därmed till klimatförändringarna. Händelsevis skulle det vara desamma som historiskt tjänat på de utsläppande aktiviteterna. Att utkräva ansvar av aktörerna och få dem att bära kostnader för utsläppen i vår gemensamma atmosfär har väl dock uppfattats som just en politisk fråga, snarare än en juridisk, och då har olika idéer om att internalisera verksamhetens externaliteter, att "follow the money", och att "make the polluters pay" hittills inte nått fram(gång).

inte se hur den rör oss – håller på gränserna mot andra rättsområden, och mot politiken,²⁰⁶ och hänskjuter sedan klimatfrågan dit.

6 Gröna löften som löftesrikt område för klimaträttsutveckling?

Någon kanske tycker att det är bra om frågan hänskjuts dit. Kanske för att det uppfattas innebära en lämplig arbets- och funktionsfördelning, givet vad olika ämnen ”är till för”, eller därför att man är skeptisk mot ’hållbarhetsdiskursernas tendens att kolonisera andra/alla områden’. Här frestas jag dock inta posen av en småaktivistisk samhällsingenjör. (Den verkar så trevlig, som en varm filt; det verkar bli så lätt att se sin akt som meningsfull – istället för att bara förundras över livets absurda meningslöshet.) I denna position, med dess särskilda ton, vill jag då föreslå att man inte blundar för den smygande krisen,²⁰⁷ utan helt sonika suspenderar de eventuella uppfattningar som legitimerar sinnenas slutenhet, och sedan försöker se det just meningsfulla i att undersöka möjligheterna att ge hållbarhetsintresset genomslag – en övning som för övrigt också kan säga något intressant om det undersökta ämnet.

Härvid bör anmärkas, att den kulturkritik som ovan tecknats, har riktat sig mot förmögenhetsrättens kulturtradition, och sålunda mot försanthållanden som är just *traditionella*. De hade kunnat gestaltas som inte bara gamla, utan *äldre*. Det hade gått att anamma ett modernistiskt fullbordat utvecklingsnarrativ, och göra gällande att det är gammalt gods, ett akterseglat arv och förutsättningar som, kanske för länge sedan, frånsprungits, genom diverse framsteg. Istället för att på så vis försöka avfärda traditionen som något föråldrat – vilket vore gravt missvisande – väljer jag dock att ta den på allvar. Det traditionella paradigmet är i högsta grad levande, i den samtida kulturen, och vårt kulturarv kommer ofrånkomligen att forma våra nuvarande villkor.

Den förmögenhetsrättsliga traditionen står stadigt, och har formativ kraft, men – och kanske är det ett betydelsefullt ”men” – det finns rätts-

²⁰⁶ Jfr, utöver ovan, t ex Eftestøl, Juridik och politik – vem bestämmer i miljöfrågor? Norska Högsterett lägger ribban högt för juridisk inblandning i den politiska frågan om oljeborrning i Barents hav, JFT 2021 s 140 ff.

²⁰⁷ Termen smygande kris lånas från Boin, Ekengren & Rhinhard (ed), Understanding the Creeping Crisis (Stockholm 2021).

utvecklingslinjer och ett ungt, men växande, forskningsfält som förvisso knappast ”löser” men ändå åtminstone identifierar och adresserar en del av de problem som här främst bara antyds. För att då släppa ambitionen om paradigmatisering, och börja synliggöra motinstanserna – som alltså ännu är konträra, och i minoritet, men som ändå finns – så skall sägas att arvet på senare tid börjat undersökas, problematiseras och omvärderas. (En del av linjerna, och fältet, har också tangerats, i vart fall notvis, i anslutning till de teman som ovan berörts.) Fortfarande i samhällsingenjörernas anda, men nu med klart hoppfull ton och brobyggande ambitioner, vill jag därför fortsätta, och konstatera att, om hållbarhetshänsyn varit en fråga för miljörätten,²⁰⁸ så har de nu, i synnerhet klimathänsynen, börjat bli mer allmänt erkända inom rättens imperium,²⁰⁹ där också åtskilliga traditionella föreställningar om privaträttens begränsningar som medel för en hållbar framtid börjat omprövas.²¹⁰ Enligt ovan

²⁰⁸ För att, igen, citera Bengtsson, Anm av Westerlund, En hållbar rättsordning, SvJT 1999 s 97: ”I varje fall är det väl klart att miljöparadigmet bör kunna slå igenom inom miljörättsvetenskapen [...] Mera tveksamt är hur paradigmet skall hanteras på andra rättsvetenskapliga områden. Att t. ex. låta miljösynpunkter präglade civilrätten tycks ofta stöta på [...] svårigheter att genomföra i verkligheten [...] Såvitt jag kunnat konstatera skulle ett försök att låta miljöparadigmet påverka de kontraktsrättsliga reglerna närmast skapa förvirring utan att innebära någon egentlig vinst från miljösynpunkt.”

²⁰⁹ Jfr t ex Kristoffersson & Qandeel (eds), *Law and Sustainable Development* (Uppsala 2021), bl a s 9 f, och hur den bok du nu läser, i sig, kan ses som ett tecken på det vidgade erkännandet. Utvecklingen ligger också i linje med nationella och internationella trender av det slag som manifesterats i Parisavtalets preambel, där det vidgås att ”climate change represents an urgent and potentially irreversible threat to human societies and the planet and thus requires the widest possible cooperation by all countries, and their participation in an effective and appropriate international response, with a view to accelerating the reduction of global greenhouse gas emissions” (Adoption of the Paris Agreement 29.1.2016, decision I/CP2 – vilket man kan ta till sig, som en uppmaning om att vända inte bara på ”alla stenar” utan ”också de minsta sandkornen” (Sisula-Tulokas, Ödesdigra överraskning eller tekniska teknikaliteter s 523).

²¹⁰ För att bara ta ett litet axplock, huvudsakligen begränsat till nordiska inlägg, rörande gröna frågor, kan, utöver bidragen i denna bok, inklusive det förevarande, nämnas att man problematiserat bl a: (A) *föreställningar om partsbegränsningsprincipen* (privity of contract), se sålunda t ex Salminen, From National Product Liability to Transnational Production Liability (Turku 2017), och åtskilliga av inläggen i Ulfbeck m fl, *Law and Responsible Supply Chain Management* (London 2019), inte minst Salminen, s 146 ff, och Mitkidis, s 65 ff, med en nordisk version i Mitkidis, *Kontraktsbestämmelser om bärskyldighet og disses håndhævelse gennem en tredjemandsaftalekonstruktion*, i Bär-lund m fl (red), *Nya trender och bärande principer i den nordiska förmögenhetsrätten* (Helsingfors 2019), s 63 ff, samt i samma bok bl a de följande diskussionsinläggen av

sker några av de mest kraftfulla utvecklingarna genom unionens apparat, där rättsutvecklare riktat fokus inte minst mot det som här kallats gröna löften. Man har sagt sig vilja skärpa ansvaret för oberättigad grönmålning, och velat åstadkomma detta genom att utveckla konsument- och marknadsföringsrätten. Inriktningen är logisk, givet att detta är områden där stora delar av rättsbildningskompetensen och normbildningsinitiativet kommit att överlämnas till unionen.²¹¹ Inriktningen är också meningsfull, givet att konsumtionsutsläppen måste sänkas betydligt, om vi ska nå klimatmålen.²¹²

Alltjämt i samhällsingenjörens anda, och hoppfull ton, vill jag sedan fortsätta, och hävda att gröna löften har en roll att spela i mötandet av denna utmaning. Den gröna marknadsföringens explosionsartade tillväxt

Klami-Wetterstein, s 75 ff, och Martinson, s 83 ff, liksom J Samuelssons problematisering av Rättssubjektiviteten i antropocen, s 143 ff; (B) *det aktiebolagsrättsliga vinstsyftet*, som ofta synes komma på tal när man diskuterar CSR-frågor och social hållbarhet, så t ex på förhandlingarna vid det 38:e Nordiska juristmöte, se sålunda handlingarna därifrån s 483 ff; se även t ex Halje, Rättslig operationalisering av företags samhällsansvar (Uppsala 2022) s 468 ff m hänv, jfr även t ex Light, *The Law of the Corporation as Environmental Law*, *Stanford Law Review* 2019 (vol 71) s 137 ff, som vill rita om aktiebolagsrättens gränser; (C) *konkursrättens prioriteringsordning* och hur den påverkar möjligheter att verksamhetsinternalisera kostnader för miljöpåverkan, så t ex Schytzer, *Miljön i konkurs* (Uppsala, pågående projekt); (D) *transporträttens reglering av utsläpp*, se bl a hänv i not 202, samt t ex Yiheljo, *Handel med utsläppsrätter* s 18 ff, i den av Bärlund m fl red antologin; (E) *köprättens felsystem*, se i not 172 ovan, och (F) på det hela taget hur *rätten formar hållbarhetsagens*, se Salminen & Rajavuori, *Law, agency and sustainability: the role of law in creating sustainability agency*, Teerikangas et al (eds), *Research Handbook of Sustainability Agency* (Northampton 2021), s 322 ff. I förlängningen kan nämnas (G) *finansmarknadsreglering* (låt vara att det kan ifrågasättas om den ska räknas till förmögenhetsrätten), rörande saker som hållbarhetsrapportering, och gröna obligationer, se om det senare Göthlin, *The Green Promise – Contract Law and Sustainable Purpose Bonds*, *JT* 2018–19 s 567 ff; och därtill kanske (I) hur *hållbarhetsaspekter kan integreras i juristutbildningar*, se t ex Varnava, Lowther & Payne, *Sustainability – Is it Legal? The Benefits and Challenges of Introducing Sustainability into the Law Curriculum*, i Jenes, Selby & Sterling (eds), *Sustainability Education* (New York 2010), s 133 ff. Den här ganska godtyckliga listan kunde göras längre (jag har inte ens nämnt någon av utvecklingarna inom *fastighetsrätten* eller *skadeståndsrätten*). TLDR: Det våras för hållbarhet.

²¹¹ Se 3 ovan.

²¹² Statistikargument: Sveriges konsumtionsbaserade utsläpp av växthusgaser motsvarade 2019 ca 9 ton koldioxidekvivalenter per person och år. För att nå 1,5 gradersmålet måste de pressas ned betydligt. Se allmänt t ex SOU 2022:15 eller bekvämt tillgängligt: <https://www.naturvardsverket.se/amnesomraden/klimatomstallningen/omraden/klimatet-och-konsumtionen/>.

har lett till att de flesta stöter på den dagligen. Det måste dock inte vara en dålig sak; bombardemanget av gröna budskap är ägnat att forma opinionen, att befästa föreställningen om en förestående klimatkris och att inskräpa betydelsen av omställning. Marknadsföringen kan därmed uppmuntra till både politiska påtryckningar mot makthavare och till ansvarsfull konsumtion, varvid marknadsföringen kan hjälpa konsumenter till mer hållbara val. För att uppnå detta krävs dock att den lyckas undgå att odla mottagarnas cynism, skepticism och allmänna reklamtrötthet som annars är fullt rimliga reaktioner på gröna löftens uppfattade tomhet. Det vore därmed bra, om det i större utsträckning gick att *lita på* gröna löften – vilket man ju faktiskt också kan, i den mån det går att knyta rättsliga effekter till dem. Min tes, är att man borde kunna göra just detta, i större omfattning än vad som nog ofta antagits, och att gröna löften därmed kan bidra till omställningen. De är ingalunda något universalmedel, men de kan vara ett verksamt medel, bland många andra, vilket adresserar en del av de problem som berörs.

Tar vi det baklänges, och börjar med *egendomsproblematikerna*, så ger gröna löften möjlighet att skapa förmögenhetstillgångar – att skapa något konkret: en i löftet grundad fordran, som kan utgöra rättighets objekt och bli föremål för tvist. Obligatio binder, och löftets reifierande verkan gör att bundenheten kan analyseras i termer av det rättsliga objekt vilket gäldenären kan avkrävas. För att nå dit är *avtalsparadigmet* vad man främst har att jobba med. Inom dess ramar synes det fullt möjligt att argumentera för bundenhet. Det mest iögonfallande hindret är att gröna löften ofta är så vaga att det låter sig ifrågasättas om de avsetts förplikta, och i så fall till vad. Det är inte ett obetydligt hinder. Vill vi minska greenwashingen borde dock marknadsföringsrätten samverka med avtalsrätten för att gemensamt motarbeta illojalt profitsökande medelst appeller till konsumenternas ökande miljömedveten. Beivrandet därav effektiviseras om marknadsföringsrättens möjlighet att (i efterhand) förbjuda vissa kommunikationsformer kompletteras med den möjlighet avtalsrätten ger att hålla löftesgivare ansvariga, vid behov genom att tolka deras vaghet mot dem – till exempel när de sålt något, varvid inte minst konsumentköpen förtjänar uppmärksammas på grund av transaktionernas oerhörda mångfald. En tänkbar väg kunde vara att, i förlängningen av traditionellt tankegods om 'in dubio contra stipulatorem', utveckla tolkningsprinciper även för *ambiguitas contra proferentem*. Sådana utvecklingar kan tänkas redan på det nationella planet, men det mest effektiva medlet vore nog att ta fasta på den *instrumentalisering av privaträtten* som drivs av

EU:s rättsbildning. (Vi lär inte komma ifrån den, och kan då lika gärna försöka se dess möjligheter.)

Och här vill jag till sist stegra mot ett crescendo: Det är inte natur, utan kultur som bestämmer vad som bereds plats på Justitias våg. Att den traditionella nationella förmögenhetsrätten har hävdvunna strukturer innebär inte att de är eviga. Även civilrätten kan bidra i omställningen. Inte minst om vi är beredda att omförhandla delar – kanske bara småsaker – av den förmögenhetsrätt som ingalunda utgör något statiskt, fastfruset objekt, utan som är föremål för kontinuerligt omskapande och omstöpanande i enlighet med vad som över tid uppfattas som det rätta och goda! Exakt *vilka* delar är förvisso en ännu öppen fråga. För svaren borde dock även förmögenhetsrättsvetenskapen stå till svars.

Marigó Oulis

Konsumtion och konsumenträtt – en utomståendes betraktelse

1 Inledning

Mycket har skrivits om EU:s konsumenträtt. Den sägs ha smugits in i EU-samarbetet eftersom den inte var förutsatt från början,¹ men ska nu utgöra en del av det viktigaste samarbetet inom EU.² Konsumenträtten har sin egen bestämmelse i artikel 169 (även om den nästan aldrig används).³ Konsumenträtten är också en del av nationell rätt för att skydda konsumenter.

Vi har en *New Deal for Consumers*⁴ som resulterat i ett meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet med titeln: ”*Ny strategi för konsumentpolitiken En hållbar återhämtning genom stärkt konsumentresiliens.*”⁵

Det produceras kort och gott mängder med texter om hållbarhet och konsumenter. Frågan är vad som händer om vi backar bandet lite, och

¹ Schütze, Robert; *European Union Law*, Oxford University Press, 3 ed, 2021, s. 819 ff., Weatherill, Stephen, *Consumer Policy in The Evolution of EU Law* edited by Craig and de Burca (*Consumer Policy*), s. 874. Kotsios, Andreas; *Paying with Data: A Study on EU Consumer Law and the Protection of Personal Data (Paying with data)*, 2022, s. 108 ff.

² Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 874.

³ Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 874.

⁴ COM(2018) 183 final.

⁵ COM(2020) 696 final. Denna nya strategi omfattar fem prioriterade områden, nämligen ”(1) den gröna omställningen, (2) den digitala omställningen, (3) möjlighet till gottgörelse och upprätthållande av konsumenträttigheter, (4) vissa konsumentgruppers särskilda behov, och (5) internationellt samarbete.” Vad betyder egentligen ”konsumentresiliens”? Det är oklart, ordet förekommer endast två gånger (i två rubriker) i kommissionens meddelande.

istället tar utgångspunkten i det (bl.a.) Duncan Kennedy kallar för ”the Social”.⁶ Hur ter sig konsumenträtten för en betraktare som inte är på insidan av EU-rätten? Ur mitt perspektiv förefaller det som att EU lyckats reglera fram en ny marknad – en marknad av konsumenter. Hur denna marknad av konsumenter svarar mot EU:s resiliens- och hållbarhetsmål ska kanske låtas vara osagt.

2 Att vara eller inte vara konsument

Första gången som konsumenten definierades i svensk rätt var i samband med tillkomsten av lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.⁷ Lagen bygger på direktivet om oskäliga villkor i konsumentavtal (93/13/EEG). Före tillkomsten av denna lag var *konsumenten* som begrepp inte definierad i svensk lagtext. En konsument är numera definierad som ”en fysisk person som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet.”

I de konsumentskyddande regleringar som fanns före år 1995 så hade den svenska lagstiftaren istället för en definition av begreppet konsument gjort ett tillägg av innebörden att den aktuella konsumentlagen endast gällde om konsumenten handlade huvudsakligen för enskilda ändamål.⁸ Även om en definition av att vara konsument funnits i svensk rätt sedan år 1995 dröjde det till år 2002 innan konsumentköplagen också erhöll denna definition av begreppet konsument. Konsumentköplagen förändrades eftersom ”direktiv (1999/44/EG) om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (konsumentköpsdirektivet)”⁹ skulle genomföras. Definitionen av begreppet konsument (och orsaken till införandet av en definition) i svenska lagregleringar härstammar alltså från EU.

⁶ Jag utgår här från Duncan Kennedys uppsats, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000*, The new law and economic development: a critical appraisal (red. Trubek och Santos), Cambridge, Massachusetts, 2006, s. 19–73, (*Three Globalizations*), se exempelvis s. 20 för en definition av ”the Social”, se vidare nedan.

⁷ Prop. 1994/95:17, s. 30 ff.

⁸ Se exempelvis 1 § konsumentköplagen (1973:877), 1 § konsumentköplagen (1990:932) före förändringarna år 2002, 1 § lag (1971:112) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden samt prop. 1994/95:17, s. 31. Samtliga i denna not nämnda lagar är numera upphävda. Se även prop. 2001/02:134, s. 25 ff.

⁹ Prop. 2001/02:134, s. 1.

Fram till införandet av en definition av begreppet konsument så var konsument något en person blev (blir) i relation till en näringsidkare. Att vara konsument var inte något som kunde sägas utgöra en "identitet". Istället var konsumenten i (nationell) svensk rätt en "rättslig position/roll" av relativ underordning, som alla fysiska personer kunde hamna i när motparten var en näringsidkare, som alltså är i något hänseende överordnad – det rörde sig helt enkelt om något relationellt.

Eftersom lagregleringen för konsumenter typiskt sett är tvingande till konsumentens fördel så är det inte möjligt att ta sig ur den rättsliga positionen *konsument* (eller konsumentskyddet som uppstår vid en relation mellan en konsument och en näringsidkare) för en fysisk person.¹⁰

Eftersom närmare 100 procent av EU:s medborgare potentiellt kan betraktas som konsumenter (eller framtida konsumenter) från tid till annan,¹¹ t.ex. när de köper sin middagsmat, så diskuteras inte sällan konsumentrollen som en majoritetsposition.¹² Det kan också noteras att denna majoritets "konsumtion genererar 54 procent av EU:s BNP"¹³ och att en hälsosam konsumtionsmiljö ansetts vara en avgörande faktor för ekonomisk tillväxt.¹⁴ Europas konsumenter är alltså viktiga för den gemensamma marknaden och för ekonomin i EU.

År 1989 skriver Wilhelmsson om olika rationaliteter i rätten.¹⁵ Han menar att ett äldre sätt att tänka på rätten och hur den organiserar sig byggde på individen utan särskilt utmärkande individualitet. Beskrivningen är inte helt olik Kennedys beskrivning av "Classical Legal Thought."¹⁶ Inom Classical Legal Thought var de utmärkande dragen frihet och vilja. "Numera", dvs. runt år 1989, menar dock Wilhelmsson att man kommit att tänka mer i termer av *sociala roller*. De här rollerna kan vara av olika slag, det kan till exempel röra sig om arbetsgivar-/arbets-

¹⁰ Se exempelvis 1 kap. 10 § konsumentköplagen (2022:260). Att en konsument kan efterge sina av lag följande rättigheter när de väl aktualiserats är en annan sak.

¹¹ Förutsatt att rättshandlingsförmåga föreligger.

¹² Denna majoritetsposition förefaller också förstärkas av att definitionen av en konsument inte längre kräver en näringsidkare.

¹³ COM(2020) 696 final, s. 2.

¹⁴ COM(2018) 183 final, p. 1.1.

¹⁵ Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, Scandinavian Studies in Law, 33, 1989, s. 221–236, ("*Need Rationality in Private Law?*"), s. 225 ff.

¹⁶ Kennedy, Duncan, *Three Globalizations*, s. 21 samt Kennedy, Duncan; *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, Beard Books, Washington, 2006, passim men särskilt kapitel 4, s. 157 ff.

tagarrollen, eller att någon är patient. Vad det handlar om är helt enkelt att subjektet inte endast är ett subjekt utan också något mer, man intar en ställning, varmed följer en viss rollbeskrivning – man är till exempel konsument. Med detta perspektiv följer att normerna gärna kopplas till ett rättssubjekts roll i samhället. Vilken roll man som subjekt träder in i är därmed, enligt Wilhelmsson, inte oviktigt, och rollbeskrivningen kan motivera särskilda regler.

”Person-related norms are often introduced in the legal system with the aim of protecting the ‘weaker party’ in a legal relation.”¹⁷

Redan rollen som konsument indikerar alltså med detta synsätt en viktig *funktion* på marknaden – en funktion som måste skyddas. Problemet enligt Wilhelmsson är att alla fysiska personer kan vara konsumenter och att det därmed inte riktigt går att tala om att det rör sig om en person-orienterad roll i en rättslig relation.¹⁸ Regeln tar inte sikte på personer (enskilda subjekt), eftersom frågan om styrkepositionen och marknads-hänsynen med detta synsätt ligger inbyggd i själva definitionen av vad en konsument i rättsligt hänseende är.

Vid införandet av definitionen av (det fristående) begreppet konsument, som i Sverige inleddes år 1994, diskuterades inte konsekvenserna av att begreppet konsument kom att frikopplas från relationen till näringsidkaren.¹⁹ Det relevanta fram till år 1994, eller år 2002 när definitionen infördes i konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen, var *när* konsumentskyddet skulle inträda, alltså när den konsumentskyddande lagen kom att bli tillämplig. Ur lagregleringarna före införandet av definitionen av begreppet framgår att hela konsumentkonstruktionen är beroende av en näringsidkare, och att lagen blir tillämplig i relationen konsument–näringsidkare. Denna relation och tillämpligheten återspeglas numera i konsumentköplagens 1 kap. 1 § och 3 §.

Ur mitt perspektiv framstår det som överflödigt med en definition av vad en konsument är utan att konsumentlagarna för den saken skulle bli tillämpliga. Möjligen är det ett utslag av tiden, men mer om det nedan.

¹⁷ Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, s. 226.

¹⁸ Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, s. 226 ff.

¹⁹ Frågan nämns över huvud taget inte i prop. 2001/02:134 eller i Ds 2001:55 innan definitionen infördes i konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen. Inte heller i prop. 1994/95:17 diskuteras frågan.

Att rätten ordnas enligt rättsliga positioneringar eller funktioner är något som Duncan Kennedy menar är utmärkande för det han kallar den tredje globaliseringen: ”Policy Analysis, Neoformalism, and Adjudication”. Det är under den tredje globaliseringen som *rollen* blir en *identitet* enligt Kennedy.

”The identity/rights complex, as a template for thinking about a vast range of legal issues, seems foreshadowed in the United States by the post-WWII alliance of elite WASPs, Jews, and blacks in the construction of the category of ethnicity, linking the evils of the Holocaust to those of racism in the United States as illegal discrimination. U.S. second-wave feminism is responsible for the abstraction and generalization of the category by transforming it into ‘identity’. And it is familiar since de Toqueville that United Statesians tend toward juristocracy.”²⁰

Den här sammanblandningen av roll (konsument blir man i relation till en näringsidkare) och identitet (begreppet konsument vilket är något man är) kanske också kan förklara den glidning som uppstått i en av de mest använda svenska läroböckerna i allmän avtalsrätt.²¹ Ursprungligen föreföll ingenting speciellt stå i läroboken om de rättsliga positioner som parter vilka kan ingå avtal med varandra intar.²² Vad det handlade om var att lära studenter något om rättshandlingar och rättshandlingsförmåga, anbud och acceptmodellen och hur avtal blev ogiltiga. I den trettonde upplagan från år 2011 hände dock något med rollbeskrivningarna. Då konstateras att avtal kan ”ingås mellan privatpersoner (*C2C*-relationer), mellan privatpersoner (konsument) och företag (*B2C*-relationer), mellan företag (*B2B*-relationer) [...]”²³ Redan här skulle man kunna ifrågasätta att den från ekonomisk teori hämtade förkortningen *C2C* används för privatpersoner. Det går också att fråga sig varför privatpersoner inom parentes definieras som konsumenter, men det konstateras alltjämt i läroboken att avtalet ingås mellan privatpersoner.

I den fjortonde upplagan av läroboken från år 2016 har påståendet om de rättsliga relationerna emellertid utvecklats. Då konstateras det att avtal kan ”ingås mellan två konsumenter, populärt förkortat till *C2C* (consu-

²⁰ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, p. 68.

²¹ Adlercreutz, Axel; Avtalsrätt I. Om det nu är en sammanblandning, det kanske är avsiktligt.

²² Adlercreutz, Axel; Avtalsrätt I, se inledningen till exempelvis 12 u, eller 11 u.

²³ Adlercreutz, Axel; Gorton, Lars; Avtalsrätt I, 13 u, 2011, s. 17.

mer to consumer), mellan två näringsidkare, B2B (business to business), mellan en näringsidkare och en konsument, B2C (business to consumer) [...]”²⁴ Detta är sant och missvisande på samma gång, åtminstone ur ett svenskt perspektiv.²⁵ Givet definitionen av konsumenten som numera har tagit över de svenska konsumentlagarna,²⁶ så är det mycket riktigt så att det är möjligt för två konsumenter att sluta avtal. Rimligtvis borde nästan alla avtal mellan två fysiska personer utgöra ett avtal mellan två konsumenter eftersom definitionen av en konsument är någon ”som handlar huvudsakligen för ändamål som faller utanför näringsverksamhet.” På så vis är det sant att två konsumenter kan sluta avtal med varandra. Men det är missvisande i så måtto att det inte förefaller följa några konsekvenser av detta konstaterande.²⁷ De svenska (nationella) konsumentlagarna blir inte tillämpliga bara för att två konsumenter sluter avtal med varandra.²⁸

Konsumentskyddet som följer av konsumentlagarna är alltså beroende av den (relationella) roll som en fysisk person intar i relation till en näringsidkare. Två konsumenter kan därför inte ingå avtal med varandra och få till några konsekvenser av konsumentidentiteten, eftersom konsu-

²⁴ Adlercreutz, Axel; Gorton, Lars; Lindell-Frantz, Eva; Avtalsrätt I, 14 u, 2016, s. 18.

²⁵ Enligt svensk civilrätt. Annorlunda i andra jurisdiktioner, men nu återfinns inte uttalandet i ett komparativt avsnitt utan i inledningen till boken.

²⁶ Konsumenttjänstlagen ändrades samtidigt som konsumentköplagen år 2002 eftersom lagstiftaren ansåg att lagarna borde överensstämma. Konsumentkreditlagen från år 2010 innehåller även den definitionen av begreppet konsument.

²⁷ Eller gör det det? Har vi möjligen infört avtalsprincipen för att erhålla sakrättsligt skydd, jfr 8 kap. 7 § konsumentköplagen, i alla fall utom de då två näringsidkare sluter avtal med varandra? Har vi justerat påföljds katalogen och reklamationsfristens längd så snart det inte är två näringsidkare som sluter avtal med varandra? Konsumentköplagens *skydd* är visserligen inte tillämpligt annat än i relationen med näringsidkaren, se 1 kap. 1 § konsumentköplagen, men vad är egentligen ett skydd? Ska vi särskilja de delar av konsumentlagarna som kan anses utgöra ett *skydd* från de delar som inte i sig är *skyddande* och tillämpa de senare? Varför behöver vi veta om att vi är konsumenter om det inte finns någon rättslig följd av detta begrepp? Logiskt sett borde det alltså följa någon rättslig konsekvens av att uppfylla lagens definition av att vara en konsument. För en bra diskussion om vad begreppet *skydd* kan tänkas innebära, se Kotsios, Andreas; Paying with data, s. 105 ff., se särskilt s. 107 där Kotsios skriver ”A massive consumption society derived as a consequence of massive production [...] it was in fact liberal ideas and capitalist governments that first started to be concerned about this and saw this fairly new identity in the citizens and therefore created the first pieces of legislation aimed at protecting this new identity – the consumer.”

²⁸ Inte heller är det så 36 § AvtL är uppbyggd. Den är tänkt att skydda en svagare part.

mentskyddet endast uppstår i relationen till en näringsidkare, alltså på en marknad, jfr 1 kap. 3 § konsumentköplagen.

Förändringarna i läroboken indikerar dock att den funktionella marknadsaktören konsument möjligen har blivit något av en identitet och mindre av en roll (med Wilhelmssons ord ovan).

3 The Social

”The study of law and development began with a particular positioning of its two terms ‘law’ in relation to ‘development.’ The question was how legal reform might contribute to the takeoff into self-sustaining growth in the Cold War, postcolonial Third World of the 1960s.”²⁹

Så inleder Duncan Kennedy artikeln *Three Globalizations*. Duncan Kennedy tänker sig att det finns tre perioder av tänkande i västvärlden när det kommer till hur västvärlden har tagit sig an juridik.³⁰ Han kallar den första av sina tre perioder för ”Classical Legal Thought” och den pågår enligt Kennedy mellan år 1850 och år 1914. Nästa period kallar Kennedy för ”the Social” och den perioden pågår mellan år 1900 och år 1968. Den tredje perioden, som redan nämnts ovan, kallar Kennedy för ”Policy Analysis, Neoformalism, and Adjudication” och den pågår mellan år 1945 och år 2000. Även om årtalen är väldigt specifikt angivna, är årtalen trots allt inte huggna i sten utan ungefärliga. Därtill menar Kennedy att perioderna, som synes, till viss del överlappar.

Perioden mellan år 1900 och år 1968 var enligt Kennedy socialt orienterad. Den sociala orienteringen var ett resultat av ett ökat intresse bland politiska partier för ekonomiskt svagare aktörer, i synnerhet för bönder och arbetare.³¹

Den ideologiska grunden till att ett parti lyfte fram sociala aspekter varierade och kunde bero såväl på religion som på socialdemokrati. Där emot, menar Kennedy, ledde vare sig kommunism eller klassisk liberalism till en politik som var socialt orienterad.³² Från år 1945 och framåt

²⁹ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 19.

³⁰ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, se exempelvis s. 21.

³¹ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 20.

³² Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 22, s. 39. Kennedy skriver att “[...] the Social people were anti-Marxist, just as much as they were antilaissez-faire. Their goal was to save liberalism from itself.”, Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 38.

så fanns visserligen "the Social" som en strömning men samtidigt utvecklades den nya, tredje, globaliseringen "Policy Analysis, Neoformalism, and Adjudication." Denna tredje globalisering pågick enligt Kennedy från år 1945 till år 2000 och löper alltså parallellt med "the Social" under ca 20 års tid.

Den tredje globaliseringens utmärkande drag byggde, enligt Kennedy, på internationella organisationer såsom EU, NAFTA, WTO och på strukturell analys. "The Social" byggde på harmoni och en kollektiv strävan, mot största möjliga sociala välfärd för såväl så många individer som möjligt, som för samhället i stort. Detta var dock inte alls ett framträdande drag i den tredje globaliseringen. Strävan efter någon form av harmoni under "the Social" kom sig av att man betraktade alla delar av det moderna livet som beroende av varandra. Det kom sig också av att syftmålet var mesta möjliga välfärd för de många.³³ Det var också konsekvensen av detta synsätt som ledde till att "the Social" på den politiska skalan kunde befinna sig både till höger, genom exempelvis kristen ideologi, och till vänster, i form av exempelvis socialdemokrati.

"The social people included the dominant anticommunist and antifascist intellectual currents of the inter-War period, with the agenda, as I mentioned above, of saving liberalism from itself."³⁴

Under den period som "the Social" dominerade västerlandets tänkande blev enligt Kennedy tanken om att näringsidkare borde behandla konsumenter på ett etiskt sätt en integrerad del av rätten.³⁵ Möjligen kan man också sträcka sig så långt att man kan påstå att det var under denna period som "konsumenten" föddes i Sverige.³⁶ I Sverige var 1905 års köplag tillämplig på alla typer av köp fram till år 1973 då konsumentköplagen kom. Den skillnad som gjordes i 1905 års köplag var mellan handelsköp och civila köp (alltså köp mellan handelsmän och personer som inte båda var handelsmän). Denna distinktion var ett sätt att fånga upp vad som kunde förväntas av såväl fysiska som juridiska personer i några av

³³ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 42.

³⁴ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 60 f.

³⁵ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 22, s. 50.

³⁶ Den första svenska konsumentköplagen kom exempelvis år 1973, men utreddes givetvis dessförinnan. Från år 1971 gällde lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden fram till år 1995, då dagens lag trädde i kraft (1994:1512). Se även Wilhelmsson, Thomas; *Need Rationality in Private Law?*, s. 226.

de roller i vilka de kunde uppträda på marknaden. Till detta kom avtalslagens ogiltighetsreglering som skyddar svagare parter från ett otillbörligt utnyttjande. Den senare regleringen byggde, och bygger, emellertid i högre grad på en individuell bedömning än på rollen eller identiteten konsument.³⁷

4 Konsumenten som identitet och som handelsvara

Som nämndes inledningsvis utgjorde inte konsumenträtten något fokusområde vid EU:s födelse. Den gemensamma marknaden som skapades genom EU ansågs vara tillräcklig för att förbättra konsumenternas situation. Det centrala var att verka för europeisk integration, även om uppnådd sådan kunde komma att gynna konsumenterna: "[...] integration through law was itself a form of consumer policy."³⁸ På det sättet

³⁷ Här kan det vara av intresse att stanna till och fundera på vad det innebär att de förändringar som förespråkas i Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, 10 *European Law Journal* 653 (2004). Tillgänglig på: http://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/1149 ("Social Justice in European Contract Law A Manifesto"), inte tar sikte på konsumenträttigheter utan på "allmän" kontraktsrätt. Det var alltså inte genom konsumenträttigheterna som social rättvisa skulle uppnås i Europa utan genom "allmänna regler" på kontraktsrättens område. "Initiatives with respect to private law fit into the increasing emancipation of the European Union from a limited focus on an Internal Market towards becoming a political entity with its own constitution.", se Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, s. 657. Den Common Frame of Reference som där lyftes fram, resulterade i DCFR. Se för en analys av användningen av DCFR i svensk rätt mellan år 2008 och år 2016 Samuelsson, Joel; *Europarätten – 20 år i Sverige*, i de lege 2015. Hästad, Torgny har skrivit så här om DCFR:s användning i svenska domstolar: "[...] disputing parties must be aware that the Supreme Court is familiar with DCFR and may be inspired by its solutions. Therefore, as such, parties ought to deliberate whether there are arguments to present regarding why the Supreme Court should not apply the same solution in the dispute", Hästad, Torgny; "DCFR Rules in the Swedish Supreme Court" i *The Nordic Contracts Act Essays in Celebration of Its One Hundredth Anniversary*, s. 184. Det kan också noteras att EU-projektet Common European Sales Law slutligen återkallades av EU år 2019 efter att ha lagts i byrålådan redan år 2014.

³⁸ Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 874. Se på samma tema Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 819.

kan man säga att "consumer policy"³⁹ först kanske inte syntes så mycket i EU-bygget men mer eller mindre redan från början funnits implicit, i själva den handels- och marknadsrätt som utgjort primära och explicita mål. Att dessa konsumenter också skulle upprätthålla⁴⁰ *sin identitet, konsument, på ett hållbart sätt var knappast del av marknadsrätten, det kan åtminstone ifrågasättas.*

Ett exempel på denna underförstådda men alltjämt allomfattande och närvarande konsumentpolicy finns (exempelvis) i den välkända Cassis de Dijondomen.⁴¹ Fallet gällde tyska regler om alkohol, där det krävdes en viss alkoholhalt för att försäljning skulle få ske. Den franska drycken Cassis de Dijon höll emellertid för låg alkoholhalt för att de tyska reglerna skulle medge försäljning i Tyskland.⁴² Det här gick inte för sig enligt EU-domstolen. Den tyska regeln betraktades som ett handelshinder som motverkade den fria rörligheten. Målet kom under den första delen av den period som Kennedy kallar för den tredje globaliseringen (år 1968–2000).

EU-domstolen har sedan sjuttioalet sett till att alla *konsumenter* i EU kan förvänta sig ett visst konkret förhållningssätt från näringsidkarna i EU.⁴³ Utöver att drycker med låg alkoholhalt får säljas inom hela EU har EU-domstolen också lagt sig i användandet av trailers,⁴⁴ och av jetskis⁴⁵ och att öl inte behöver nå upp till några specifika renhetslagar.⁴⁶ EU-domstolen har även sett till att man inom EU inte får förbjuda näringsidkare att kräva in kontokortsinformation vid distansköp innan

³⁹ Även här kan man fråga sig, vad är det vi talar om – "konsumentpolicy", "konsumenträtt", eller "konsumentskydd"? En "New Deal" för konsumenter och en "Ny strategi för konsumentpolitiken En hållbar återhämtning genom stärkt konsumentresiliens". Notera även att Duncan Kennedy menar att just policy är utmärkande för den tredje globaliseringen.

⁴⁰ Vilket ord ska man välja här? Hur beskriver man identiteten, inte skapandet av den samma utan levandet, det aktiva, och passiva, varandet?

⁴¹ Mål 120/78 EU:C:1979:42.

⁴² Se vidare om målet exempelvis i Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 877 eller Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 17, 529 ff.

⁴³ Väl medveten om att jag nu kommer att blanda flera olika typer av EU-regleringar och skydd för olika storheter.

⁴⁴ Case C-110/05, *Commission v. Italy (Italian Trailers)*, Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 534 f.

⁴⁵ Case C-142/05, *Åklagaren v. Mikelsson and Roos*, Schütze, Robert, *European Union Law*, s. 535 f.

⁴⁶ Case 178/84, *Commission v. Germany (Beer Purity)*, Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 546 f.

ångerfristen har löpt ut.⁴⁷ Bevekelsegrunderna och kopplingen till fördraget har varierat över tid, det har rört sig om att främja fri rörelse av varor, fri rörelse av kapital, varumärkesrätt, marknadsrätt i allmänhet, men grunden har som alltid varit att någon diskriminering inte får ske av *näringsidkare* i andra länder. Allt till konsumenternas fromma så att fortsatt (hållbar?) konsumtion inte ska hämmas.

”The Court, in adjudicating on the validity of the measure, must balance the interests of the consumers who are thought (by national authorities) to need protection and the wider group of consumers who stand to benefit from deregulation.”⁴⁸

För en utomstående betraktare så förefaller alltså konsumenträtt från ett EU-perspektiv vara ett medel för att främja *policy* och för att förstärka valmöjligheten för konsumenterna. EU-domstolen har emellertid inte arbetat ensamma. Som nämnts tidigare hade ett antal konsumentregleringar antagits tidigt i EU:s (då EG:s) historia. Inledningsvis utgjorde regleringen från EU en minimireglering, runt millennieskiftet skedde dock en förändring.⁴⁹

Enligt Robert Schütze har det konsumentskydd som antagits under artikel 169 i EU-fördraget lett till en minimireglering (minimiharmonisering) vilket skiljer sig från det konsumentskydd som antagits under artikel 114 i EU-fördraget.⁵⁰ Reglering antagen under artikel 114 i EU-fördraget, vilket utgör majoriteten av de konsumentskyddande regleringarna, kan utgöra såväl en minimireglering som en fullständig harmonisering av rätten. Med stöd av den uttryckliga konsumentbestämmelsen i artikel 169 i EU-fördraget kan alltså endast *ett golv* för konsumentskyddet skapas. När däremot artikel 114 i EU-fördraget används som grund för harmoniseringen och valet faller på en fullharmonisering så skapas i realiteten även ett tak för konsumentskyddet. Runt millennieskiftet byter kommissionen alltså, som nämnts ovan, strategi från minimiregleringar där medlemsstaterna kunde ha en högre nivå för konsumentskyddet, till maximiregleringar.⁵¹

⁴⁷ Case C-205/07, *Gysbrechts and Santurel Inter*, Schütze, Robert; European Union Law, s. 538 f.

⁴⁸ Weatherill, Stephen; *Consumer Policy*, s. 877 f. ”The Court” avser här EU-domstolen.

⁴⁹ Se exempelvis Kotsios, Andreas; *Paying with Data*, s. 111 med hänvisningar.

⁵⁰ Schütze, Robert; European Union Law, s. 820.

⁵¹ Kotsios, Andreas; *Paying with Data*, s. 111 f., s. 114 ff.

Den tredje globaliseringen⁵² utmärks enligt Kennedy av konstitutionalisierung (innebärandes att företeelser blir föremål för den konstitutionella rätten), federalism,⁵³ domaren, neoformalism och balanserandet av motstående intressen.

”The European Court of Justice is neoformalist in its interpretation of the canonical ‘freedoms’ of movement of goods and persons in a ‘single market’ in part, as is widely recognized, in order to drape its legislative power in the cloak of legal necessity.”⁵⁴

Över lag så har EU-domstolen och kommissionen, alltsedan Cassis de Dijon-målet, verkat för att strömlinjeforma konsumentmarknaden i EU.⁵⁵ Tanken har hela tiden varit att en fungerande inre marknad skulle leda till fördelar för konsumenter.

Genom lagstiftningsarbetet inom EU och genom EU-domstolens arbete har såväl ett golv för det skydd som näringsidkare måste tillhandahålla konsumenter, som konturerna av ett tak för vad konsumenter kan förvänta sig av näringsidkare utkristalliserat sig. Det är ju den andra sidan av myntet.

Med både ett golv och ett tak för vad konsumenter kan förvänta sig av näringsidkare inom EU, så har en uthållig, förutsebar och, inte minst,

⁵² Den tredje globaliseringen tar slut runt år 2000 och någon analys av en fjärde globalisering finns inte av Duncan Kennedy. Däremot har han målat upp en bild av samtiden i Kennedy, Duncan, *Authoritarian Constitutionalism in Liberal Democracies* (August 18, 2018). I Alviar, Helena & Frankenberg, Gunter (red.); *Authoritarian Constitutionalism*, London, (2019) Edward Elgar. Tillgänglig på SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3233071>.

⁵³ Jfr beskrivningen av EU:s konstitutionella natur i Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 41 ff., se särskilt s. 42 ”The European Union is indeed best understood as a ‘Federation of States.’” Därpå följer en mycket ingående analys av EU:s konstitutionella karaktäristika och, mer ovanligt, ett på allvartagande av vad institutionerna själva har att säga om sin verksamhet. Ett exempel finns på s. 54 där Schütze skriver ”First, in contrast to ordinary international treaties, the European Court of Justice has insisted on the ‘non-contractual’ nature of European law [...]. Second, the European Court of Justice has established the direct applicability and primacy of Union Law over all national law.” Se även a.a.s. 540 ff., samt s. 545.

⁵⁴ Kennedy, Duncan; *Three Globalizations*, s. 69.

⁵⁵ Här har man använt flera olika artiklar i fördraget men väldigt sällan art. 169 som uttryckligen reglerar konsumenträtt, se om detta exempelvis, Schütze, Robert; *European Union Law*, s. 820, Garben, Sacha; Title XV Consumer Protection, Article 169 TFEU in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights* Edited by Kellerbauer, Manuel; Klamert, Marcus and Tomkin, Jonathan, Oxford University Press, 2019, s. 1458 ff.

stor marknad av konsumenter vecklat ut sig. Riskerna för näringsidkare har på ett effektivt sätt minimerats av EU eftersom det är förutsebart vad en ”EU-konsument” kan ha rätt att kräva av näringsidkaren.

När det endast var en *roll* att vara konsument, dvs. när ”konsumenten” uppstod i relation till näringsidkaren så var konsumentrollen något som konsumenter och näringsidkare gemensamt skapade vid konsumtions-tillfället. Men när det snarare är en *identitet* att vara konsument, det är helt enkelt något som man alltid är om man uppfyller definitionen av begreppet konsument, så går konsumenten att likna vid en handelsvara.⁵⁶ När näringsidkaren inte är nödvändig för konsumenternas existens så är konsumenten, för att låna från sakrätten, individuellt bestämd och identifierbar i sig själv.⁵⁷ Konsumenten som handelsvara är därtill både stabil och hållbar över tid. Genom att konsumenten har omvandlats från något relationellt till identitet (vilket skedde senare i Sverige än i andra delar av EU) så skulle man även kunna betrakta konsumenterna som en marknad.⁵⁸ Genom bl.a. EU-domstolens försorg skulle man också kunna tänka sig att marknaden har strömlinjeformats. Den ”skyddsnivå”⁵⁹ som näringsidkare måste tillhandahålla är relativt tydlig. Det rör sig inte om individuella krav, utan om att handeln med varan (för att vara drastisk) konsumenter har blivit (mer) homogen. På detta sätt har konsumentmarknaden, marknaden av konsumenter, breddats och vuxit och den

⁵⁶ Se för diskussion om identitet och skapandet därav Husz, Orsi; Identitetsekonomi, (*Identitetsekonomi*), i RJ 2022 Årsbok, Efter digitaliseringen, 2022, s. 10 ff., s. 46 f. Fritt nedladdningsbar här: <https://www.rj.se/Var-organisation/strategi/samverkan-och-forskningskommunikation/arsbocker/efter-digitaliseringen/>. 2022-11-15. Husz skriver: ”Det sätt som den officiella frågan ’vem är du’ ställs på påverkar och påverkas i sin tur av hur människor tänker kring frågor som ’vem är jag’, ’vilka är vi’, ’vilka är de’.” A.a.s. 10, not utesluten. Jfr även på ett parallellt tema Sjöblom, Alf; Trygghet som handelsvara: Privat folkförsäkring i det framväxande välfärdssamhället 1900–1950, Stockholms universitet, 2016, s. 333 ff. Fritt nedladdningsbar här: Trygghet som handelsvara: Privat folkförsäkring i det framväxande välfärdssamhället 1900–1950 (diva-portal.org). 2022-11-15.

⁵⁷ Även om steget till sakrätten kan förefalla långt så är det den disciplin i civilrätten som kommer så nära engelskans ”property”, egendomsrätt, som det går i svensk civilrätt. Om vi nu betraktar konsumenten som en handelsvara så är steget till sakrättens terminologi inte lika stort. Gamla köplagen (1905) skilde därtill för sin del på specieköp (individualliserat gods) och genusköp, inte heller i köprätten är distinktionen alltså främmande.

⁵⁸ Husz, Orsi; Identitetsekonomi, s. 46 ff.

⁵⁹ Det är en annan artikel att diskutera vad ett skydd är. Huruvida EU har förbättrat skyddet för konsumenter varierar med område och EU-land (oavsett vad man nu lägger i begreppet skydd). Jag är dock tveksam till att kalla det för ett skydd. Ibland är det en försäkring för medborgarna i en viss medlemsstat.

fortsätter växa i takt med att nya EU-medborgare föds.⁶⁰ En expansion som är nödvändig för att hjulen ska fortsätta rulla och hjulen måste fortsätta rulla för att kapitalismen ska fungera.⁶¹

En konsekvens av att konsumenten omskapats från *roll* till *identitet* förefaller alltså vara att konsumenterna utgör *en egen marknad* för näringsidkare. En annan konsekvens, mer uppenbar möjligen, är att identiteten konsument förutsätter (potentiell) konsumtion. *Rollen* konsument förutsätter också konsumtion (alltså även tidigare) i så måtto att konsumenten skapas vid varje konsumtionstillfälle. Men om det är en *identitet* att vara konsument så måste (väl) konsumenten konsumera för att ”uppfylla” sin identitet. Hur är man en icke-konsumerande konsument utan att få en identitetskris?

I sin ”ny[a] strategi för konsumentpolitiken” skriver kommissionen att man kan ta intryck från miljörörelsen för att varor ska få längre livslängd. Enligt kommissionen handlar ett av huvudområdena inför framtiden om grön omställning inom EU.⁶² Ett sätt att åstadkomma denna omställning är, enligt kommissionen, genom mer information (som ska leda till mindre konsumtion?).⁶³

Oavsett vad man anser om konsumenten som handelsvara så måste det ändå konstateras att (handelsvaran) konsumenterna i EU är stadigt expanderande över tid, och hållbara. Om den juridik som reglerar denna marknad av konsumenter också leder till klimat- och miljömässig hållbarhet är inte något som är självklart. Att mer information till, den i ärlighetens namn informationsöverlastade, marknaden konsumenter

⁶⁰ Här är väl möjligen Brexit en faktor i expansionen av marknaden. Eftersom detta är en inledande betraktelse bortser jag helt enkelt helt från Brexit.

⁶¹ Streeck, Wolfgang; *How Will Capitalism End? Essays on a Failing System*, Verso (2016), s. 201 ff. Det kan även noteras att det inte var genom konsumenträtten som ledande forskare inom EU ville stärka *skyddet* för individer, eller ”the Social.” Skyddet för individer skulle istället bli starkare genom en tillnärmning av den allmänna kontraktsrätten inom EU. Det var genom en gemensam kontraktsrätt som alla, konsumenter eller inte, skulle kunna erhålla fördelarna av (motsvarigheten till) ”the Social.” Dessa projekt har dock strandat. Någon gemensam kontraktsrätt blev det emellertid inte inom EU (däremot har det blivit en hel del konsumenträtt). Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, s. 656 ff., 664 f.

⁶² COM(2020) 696 final, s. 6 ff. Se om det gröna, Mossberg, Oskar; Gröna löften och förmögenhetsrättens tillkortakommanden, i denna volym. Se om förhoppningen att miljörätten kunde utgöra ett rättesnöre för social rättvisa, Mattei, Ugo; *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, s. 666.

⁶³ COM(2020) 696 final, s. 7 ff.

skulle leda till att vi når klimatmålen, måste nog trots allt förenas med ett frågetecken. Åtminstone så länge klimatmålen förutsätter att vi förnekar konsumenterna en del av deras (vår) identitet som konsumenter – att konsumera.

Love Rönnelid

What legal research in sustainable development could become

1 Introduction: The massive agenda of the latest sustainable development goals

Within a few years, the idea of “sustainable development” has taken root deep in central societal discussions in several parts of the world. At least here in Sweden, you see the term being used by agencies, corporations, NGOs, and for deciding on numerous types of funding. Whatever the effects of this, there is clearly a marked increase in the usage of the concept in multiple spheres of society. The current volume can itself be seen as an example of this. This article aims to contribute to our understanding of what this type of discourse does and how legal scholars might contribute constructively to the sustainable-development project.

The latest international rendition of sustainable development are the 17 goals laid down in the 2030 Agenda for Sustainable Development adopted by the General Assembly of the United Nations (UN).¹ The sustainable development goals (SDGs) encompass almost every imaginable policy area. Several of the goals mirror the thinking in earlier development agendas, in the sense that they concern the economic development of the Global South. For example, goal 1 concerns the eradication of poverty, goal 2 the aim of zero hunger, and goal 8 decent work and economic growth. These are all compatible with a historical development agenda, as originally imagined from the South during the early postcolonial era

¹ “Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development”, General Assembly Resolution A/RES/70/1, adopted 21 of October 2015.

after the Second World War.² This agenda mainly concerned how the countries subject to North-Atlantic colonialism and imperialism should be able to reassert economic independence and prosperity. It was embodied, on the international level, in projects such as the New International Economic Order.³ The failure of this attempt was witnessed in particular during the 1980s and 1990s.⁴ It largely coincided with the time when the Brundtland Report originally adds the idea of “sustainability” to the development agenda.⁵ However, even remaining merely within the explicitly economic parts of the SDGs, the current goals are more ambitious than the old development project. Goal 10 does not only aim to reduce inequality between countries – which has already in practice proven fairly difficult – but also to reduce it within countries. The latter of which has not been very successful, judging from the numbers.⁶

In addition to these already far-reaching economic plans, the agenda proclaims a number of additional goals. The aim is to achieve gender equality (goal 5), make cities and production sustainable (goals 11 and 12), halt biodegradation and biodiversity loss on land (goal 15), and conserve and sustainably use the oceans, seas, and marine resources for sustainable development (goal 14) to name a few. Apart from the circularity (sustainable development is often to be achieved by sustainable action), the already very ambitious economic agenda is through these

² For an excellent piece of writing on economic development from a legal point of view, see David Kennedy, “The ‘Rule of Law’, Political Choices, and Development Common Sense” in David Trubek and Alvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (Cambridge University Press 2006). For an important economic perspective, see Gerard M. Meier, *Biography of a Subject – An Evolution of Development Economics* (Oxford University Press 2005).

³ The standard book from a legal point of view is Mohammed Bedjaoui, “Towards a new international economic order” (Holmes and Meier 1979). For a later reading, see Margot E. Salomon, “From NIEO to Now and the Unfinishable Story of Economic Justice”, 62(1) *International & Comparative Law Quarterly* 31 (2013).

⁴ For a legal perspective on this, see Tor Krever, “The Legal Turn in Later Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model”, 52 *Harvard International Law Journal* 288 (2011).

⁵ “Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future”, taken note of in General Assembly Resolution A/42/427, adopted 11 December 1987.

⁶ Branco Milanovic, *Global Inequality – A New Approach for the Age of Globalization* (Harvard University Press 2018), in particular pp. 155 *et seq.* While inequality between countries have decreased in the aggregate, the divide between the poorest and the richest countries is increasing. Inequality within countries is on the increase over the board.

goals expanded to include numerous other types of complicated social reorganization. For example, goal number 13 lays down the intention to take urgent action to combat climate change and its impacts. This goal adds significant further complexity to the Agenda 2030. At the time of writing, we are less than 8 years away from the target year. Taken together, the goals constitute a vast policy domain with numerous complicated sub-projects.

What to make of this sort of ambition? Historical evidence suggests decreasing the inequality within and between countries is uncommon and hard won.⁷ Getting political backing for policies that constrain companies that cause much of the environmental degradation has been difficult, not to mention the difficulties in curbing global warming. The same goes for gender equality and equalizing access to valuable resources such as those of the sea. The many UN-sponsored “events” and “actions” created to implement the agenda pale in comparison with the ambition of the goals.⁸ The UN Progress Report from July 2022 itself indicates that the project is in “grave danger”, “along with humanity’s very own survival”.⁹ The gap between the proclamations and the realities appears vast. How can one study a project of this type? What can a researcher in a law school contribute under these circumstances?

In this article I will endeavor to indicate some answers to such questions. Hopefully it might help produce generative analysis or at least create constructive dialogue on these matters. In order to more easily follow the text, it makes sense at this point to give the reader an outline. First, the article will attempt to localize legal scholarship in the policy field of sustainable development. This section attempts to show that all core areas of law can be studied from a sustainable development perspective, not least traditional private law. Second, I draw on previous scholarship that have analyzed SDG discourse as “bullshit” (as understood by Harry Frankfurt) and try to discern such situations from instances where SDG discourse might have real bite. Third, I will show that two core problems in current SDG discussions are (1) its lack of historicity and (2) that it underplays the need for tradeoffs and struggle in order to achieve the

⁷ Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century* (Harvard University Press 2017).

⁸ The typical sort of events arranged under the agenda are “capacity building events” and “stakeholder consultations”, see <https://sdgs.un.org/events>.

⁹ The Sustainable Development Goals Report 2022 (United Nations 2022) quoted from <https://unstats.un.org/sdgs/report/2022/>.

goals. Fourth, the text will outline how legal scholarship might contribute to ameliorating these two shortcomings of the SDG agenda. The article concludes by discussing some final points about legal scholarship aiming to contribute to the SDG project along the suggested lines.

Some of the thinking in this article draws on experiences from teaching sustainable development to doctoral candidates. In this sense, the thoughts in the article both constitute a form of autoethnography and arise out of practical considerations emerging when researchers are grappling with the SDG policy terrain.¹⁰ As more researchers in law schools are incentivized to work with projects on sustainable development, it seems worthwhile to have an idea about what legal research in this field could become. The doctoral-candidate course explores such ideas and the present text constitutes a way of thinking through and hopefully refining insights gained from teaching as well as from collegial discussions.

Finally, a word on critiquing a well-intended – perhaps even emancipatory – language. There can be little doubt that the SDGs are laudable. Very few people would actively be against something like clean seas. In spite of this, this article outlines some of the difficulties with the SDG agenda. I realize that some of the analysis below might therefore be interpreted as a critique of the goals in themselves. It is worth mentioning already at the outset that nothing in the text is intended to be read in this way. Rather, the aim is to evaluate current policy intended to reach the SDGs and the particular role of legal research in this respect. I perform this analysis to allow scrutiny of such policy precisely because the project is praiseworthy. The aim is to encourage research that can render actual achievement of the goals possible, by outlining what policy such a project would actually require. The approach thus implies *taking the goals seriously* in order to incentivize research that might matter for reaching the goals.

¹⁰ In particular, part three of the present text is indebted to Markus Gunneflo whom the course is thought with. Moreover, the text in section three below builds on work presented together with him at the Law & Society Annual Meeting in Lisbon 2022.

2 What does law have to do with the SDGs? – the various workings of the law

It is not always obvious to academic lawyers what law could bring to the study of sustainable development. Even more so, people outside academia are at times surprised that a course on sustainable development is given in a law school. Perhaps this has something to do with how legal research is normally carried out in some of the countries where the SDG agenda holds the most political clout. It might also be an effect of that legal scholarship often does little to bridge the current public-private divide in law schools. More on that towards the end of this section. Before we get to those arguments, I would like to present a case for how the SDG project is law, makes use of law, and can be fruitfully analyzed through a legal lens.

Most obvious (and perhaps least important) is the fact that the General Assembly resolution establishing the sustainable-development agenda is a creature of international law. There is an ample literature on the legal and other effects of such resolution, which is of lesser interest in the current context.¹¹ Suffice to say here that the document in all probability has some guiding power over UN bodies. There are currently several UN bodies working actively with the document. These organizations are also creatures of law, just like many of the domestic institutions dealing with the goals. Such administrative organs at times channel some amount of funds and wield a certain largely symbolic power. Thus, they can be investigated by legal scholars in order to understand their contributions to the SDG project. However, as will be clear at the end of this section, it might not be the most significant areas of law for deciding on questions that will affect the extent to which the sustainable development agenda will come true.

Instead of looking to these areas of law for understanding the potential of the SDG project, it is submitted here that other areas might be more useful candidates for research. In this context, it is worth bringing to mind Janet Koven Levit's words: "International law often makes story-

¹¹ See, for example, Richard Falk, "On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly", 60(4) *American Journal of International Law* 782 (1966) and many later similar texts.

tellers of onlookers.”¹² In the quoted article she surveys how three international legal arrangements almost unheard of in the public international law literature perform decisive functions in the international economy. This, I think, is the sort of mindset legal researchers interested in the conditions for the SDG agenda might want to consider adopting. When looking beyond the most obvious types of public law bodies charged with the agenda, a world of possibilities opens up. Some types of international financial instruments, such as “blue bonds” are explicitly created for purposes of “sustainability”.¹³ This largely mirrors a previous approach to “development” where the legal conditions for investment flows were deemed a key policy tool.¹⁴ However, all significant forms of private ordering of the economy appear important for the SDG agenda. After all, the agenda imagines a fundamental remaking of the whole economy. Understanding how private law structures can be remodeled to make the green transition possible appear like a central – albeit difficult – task for legal scholars to take on. This type of project would thus differ from what is normally studied in for example “climate change law”.¹⁵

Instead of focusing on the law of the institutions that are explicitly working with the SDG project, I think more is to be gained from surveying the areas of law that are decisive for constructing the economy. Domestic legal orders are the basis on which the international economy is constructed.¹⁶ As much of the SDG project is about changing the economy, law will be decisive for the endeavor. If the SDG agenda does not take hold in economic law, including core areas of private law, it simply will not be successful. After all, the current configuration of the economy is largely enabled through forms of private law. Law does not only attempt to constrain global warming, to take a (perhaps overly) clear example – it

¹² Janet Koven Levit, “A Bottom-Up Approach to International Lawmaking: The Tale of Three Trade Finance Instruments”, 30 *Yale Journal of International Law* 125 (2005), p. 126.

¹³ Joywin Mathew and Claire Robertson, “Shades of blue in financing: transforming the ocean economy with blue bonds”, 22(3) *Journal of Investment Compliance* 243 (2021).

¹⁴ For an important discussion on this idea, see David Kennedy, “Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development”, in David Kennedy and Joseph E. Stiglitz (eds.), *Law and Economics with Chinese Characteristics: Institutions for Promoting Development in the Twenty-First Century* (Oxford University Press 2013).

¹⁵ Daniel Bodansky, Jutta Brunnée, and Lavanya Rajamani, *International Climate Change Law* (Oxford University Press 2017).

¹⁶ Katharina Pistor, *The Code of Capital – How the Law Creates Wealth and Inequality* (Princeton University Press 2019).

also enables it. It would seem obvious that a plethora of domestic rules, including those on property and contract, are at the basis of structuring the form of economic organization that currently permits, even generates, the warming. Investigating such rules with a view to understanding how they currently make global warming possible should be central to legal scholarship. This in turn could be the basis for imagining new solutions, if we were to take the SDG agenda seriously. Many areas of law are yet to be reimagined from such a point of view.

An analysis along these lines would probably lead researchers to direct their attention to private, rather than public, forms of law. There is certainly something important that can be gained from such a shift.¹⁷ However, one also should not focus too strictly on the formal characterization of an area of law as public or private. In this respect, it is worth keeping in mind the old legal insight that public ordering (sovereignty) is what enables private ordering (property).¹⁸ Thus, the conditions for the economy will be determined by the *interplay* of these. Moreover, it would be simplistic to imagine that private law is only enabling a phenomenon such as global warming. The private law of a country will both enable and constrain economic activities depending on its exact legal content. Some structures of private law might be more prone to degrade biodiversity than others, depending on factors like which corporate forms are allowed and the conditions for taxation of these. Different types of private law (such as from different jurisdictions) are also likely to have different effects on a phenomenon such as global warming. For example, the space within which private contracting is allowed decisively shapes the ability for private ordering.

To summarize, the SDGs are created through law, make use of law, and will need to reshape numerous central forms of law if the agenda is to be successful. Moreover, as will be shown later in this article, legal scholarship could in some ways help come to terms with two particular shortcomings of SDG discourse. However, before we can analyze the two main shortcomings of the sustainable development project, we need to turn our attention to some of the pertinent and peculiar forms of critique levied at SDG discourse.

¹⁷ For an outstanding analysis leading up to this conclusion, see Martti Koskenniemi, "Empire and International Law: The Real Spanish Contribution", 61 *University of Toronto Law Journal* 1 (2011).

¹⁸ Morris A. Cohen, "Property and Sovereignty", 13(1) *Cornell Law Review* 8 (1927).

3 Bullshit or not? An outline for analyzing how and when SDG discourse matters

Conversations about sustainable development often take on a distinct character.¹⁹ It is always clear that everyone is in favor of sustainable development. After all, no one is against the many abstract well-intended goals stated in the UN document that constitutes the current gold standard for the concept. In spite of this consensus about the importance of sustainable development, however, the support for the project is almost invariably invoked in passing and in a fairly muted tone. I have at least not, so far, come across anyone who is genuinely excited about the SDG project. More importantly, the supportive invocations seldom give rise to discussion on *which type* of “sustainable development” is intended or *how* it should be achieved.²⁰ People often appear to invoke it hoping to make people feel they are a part of something important, in order to tick a box in an administrative procedure, or because they hope the invocation can help access funding.

It is very hard to disagree with the SDG agenda in the abstract. Few people would actively contest that there is a need to combat climate change, achieve gender equality, or even decrease economic inequality.²¹ Nevertheless, surprisingly enough, no one appears threatened by the SDG project – in spite of it promising far-reaching rearrangements of rights, resources, and economic value. This could be the effect of an agenda with very limited power. Only in very special situations do SDG invocations promise/threaten to actually achieve the political effects the language implies. In part, the surprising lack of resistance might spring

¹⁹ In analyzing SDG talk, I am drawing loosely on Carol Bacchi’s what-is-the-problem-represented-to-be approach”. For an excellent breakdown of it, see Carol Bacchi, “Introducing the ‘What’s the Problem Represented to be?’ approach”, in Angelique Bletsas and Chris Beasley (eds.), *Engaging with Carol Bacchi – Strategic Interventions and Exchanges* (Cambridge University Press 2016). A more theoretical explanation is given in Carol Bacchi, “Why study problematizations? Making politics visible” 2 *Open journal of political science* 1 (2012).

²⁰ For an interesting discussion, see Jason Hickel, “The contradiction of the sustainable development goals: Growth versus ecology on a finite planet”, 27 *Sustainable Development* 873 (2019).

²¹ For that reason, I was first thinking that the SDGs constituted a far-reaching form of “essentially contested concept”; see W. B. Gallie, “Essentially contested concepts”, 56 *Proceedings of the Aristotelian society* 167 (1955). However, as the degree of actual *contestation* is so low, another way of analyzing the discourse appeared necessary.

from the fact that the discourse outlines very few targets or costs. This might seem surprising in view of that the project purportedly aims to change almost *everything*. The SDGs create a form of discourse which aims to change the whole global order, from the economic to the social, but in a way where no one feels a need to oppose this purported massive change.

It is hard to resist the feeling that the carelessness of sustainability invocations derive from the fact that commentators believe the agenda might not change much or at least that one cannot easily envision groups that might lose out from it. In this sense, the proclamations in the agenda suffer from similar kinds of problems that some (other) types of rights discourse do.²² When the goals are not institutionalized in any effective way and there is no duty-bearer, the proclaimed right start to look meaningless.²³ Such talk then becomes a substitute for a right which one cannot actually have access to: You cannot have food, but you can get a *right* to “zero hunger” (as goal number 2 proclaims).

How then to study this type of discourse from an academic point of view? In this context, it appears significant that scholars have argued that SDG discourse constitutes a form of “bullshit”, as elaborated in the influential work of Harry Frankfurt.²⁴ It is striking that so many academics exposed to SDG discourse reach for this particular provocative reference.²⁵ Professor Frankfurt’s analysis concludes that bullshit constitutes a form of talk where the speaker is indifferent to whether what they say is true or not.²⁶ In that sense, bullshit can be discerned from lying or

²² For a broad discussion, see Martti Koskenniemi, “The Effects of Rights on Political Culture” in Martti Koskenniemi (ed.), *The Politics of International Law* (Hart Publishing 2011), in particular pp. 136–7 including footnote 10. Interestingly, in line with the argument above, human rights also seem prone to produce “a political culture of bad faith” p. 151 (emphasis removed).

²³ An inspiration for taking this type of analysis further could be Wesley Newcomb Hohfeld, “Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, 26(8) *The Yale Law Journal* 710 (1917). For a more accessible rendition of this thinking, see Pierre Schlag, “How to Do Things with Hohfeld” 78 *Law and Contemporary Problems* 185 (2015).

²⁴ Julian Kirchherr, “Bullshit in the Sustainability and Transitions Literature: a Provocation”, Opinion paper, *Circular Economy and Sustainability* (2022). See also Fred Luks, “The Ugly, the Bad, and the Good: Bullshit as Discourse, Accursed Share, and Lubricant”, 1 *Journal of Extreme Anthropology* 85 (2017).

²⁵ Numerous blog posts also invoke this theme in a less scholarly way.

²⁶ Harry G. Frankfurt, *On Bullshit* (Princeton University Press 2005), p. 61: “The

deception, as these both concern speech acts where the truth is actively circumvented or misconstrued. For this reason, Frankfurt holds bullshit to be a larger threat to the truth than lying.²⁷ One risk with discourse affected by bullshitting is that it normalizes a culture with limited regard for truthfulness. When scholars argue that SDG discourse constitutes bullshit, they thus argue that those invoking it speak with indifference as to whether their suggestions are likely to lead to the invoked outcome.²⁸ To my mind, it is clear that this analysis at times applies to SDG talk. “Sustainable development” is often simply invoked, without much regard for what the suggested action will actually lead to.

In spite of this, it is clear that in the complicated policy terrain where SDG language is the most invoked, the language sometimes carries significant political clout. At least in some settings, the SDGs enjoy a political, symbolic, or economic power which seem to affect allocation of resources or decide on questions of real societal ordering when it comes to policy relating to the SDGs. The situations where SDG discourse appear to have such “bite” come in varying types. Three examples come to mind.

First, in some regions or settings, SDG discourse appear to affect significant economic and political allocation. It seems this is particularly pronounced in the UN, in Northern Europe, and perhaps also in some parts of the Anglosphere. In these regions, the project at times appear to hold significant political power. Second, the symbolic value of the SDG language is evident from how governments and corporations lash onto the label as a signaling device. Governments use it to label initiatives and corporations to brand products and services. Much of this branding appears to constitute “sustainability-washing”, in the sense that little change is intended or will actually take place. However, the competition to brand oneself as sustainable is such that it also at times appear to give rise to real change. If this analysis holds true, a significant question of SDG research is when the one or the other situation holds true. Moreover, even when constituting sustainability-washing, SDG talk typically has *some* effect – just not the intended one. Third, in some policy areas, the SDG project channels substantial funds, in particular with respect to development

bullshitter ignores these demands altogether. He does not reject the authority of the truth, as the liar does, and oppose himself to it. He pays no attention to it at all.”

²⁷ Frankfurt, *supra*, p. 61.

²⁸ Some of what is labelled as “greenwashing” appears to have this character. Some greenwashing, however, might rather constitute lying or deception. For further analysis, see Oskar Mossberg in this volume.

aid and public funding in the UN, as well as domestically in some rich countries, mainly in Northern Europe. More so, powerful classification systems create categorizations pertaining to sustainable development that indirectly affect capital allocation in areas such as certain pension schemes, so-called blue bonds, and tax rebates for certain types of energy.²⁹ These all seem like areas where the sustainability concept has taken on real-world significance. Following this line of thought, SDG researchers might want to focus attention on areas where such systems actually redistribute resources or trigger some change. Or, conversely, there might be instances when it is worthwhile to study which role law might have in rendering the current situation so immune to change.

To conclude, the SDGs have at times given rise to a form of talk with little regard for what such discussions might lead to – but this is not always the case. There are on the one hand clearly instances where the goals carry the sort of do-goody air that makes them easy to invoke, hard to denounce, and often of little practical importance. This is often how “sustainability” (commonly without the original, in part more radical, idea of “development”) appears to be loosely invoked in meetings of administrative bodies and in much corporate marketing. In these situations, there is typically a pressure to speak about some form of sustainability without much care for if this will have some actual effects.³⁰ On the other hand, it is hard to deny that the goals, in certain situations, seem to carry real-world political clout. First, they do channel some funding and significant symbolic capital – in particular in Northern Europe, in development aid, and within the UN system. Second, it is clear that commercial and other actors are making use of the language in ways that need not always come from a genuine commitment, but still at times commit real resources and appear to trigger some change. Thirdly, some types of classification systems appear to make real inroads in the economic

²⁹ Such as the EU taxonomy. For an overview, see Franziska Schütze, Jan Stede, Marc Blauert, and Katharina Erdmann, “EU taxonomy increasing transparency of sustainable investments”, 10(51) *DIW Weekly Report* 485 (2020) from Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung.

³⁰ When such pressure is there, the risks of creating bullshit increases. See, Frankfurt, *supra*, p. 63: “Bullshit is unavoidable whenever circumstances require someone to talk without knowing what he is talking about. Thus the production of bullshit is stimulated whenever a person’s obligations or opportunities to speak about some topic are more excessive than his knowledge of the facts that are relevant to that topic.”

organization of the global economy in ways that might lead to significant changes for the 17 goals.

What then to make of this mix of meaninglessness and occasional political clout? How to study an agenda that both appears to promise much and do little, but which at least in certain issue areas in some corners of the world holds some symbolic and economic power? How to carry out research in this complicated intellectual and policy terrain? One main difficulty appears to be understanding *when* the SDGs are doing work and *what* work they are doing. Put in other terms, one significant question is to discern the bullshit of SDG discourse from places where it leads to some actual effects for the SDG project.³¹

4 On the causes for the current nature of SDG talk – or “if one does not understand the problems, it is hard to solve them”

During the doctoral-candidate course, we have noticed two core problems that appear to contribute both to the “bullshitty” nature of SDG discourse and to the current inability to solve many of the problems on the agenda. First, this seems to spring from the lack of historicity in the sustainable development agenda. This absence appears to contribute to a poor sense of problem analysis and strategic agency in the project. Second, we believe that the SDG agenda heavily underplays that some actors will have to lose something to put the agenda into action. This can be described as a lack of trade-offs, conflict, struggle, or as an inattention to distributive questions. This second absence contributes to the technocratic nature of the SDG project, where the political interests and tensions between groups are underplayed. I will describe these two shortcomings below and will then try to indicate some ways in which they are related towards the end of this section. In the next section, I will discuss which types of legal research that might help to remedy these shortcomings.

Let’s first turn our attention to the lack of historicity in SDG discourse. Core historical phenomena, that would seem decisive to understand for coming to terms with the goals, are not mentioned in the Gen-

³¹ And, of course, to try to understand what other work ineffective invocations (from the point of view of the SDG project) might nevertheless perform. For example, as a form of justification of a practice or to disguise problematic consequences of it.

eral Assembly resolution, and not normally discussed among SDG practitioners. Strikingly, neither the industrial revolution, nor colonialism are mentioned in the resolution.³² The document does not discuss any other causes for the origins of the environmental disasters facing humanity, nor the origins of the global economy that constitute the preconditions for inequality in the first place. Neither the long trajectory of thinking about (economic) “development”, the historical background to such developmentalism, or the way “sustainability” has come to overtake the discourse is a regular part of the discussion among SDG practitioners. A student approaching the General Assembly resolution without a historical background will not learn about the emergence of the carbon-driven economy or about the economic history of the 19th century, when the great divergence between “developed” and “developing” countries largely emerged.³³ As the discourse does not analyze the causes creating the problems, these in turn become harder to understand. More so, it is hard to grasp that the current use of “sustainability” in the North from a third-world perspective often comes across as an appropriation of a discourse that originally was about rectifying economic injustices with deep historical roots.

The lack of historicity is a problem because if one does not know how these problems emerged, one is limited in one’s understanding of how to solve them. As so often, Friedrich Kratochwil has said it the most succinctly:

“[T]hose who forget their history are not only condemned to repeat their mistakes [...]. The problem is even more serious since those who cannot recall the past from the ever-changing problems of the present and connect it meaningfully to a future are impaired in their agency and therefore prone

³² For a famous argument about the emergence of the carbon-driven economy, see Andreas Malm, *Fossil Capital – The Rise of Steam Power and the Roots of Global Warming* (Verso 2016). An excellent explanation of economic thinking shaping the economies in colonies, see Erik S. Reinert, “Emulation versus Comparative Advantage: Competing and Complementary Principles in the History of Economic Policy”, in Mario Cimoli, Giovanni Dosi, and Joseph Stiglitz (eds.), *Industrial Policy for Development: The Political Economy of Capabilities Accumulation* (Oxford University Press, 2009).

³³ The term the great divergence was coined in Kenneth Pomeranz, *The Great Divergence: China, Europe, and the Making of the Modern World Economy* (Princeton University Press 2001) and has led to a massive literature. For an accessible econometric study, see Paul Bairoch, “International Industrialization Levels from 1750 to 1980” 11 *Journal of European Economic History* 269 (1982), p. 273.

to misunderstand the issues and choices that have been made. While history cannot be the ‘teacher’ of all things practical, the critical reflection on our historicity is an indispensable precondition for grasping our predicament as agents.”³⁴

Exactly this type of predicament appears to plague SDG discourse. Its dearth of historicity becomes particularly problematic when the goals are translated to a practical policy setting. Since those engaging with the goals often work within bureaucracies charged with concrete policy areas, they normally operate with a practical problem-solving mindset.³⁵ This is likely inevitable in that sort of organization, but this does not mean such a mindset is the only one available. This is not, I believe, a type of thinking where academics should hope to outdo our colleagues working with practical policy.

Luckily, we have other routes to take. Perhaps the sort of analysis performed in the previous section – trying to figure out the character of SDG talk or placing the discourse in a historical context – could support the SDG project by providing explanations for some of the current difficulties for the Agenda. Analysis of how a problem emerged or what the distributive stakes are could also contribute valuable information to policymakers. Even where such distributive analysis would result in criticism of current solutions, it could in the long run help render the project more credible – and potentially effective. In a similar way, historicization could contribute valuable information by shaping our perception of the problem, that might in turn help finding other policy solutions than those currently imagined. An analysis of how a problem emerged, at its best, might help illuminating which policy might actually help solving it. Judging from the Progress Report cited above, critical examination of the current policy solutions seems urgent.

Seen through such a lens, the kind of examination suggested here would not be a small thing. And neither would it be “academic”, in the conventional meaning of the word. For example, if one does not understand how the inequality between states has been created, maintained, and sometimes

³⁴ Friedrich Kratochwil, “History, Action and Identity: Revisiting the ‘Second’ Great Debate and Assessing its Importance for Social Theory”, 12 *European Journal of International Relations* 5 (2006), pp. 20–21.

³⁵ For the distinction between critical and problem-solving mindsets, see Robert Cox, “Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory”, 20(1) *Millennium: Journal of International Studies* 126 (1981), in particular on p. 128 *et seq.*

remedied, one cannot easily see the stakes of a project to overcome it. Such an unimaginative situation risks sustaining an inability to come to terms with several of the goals. Moreover, it is hard to understand the role of “sustainable development” today without connecting it to the long trajectory of previous developmentalism and its particular role as a form of politics in the former colonies to assert economic self-determination.³⁶ In this respect, as lawyers we might not only want to focus on how law might provide solutions to the SDG problems, but also on how law currently can play a role in creating or sustaining the problems identified by the SDG project. For example, is it not clear that private law in some sense is a driver of global warming and the loss of biodiversity? Is it not probable that the current rules on finance contribute to enabling the widening inequality in most countries around the world?³⁷ Such questions constitute first-rate legal research questions of significant complexity. Might the SDG Agenda help inspire projects such as these?

The second core problem with SDG discourse (the lack of targets and sense of struggle) appears related to its technocratic character. Most practitioners and many scholars discuss the project as a matter of bureaucratic fine-tuning. The field is normally portrayed as one devoid of struggle and conflict. To the contrary, SDG discourse often emphasize that all the 17 goals are complementary or mutually enforcing. Moreover, the agenda is typically imagined to have few or no losers. When operating with such a world-view, it becomes hard to imagine tradeoffs or conflict. When looking at the breathtaking scope of the goals set forth in the SDG project, it is hard to imagine that no one would try to resist actual attempts to trigger such a transformation. After all, decreasing inequalities either between or within countries have not come without significant struggle in the past. Similarly, reshaping the international economy to stop or revert global warming is highly likely to produce at least some losers.

Seen through this perspective, there is a need to find policy areas where the Agenda has to affect change to take effect. However, the oft-neglected need for struggle can be highlighted by certain forms of legal knowledge.

³⁶ See for example, Joseph Morgan Hodge, “Writing the History of Development (Part 1: First Wave)”, 6(3) *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 429 (2015) and “Writing the History of Development (Part 2: Longer, Deeper, Wider)”, 7(1) *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 125 (2016).

³⁷ Pistor, *supra*. See also, David Kennedy, *A World of Struggle – How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy* (Princeton University Press 2016).

Law can – for a researcher who wants to take the SDG project seriously – be a place of study for outlining how SDG policies might engineer particular forms of resistance. Is it not the case that climate action would have to affect a number of current legal entitlements to property or established through contract in order to take effect?³⁸ Is not one or another group opponents to some particular legal change? In its practical operation, law is by its nature conflictual. When you start viewing the SDGs through such a legal lens, merely achieving one of the goals without significant resistance appears utopian. Achieving all of them simultaneously arguably would be harder. However, something in the way SDG participants talk make it seem like achieving a whole set of very complicated goals somehow will be *easier* when they are presented as a package deal.

A concrete example might make it clearer what I mean by such a lack of a conflict dimension. In a very oft-quoted article, a number of influential researchers from a diverse set of disciplines set out to aid the SDG agenda through better “operationalizations”.³⁹ They do so by sorting the 17 goals into 6 focus areas each giving rise to a “transformation”.⁴⁰ When considering how far-reaching the change imagined by the authors is, it is interesting to see how smoothly they imagine it to take place. When reviewing how the focus areas interact, they consider most the transformations to be “synergistic with no major trade-offs”.⁴¹ Sometimes trade-offs are imagined, but then the solution is typically found in administrative change with a distinct technocratic ring. These include “sound accounting frameworks”, to “strengthen coordination mechanisms”, or in the need for “a comprehensive set of regulatory standards”.⁴² The only major opponents to the agenda mentioned in the article are poor people in rich countries (the examples being *les gilletts jaunes* and equivalent German groups protesting against increased gasoline taxation).⁴³ To me, it seems at least as likely that effective climate action would engender resist-

³⁸ Lea Di Salvatore, “Investor–State Disputes in the Fossil Fuel Industry”, Report for the International Institute for Sustainable Development, December 2021.

³⁹ Jeffrey D. Sachs, Guido Schmidt-Traub, Mariana Mazzucato, Dirk Messner, Nebojsa Nakicenovic, and Johan Rockström, “Six Transformations to achieve the Sustainable Development Goals”, 2 *Nature Sustainability* 805 (2019).

⁴⁰ Sachs et al. *supra*, for example on p. 805.

⁴¹ Sachs et al. *supra*, e.g. on p. 806.

⁴² Sachs et al. *supra*. Examples taken from the discussions on transformations number 3, 4 and 6 respectively.

⁴³ Sachs et al. *supra*, p. 808.

ance from say companies operating in the oil and natural gas sectors.⁴⁴ However, conflicts or tradeoffs of this nature are not imagined in the article. Instead, the overarching message is that the SDG are complementary in the sense of supporting each other.

The two problems of ahistoricity and lack of conflict in SDG discussions are intertwined in some fundamental ways. Probably it is only with a fairly ahistorical worldview that all the goals can be imagined as mutually reinforcing. After all, if one knew about the struggles it has taken in the past to for example increase gender equality, it would seem less likely that such an endeavor would be significantly furthered by protecting biodiversity. At least, the link is not clear. Similarly, the need for struggle can be underplayed precisely in a setting where there is little description or explanation of how the problems that the SDGs attempt to tackle came about. If one does not survey what it has taken to fundamentally reorganize economies, achieve economic equality, stop environmental degradation, or undo power disparities among genders in the past, one might downplay the difficulties for achieving such goals currently. This outlook in turn lends credence to a mindset where minor changes are imagined to make the highly ambitious agenda a reality.

At this point, I want to highlight that it appears correct that the different goals all affect each other. It is of course the case that different policy problems interact in numerous complicated ways. The world simply refuses to be neatly ordered into policy areas. This seems necessary to acknowledge in order to effectively push the SDG Agenda. However, this does not mean that the goals work in exclusively (or even mainly) synergistic ways. There is a significant danger in imagining the goals as mutually supporting. There are decisive economic, political, and – not least – legal constraints and tradeoffs that have to be realistically appraised. I believe a mindset where such difficulties are frankly acknowledged would aid in reaching the goals. My intuition is that SDG research that helps outline and explain such constraints and tradeoffs might be particularly timely at the current moment.

⁴⁴ International investors in oil and gas are common claimants in investment treaty arbitration also in the current lenient policy climate. For a discussion, see Di Salvatore *supra*.

5 How can legal scholarship contribute historicity or a conflict dimension to SDG discourse?

I hope to have made it plausible that the SDG project suffers from a lack of historicity and sense of conflict. In which senses might the academic study of law help remedy the two problems described above? I will try to outline some of the characteristics of legal research that could be emphasized in order to ameliorate the discussed problems.

When it comes to the lack of historicity in SDG discourse, law has the advantage of being naturally historical. After all, it is part and parcel of legal practice to appeal to sources of authority from the past – such as previous documents, practices, and ideas – in order to justify what should happen in the future.⁴⁵ In this sense, law is a practice tying the past to the future.⁴⁶ This gives lawyers a natural road for surveying the historical construction of important policy areas if there is a will to do so.⁴⁷ While the historical aspect might not be emphasized in much legal research, it can always be brought forth. Due to the natural connection to past practices, legal scholars can often fairly easily draw up a narrative about the history of a relevant policy area. This could be applied to areas of law found central to one or another of the goals in the agenda. Relevant questions abound: Which were the arguments in environmental law that created a system of permits that allowed emitters to be shielded from claims once the permit was established?⁴⁸ What allowed low-tax and secrecy jurisdictions to emerge during decolonization?⁴⁹ What type of law helps sustain

⁴⁵ Anne Orford, *International Law and the Politics of History* (Cambridge University Press 2021).

⁴⁶ Philip Allott, “International Law and the Idea of History”, 1 *Journal of the History of International Law* 1 (1999).

⁴⁷ Of course, often history is not used with a view to understanding how a problem came about – but rather focused on how to solve a problem within the type of problem formulation that is currently dominant in the legal sub-field. In order to break out of such a mindset, I have found the two texts by Bacchi in footnote 19 helpful.

⁴⁸ Agnes Hellner, *Arguments for Access to Justice: Supra-individual Environmental Claims Before Administrative Courts* (Uppsala 2019) diss. However, some of her outstanding work on these questions did not end up in the dissertation and regrettably remains to be published.

⁴⁹ Vanessa Ogle, “Archipelago Capitalism: Tax Havens, Offshore Money, and the State, 1950s–1970s”, 122(5) *The American Historical Review* 1431 (2017).

economic inequalities?⁵⁰ Such research can contribute to bringing out the stakes of the SDGs more clearly and thus increase awareness of the conditions for the SDG project and perhaps even contribute to the imaginative capacity of policy people operating in the domain.

Let us now turn our attention to the lack of conflict in SDG discourse. Here, as well, law can be studied in ways that help overcome this difficulty, as struggle and conflict exist naturally in the law. After all, law is often structured around questions of dispute settlement between defined groups, such as between producers and consumers, employers and employees, or investors and host states. Under such circumstances, one can study how different readings of the law will benefit the one or other group.⁵¹ While always present in the law, this struggle is not always brought forth.⁵² Doing so, however, can contribute to a better understanding of how the different goals interact and the SDG Agenda can be better realized.

What is more, law is often a silent repository of power. It is a core way in which political power shrouds itself, becomes naturalized, and perceived as apolitical.⁵³ Thus, finding ways to highlight the politics of law can aid the SDG project by revealing places where legal change would be needed in order to achieve the goals in the SDG project. Again, let's take the example of action to combat climate crisis. Which changes in property or contract rules might actually lead to decreases in global warming? Is there a way to provide a roadmap for how such changes can be engineered? To which extent will rules on public procurement, state aid, and competition law make it harder to push through effective policy for green transition?⁵⁴ In addition, where policy people already appear to be on the right track, numerous distributive questions are of importance for

⁵⁰ An interesting attempt at understanding this can be found in Pistor, *supra*.

⁵¹ For some inspirational examples from the law-and-society tradition and American legal realism respectively, see Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", 9 *Law & Society Review* 95 (1974) and Robert L. Hale, "Coercion and Distribution in the Supposedly Non-Coercive State", 38(3) *Political Science Quarterly* 470 (1923).

⁵² Rather, in many parts of academia, the opposite might be truer.

⁵³ A good introduction to analysis of this kind can be found in David Kennedy, *A World of Struggle – How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy* (Princeton University Press 2016).

⁵⁴ In creating these particular examples, I have been loosely inspired by the work of Mariana Mazzucato on technology transformation. See Mariana Mazzucato, *The Entrepreneurial State – Debunking Public vs. Private Myths in Innovation* (Anthem Press 2013).

which of the goals will be better achieved and how the burdens for this societal transition will fall. The costs and benefits of green transition will clearly fall on different groups depending on how it is institutionalized through law.

To sum up, certain types of legal research can contribute to understanding the conditions for the SDG project better. By historicizing and highlighting conflict, the two problems outlined above can be mitigated. Such research can help outline the real stakes at play, help policy-people realize the true conditions for the SDG project, find important but previously hidden areas for policy, and contribute to making hard but necessary choices. In this respect, I have found the work of Karl Polanyi helpful.⁵⁵ He surveys how the economy has affected other important societal interests through studying the intersection between public and private power historically. This type of approach would be a helpful point of departure for legal analysis of the SDGs.⁵⁶ Moreover, Polanyian analysis aims to show how the (legal) institutionalization of the economy can come in conflict with other societal interests. As so much of the SDG project aims precisely to reshape the economy in order to reach other goals, this makes Polanyian analysis a natural starting point for much research.

6 Concluding remarks: Finding law where the action is, historicize and highlighting the stakes

I do hope to have at this point made it plausible that SDG discourse has a problematic lack of historicity and that it underplays the need for distributive analysis for reaching the goals. I also hope to have shown some ways in which legal research might be useful for remedying these difficulties – by revealing the distributive stakes of policy areas and historicizing

⁵⁵ Karl Polanyi, *The Great Transformation – The Political and Economic Origins of Our Time* (Beacon Press, 2001 [originally 1944] reissue with new introduction).

⁵⁶ My application of these ideas to international economic law can be found in Love Rönnelid, “Regulatory Capabilities of Catch-up Growth: The developmental state, the history of policy space, and today’s international economic constitution” in Diego González Cadenas (ed.), *Cambio constitucional y order juridico internacional* (Tirant lo Blanch 2022).

them. There are numerous ways to carry out this type of research from a legal perspective. This often means studying a policy question over legal categorizations, in particular across the public-private divide.

First, through legal history, academic lawyers might create plausible accounts of how the many policy problems of the SDG agenda emerged. Which law currently enables un-sustainable development? How did that law come about? Which ideas might currently sustain such law? Second, studies of the actual places where law helps decide which group gets what could help revert some of the most problematic harmonious tendencies of SDG discourse which overemphasizes the synergies between the goals. Moreover, a focus on the conflicts almost always present in law can help dispel the depoliticization narrative of mutual gains and the idea that all the goals are necessarily reinforcing each other. In this way, legal research might make a lasting contribution to our common future.

Many indicators for the Agenda-2030 project are currently pointing in the wrong direction. For certain of the policy areas – such as climate action and the loss of biodiversity – irreversible damage is immanent. With respect to other areas, the situation constitutes a protracted continuous crisis, such as with respect to poverty and hunger in the least-developed countries. Whichever the situation, we should try to do our utmost to resist invoking these goals lightly. Instead, meaningful SDG research should help highlighting the deep-seated history of how our current predicament came about. By doing this, SDG research could shift attention towards understanding what it might actually take to undo the current disasters, as well as highlighting the distributive conflict that it might take to actually reach the goals – not just talk about them.

Katja de Vries and Sebastian Abrahamsson

A *Digital* Right to Repair? How new EU legislation could open up data and software in connected products to enhance their lifespan

1 Fighting e-waste with a right to repair (R2R) hardware and software

All over the world, the overwhelming majority of electronic devices that are no longer used end up being incinerated, dumped in a landfill, or hibernating in private homes. Only 20% of such items are recycled.¹ Combined with the short longevity of many devices, sometimes due to planned obsolescence, this is unsustainable, given limited natural resources and geopolitical challenges in obtaining raw materials. The amassment of discarded, unused and wasted electronic devices also runs counter to ambitions, in waste and sustainability policies, to achieve a circular economy. According to the European waste hierarchy, recycling is good, but not throwing away is even better.² Over the last couple of years, the “Right to Repair” (R2R) has surged as a possible panacea for extending the life of electronics. The R2R holds the promise to mitigate the negative environmental impact that e-waste has on the environment

¹ R. Guy and Z. Houlin. (2019). How a circular approach can turn e-waste into a golden opportunity. Available: <https://www.weforum.org/agenda/2019/01/how-a-circular-approachcan-turn-e-waste-into-a-golden-opportunity/>.

² J. Hultman and H. Corvellec, “The European Waste Hierarchy: From the Sociomateriality of Waste to a Politics of Consumption,” *Environment and Planning A: Economy and Space*, vol. 44, no. 10, pp. 2413–2427, 2012.

and to decrease the high demand for raw materials that are getting scarcer due to ecological and geopolitical circumstances. In short, the R2R is meant to remove any barriers that currently limit the possibility of repairing a product. In other words, the R2R is not a right given to the consumer; instead, it is a duty placed on the manufacturers to remove barriers that are put in place by manufacturers, such as lack of information, unrepairable designs, lack of spare parts, etc. At the moment, the R2R is characterised by multiplicity: it is a social movement,³ a design principle,⁴ and a regulatory ideal,⁵ all at once; however, in each of these versions, its scope and meaning are fluctuating.

In this chapter, we look at the R2R in relation to a particular sub-category of electronics, namely *digital* devices, which we define as ICT devices with software, notably smart and connected ones. Digital devices pose particular challenges for the creation of R2R. One reason is that the notion of *repair* fits better in the context of hardware, and mechanical analogue repairs: a wire is reconnected, a battery or screen is replaced, and *voilà* – the device is as good as ever. The dichotomy between broken and functioning is less clear in the realm of software. What about the smart fitness tracker, smartphone or laptop that are gathering dust in a drawer, having been replaced by a newer, possibly better, product? Most of these are not necessarily “dead” or broken but were instead discarded and disposed of because they were not *good enough* – too slow, too old, lacking updates, incompatible with newer software and systems, etc. What would the digital “repair” of such a device entail?⁶ In order for the R2R to have real bite, it is not enough to just focus on hardware repair: if we create a regulatory, cultural and design climate that enables hardware repair but the software on a device is outdated, the device will remain obsolete. As a regulatory ideal, it is clear which problem the digital R2R answers, namely that the lifetime of electronic devices should be extended to prevent waste and save resources. The idea is powerful. Who, apart from the manufacturer, would be in favour of unrepairable devices with an unnecessary short life cycle (planned obsolescence)? However, *what* the digital R2R should solve and *how* it should do it are still up in

³ For example, <https://repair.eu/> and <https://www.ifixit.com/>.

⁴ T. Elkington, “Right to Repair: 6 Design for Repairability principles,” Available: <https://www.linkedin.com/pulse/right-repair-6-design-repairability-principles-tony-elkington>.

⁵ Letter by the European Commission, State of the Union 2021 Letter of Intent, 15 September 2021.

⁶ See below, section 4.

the air. How to combine resource-efficiency and climate neutrality with an intensive and innovative digital economy is not obvious. Globally, most legislation on the R2R, in relation to electronics, focus on hardware repair, or simply do not specify the kind of repair that the right relates to. The UK⁷ and France⁸ recently adopted R2R legislation. Both countries' laws, however, have a limited regulatory scope in the sense that they only apply to a small group of electronics, and merely focus on hardware repair or consumer awareness. The UK law requires that from mid-2023, manufacturers will have to make spare parts available to consumers; the French law made it obligatory from 2021 onwards for manufacturers to inform consumers about the level of repairability of their product on a scale of 1 to 10.

At the EU level, there is a range of legislative initiatives that try to stimulate the digital repair of electronic devices. One initiative, the proposed *Data Act*⁹, builds on the idea that a consumer or third-party has to be granted *access* to data and be allowed to *tinker* with it. In an age where software and data are jealously protected as trade secrets, access and tinkering rights are highly controversial and contested. Another initiative, the proposed updated *Product Liability Directive*¹⁰, builds on the idea that a digital R2R requires the existence of clear *liability* rules for software malfunctioning that occurs after a patch, alteration or upgrade. No manufacturer wants to be liable for a product whose software has been substantially altered, and no user or third-party is keen on doing software repair if even a minor repair could result in full liability. However, the worst scenario is when who is liable is legally unclear; then, nobody dares to do anything at all.

⁷ UK "Right to Repair"-law: The Ecodesign for Energy-Related Products and Energy Information Regulations 2021 (SI 2021 No. 745); T. Espiner and R. Wearn (2021). Right to repair rules will extend the lifespan of products, the government says. Available: <https://www.bbc.com/news/business-57665593>.

⁸ French Law n° 2020-105 of 10 February 2020 against waste and for the circular economy.

⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), Brussels, 23 February 2022 COM(2022) 68 final 2022/0047 (COD).

¹⁰ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products (revised PLD), COM/2022/495 final, Brussels, 28 September 2022.

In this chapter, we discuss how these two new legislative initiatives, namely the proposed *Data Act*¹¹ (on access to data gathered in smart devices) and the proposed updated *Product Liability Directive*¹² (clarifying that software also falls within its scope, and the implications of digital repair), stimulate digital repair of electronic devices. We assess these two proposed instruments building on our respective fields of expertise, namely law relating to information technology (De Vries) and the social science of waste and repair (Abrahamsson). One issue around which we converge is that *repair* is a word that is, both conceptually and practically, misleading in relation to software and data. To clarify this, we first discuss four cases where digital repair became a matter of concern (section 2). We then contrast software repair with digital repair (section 3) and later present a more structured overview of the practical and conceptual complexities that can follow from the notion of digital repair (section 4). We then discuss the EU policy background of the digital R2R and show that it moves at the intersection of green and digital legislation (section 5). In the consecutive two sections, we introduce the new proposals, the *Data Act*¹³ (section 6) and the updated *Product Liability Directive*¹⁴ (section 7). In the final section (section 8), we assess these new legal instruments and point to further research that is needed.

2 Four cases where digital repair became a matter of concern: a smart tractor, an amicable house robot, a surgical robot and an iPhone

In this section, we discuss four cases where digital repair became a matter of concern. Specifically, it gives the reader some examples of situations in which a digital R2R can actualise as a matter of concern. In some of these cases, the law became involved; in others, it did not. Several of the cases are US-based, but the situations described could equally have taken

¹¹ Proposed Data Act (n. 9).

¹² Proposed revised PLD (n. 10).

¹³ Proposed Data Act (n. 9).

¹⁴ Proposed revised PLD (n. 10).

place in the EU. Thus, they are helpful in providing a sense of the kind of circumstances in which a digital R2R could play a role.

2.1. John Deere tractors. Deere & Company is the largest producer of farming technology and farming machines globally. Their tractors are equipped with sensors that ‘track soil moisture, equipment performance, and even the pressure with which seeds are pushed into the ground during planting’ and ‘connect directly to John Deere’s cloud’.¹⁵ Deere & Company has a monopoly on the repair of their products, which means transportation and reparation at excessively high costs. From 2018 onwards, several class-action lawsuits were filed in the US against the company over alleged violations of federal antitrust laws,¹⁶ which, in turn, inspired proposals for federal and state R2R legislation.¹⁷ In some cases, they ended up as promises¹⁸ for adjustments in Deere & Company’s repair policy. In June 2022, Russian looters stole 27 pieces of John Deere farm equipment from the beleaguered Ukrainian city Melitopol, with a worth of \$5m, only to discover later on in Chechnya that the manufacturer John Deere had remotely disabled all equipment so that it could no longer even be turned on.¹⁹ While in this case, the remote off-switch resulted in a cheerful twist, the events also point to a fundamental change in what it means to own something and the introduction of an external dependency that is absent in “dumb” devices. This is especially relevant as

¹⁵ K. T. Tofel, “The “right to repair” movement grows, but the devil’s in the details,” Stacey on IoT, 2022.

¹⁶ Sherman Antitrust Act, 26 Stat. 209, 15 U.S.C. §§ 1–7.

¹⁷ Exec. Order No. 14036 on Promoting Competition in the American Economy, 86 Fed. Reg. 36,987 (9 July 2021), section 5, h(ii): ‘To address persistent and recurrent practices that inhibit competition (...) in areas such as unfair anticompetitive restrictions on third-party repair or self-repair of items, such as the restrictions imposed by powerful manufacturers that prevent farmers from repairing their own equipment’. See also: L. Matsakis and O. Solon (1 February 2022), Senate introduces bill to allow farmers to fix their own equipment, NBC News, <https://www.nbcnews.com/tech/new-senate-bill-farm-equipment-right-to-repair-rcna13961>.

¹⁸ J. Koebler and M. Gault (18 February 2021), John Deere Promised Farmers It Would Make Tractors Easy to Repair. It Lied., Motherboard, <https://www.vice.com/en/article/v7m8mx/john-deere-promised-farmers-it-would-make-tractors-easy-to-repair-it-lied>.

¹⁹ John Naughton (4 June 2022), Why your ability to repair a tractor could also be a matter of life and death, The Guardian, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/jun/04/why-your-ability-to-repair-a-tractor-could-also-be-a-matter-of-life-and-death>.

similar issues are also likely to appear outside of agriculture, for example, in relation to the growing number of high-tech cars.²⁰

2.2. Anki/Vector Robots The robotics company *Anki* launched the \$250 *Vector* Home Robot in 2018. This friendly-looking device rolling around on rubber bands, combining elements of a toy, a digital pet and a smart speaker in the style of *Alexa* or *Siri*, was marketed on the online crowd-funding site *Kickstarter* with the following comments from two of its creators:

'I think for *Kickstarter*, especially being able to have access to more technical users that understand a little more about what's going on and can give us really critical feedback that we can then use to incorporate it in updates. We expect over the next few years to develop function after function after function, making a deeper character, implement more characterful utility functions, and so forth'.²¹

One of the purported strengths of the robot was its ability to become better and more advanced through software updates facilitated by the cloud. However, in 2019, *Anki* went out of business, meaning that the *Vector* robots risked facing digital death as the *Vector* servers would no longer be maintained.²² In 2020, another company, *Digital Dream Labs*,²³ stepped in, purchasing *Anki's* assets relating to *Vector*, restoring the platform, and creating a modality for *Vector* to function without external servers and an open source development kit allowing for the design of new functionalities for the bot. In order to keep using *Vector's* broad functionality, *Digital Dreams Labs* offers users a cloud-based subscription for \$10 per month, or a \$125 lifetime membership. Needless to say, many of those who supported the initial campaign, a campaign that did not include payment or continuous subscription to services to keep the robot alive, were far from content with the solution offered by the new owners. Nonetheless,

²⁰ A. Marshall (20 October 2022), High-Tech Cars Are Killing the Auto Repair Shop, *Wired*, <https://www.wired.com/story/high-tech-cars-killing-the-traditional-auto-repair-shop>.

²¹ Anki (2020), *Vector by Anki: A giant roll forward for robot kind*, promotional video on *Kickstarter*, minute 3:47-4:08. https://www.kickstarter.com/projects/anki/vector-by-anki-a-giant-roll-forward-for-robot-kind?clid=CjwKCAiA3KefBhByEiwAi2LDHLVrjQAxsmATad7U7rZRtwNivUjDmLfrqdvHjAiE_YVZEsljHZI8FxoCUkEQAvD_BwE.

²² Tofel (n. 15).

²³ <https://support.digitaldreamlabs.com/collection/6-vector>.

this Anki/Vector case shows the strength of how digital R2R can be realised through open-source software, a subscription model and an engaged community in relation to a niche product.

2.3. *Da Vinci Surgical Robots.* In the case of medical equipment, both a faulty third-party repair and a too slow official repair can have potentially disastrous impacts for patients. During the Covid-pandemic, for example, ‘hospital technicians became exasperated when they found they could not quickly fix ventilators in overflowing intensive-care units because they did not have immediate access to manuals and parts’,²⁴ and unorthodox methods like volunteers designing and 3D-printing valves became acceptable.²⁵ At the same time, medical branch organisations have been extremely focal about the fact that allowing others to repair products could endanger patient safety and result in cybersecurity concerns.²⁶ One particularly salient case is when a *Da Vinci Surgical Robot* was allegedly remotely switched off mid-surgery by its manufacturer *Intuitive Surgical*, after the hospital had said it was considering a service contract with a third party. Two lawsuits have been filed against *Intuitive Surgical* over alleged violations of antitrust laws.²⁷ The debates for a R2R of the *Da Vinci* robot raise questions of product safety, the allocation of liability, and digital repair in devices whose main functionality is steered from the cloud.

2.4. *Apple iPhone* Up until very recently, Apple stood out as one of the ICT companies strongly opposed to any form of third-party repair of their devices. This position was, for example, crystallised in a trademark case that made it to the Norwegian Supreme Court (2020), where three

²⁴ Why is the “right to repair” gadgets and machines spreading?, *The Economist* (2021) <https://www.economist.com/the-economist-explains/2021/11/19/why-is-the-right-to-repair-gadgets-and-machines-spreading>.

²⁵ Naughton (n. 19).

²⁶ Hayhurst, C. (2021) *The Ground has Shifted in the ‘Right to Repair’ Debate. What’s Next?*, AAMI, <https://www.aami.org/news/article/the-ground-has-shifted-in-the-right-to-repair-debate.-what-s-next>.

²⁷ B. Herman, “Hospitals are taking on a surgical robot “monopoly”,” *Axios*, 2021; C. Rizzi (2022), *da Vinci Maker Intuitive Surgical Facing Antitrust Class Action Over Alleged Market-Control Tactics for EndoWrists*, *Class Action Newswire*, <https://www.classaction.org/news/da-vinci-maker-intuitive-surgical-facing-antitrust-class-action-over-alleged-market-control-tactics-for-endowrists>; *Da Vinci Surgical Robot Complaint* (10 September 2021), <http://srkattorneys.com/da-vinci-surgical-robot-complaint/>.

years of legal proceedings resulted in Apple crushing a one-man repair shop for using screens from another manufacturer to repair iPhones.²⁸ In 2021, Apple decided on a partial policy change, now allowing users to perform certain repairs themselves, on the condition that tools and spare parts are rented or bought from Apple. Repair tools, which come in a box weighing 36 kilograms, can be rented for \$49 and a \$1,200 deposit. One interesting aspect here is that the repair allowed by Apple focuses completely on the hardware, and that software is used for so-called pairing of parts,²⁹ meaning that when a battery or screen is replaced with one produced by another manufacturer, the software will react and disable certain functionalities and prompt the user to service the device. This self repair of iPhones raises questions about what the extent and form of a R2R should be in order to have any bite, how the integration of hardware and software can impact repair, and how to combine the R2R with novelty-driven business models.

3 Digital repair: repair based on software or data or both

In order to prevent smart tractors, amicable house robots, surgical robots and iPhones from being wasted, it seems obvious that affordable and reliable possibilities for digital repair are equally important as those for hardware repair. Yet, what is *digital repair* exactly? Digital repair can mean that the functioning of a product is improved through its software, the data it gathers during its operation, or both. In contrast to other authors, such as Gomulkiewicz,³⁰ we prefer the term *digital repair* over *software repair* to underline that the AI-revolution of the last decade, based on machine learning and resulting in evolving and personalised devices, means that repair can also involve the gathered data and not just the software initially created by a manufacturer.

²⁸ C. Mikolajczak (5 June 2020), Apple crushes one-man repair shop in Norway's Supreme Court, after three-year battle, Right to Repair, <https://repair.eu/news/apple-crushes-one-man-repair-shop/>.

²⁹ S. Goldheart (11 May 2022), Apple Self Service Repair: Is This the End of iFixit?, iFixit Tech News, <https://www.ifixit.com/News/59751/apple-self-service-repair-is-this-the-end-of-ifixit>.

³⁰ Gomulkiewicz, Robert W., Considering a Right to Repair Software, 37 Berkeley Tech. L.J. 941, 2023.

Gomulkiewicz³¹ argues that software repair is not a novel matter and that in the end, it boils down to the debate about the pros and cons of open software, that is, about balancing the benefits of a large community tinkering with and ameliorating software with those of reaping the economic benefits of jealously protecting software through copyright or as a trade secret. Framing the right to digital repair in terms of open software places it strongly in the field of intellectual property (IP) law, and the stakes of industry. Gomulkiewicz discusses software repair from a US legal perspective. IP law is also undeniably relevant in an EU legal context. The recent case of *Top System v Belgium*³² has been interpreted as supportive of a right to software repair, as the European Court of Justice ruled that a lawful purchaser of a computer programme (in this case: the Belgian State) is entitled to decompile a software programme in order to correct errors affecting its operation without the consent of the holder of the copyright (in this case: Top System). The concrete impact of the case should not be exaggerated. Firstly, its impact will depend on how restrictively ‘only in so far as those acts are necessary for the use of the computer program in accordance with its intended purpose’ (paragraph 74) is interpreted. Secondly, the lawful purchaser is only entitled to decompile the software to correct errors ‘in the absence of specific contractual provisions to that effect’ (paragraph 68), and the cases where such contractual provisions are absent are rare. Normally, a connected, smart device will be accompanied by an end-user license agreement (EULA) specifying conditions and forms of software repair.

However, digital repair is not exhausted by software repair, IP law and the debate about open software. Digital repair is not only a matter of software but also about *data*. For example, when a chatbot displays a racist bias or an AI-assisted car is drifting consistently too much to one side, it might be necessary to open up the data it has gathered under its course of operation. A manufacturer, however, might be equally reluctant to disclose software as gathered data, because both are likely to represent substantial economic value when kept as a trade secret. This is an aspect that is recognised by the EU legislator in the proposal for a *Data Act*,³³ namely that digital repair can require manufacturers, users and certain

³¹ Gomulkiewicz (n. 30).

³² *Top System v Belgium*, C-13/20, 6 October 2021.

³³ Proposed Data Act (n. 9).

third parties to have the right to access and use the data. In Recital 6 of the proposed *Data Act*, it says:

‘Data generation is the result of the actions of at least two actors, the designer or manufacturer of a product and the user of that product. It gives rise to questions of fairness in the digital economy, because the data recorded by such products or related services are an important input for aftermarket, ancillary and other services. In order to realise the important economic benefits of data as a non-rival good for the economy and society, a general approach to assigning access and usage rights on data is preferable to awarding exclusive rights of access and use’.

The fact that digital repair can concern both software and data means that fields like cybersecurity law also become relevant, as well as data protection (when personal data are involved), and possibly even certain fundamental rights (portrait rights, right to respect for private life).

4 Practical and conceptual challenges in digital repair

Despite its intuitive, attractive ring, there are several barriers that make digital repair challenging.

First, digital repair is not a simple binary transition from a broken to a repaired state. Instead, it is a set of upgrading and downgrading actions on a continuous scale, not unlike Penelope’s extended scheme of weaving and unweaving Ulysses’ burial shroud to keep unwanted suitors at bay. One reason is that repairing bugs in software is almost never a free lunch: a patch might solve one problem while simultaneously introducing a new one: ‘as a large software program evolves, the cumulative effect of all the changes tends to degrade the structure of the program so that, as time goes by, the software becomes less and less well ordered’, which means that at some stage ‘repairing a defect can become one step forward and one step back’.³⁴ Another reason is that software has an extremely *fast-paced development*, which is accompanied by a marketing-induced *desire for novelty*.³⁵ The moment a new device is bought, it is already on

³⁴ Gomulkiewicz (n. 30), p. 949.

³⁵ C. Campbell, “The desire for the new,” in *Consuming technologies: Media and Information in domestic spaces*, E. Hirsch, Ed. London: Routledge, 1992, pp. 48–64.

its way to being outdated. This raises the larger question of whether it is even appropriate to speak of *repair* in the context of data and software. Often, software and data repair is not just restoring to a former state, but *upgrading to a better state* (i.e. up-cycling). Only when the upgrade results in undesirable consequences, a *downgrade* can be considered as a form of software repair. Sometimes the interests of the manufacturer and end-user align when they both want an improved, updated product. Sometimes the interests do not align, for example, because the manufacturer does not want to spend money and energy on maintaining a product and, rather, would like the end-user to buy a new product. Gomulkiewicz³⁶ argues that a right to software repair could be reformulated without the misleading notion of repair, which falsely points to a broken-repaired binary, as three separate rights to help consumers when interests do not align:

1. a right to revert to prior versions of a software product;
2. a right to refuse updates; and
3. a right to receive repairs for a certain period of time.

A *second* point complicating digital repair is that *software and hardware are often interdependent*. For software to work, often a specific type of hardware is needed. If the hardware of a device is repaired to the functionality that it had when it was first produced, the fact that it does not support more novel software still risks making it obsolete.³⁷ There can also be more subtle interactions, for example, when a software upgrade suddenly drains battery life. A *third* difficulty is that digital repair can be *very complex and requires a specific type of expertise* that many consumers do not possess. For most consumers, empowerment is more likely to lie in rights to downgrade and refuse updates, than in rights to actively tinker and upgrade.³⁸ When devices are enhanced with software, this will also require a different type of repair professional. The advent of high-tech cars will mean that the stereotypical ‘grizzled and grimy auto repair tech with a wrench in his hand’ will have to make a place for ‘people more like Star Trek engineer Geordi LaForge’,³⁹ and that repair costs will go up.

³⁶ Gomulkiewicz (n. 30).

³⁷ M. Cohn, “Keeping Software Present. Software as a Timely Object for STS Studies of the Digital,” in *Digital STS: A fieldguide and handbook*, J. Vertesi and D. Ribes, Eds. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2019, pp. 423–446.

³⁸ Gomulkiewicz (n. 30).

³⁹ Marshall (n. 20).

A *fourth* complication with digital repair is that software and data can be copied and disseminated very easily, which can lead to quick value loss for the producer of a digital device. By providing transparent information, producers also risk giving away a valuable part of the device that can easily live on without its hardware container. A final, *ffth*, challenge with a digital R2R is that most smart, connected devices are *not stand-alone devices*; instead, they are out of bounds, that is, they are not limited by their hardware container, and their immaterial tentacles of data and software can stretch out deeply into surroundings controlled partly by their users, and partly by their producers. There are at least three challenges that follow from this “out-of-boundedness”:

1. The software of smart devices needs *continuous maintenance* through updates, and often part of their functionality is dependent on external servers, in “the cloud”. The subsistence of smart devices is largely dependent on continuous support from the producer, and if the producer discontinues that support or goes out of business, the device risks becoming obsolete.
2. In many smart devices, the *division between producer and consumer is muddled*, and the user of a device is a prosumer personalising a device by using it and supplying the producer with feedback data that can help further development of updates, patches and new generations of the smart device. Smart devices are not just tools for local goals, such as playing music (smart speaker) or self-tracking bodily effects of a workout (fitness smart watch). On the contrary, they can also be windows for companies to offer additional services, a testbed and data gathering hub for the producer and a personalised gadget cultivated by the user.
3. The networked nature of smart devices makes them *vulnerable from a data security perspective*. Tinkering with a smart device can thus create risks that come on top of the basic risk of malfunction (with a “dumb” device).

These three aspects (external maintenance, muddled producer-consumer relationship and data security vulnerability) following from the “out-of-boundedness” of digital devices mean that the ownership of such digital devices becomes muddled. The fact that the manufacturer of a “dumb” electronic device, like a toaster, goes bankrupt will not affect the functioning of the device. However, if the manufacturer of a “smart” toaster goes bankrupt or decides to discontinue software support and

maintenance for some other reason, the device is likely to become partly or wholly dysfunctional. This means that buying and owning a John Deere tractor or a Da Vinci surgical robot does not guarantee that the device will continue to function over time, as there is always a risk that somebody remotely turns the off-switch or discontinues support. In a recently published book, Perzanowski states that the R2R is a way to reclaim the things we own.⁴⁰

5 The birth of EU policy on repair of electronic devices: the tensions and synergies of green and digital innovation policy

Currently, e-waste is the fastest growing waste stream globally.⁴¹ What would it take to create a European market and society where electronic devices that are defective or outdated are not so easily discarded? As argued above (section 1), given that an ever-increasing group of electronic devices is becoming connected and “smart”, in order for R2R to have real bite, it should not only concern material (screws, batteries, etc.) repair but also digital (software and data) repair, patching and updating. However, conceptually and practically, digital repair is (see above, sections 3 and 4) a complex aspect of the R2R. It is relatively straightforward to create legislation that forces a manufacturer to design products that are easier to repair and to provide consumers with spare parts and instruction manuals about *hardware* repair. It is more complex to come up with legislation that incentivises *digital* repair – as mentioned above (section 3), such legislation easily ends up in value conflicts and complex legal interactions with IP,⁴² data protection, competition (monopolistic repair tactics), consumer,⁴³ product safety, liability and cyber security law. At the level of EU legislation, this complexity gets further intensified by the fact the policy rationales for a R2R mix *digital* and *sustainability* regulation.

⁴⁰ A. Perzanowski, *The right to repair: reclaiming the things we own*, 2022.

⁴¹ Forti V., Baldé C.P., Kuehr R., Bel G. *The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows and the circular economy potential*. United Nations University (UNU)/United Nations Institute for Training and Research (UNITAR), Bonn/Geneva/Rotterdam.

⁴² Gomulkiewicz (n. 30).

⁴³ M. Johnson et al., “Engaging with the general public on critical raw materials through the medium of electronics repair workshops,” in *Plate 2019 Conference*, 2019.

“A European Green Deal”⁴⁴ from 2019 and “A European Strategy for Data”⁴⁵ from 2020 are top prioritised fields by the European Commission in 2019–24, where both are currently characterised by a high level of legislative activity. In both the *Green Deal* and the *Strategy for Data*, the Commission made it clear that the Circular Economy regarding electronics is a top priority, and that repair was an important tool in the realisation of this policy ideal.

In the *Green Deal*, it says:

‘The circular economy action plan will also include **measures to encourage businesses to offer, and to allow consumers to choose, reusable, durable and repairable products.** It will analyze the need for a ‘right to repair’, and curb the built-in obsolescence of devices, in particular for electronics. Consumer policy will help to empower consumers to make informed choices and play an active role in the ecological transition’.⁴⁶

Both the *Green Deal* and the *Strategy for Data* stress the importance of information about products, conceptualised as a “product passport”, in order to facilitate repair.

In the *Green Deal*, it says:

‘Reliable, comparable and verifiable information also plays an important part in enabling buyers to make more sustainable decisions and reduces the risk of ‘green washing’. (...) Digitalisation can also help improve the availability of information on the characteristics of products sold in the EU. For instance, an electronic product passport could provide information on a product’s origin, composition, repair and dismantling possibilities, and end of life handling’.

In the *Strategy for Data*, it says:

⁴⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – The European Green Deal COM/2019/640 final, Brussels, 11 December 2019.

⁴⁵ Communications from the Commission to the European Parliament, The European Council, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A European strategy for data COM/2020/66 final, Brussels, 19 February 2020.

⁴⁶ Green Deal (n. 44), p. 8.

‘Establish a common European data space for smart circular applications making available the most relevant data for enabling circular value creation along supply chains. A particular focus will be concentrated at the outset on the sectors targeted by the Circular Economy Action Plan, such as the built environment, packaging, textiles, electronics, ICT and plastics. Digital ‘product passports’ will be developed, that will provide information on a product’s origin, durability, composition, reuse, repair and dismantling possibilities, and end-of-life handling’.⁴⁷

The importance of repair is a topic that has been popping up in various legislative proposals during the last few years. In September 2021, the Commission announced that a separate ‘legislative proposal on the right to repair’⁴⁸ was one of the *Green Deal* key initiatives to realise during 2022. In early 2022, the Commission held a public consultation on sustainable consumption of goods by promoting repair and reuse.⁴⁹ In February 2022, the Commission presented the proposed *Data Act*⁵⁰ (see below, section 6) as part of the *Strategy for Data*. The *Data Act* aims to dilute the monopoly of many manufacturers on data generated by smart devices and grant access rights more fairly and broadly to other actors as well, where one of the explicit goals is to support the circular economy and the repair and maintenance of smart devices (recital 14). In September 2022, the Commission presented a proposal for an updated *Product Liability Directive*⁵¹ (PLD, see below, section 7), which, in its explanatory memorandum, explicitly refers to both the new green and digital transitions and their enormous benefits, ‘be it by extending the life of materials and products, e.g. through remanufacturing, or by increasing productivity and convenience thanks to smart products and artificial intelligence’, as one of the main reasons for the need to update the PLD. The proposed update aims to ‘ensure liability rules reflect the nature and risks of products in the digital age and circular economy’.⁵² The proposal

⁴⁷ A European strategy for data (n. 45), p. 27.

⁴⁸ European Commission, State of the Union 2021, (n. 5).

⁴⁹ European Commission DG Justice and Consumers (2022), Sustainable consumption of goods. Promoting repair and reuse. Factual summary report Open Public Consultation, Brussels. Online available at: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13150-Sustainable-consumption-of-goods-promoting-repair-and-reuse/public-consultation_en.

⁵⁰ Proposed Data Act (n. 9).

⁵¹ Proposed revised PLD (n. 10).

⁵² *Idem*.

confirms that manufacturers of AI systems and software affecting how a product works also fall under the scope of the Directive, as well as any entity making “substantial modifications”.

Meanwhile, the EU Parliament (EP) also pushed for R2R legislation. On 7 April 2022, the EP adopted a *Resolution on the Right to Repair*,⁵³ with an overwhelming majority of 509 votes in favour, 3 against and 13 abstentions, giving the Commission the task to come up with a proposal for the R2R legislation. In the Resolution, which consists of 27 paragraphs, only paragraph 10 is devoted to the special challenges of the R2R in relation to *digital* devices. In this short paragraph, the EP proposes that software updates have to be made available for a minimum period, that consumers should be fully informed about the availability of updates at the time of purchase, that functionality updates should be reversible and not lead to diminished performance, and that practices that unduly restrict the right to repair or lead to obsolescence could be considered unfair commercial practices.

In short, at the EU level, the digital R2R is brought into existence through a scattered bouquet of regulatory tools, ranging from a proposal for product passports, increased data access, clarification of product liability for substantial software modification, to requirements to provide software updates for a minimum period and make updates reversible. Given the practical and conceptual complexity of digital repair, the scattered and implicit nature of the proposed legal provisions is not surprising. As we argued above, the notion of “repair” might suggest a misleading binary of “Broken v. Repaired” in relation to data and software. Moreover, the word “right” might also give a false idea that R2R is a real “right”, such as the “right to respect for private life” or the “right to a fair trial”, while, in fact, all legislative initiatives in the field of R2R are no more than regulatory tools to stimulate digital repair. At the same time, if the EU legislator really wants to stimulate digital repair, a more coherent, comprehensive and explicit manner of addressing this would be helpful. Despite the ambivalences in the notion of a digital R2R, it is a catchy term that could unify the now mainly scattered and implicit proposals.

In the two following sections, we will take a closer look at the two proposed legislative instruments where digital repair is currently discussed most explicitly: the *Data Act* (section 6) and the updated *PDL* (section 7).

⁵³ European Parliament, Resolution on the Right to Repair, 7 April 2022, 2022/2515 (RSP).

6 Enhancing access to data and software (proposed *Data Act*)

What is the proposed *Data Act*?⁵⁴ ‘The Data Act is a key pillar of the European strategy for data’ and its ‘main objective is to make Europe a leader in the data economy by harnessing the potential of the ever-increasing amount of industrial data, in order to benefit the European economy and society’.⁵⁵ To paraphrase it more bluntly: it is a regulatory tool that tries to break the monopoly of large, non-SMEs,⁵⁶ manufacturers on data gathered by connected devices in order to create a fair access and use of data which will stimulate a more flourishing digital economy and society. Reinforced rights to data portability and increased access and usage rights for consumers of connected products (business-to-consumer: B2C) act as one stone to hit several regulatory goals at once: to promote repair and sustainability, as well as digital innovation and fair competition between producers and aftermarket service providers. Next to the users of connected products, the proposed *Data Act* also aims to stimulate data sharing between businesses (B2B) by requiring that contractual clauses should be fair and not exploit power imbalances, and between businesses and governments (B2G) if there is an ‘exceptional need for the performance of a task carried out in the public interest’ (Article 2d), such as managing a pandemic or another public emergency, which necessitates this. However interesting and controversial, the measures facilitating B2B and B2G sharing go beyond the scope of this chapter, and we will not discuss them any further. Instead, we only focus on the extended user access to the data (B2C), especially for self-repair and maintenance and the use of third party aftermarket services.

In Recital 14 on the material scope of the proposed *Data Act*, it is described:

⁵⁴ Proposed Data Act (n. 9) See also: Council compromise (Czech Presidency) text, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), 12169/22, Brussels, 9 September 2022.

⁵⁵ European Commission (2022), A European Strategy for data, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/strategy-data#:~:text=The%20strategy%20for%20data%20focuses,and%20societal%20progress%20in%20general.>

⁵⁶ Article 7(1) clarifies that the data sharing obligations from the data holder towards the user (or a 3rd party designated by the user) ‘shall not apply to data generated by the use of products manufactured or related services provided by enterprises that qualify as micro or small enterprises’.

‘Physical products that obtain, generate or collect, by means of their components or operating system, data concerning their performance, use or environment and that are able to communicate that data via a publicly available electronic communications service (often referred to as the Internet of Things) should be covered by this Regulation. (...) Such products may include vehicles, home equipment and consumer goods, medical and health devices or agricultural and industrial machinery’.

In the Czech Presidency Compromise text⁵⁷ in Article 2(2), “product” is defined as:

‘a tangible, movable item, including where incorporated in an immovable item, that obtains, generates or collects, data concerning its use or environment, and that is able to communicate data via a publicly available electronic communications service and whose primary function is not neither the storing and processing of data nor is it primarily designed to display or play content, or to record and transmit content’.

The main tenet of the proposed *Data Act* is that there should be fair access to and use of data generated by such products (i.e. connected devices), as they are not merely the result of actions of the designer or manufacturer, but also of the user. Article 3(1) of the Czech Presidency Compromise text⁵⁸ formulates an obligation to give users access:

‘Products shall be designed and manufactured, and related services shall be provided, in such a manner that data generated by their use that are accessible to the data holder are, by default and free of charge, easily, securely and, where relevant and appropriate, directly accessible to the user, in a structured, commonly used and machine-readable format’.

In those cases, where the data or metadata cannot be directly accessed by the user, the data holder shall make the data available ‘without undue delay, free of charge, easily, securely, in a structured, commonly used and machine-readable format and, where applicable, continuously and in real-time’. Where technically feasible, this ‘shall be done on the basis of a simple request through electronic means’ (Article 4(1)). The data holder also has to comply with user requests to make generated data and meta-

⁵⁷ Czech Presidency Council compromise on the proposed Data Act (n. 54).

⁵⁸ *Idem*.

data available to a third party (Article 5(1)), which should happen under the same conditions as access provided to the user (Article 4(1)).

The data that should be made accessible ‘include data recorded intentionally by the user’ and ‘data generated as a by-product of the user’s action, such as diagnostics data’ (Recital 17). Recital 14 clarifies that such data ‘represent the digitalisation of user actions and events and should accordingly be accessible to the user’ and mentions explicitly that user access to these data is supposed to facilitate, among other things, maintenance and repair:

‘Such data are potentially valuable to the user and support innovation and the development of digital and other services protecting the environment, health and the circular economy, in particular though facilitating the maintenance and repair of the products in question’.⁵⁹

Recital 28 explicates that the user should be free to use the data for a repair or market service that is in competition with the service offered by the manufacturer:

‘The user should be free to use the data for any lawful purpose. This includes providing the data the user has received exercising the right under this Regulation, to a third party offering an aftermarket service that may be in competition with a service provided by the data holder, or to instruct the data holder to do so. The data holder should ensure that the data made available to the third party is as accurate, complete, reliable, relevant and up-to-date as the data holder itself may be able or entitled to access from the use of the product or related service.’

However, Recital 28 also specifies that the manufacturer should not be the one consistently pulling the short end: ‘Any trade secrets or intellectual property rights should be respected in handling the data. It is important to preserve incentives to invest in products with functionalities based on the use of data from sensors built into that product’. Finding the right balance of interest is challenging and in the Czech Presidency compromise text,⁶⁰ an additional explanation has been added in Recital 28a:

‘For this reason, data holders can require the user or third parties of the user’s choice to preserve the secrecy of data considered as trade secrets, includ-

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

ing through technical means. Data holders, however, cannot refuse a data access request under this Regulation on the basis of certain data considered as trade secrets, as this would undo the intended effects of this Regulation. The aim of this Regulation (...) (is) to avoid undermining the investment incentives for the type of product from which the data are obtained, for instance, by the use of data to develop a competing product’.

This prohibition to make a competing product is formulated in Article 6(2)e. Moreover, Article 6(1) states that a third party

‘shall process the data made available to it pursuant to Article 5 only for the purposes and under the conditions agreed with the user, and subject to the rights of the data subject insofar as personal data are concerned, and shall delete the data when they are no longer necessary for the agreed purpose’.

Summarising, the proposed Data Act aims to force larger manufacturers to make data generated by connected products accessible for self or third-party repair, while at the same time not unnecessarily interfering with the economic interests of those manufacturers by creating limits to what is considered lawful use.

7 Creating clear rules for who is liable for products that have undergone digital repair (proposed updated *Product Liability Directive*)

The Product Liability Directive (PLD) was first adopted in 1985 in order to provide for an EU-level safety net ‘for compensating people who suffer physical injury or damage to property due to defective products’.⁶¹ The PLD makes manufacturers strictly (no-fault) liable for harm caused by their defective products: such strict liability makes it easier for consumers to claim damages because they do not have to prove that the manufacturer made a fault that caused the harm. The main reason to revise the PLD is to adjust it to a modern digital and circular economy. The revision clarifies that the notion of “product” also covers intangible digital products, ‘like a medical health app for a smartphone’ and the software

⁶¹ Explanatory Memorandum, p. 1, in: Proposed revised PLD (n. 10).

or AI system ‘embedded in a cleaning robot’⁶² or ‘the navigation service in an autonomous vehicle’.⁶³ Another important aspect clarified is that ‘manufacturers can be held liable for changes they make to products they have already placed on the market, including when these changes are triggered by software updates or machine learning’.⁶⁴ While the PLD does not explicitly mention the R2R, it clearly aims to create ‘the legal clarity that industry needs in order to embrace circular business models’.⁶⁵ In recital 29 of the PLD, it says:

‘In the transition from a linear to a circular economy, products are designed to be more durable, reusable, repairable and upgradable. The Union is also promoting innovative and sustainable ways of production and consumption that prolong the functionality of products and components, such as remanufacturing, refurbishment and repair’.

The clarification that software, ‘including 3rd-party software added to a product or standalone software that itself may cause harm (such as a medical device smartphone app)’ can be a product in its own right in the meaning of the PLD, means that businesses ‘that substantially modify a product and place it back on the market would also be liable under the Directive’.⁶⁶ When is a modification “substantial”? Recital 29 says:

‘...products allow for modifications through changes to software, including upgrades. When a product is modified substantially outside the control of the original manufacturer, it is considered to be a new product and it should be possible to hold the person that made the substantial modification liable as a manufacturer of the modified product, since under relevant Union legislation they are responsible for the product’s compliance with safety requirements. Whether a modification is substantial is determined according to criteria set out in relevant Union and national safety legislation, such as modifications that change the original intended functions or affect the product’s compliance with applicable safety requirements. In the interests of a fair apportionment of risks in the circular economy, an economic operator that makes a substantial modification should be exempted from liability if it can prove that the damage is related to a part of the product not affected

⁶² Questions and answers on the revision of the Product Liability Directive (28 September 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_22_5791.

⁶³ Explanatory Memorandum, p. 5, in: Proposed revised PLD (n. 10).

⁶⁴ *Idem*.

⁶⁵ Questions and answers on the revision of the PLD (n. 62).

⁶⁶ Explanatory Memorandum, p. 9, in: Proposed revised PLD (n. 10).

by the modification. Economic operators that carry out repairs or other operations that do not involve substantial modifications should not be subject to liability under this Directive’.

This exemption can also be found in Article 10(1)g of the revised PLD. The Directive thus creates a window for minor digital repair to be performed without risking becoming liable for defects under the revised PLD. Damages resulting from product defects occurring after substantial digital repair also do not necessarily mean that the repairing party is liable under the revised PDL: the party would only be liable if she/he cannot prove that the damage is related to a part of the product not affected by the modification. If this would be the case, and the ‘the modification is considered substantial under relevant Union or national rules on product safety and is undertaken outside the original manufacturer’s control’ (Article 7(4)), a repairing third party shall be considered a ‘manufacturer of the product’.

On the other hand, the revised PLD also clarifies that manufacturers

‘should remain liable for defectiveness that comes into being after that moment as a result of software or related services within their control, be it in the form of upgrades or updates or machine-learning algorithms. Such software or related services should be considered within the manufacturer’s control where they are supplied by that manufacturer or where that manufacturer authorises them or otherwise influences their supply by a third party’. (Recital 37)

Overall, the revised PLD will make it easier for both consumers and businesses to assess the risks of software updates, patches and third party repairs of digital products.

8 Concluding thoughts and the need for further empirical research on the digital R2R in practice

To repair or not to repair – that is the question. Or, in the context of this chapter, the question is more precisely: to do digital repair or not do digital repair? The answer to this question will depend on a multiplicity of economic, cultural, personal and infrastructural and other, sometimes

serendipitous, considerations. Legislation can try to nudge human actors towards repair. Will the proposed *Data Act* and revised *PLD* be successful in nudging towards digital repair? To even try to answer that question is almost impossible. One reason is that both proposals can still change significantly until they reach their final shape. In particular, the proposed *Data Act* is highly controversial. Unsurprisingly, many large businesses are not overjoyed by the prospect of other actors gaining more extensive access and usage rights over data that they currently monopolise. In the European Parliament, over 1,000 amendments to the original proposal were put forward. Another reason why it is difficult to predict how successful the proposed *Data Act* and revised *PLD* will be in nudging towards increased digital repair is that these legal instruments have a multiplicity of broad regulatory goals that they aim to achieve, such as stimulating the circular economy and digital innovation. Both instruments engage with matters that have to do with digital repair, but nowhere do they explicitly mention digital repair as their goal. The success of these legal instruments will be assessed in terms of how well they contributed to harmonising liability rules, stimulating digital innovation, decreasing the need for raw materials for electronic devices and contributing to the circular economy. Nobody will measure their success in terms of how well they contributed to the digital R2R – and given the complexity and ambiguity of that term, it might, in fact, be good news. As we argued in section 4, repair in relation to the digital is a somewhat misguided notion that suggests a clear binary state of broken versus repaired that is absent in reality. Take, for example, the events surrounding the amicable Anki/Vector robot (see section 2.2.). The main story surrounding Anki/Vector seems to be a happy one: manufacturer *Anki* goes bankrupt, but *Digital Dream Labs* steps in to enable the Vector robots to continue to function. Yet, a closer look at the process shows many unhappy users. People got annoyed by the additional costs as well as by the new functionality – far from everyone was happy with what the new software support allowed their robot pet to do. One user writes: “I paid a year ago for what? Now I have a nice doorstep”.⁶⁷ Another states: “Am I the only one that wants to throw Vector out the windows sometimes? He does not shut up. (...) He has several times attempted to attack my keyboard while I am work-

⁶⁷ <https://www.kickstarter.com/projects/anki/vector-by-anki-a-giant-roll-forward-for-robot-kind/posts/2724085>.

ing”.⁶⁸ The comments point to a fundamental complexity about digital repair, namely that what should be qualified as successful functioning is up for debate. If we hypothetically imagine that all the Anki/Vector users would live in the EU and that the proposed *Data Act* and *PLD* in their current form had been in force in 2018 – what impact would these legal instruments have had in the Anki/Vector case? An owner of the robot might definitely be helped by the *Data Act* that gives access to data generated in their interactions with virtual assistants, and under this legislation the owners of such devices would have to be less concerned that years of interaction, training and personalisation would disappear. The *PLD*, which clarifies that products also include software and AI systems, could help to sue the manufacturer if the Vector robot would cause material physical harm. A crucial question is who would be liable: the initial manufacturer or the company that took over with software support? Were the changes made by *Digital Dream Labs* substantial, in the meaning of Article 7(4) *PLD*? The changes were definitely ‘outside the control of the original manufacturer’ (Article 7(4) *PLD*), given that *Anki* was already bankrupt. However, whether the modifications are to be considered substantial according to ‘relevant Union or national rules on product safety’ (Article 7(4) *PLD*) might turn out to be a difficult question to answer. This relates, again, to the non-binary, gradual ways in which software and data can function (see section 4): in the same way as it is challenging to draw a hard line between software and data that are *broken* and those that *function as they should*, it is also difficult to identify when the data and software have been altered so much that we should call it a *new product*. Obviously, these distinctions can also be challenging in relation to hardware. As the R2R movement has grown, a subtle vocabulary⁶⁹ has been developed to distinguish, for example, between *repair* (‘extends the life of a product during its first use by retaining or restoring functionalities with minor repairs’), *refurbishment* (‘extends the life of a product by replacing a few major components which restores functionality and provides good or acceptable performance for a second hand user’) and *remanufacturing* (‘enables a full new service life of a product via a standardized industrial process that takes place within industrial or fac-

⁶⁸ *Idem*.

⁶⁹ J. Luth Richter (29 June 2020). The ubiquitous Rs – what are they really?, blog post at: Creating a Repair Society. Policies, networks and people (CREACE project blog), <https://repairsociety.blogg.lu.se/the-ubiquitous-rs-what-are-they-really/>.

tory settings, in which cores are restored to original as-new condition and performance, or better'). While these distinctions add a layer of subtlety to debates on hardware repair, they are still insufficiently granular to be successfully transposed to the field of the digital. Distinguishing digital repair from refurbishment or remanufacturing is less obvious than in the case of hardware.

Another complexity of digital repair that stays unresolved in the light of the proposed *Data Act* and *PLD* is the pairing of hardware and software (see section 4), and other hardware-software interactions. Pairing means that hardware repair is limited by software restrictions. In section 2.4, we mentioned the *iPhone*, where software will detect unauthorised hardware replacements and prevent the device from working. Similar tactics are used in many smart devices. For example, in the John Deere tractor (section 2.1), hardware repair also often needs to be authorised by software. When a hardware repair is done by an unauthorised mechanic, the tractor will stop driving: 'Deere charges \$230, plus \$130 an hour for a technician to drive out and plug a connector into their USB port to authorize the part'.⁷⁰ What is digital repair in these scenarios? The software here functions as a sort of Digital Rights Management (DRM) applied to hardware repair. The manufacturer will consider that the protective software works as it should, while the user will want to "repair" this unnecessary and costly hurdle. Again, the meaning of "repair" is up for debate.

Similarly, the culture of fast-paced technological innovation and marketing-induced desire for novelty (section 4) does not suddenly disappear by clarifying the liability rules for defective software updates or making data access and usage rights more fair. Legal interventions that could have an impact in this context are the ones proposed by Gomulkiewicz⁷¹ (a right to revert to prior versions of software, to refuse updates and to receive software updates for a certain period of time) or the European Parliament Resolution on the R2R⁷² (which also names the two latter rights proposed by Gomulkiewicz).

A final aspect that is not addressed in any of the new EU proposals is the "out-of-boundedness" of connected devices. In spite of whatever le-

⁷⁰ J. Koebler (21 March 2017), Why American Farmers Are Hacking Their Tractors With Ukrainian Firmware, Motherboard, <https://www.vice.com/en/article/xykkkd/why-american-farmers-are-hacking-their-tractors-with-ukrainian-firmware>.

⁷¹ Gomulkiewicz (n. 30).

⁷² European Parliament, Resolution on the Right to Repair (n. 53).

gal safeguards might be put in place, this creates the practical threat that a device can be remotely switched off, as was the case with the surgical robot (section 2.3) and the John Deere tractor.

In summary, the proposed *Data Act* and revision of the *PLD* hold a promise to make a positive impact on digital repair.

However, before such legislation can have any real bite, one first has to rethink the word “repair” in the context of software and data – and what kind of cultural, technical and infrastructural shifts it would require for consumers to keep the same digital devices for decades, instead of merely a few years. Which shifts would be helpful in this respect is an empirical question that can only be answered by more detailed empirical research on the digital R2R in practice and concrete repair decisions (to repair or not to repair). Such research would trace the conflicts and negotiations relating to a digital R2R through empirical studies, which help to develop empirical material and conceptual tools that make it possible to understand the parallel and sometimes intersecting legal, economic, cultural and ecological valuations involved in digital R2R.

Moreover, as we argued in section 5, the current legislative initiatives that facilitate digital repair are scattered and implicit. There are currently no legislative instruments that are explicitly or solely devoted to digital repair. When R2R is mentioned explicitly, rarely is there a distinction made between the different measures needed to stimulate hardware or digital repair – both are lumped together under a bigger umbrella, which, in its formulation, seems more oriented towards hardware repair. Despite the ambivalences in the notion of a digital R2R, it is a catchy term that could unify the now mainly scattered and implicit proposals, and thus facilitate digital repair in a more coherent, comprehensive and explicit manner.

Olof Wilske

Konstitutionell hållbarhet eller hållbar konstitutionalism?

Constitutional government signifies the rule of law, which guarantees rationality and calculability of administration while preserving a definite sphere of private law and fundamental rights.¹

Det är helt uppenbart att massornas stöd för totalitarismen inte beror på vare sig okunnighet eller hjärntvätt.²

1 Inledning

En fungerande rättsstat är en förutsättning för att rättsregler överhuvudtaget ska vara relevanta. Rättsstaten är också en förutsättning för fredliga och inkluderande samhällen, vilket är ett av de 17 mål som ingår i Agenda 2030. För att en hållbar utveckling ska vara möjlig måste också själva rättsstaten vara hållbar och motståndskraftig mot påfrestningar.

Rättsstaten är i sin tur en komponent av ett lands konstitutionella strukturer. Konstitutionell hållbarhet är således en förutsättning för en hållbar rättsstat, vilket jag kommer att diskutera i den här artikeln. Mot bakgrund av detta finns det även anledning att kort reflektera över syftet med konstitutionella regelverk. Med ”konstitutionen” avser jag för svensk del i detta sammanhang de fyra grundlagarna, riksdagsordningen, Europakonventionen, den konstitutionella EU-rätten samt konstitutio-

¹ Karl Loewenstein: *Militant democracy and fundamental rights*. American Political Science Review, vol. XXXI, no. 3, June 1937.

² Hannah Arendt: *Totalitarismens ursprung*. Tredje upplagan, Daidalos 2020, s. 29, fotnot 1. Citatet är Hannah Arendts förord från 1966.

nell sedvana och en del bestämmelser i vanlig lagstiftning. Jag kommer i det följande dock att använda begreppen konstitution och grundlag omväxlande – och det kommer också att framgå att konstitutionsbegreppet ofrånkomligen fångar något ytterligare, som inte helt och hållet låter sig begränsas av juridiska termer och definitioner.

En reservation kan vara på sin plats. Varningar om att demokratin och rättsstaten är hotade är numera så vanliga att de har tappat mycket av sitt värde, särskilt som sådana påståenden – när det gäller svenska förhållanden – sällan backas upp av egentliga fakta.³ Långt före högerpopulismens och auktoritarismens frammarsch över världen under de senaste decennierna har demokratin och rättsstaten ansetts vara under hot. Ofta görs slarviga liknelser med tyskt 1930-tal när den här frågan förs på tal. Men vi behöver inte sträcka oss mer än tjugo år tillbaka i tiden, då den italienske filosofen Giorgio Agamben under det då pågående ”kriget mot terrorismen” i en bok slog fast att undantagstillståndet, det vill säga det tillfälliga upphävandet av den rättsliga ordningen, blivit till en normalitet från vilken det inte skulle gå att återvända.⁴ Kriget mot terrorismen var bara en av många omständigheter som fick Advokatsamfundets tidigare generalsekreterare Anne Ramberg att 2013 hävda rättsstaten i Europa var i gungning.⁵ På 1990-talet, annars en relativt optimistisk tid för den konstitutionella demokratin, förfasades vi över de brott mot mänskligheten som begicks bland annat i det forna Jugoslavien och i Rwanda. Vid den tiden reagerade världssamfundet med att bland annat inrätta internationella brottmålsdomstolar och utvidga nationell domsrätt över exempelvis folkmordsbrott begångna i andra länder, vilket kanske får sägas beteckna en tro på de rättsliga lösningarnas möjligheter, något som emellertid fick ett abrupt slut den 11 september 2001. Och även tidigare har den demokratiska rättsstaten ansetts hotad på olika sätt. Det ligger kanske i sakens natur att vi bekymrar oss över hot mot fundamentala värden i vårt samhälle, och en levande diskussion kring de grundläggande förutsättningarna för vårt samhälle är snarast ett hälstotecken. För egen del är jag

³ Ett exempel på hur debatten kan låta är Henrik Arnstads artikel i Expressen den 6 november 2022: *Sverige är på väg att bli en före detta demokrati*, där författaren bland annat skriver: ”Tidöavtalet nöjer sig inte med att vara auktoritär utan går ännu längre angående antidemokrati. Det är totalitär. Det betyder att avtalet inte bara vill inkräkta på våra demokratiska rättigheter och friheter – det vill även kontrollera våra tankar.”

⁴ Giorgio Agamben: *Undantagstillståndet*. Propexus/Site Editions 2005, s. 125.

⁵ <https://www.advokatsamfundet.se/om-advokatsamfundet/anne-rambergs-blogg/2013/rattssamhallet--fundament-i-gungning/>.

bara en smula orolig för att ständigt fokus på retorik och ytliga företeelser ska göra oss blinda för de verkliga hot mot den demokratiska rättsstaten som inte är lika synliga. Ett exempel på ett sådant hot är den bristande kunskap om demokratins och rättsstatens konkreta innebörd och mekanismer som skolelever ger uttryck för. En slutsats i en nyutkommen rapport är att gymnasieelevers föreställning om hur en demokrati fungerar ligger närmare tillståndet i Ungern än i Sverige. En förklaring kan vara att läroböckerna tenderar att låta abstrakta värdeord ersätta kunskap om demokratins konkreta mekanismer.⁶

Det är i sammanhanget värt att påminna om att Sverige och övriga Norden alltjämt konsekvent hamnar i toppen av olika mätningar rörande demokrati och rättsstat. Det amerikanska forskningsinstitutet Freedom House ger i sin rapport för 2022 Sverige full pott i alla undersökta aspekter; valsysteem och –procedurer, politiskt deltagande och pluralism, den offentliga maktens funktionssätt, fri- och rättigheter och rättsstat.⁷ Tidsskriften *The Economist* placerar Sverige på fjärde plats i världen i sitt demokratiindex för 2021 (efter Norge, Nya Zeeland och Finland).⁸ Transparency International rankade i sin senaste rapport från 2021 Sverige på fjärde plats i världen (tillsammans med Norge och Singapore) avseende transparent och hederlig offentlig förvaltning.⁹ Det fullständiga sammanbrottet för demokrati och rättsstat synes alltså vara en bit bort för svensk del, åtminstone om man jämför med världen som helhet. Det är också svårt, menar jag, att se några tendenser i riktning mot så kallad ”illiberal demokrati” à la Ungern i Sverige, för att nu inte tala om rent auktoritära tendenser. Naturligtvis finns brister i svenska konstitutionella strukturer och Sverige är heller inte förskonat från olika typer av hot mot rättsstat och demokrati, som vi kommer att se i det följande. Det finns emellertid, enligt min mening, goda skäl att se nyktert och rentav optimistiskt på den demokratiska rättsstatens möjligheter.

Det finns naturligtvis skilda meningar om vilka demokrati- och rättsstatsvärden som är viktigast att slå vakt om. Det kan ibland även vara svårt att acceptera att olika betoningar av demokrati och rättsstat kan

⁶ Aldrig hört ordet... vaddå rättsstat? Vad vet svenska gymnasister om rättsstatens roll i en demokrati? Rättsfonden, november 2022.

⁷ *Freedom in the World 2022. The Global Expansion of Authoritarian Rule.* Freedom House 2022. <https://freedomhouse.org/country/sweden/freedom-world/2022>.

⁸ *Democracy Index 2021.* Economist Intelligence Unit.

⁹ *Corruption Perceptions Index 2021.* Transparency International, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021Transparency>.

vara sinsemellan svårförenliga. Alla kan inte bli nöjda. Det är emellertid sådant man får leva med i en demokrati och det finns därför, när det gäller skyddet för den demokratiska rättsstaten, anledning att fokusera uppmärksamheten på sådana gemensamma nämnare som förenar människor med varierande ideologiska uppfattningar.

2 Grundlagarnas syfte

Konstitutionalismens innebörd fångas kärnfullt av statsvetaren Karl-Göran Algotsson:

Ett samband mellan demokrati och konstitutionalism som är så intimt att det närmast bör betecknas som logiskt eller begreppsligt är det förhållandet att det demokratiska styrelseskicket måste vara rättsligt reglerat – alltså att det i denna mening föreligger en formell rättsstat. Demokratin förutsätter en rättsordning. Vanligen sker denna reglering genom ett dokument, en skriven konstitution, även om detta som bekant inte är nödvändigt. Utan regler om t.ex. rösträtt och yttrandefrihet skulle demokratin knappast kunna fungera; rättvisande val skulle svårligen kunna anordnas och medborgarna skulle inte känna trygghet vid utövandet av sin yttrandefrihet. Konstitutionalismen är således nödvändig för demokratin.¹⁰

En fungerande demokrati förutsätter alltså förekomsten av en rättsstat. Det är konstitutionens uppgift att tillhandahålla den rättsordning som den demokratiska rättsstaten behöver för sin existens. Så långt är de flesta överens. Den närmare avvägningen mellan demokrati och konstitutionalism är emellertid svårare. Algotsson får på sitt kärnfulla sätt nu formulera de centrala frågeställningarna:

Hur stort mått av maktindelning tål demokratin? I hur stor utsträckning kan man genom demokratiska beslut överlåta maktbefogenheter till organ, vilka man inte kan utsätta för ett demokratiskt ansvarsutkrävande, utan att demokratin ska anses ha gått förlorad? När närmar man sig ett tillstånd som Herbert Tingsten kallade ”caesarisk demokrati” innebärande att folket överlåter makten till en härskare? Eller för att anknyta till en inom nykonstitutionalistisk teori vanligen förekommande begreppsbildning: Hur stora befogenheter kan principalen överlåta åt agenter innan de senare tar makten från den förre? Man kan naturligtvis även ställa frågan: hur mycket demo-

¹⁰ Karl-Göran Algotsson: *Sveriges författning efter EU-anslutningen*. SNS förlag 2000, s. 14–15. Fotnoter uteslutna.

krati tål demokratin? Kan ett demokratiskt majoritetsstyre som bestämmer över vida områden av samhällslivet genom den åtföljande maktkoncentrationen urholka demokratin?¹¹

Algotsson formulerar stora och viktiga frågor som ligger till grund för hela vetenskapens existens. De är också bakgrunden till den fråga som är ämnet för min text, nämligen rättsstatens uthållighet eller, med ett populärt nutida uttryck, dess resiliens. I sammanhang då demokratin hotas på allvar är även rättsstaten i farozonen och vice versa. Och sådana situationer kan ofta hänföras till en obalans i det känsliga konstitutionella ekosystemet med dess många olika dimensioner som ser så olika ut beroende på de aktuella politiska sammanhangen.

I den finländska grundlagens portalparagraf finns följande formulering om konstitutionens uppgift: ”Finlands konstitution är fastslagen i denna grundlag. Konstitutionen skall trygga människovärdets okränkbarhet och den enskilda människans frihet och rättigheter samt främja rättvisa i samhället.”¹² Någon liknande formulering finns inte i den svenska regeringsformen (RF). Det framgår visserligen av 1 kap. 2 § att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet, och ett antal grundläggande fri- och rättigheter finns formulerade i främst 2 kap. Men regeringsformens syfte framgår inte uttryckligen av dess lydelse utan får anses underförstådd. I de ursprungliga förarbetena till regeringsformen finns en del formuleringar om regeringsformens syfte. Grundlagberedningen anförde att ”grundlagarna ger bestämmelser och anvisar former för samhällsorganens verksamhet. De reglerar hur besluten i samhällsfrågor skall tillkomma och hur de skall förverkligas.” Beredningen betonade faktiskt också skydd för mänskliga fri- och rättigheter och skydd mot övergrepp från myndigheternas sida.¹³ Formuleringarna är i hög grad praktiskt och konkret präglade; den som letar efter mer principiella resonemang gör det förgäves, delvis eftersom förslagen syftade till att kodifiera konstitutionell praxis.

Regeringen menade för sin del att grundlagens syfte var att ge grunderna för det representativa och parlamentariska systemet och för för-

¹¹ Algotsson s. 17. Författaren hänvisar här till Herbert Tingsten, *Demokratiens problem*, Aldus/Bonniers 1960, s. 69 f. och till Kjell Goldmann m.fl. (red.), *Statsvetenskapligt lexikon*, Universitetsförlaget i Stockholm 1997, s. 228 f.

¹² Finlands grundlag 1 kap. 1 § 2 st.

¹³ SOU 1972:15 s. 75 ff.

delningen av offentliga funktioner mellan riksdagen, regeringen, övriga förvaltningsmyndigheter, domstolarna och kommunerna. Utöver detta tillkom vissa regler om medborgerliga fri- och rättigheter, särskilt viktiga procedurregler för riksdagen och regeringen samt bestämmelser om statschefens ställning och befogenheter. Vissa specialregler om krig, krigsfara och andra utomordentliga förhållanden skulle också ingå. Men regeringen var om möjligt ännu mer kortfattad i de principiella frågorna.¹⁴

Tryckfrihetsförordningen (TF) är i jämförelse med regeringsformen tydligare; i dess första paragraf finns syftet med tryckfriheten formulerat tillsammans med ett stadgande om att inga begränsningar i denna får göras utöver de som följer av TF. I yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) finns en liknande formulering i 1 kap. 1 § 2 st. Även successionsordningen har en syftesformulering (i förordet). Men varför saknas ett uttryckligt syfte med regeringsformen? Det finns sannolikt historiska förklaringar till det, som jag återkommer till nedan.

Enligt den finländske rättsvetaren Kaarlo Tuori har grundlagen eller konstitutionen följande syften. Den ska förmedla relationerna mellan samhällets rättsliga och politiska system; den ska definiera den politiska maktens organisation och främja dess stabilitet och dess legitimitet samt ange gränserna för dess maktutövning; och den ska möjliggöra den moderna rättens positivitet genom att definiera procedurerna för rättsnormernas produktion samt lösa den moderna positiva rättens gränsproblem genom mekanismer för vad han kallar rättens självbegränsning.¹⁵ Konstitutionen är dessutom intimt sammankopplad med rättens normativa djupstruktur, såsom mänskliga rättigheter och fundamentala rättstatsprinciper eftersom dessa får sin uttryckliga diskursiva formulering genom positivrättsliga konstitutionella bestämmelser. Dessa begränsar i sin tur lagstiftningens och den offentliga maktutövningens räckvidd.¹⁶ Denna förståelse av grundlagen ansluter till den numera brett accepterade konstitutionalistiska modell som syftar till att skydda demokrati och mänskliga rättigheter samt begränsa den offentliga maktutövningen.¹⁷ Konstitutionalismen i ett demokratiskt sammanhang är sålunda en paradox så-

¹⁴ Prop. 1973:90.

¹⁵ Kaarlo Tuori: *Vad ska vi ha en "grundlag" till?* I Grundlagens makt: Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm. SNS förlag 2002, s. 228.

¹⁶ Tuori s. 227.

¹⁷ Tom Ginsburg, Aziz Z Huq & Mila Versteeg: *The Coming Demise of Liberal Constitutionalism?* The University of Chicago Law Review, vol. 85, no. 2, pp. 239–255.

tillvida att den både syftar till att skydda och begränsa den demokratiska maktutövningen.¹⁸

Men teoretiska definitioner kan bara fånga en del av sanningen när det gäller konstitutionens syfte och funktion. Konstitutionen är en del av ett kulturellt och historiskt sammanhang som inte alltid passar ihop med de teoretiska mallarna. För svensk del skulle jag vilja påstå att de historiska omständigheterna är tämligen specifika, och att de bättre än konstitutionell teori kan förklara den svenska attityden till konstitutionalismen som idé. 1809 års regeringsform föddes i en historisk situation i vilket det svenska rikets överlevnad stod på spel – ett sant konstitutionellt ögonblick – men var också en produkt av sin tids intresse för konstitutionella frågor om maktindelning och stabilitet. Dess okränkbara ställning underbyggdes av den under 1800-talet rådande rättsidealismen som dominerade universiteten och de tjänstemän som skolats där. Vid 1900-talets början hade partiväsendet och det framväxande civilsamhället tagit över grundlagens roll som legitimationsfaktor för det politiska systemet. Grundlagen förvandlades gradvis till ett politiskt dokument som reflekterade den accepterade politiska praxisen i statsskicket. Maktindelingsprincipen kom att uppfattas som ett hinder för snabba politiska reformer.¹⁹ Det författningslösa halvsekle, då stora delar av regeringsformen uppfattades som obsoleta, har av Fredrik Sterzel angetts börja omkring 1920, då demokratin och parlamentarismen hade slagit igenom i det faktiska statsskicket.²⁰ Men rötterna fanns på plats betydligt tidigare.

I välfärdsstatens Sverige (och i viss mån även i övriga Norden) var inställningen således länge en smula skeptisk till att medborgaren skulle behöva skydd mot den demokratiskt styrda staten, så konstitutionalismen slog i denna mening igenom relativt sent (eller har rättare sagt återkommit först under senare decennier) och lagstiftaren har i många avseenden fortfarande en stark ställning. Men en del ser annorlunda ut i början av 2020-talet. Fri- och rättigheter har fått en relativt stark ställning av flera orsaker: Europakonventionens och EU-rättens genomslag i såväl politik som rättstillämpning, mänskliga rättigheter är officiell politik som kom-

¹⁸ Här finns en direkt parallell till den ”rättsstatens paradox” som Åke Frändberg formulerade i en artikel på 1990-talet: *Begreppet rättsstat*, i Fredrik Sterzel (red.) *Rättsstaten – rätt, politik och moral*, Iustus 1996.

¹⁹ Magnus Enzell: *Grundlagens ställning i den politiska kulturen*. I Olof Petersson (red.), *De politiska spelreglernas betydelse*, SNS förlag 2004.

²⁰ Fredrik Sterzel: *Författning i utveckling – tjugo studier kring Sveriges författning*. 2 upplagan, Iustus 2009, s. 18 f.

municeras via universiteten och uppdragsutbildningar för statsanställda; ett statligt institut för mänskliga rättigheter har inrättats;²¹ FN:s barnkonvention har inkorporerats som svensk lag;²² och under coronapandemin åren 2020–2022 var det påtagligt att grundlagsskyddade rättigheter (exempelvis mötes- och demonstrationsfriheten och rörelsefriheten) både diskuterades i media och togs på allvar av lagstiftaren och av myndigheter.

Sammantaget vill jag påstå att vi har rört oss från en påtagligt praktisk och deskriptiv förståelse av grundlagen mot en mer principiell och normativ förståelse enligt Tuoris modell. Konstitutionens normativa betydelse för en hållbar rättsstat har på så sätt blivit mer påtaglig än tidigare.

3 Utmaningar mot rättsstat och konstitutionalism

Samtidigt som konstitutionalismen på sätt och vis står i zenit, såväl i Sverige som internationellt, är den också ifrågasatt på flera olika håll. Populistiska regeringar till höger och vänster har världen över gjort sitt bästa för att undergräva demokratiska institutioner eller manipulera dem till sin favör, exempelvis genom att ersätta oberoende tjänstemän med partitrogna, tvångspensionera eller förflytta domare, mixtra med valkretsindelningar, ta kontroll över oberoende medier och mycket annat. För europeisk del är tendensen välkänd i Polen och Ungern; globalt har en liknande utveckling ägt rum ibland annat Turkiet, Indien, Venezuela, Brasilien och Sydafrika. Även i demokratins fyrbåk USA pågår en oroväckande utveckling med stark partipolitisk polarisering, politisering av domstolar och försök att manipulera demokratiska val. Ofta försöker populistiska makthavare med auktoritära böjelser ändå hålla sig inom en nominellt konstitutionell ram genom att utnyttja konstitutionella oklar-

²¹ Lag (2021:642) om Institutet för mänskliga rättigheter. Institutet ska enligt lagen främja säkerställandet av de mänskliga rättigheterna i Sverige samt följa, undersöka och rapportera om hur de mänskliga rättigheterna respekteras och förverkligas i Sverige. Institutet ska dessutom bland annat lämna förslag till regeringen om åtgärder som behövs för att säkerställa de mänskliga rättigheterna, delta i internationellt samarbete och främja utbildning och forskning på området.

²² Lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter anger att konventionens artiklar 1–42 ska gälla som lag i Sverige i originaltexternas lydelse.

heter eller genomföra val som på ytan ger legitimitet men som i själva verket är manipulerade.²³

Populistiska politiker utger sig ofta för att vilja ge tillbaka kontrollen till folket från olika eliter som påstås ha kidnappat de offentliga institutionerna. De brukar numera knappast påstå att de vill avskaffa demokratin; snarare brukar de framställa sig som demokratins enda riktiga vänner.²⁴ En sådan retorik var således vanligt förekommande när Storbritannien lämnade EU (Brexit), när Donald Trump valdes till USA:s president (slagordet ”drain the swamp” gick ut på att den förment korrupta huvudstaden skulle rensas på lobbyister och byråkrater), men även i Sverige finns en tendens hos vissa politiker att ställa ”folket” mot ”eliterna”. I alternativa medier världen över är den ”djupa staten” ett begrepp som betecknar hur mörka krafter i det fördolda styr över de statliga institutionerna och gör demokratin till en chimär. Rättsstatens våldsmonopol utmanas på andra håll av den organiserade kriminaliteten vilket reser krav på hårda motreaktioner samtidigt som demokratiskt styrda stater framställs som svaga eller maktlösa. Katastrofer som Covid-pandemin ställer ibland motstridiga krav på statlig handlingskraft och skydd av mänskliga rättigheter.

Den politiska ledare som har formulerat den tydligaste nutida utmaningen mot den liberala demokratin är kanske Viktor Orbán, Ungerns premiärminister sedan 2010. I ett tal 2014 uttryckte han sig på följande sätt:

...a trending topic in thinking is understanding systems that are not Western, not liberal, not liberal democracies, maybe not even democracies, and yet making nations successful. Today, the stars of international analyses are Singapore, China, India, Turkey, Russia... and we are doing our best to find, ways of parting with Western European dogmas, making ourselves independent from them... We needed to state that a democracy is not necessarily liberal. Just because something is not liberal, it still can be a democracy... we want to organize a workfare state, that – as I previously mentioned – will undertake the odium of expressing that in character it is not of a liberal nature. What all this exactly means, Honorable Ladies and

²³ Adam Chilton & Mila Versteeg: *How Constitutional Rights Matter*. Oxford University Press 2020, s. 332.

²⁴ Andrés Sájo: *Militant Constitutionalism*. I Anthonia Malkopoulou & Alexander S. Kirshner (eds.), *Militant Democracy and Its Critics. Populism, Parties, Extremism*. Edinburgh University Press 2019, s. 189.

Gentlemen, is that we have to abandon liberal methods and principles of organizing a society, as well as the liberal way to look at the world.²⁵

Parallellt med den populistiska diskursen finns också en akademisk tendens att ifrågasätta delar av konstitutionalismen. Det gäller särskilt mänskliga rättigheter men kanske även den institutionella tröghet som är avsedd att skydda grundlagarna och det demokratiska styrelseskicket. Domarutnämningar i USA har medfört att vissa delar av det etablerade rättighetsskyddet har utmanats i domstolar, ofta i maktindelningens eller demokratins namn (exempelvis att abortfrågan ska avgöras av delstaternas folkvalda församlingar i stället för av domstolar). I Sverige har rättighetsskyddet satts ifråga i rättsvetenskapliga artiklar och böcker och på sina håll finns alltjämt en föreställning om att rättighetsskydd är naturrättsligt nonsens.²⁶ En mer nyanserad inställning är att rättighetsideologin ibland medför domskäl som är präglade av en strävan efter en viss rättspolitiskt önskad utgång och således en politisering av rättsväsendet.²⁷

I internationell doktrin finns exempel på hur liberal konstitutionalism kritiseras för att vara en förutsättning för en nyliberal ekonomisk ordning. En del går så långt som att kalla europeisk liberal konstitutionalism ”passivt auktoritär” och att den innebär en urholkning av demokratin.²⁸ Den marxistiskt influerade filosofen Jessica Whyte menar exempelvis att genombrottet för mänskliga rättigheter under andra halvan av 1900-talet har varit sammanflätat med nyliberal ekonomisk ideologi och ett försvagande av statsmakten för att rentav blockera välfärdsprojekt och nationella frigörelsesträvanden.²⁹ En liknande kritik framförs av den brittisk-indiska forskaren och aktivisten Radha d’Souza i boken *What’s Wrong*

²⁵ Mina utdrag. Hela talet i engelsk översättning finns tillgängligt på <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/>.

²⁶ Se ang detta exempelvis Hans Gunnar Axberger: *Rättigheter I*, SvJT 2018 s. 759 och *Rättigheter II*, SvJT 2018 s. 849; Karolina Stenlund: *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten*, Iustus 2021 samt Axbergers recension av densamma i JT 2022–23 s. 191.

²⁷ Hans Gunnar Axberger: *Att skapa en mänsklig rättighet. Analys av en dom i Europadomstolen*. Rättsfonden och eddy.se ab 2018, s. 88.

²⁸ Michael A. Wilkinson: *Authoritarian liberalism as authoritarian constitutionalism*. I Helena Alviar Garcia & Günter Frankenberg (eds.): *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*. Edward Elgar Publishing 2019, s. 335.

²⁹ Jessica Whyte: *The Morals of the Market – Human Rights and the Rise of Neoliberalism*. Verso 2019.

*With Rights?*³⁰ I en annan bok, med liknande titel, kritiseras rättigheter från konservativt håll. Från det hållet hävdas då att rättigheter saboterar rättsreglernas demokratiska legitimitet, driver kostnader för det allmänna och försummar betydelsen av att fostra och främja ett offentligt etos.³¹ Och även på våra nordiska breddgrader finns författare som menar att ett extensivt rättighetsskydd riskerar att underminera en demokratisk politisk kultur.³²

Jag vill understryka att en diskussion kring mänskliga rättigheter och deras omfattning givetvis är fullt normal i politisk och akademisk diskurs. De som menar att ett alltför omfattande rättighetsskydd riskerar att kortsluta det demokratiska beslutsfattandet har onekligen en poäng: ju fler delar av det politiska beslutsfattandet som omfattas av rättighetsskydd och alltså kan komma att avgöras av domstolar, desto mindre blir utrymmet för renodlade politiska intresseavvägningar och förhandlingar mellan olika åsiktstretningar.³³ ”Juridifiering” är en realitet, till gagn för många individers rättighetsskydd men möjligen även till förfång för tilltron till demokratiskt beslutsfattande och politisk handlingskraft. Är det hållbart i längden, för den liberala demokratin och för rättsstaten?

Kritiken mot den liberala demokratin har inte i någon större omfattning nått Sverige ännu; i de traditionella partierna till höger och vänster råder enighet om de konstitutionella grundprinciperna (även inom Socialdemokraterna och Vänsterpartiet, som länge hade svårt att acceptera exempelvis domstolarnas lagprövningsrätt och andra begränsningar i folksuveränitetsprincipen). De högerpopulistiska Sverigedemokraterna, med sina rötter i nazismen och vars företrädare ibland har flirtat med auktoritära regimer, är ett mer osäkert kort. Läser man partiets valplattform för 2022 framstår emellertid partiet som anhängare av den konstitutionella demokratin: enligt plattformen ska domstolarnas självständighet stärkas och möjligheterna till normprövning utökas. Rättighetsskyddet avseende äganderätt, yttrandefrihet och ”frihet från religion” ska stärkas. Men i andra avseende visar sig släktskapet med populistiska och auktoritära partier utomlands tydligare. Fler folkomröstningar ska hållas med

³⁰ Radha d’Souza: *What’s Wrong With Rights? Social Movements, Law and Liberal Imagination*. Pluto Press 2018.

³¹ Nigel Biggar: *What’s Wrong With Rights?* Oxford University Press 2020.

³² Martti Koskeniemi: *The Effect of Rights on Political Culture*. I densamme, *The Politics of International Law*, Hart Publishing 2011, s. 133.

³³ Se t.ex. Jakob Heidbrink: *Barnkonventionen kortsluter demokratin*. Kvartal 15 december 2019.

utökade möjligheter till folkinitiativ och det ”nationella självbestämmandet” ska stärkas (av sammanhanget förefaller det mest vara på bekostnad av EU-samarbetet).³⁴ Nationellt självbestämmande är en självklarhet i ett nationalistiskt parti och folkomröstningar är en vanlig metod för auktoritära ledare att stärka sin legitimitet.

4 Militant demokrati och konstitutionellt självförsvaret

Angreppen mot demokratiska och rättsstatliga strukturer på olika håll i världen har föranlett oro och diskussioner kring hur dessa ska kunna skyddas. I detta sammanhang har begreppet *militant demokrati* fått en renässans. Begreppet synes ha myntats av den tyske filosofen och statsvetaren Karl Loewenstein i en artikel från 1937, i vilken han kartlägger hur den liberala demokratin i stora delar av Europa gett vika för auktoritära eller fascistiska regimer, men också hur det demokratiskt sinnade motståndet mot sådana tendenser har utformats på andra håll, exempelvis i Finland och Tjeckoslovakien. Han argumenterar för att vissa repressiva åtgärder kan vara nödvändiga och framgångsrika i försvaret av demokratin.³⁵

I en artikel i Svensk Juristidning från 2018 argumenterar Johan Hirschfeldt, inspirerad av Loewenstein, för att den demokratiska rättsstatens företrädare måste bli mer militanta. Det formella skyddet för demokrati och rättsstat är otillräckligt; motståndskraften ligger i den politiska och rättsliga kulturen och i människornas tillit till institutionerna och dem som arbetar där.³⁶ Med en metod som påminner om Loewensteins går Hirschfeldt också igenom utvecklingen i Ungern, Polen och Turkiet.

Anna Jonsson Cornell argumenterar i policydokumentet *Konstitutionellt självförsvaret på 2000-talet* för att konstitutionell design har en avgörande betydelse för skyddet av den liberala demokratin. För Sveriges del pekar hon på att försvagningen av välfärdsstaten har försämrat förutsättningarna för den typ av författningspatriotism (eller, för den delen, ”välfärdsstatspatriotism”) i Habermas anda som länge lade grunden för

³⁴ Sverigedemokraternas valplattform 2022, s. 54. Tillgänglig via Sverigedemokraternas webbplats, <https://sd.se/wp-content/uploads/2022/07/sverigedemokraternas-valplattform-2022-april.pdf>.

³⁵ Loewenstein 1937.

³⁶ Johan Hirschfeldt: *Krisen för den demokratiska rättsstaten*. SvJT 2018 s. 76.

samhällelig sammanhållning. Sverige har blivit betydligt mer heterogent under senare decennier, samtidigt som folksuveränitetsprincipen alltjämt är det grundläggande konstitutionella paradigmet. Snabbt genomslag för folkviljan, en svag konstitutionell roll för domstolarna och en relativt snabb procedur för grundlagsändringar är exempel på hur detta tar sig uttryck. Frågan i sammanhanget är hur balansen mellan konstitutionellt självförsvar och parlamentarisk demokrati bäst ska utformas.³⁷

I internationell diskurs verkar frågan främst ha diskuterats från andra utgångspunkter. Hur ska demokratin exempelvis förhålla sig till partier som förespråkar demokratins eller den konstitutionella ordningens avskaffande? Ett problem härvidlag är, som vi har sett, att det knappast finns något att försvara sig mot i det här hänseendet. Ytterst få partier eller politiker förespråkar öppet demokratins avskaffande. För svensk del är det närmaste vi har kommit i det här avseendet ett utredningsbetänkande om förbud mot rasistiska organisationer som ägnar sig åt vissa typer av kriminell aktivitet. Betänkandet har inte lett till lagstiftning.³⁸

5 Konstitutionell hållbarhet

Sammanfattningsvis kan vi konstatera följande. Den liberala demokratin eller konstitutionalismen, i vilken rättsstaten är en fundamental delkomponent, är i en del länder hotad av illiberala eller auktoritära krafter, vilka emellertid vanligen vill bibehålla en demokratisk eller konstitutionell fernissa. Konstitutionalismens närmare innehåll är omdiskuterat i akademiska och politiska sammanhang, men på en del håll är den dessutom öppet ifrågasatt, antingen som helhet eller i vissa avseenden, kanske främst då beträffande hur det konstitutionella rättighetsskyddet ska betraktas. Det råder inte längre internationell konsensus kring den liberala konstitutionalismens ställning som demokratisk överideologi, vare sig i politiska eller vetenskapliga sammanhang. Samtidigt kan konstitutionalismen i andra avseenden sägas ha en starkare ställning än någonsin, retoriskt men även med avseende på faktiska förhållanden. I Sverige har således domstolarnas konstitutionella ställning stärkts i omgångar sedan regeringsformens införande, och en utredning pågår om att stärka dem ytterligare. Samma utredning ska för övrigt undersöka om grundlagarna

³⁷ Anna Jonsson Cornell: *Konstitutionellt självförsvar på 2000-talet. Skyddet av den liberala demokratin och rättsstatsprincipen*. Tankesmedjan Fores 2022, s. 13.

³⁸ SOU 2021:27 *Ett förbud mot rasistiska organisationer*.

ska göras svårare att ändra genom ett krav på kvalificerad majoritet vid grundlagsändring.³⁹ Som anförts ovan har en rad andra åtgärder också genomförts, inte minst utbildningsinsatser för statligt anställda. Grundlagens ställning i det offentliga rummet har blivit synligare och starkare, i alla fall enligt min personliga erfarenhet. Så hur ligger det då till? I vilken utsträckning behöver vi militant demokrati eller konstitutionellt självförsvar i Sverige under 2020-talet?

Den ungerske juristen András Sajó har fått erfara populismens framfart på nära håll. Från att ha varit, bland mycket annat, rådgivare åt Ungerns president och landets domare i Europadomstolen har han fått se sitt universitet, Central European University, tvingas bort från Budapest till exil i Wien. Sajó har också, som professor i rättsvetenskap vid sagda universitet, varit en framstående och produktiv författare på konstitutionalismens område under samma tidsperiod som Viktor Orbáns regering i Ungern arbetat med nedmonteringen av landets rättsstatliga funktioner i sin strävan mot vad Orbán själv kallat ”illiberal demokrati”.⁴⁰ Hans slutsats synes vara att det finns en plats för konstitutionell ingenjörskonst för att skydda den konstitutionella demokratin. Men, som han också konstaterar, spelar rättsregler en sekundär roll om ingen finns som vill och kan försvara konstitutionen:

Notwithstanding the well-known normative objections to entrenching constitutionalism and the practice of militant constitutionalism, I believe they have a place in the struggle to sustain electoral democracy. But whatever is written into laws is of secondary relevance where there is no one to stand up for the constitution. The institutions of militant constitutionalism may work against populism in conditions of social inertia but not where populists systematically mobilise hatred and disparagement against the institutions; where democracy is understood simply as regular voting and where constitutional freedoms are not cherished, democracy will fail. A democracy cannot be sustained in the absence of (reasonable) democrats. And it cannot be sustained when people believe that they are still good democrats even as they work to undermine it.⁴¹

Den centrala frågan är således inte vilka konstitutionella eller andra juridiska mekanismer som bäst kan skydda den konstitutionella demo-

³⁹ Ju 2020:11 *Förstärkt skydd för demokratin och domstolarnas oberoende*.

⁴⁰ <https://verfassungsblog.de/illiberal-democracy-beyond-hungary-2/>. Se även ovan.

⁴¹ Sajó s. 203.

kratin. Konstitutionen kan bara skydda demokratin på marginalen, om ens det. Vid ett populistiskt maktövertagande kommer institutioner för maktbalans, ansvarsutkrävande och konstitutionellt rättighetsskydd att bli de första måltavlorna för den nya regimen. Det avgörande blir då dels integriteten hos de personer som befolkar de aktuella institutionerna och hur de agerar, dels hur bredare lager i befolkningen uppfattar de mer eller mindre subtila angreppen på den konstitutionella ordningen. Och den reaktionen är sannolikt beroende av helt andra faktorer än grundlagen, nämligen sociala och ekonomiska realiteter. Om dessa har fört samhället till en punkt där massorna ger sitt stöd för en odemokratisk samhällsordning (för att travestera Arendt i ett av de inledande citaten) så har grundlagen redan spelat ut sin roll.

Men där är vi inte nu, och min uppfattning är att det är mycket långt dit för Sveriges del. För att skydda den konstitutionella ordningen på sikt måste behöver staten emellertid visa sig vara värd invånarnas förtroende. I det större perspektivet måste därför varje diskussion om konstitutionell hållbarhet förhålla sig till frågorna om statens roll och uppgift i förhållande till invånarna.

Charlotta Zetterberg

Fasta samverkansformer i miljöns tjänst?

1 Inledning

Runt en sjö bor några fiskare och de fiskar så mycket att fångsten med tiden minskar. För att behålla sin inkomst måste de fiska och fisket leder till att fisken i sjön inom snar tid tar slut. Händelsen är ett exempel på Garret Hardins ”allmänningarnas tragedi” och innebär att den som handlar enbart i sitt eget intresse kan överutnyttja en gemensam resurs på ett sätt som inte bara leder till gruppens nackdel, utan i förlängningen också till sin egen. Problemet uppstår genom att det ligger i individens intresse att expandera medan den gemensamma resursen är begränsad.

”Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all.”¹

Det har länge funnits insikt om problemen med allmänningarnas tragedi och i viss utsträckning finns rättsliga lösningar på problemen. Resursutnyttjande och resursuttag regleras med hjälp av miljökvalitetsnormer, utsläpps begränsningar, fiskekvoter, områdesskydd, artskydd, strandskydd med mera. Ett problem är att inte ens om lagstiftningen vore helt fulländat formulerad skulle det räcka för att den ska få fullt genomslag eftersom det uppstår genomförandeunderskott på olika nivåer, vid tillämpningen,

¹ Hardin, G., ”The Tragedy of the Commons”. *Science*, vol. 162, Issue 3859, s. 1243–1248, 13 dec. 1968. <https://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full>, (Besökt 2022-09-30).

vid tillsynen, på grund av brister i organisationen med mera.² De flesta miljörättsliga instrument är offentligrättsliga och ”top-down” utformade medan de rättsliga utformningarna med inslag av ”bottom-up” är mindre vanliga. Samtidigt är en viktig förutsättning för att minska genomförandeunderskott att lagstiftningen accepteras och betraktas som legitim av den befolkning som den är avsedd att ”styra”. Ellinor Ostrom har visat att hur gemensamma resurser utnyttjas påverkas i hög grad av hur den sociala strukturen ser ut. I sin klassiska studie av en schweizisk by där bönderna odlade grödor på sin privata mark men delade en gemensam äng som betesmark, upptäckte Ostrom att det inte fanns några problem med överbete. En anledning var en överenskommelse som slutits redan år 1517 och som reglerade hur bönderna skulle göra för att ha ett långsiktigt samarbete kring resursen, för att den skulle förbli brukbar oberoende av variationer i antal betesdjur över tid.³ En slutsats som dras är att en rad förutsättningar (principer) ökar möjligheterna till ett hållbart utnyttjande av resursen, bland annat bör resursen lätt kunna avgränsas, det bör finnas lokala regler om tidpunkt, plats, teknologi och kvantitet, användare av resursen måste kunna delta i beslutsprocessen, resursen måste övervakas, det bör finnas enkla metoder för konfliktlösning och förvaltarenskapet måste vara erkänt av myndigheterna.⁴

Syftet med den här artikeln är att analysera några rättsliga utformningar av samverkansformer mellan markägare i svensk rätt, i ljuset av deras potential att utifrån en ”Ostromsk” modell främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster i ett långsiktigt perspektiv. En fördjupning kommer att göras med avseende på samverkansformen gemensamhetsanläggning. Med markägare avses här detsamma som den som förfogar över visst mark- eller vattenområde. Det kan handla om fastighetsägare eller annan som har särskild rätt till marken till exempel en arrendator. Samverkansformerna diskuteras också utifrån ett frivillighets- och rättviseperspektiv då en hypotes är att sådana omständigheter påverkar engagemanget för att främja biologisk mångfald.⁵ Ostroms principer för

² Se t.ex. Westerlund, S. En hållbar rättsordning Rättsvetenskapliga paradigmen och tankevärdor, Iustus 1997, s. 54.

³ Ostrom, E., *Governing the Commons The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 2015, s. 61 ff.

⁴ Ostrom, E., *Governing the Commons The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, 2015, s. 89.

⁵ En ökning av ekonomiska incitament för beteenden med positiv inverkan på ekosystem är ett av de tre viktiga åtgärdsförslagen i den mellanstatliga vetenskapspolitiska platt-

ett fungerande samarbete för hållbart utnyttjande av resurser har påverkat urvalet av samverkansformer. För att närmare beskriva samverkansformerna används lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin på området. Även enskilda examensarbeten har varit till hjälp. Metoden är miljörättslig på så sätt att miljöperspektiv och miljömål utgör grunden för analysen av potentialen i ett urval av samverkansformer och vilka genomförandeunderskott som kan tänkas föreligga. I denna studie avses med biologisk mångfald en variation av ekosystem (naturkapital), arter och gener i en viss livsmiljö.⁶ Utgångspunkten är att biologisk mångfald är av yttersta vikt för mänskligt välbefinnande, eftersom den tillhandahåller tjänster som understödjer våra ekonomier och samhällen. Biologisk mångfald är med andra ord inte bara viktigt för sin egen skull utan också för att den tillhandahåller ekosystemtjänster, det vill säga sådant som pollinering, klimatreglering, översvämningsskydd, markbördighet och produktion av livsmedel, bränsle, fibrer och läkemedel.⁷

I det närmast följande kommer behovet av samarbete och samverkansformer att beröras. Därefter beskrivs några samverkansformer (samfälligheter, gemensamhetsanläggningar, fiskevårdsområden och viltvårdsområden) och under vilka förutsättningar respektive samverkansform kan bildas. Genomgående analyseras de olika samverkansformerna, och då framför allt gemensamhetsanläggningen, mot bakgrund av artikelns syfte, det vill säga i ljuset av deras potential för att främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster i ett långsiktigt perspektiv. För flera av samverkansformerna aktualiseras ett förfarande, en så kallad förrättning, för att de ska kunna komma till stånd. Avslutningsvis kommer det här förfarandet att diskuteras med avseende på dess potential att uppfylla en ”Ostromsk” social struktur.

2 Behovet av samarbete och samverkansformer

Eftersom biologisk mångfald förutsätter långsiktighet, det vill säga att det finns något slags skötselansvar över tid förefaller det viktigt att involvera

formen för biologisk mångfald och ekosystemtjänster (IPBES) rapport. IPBES (2019): Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. E. S. Brondizio, J. Settele, S. Díaz, and H. T. Ngo (editors). IPBES secretariat, Bonn, Germany. <https://doi.org/10.5281/zenodo.3831673>, (Besökt 2022-11-01).

⁶ Jfr art. 2 konventionen om biologisk mångfald, SÖ 1993:77.

⁷ <https://www.eea.europa.eu/sv/themes/biodiversity/intro>, (Besökt 2022-10-27).

markägare i ansvaret för biologisk mångfald och att ansvaret följer med marken (fastigheten) och inte påverkas av vilka personer eller företag som för tillfället råder över marken. Det finns flera exempel på när myndigheter och markägare samarbetar kring åtgärder för att främja biologisk mångfald och det har avsatts en hel del medel för det ändamålet, till exempel inom ramen för nätverket ”Grön infrastruktur” eller det så kallade Kometprogrammet.⁸ Samarbeten mellan myndigheter och markägare kan vidare formaliseras genom till exempel ett naturvårdsavtal.⁹

Mot bakgrund av det trängande behov som finns att främja biologisk mångfald (eller åtminstone förhindra ytterligare förluster av biologisk mångfald) framstår det som angeläget att fråga sig om det också finns lagstadgade samverkansformer i svensk rätt som skulle kunna komplettera de offentlighetsrättsliga/miljörättsliga instrumenten och stödja en sådan social struktur som i enlighet med Ostroms teori gynnar hållbart utnyttjande av naturresurser och där ansvaret för biologisk mångfald blir gemensamt.¹⁰

En fördel med en samverkansform mellan markägare är att en fördelning av ansvar kan ske och att det kan finnas stordriftsfördelar i de åtgärder som behöver göras. Ett skötselansvar för biologisk mångfald kan bestå i att sköta holkar, bikupor, vidmakthålla våtmark, ledlinjer och korridorer, med mera. Bortsett från att det finns ett allmänt intresse av att främja biologisk mångfald skulle en samverkansform också kunna gynna enskilda markägare genom de ekosystemtjänster (naturupplevelser, pollinering, naturlig vattenreglering med mera) som det kan resultera i.

Vilka juridiska möjligheter finns det då för att underlätta ett sådant samarbete mellan markägare i svensk rätt? Det finns olika slag av samverkansformer som är mer eller mindre lämpliga för ändamålet. En del

⁸ Se <https://www.naturvardsverket.se/amnesomraden/mark-och-vattenanvandning/gron-infrastruktur/goda-exempel/>, <https://www.sverigesmiljomal.se/larande-exempel/markagare-inspirerar-till-mer-mangfald-i-landskapet/> och <https://www.naturvardsverket.se/amnesomraden/mark-och-vattenanvandning/gron-infrastruktur/samverkansprojekt-2022/> (Besökt 2022-10-27). Se vidare om kometprogrammet i Michanek, G., m.fl., Landskapsplanering av skog – för biologisk mångfald och ett varierat skogsbruk, Naturvårdsverkets rapport 6909, 2019, s. 57.

⁹ 7 kap. 3 § 2p. jordabalken (1970:994). Se vidare om naturvårdsavtal i Utbytbar natur, Naturvårdsverkets rapport 6997, september 2021, s. 42 f.

¹⁰ Om tillståndet för biologisk mångfald i Europa, se t.ex. The European environment – state and outlook 2020 knowledge for transition to a sustainable Europe, EEA 2019, s. 74.

backas upp av lagstiftning, till exempel grönytor i tätort när en så kallad gemensamhetsanläggning bildas liksom när fiskevård styrs upp inom ramen för så kallade fiskevårdsområden.¹¹ Andra samverkansformer, till exempel vattenvårdssamfälligheter, finns bara som förslag.¹² Om en gemensamhetsanläggning bildas medför det en rättighet som flera fastigheter kan dra nytta av. Det kan handla om vägar, badplatser, bryggor, parkeringsplatser, bredband och som sagt grönytor. En gemensamhetsanläggning är alltså en anläggning till nytta för flera fastigheter och som ägs gemensamt av dem.

3 Samfälligheter och andra former av samverkan mellan markägare

En samfällighet är egendom som tillhör flera fastigheter gemensamt, till skillnad från fastigheter som ägs av juridiska eller fysiska personer.¹³ Vid bildande av samfällighet bestäms vanligtvis respektive fastighets andel i samfälligheten och andelen följer med fastigheten vid försäljning eller annan fastighetsöverlåtelse. Det finns i dagsläget drygt 135 000 samfälligheter registrerade i det svenska Fastighetsregistret varav omkring 1200 har grönområde som ändamål.¹⁴

Ett sätt att ordna upp åtgärder för att främja biologisk mångfald är att en grupp fastighetsägare bildar en samfällighetsförening och kommer överens om åtgärderna i sina stadgar. Sammanslutningen kan därmed förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter.¹⁵ Beroende på syfte kan samfällighetsföreningen också välja att inrätta en lagstadgad samverkansform (markavvattningsamfällighet, gemensamhetsskog¹⁶, gemensamhetsanläggning, fiskevårdsområde med flera) efter beslut av myndighet

¹¹ Gemensamhetsanläggningar regleras i anläggningslagen (1973:1149) och fiskevårdsområden i lagen (1981:533) om fiskevårdsområden.

¹² SOU 2002:105 Klart som vatten.

¹³ 1 kap. 3 § fastighetsbildningslagen (1970:988).

¹⁴ Enligt e-mail från Lantmäteriet, Geodata, Gävle 2022-10-18. Ändamålen bestäms fritt, d.v.s. det finns inga förutbestämda ändamål för Fastighetsregistret.

¹⁵ 17 och 20 §§ lagen (1973:1150) om förvaltning av samfälligheter.

¹⁶ En gemensamhetsskog är en marksamfällighet för skogsbruksändamål, syftet är att sammanföra mindre skogsenheter till större, se närmare 6 kap. 2 § fastighetsbildningslagen och Lantmäteriets handbok, <https://www.lantmateriet.se/globalassets/om-lantmateriet/rattsinformation/handbocker/handbok-fbl.pdf>, (version 2022-02-25), s. 545 ff.

eller domstol. Samfällighetsföreningen blir då den juridiska person som förvaltar till exempel en gemensamhetsanläggning. I det svenska Samfällighetsföreningsregistret där samfällighet som också bildat styrelse (och därmed istället kallas samfällighetsförening) ingår är ändamålen bestämda på förhand.¹⁷ I dagsläget finns drygt 45 000 samfällighetsföreningar registrerade här och om vi bortser från dem som också har bildat en gemensamhetsanläggning har ingen biologisk mångfald eller ens grönområde som ändamål.¹⁸

Samfällighetsföreningar kan antingen bildas på frivillig basis eller genom myndighets- eller domstolsbeslut.¹⁹ När en samfällighetsförening bildas genom myndighets- eller domstolsbeslut sker en prövning av medlemskap, verksamhet, verksamhetsområde med mera och sådana beslut kan inte ändras av föreningen själv. Förändringar kräver nya myndighets- och domstolsbeslut. En frivillig förening kan däremot ensidigt besluta om medlemskap, verksamhet med mera och utan vidare besluta om att ändra eller upphöra med sin verksamhet.²⁰

En gemensamhetsanläggning är en anläggning som ägs och tas om hand av flera fastigheter ihop. Vanliga ändamål är vägar och parkeringsplatser men de kan också bildas för att till exempel bevara en grönyta. I Sverige finns drygt 90 000 gemensamhetsanläggningar registrerade i Fastighetsregistret varav drygt 6 500 stycken har angett grönområde som ändamål.²¹ Ett flertal förutsättningar gäller för att bilda en gemensamhetsanläggning, vilka de är återkommer jag snart till.

Om det finns behov av att samordna fisket och fiskevården samt främja fiskerättsägarnas gemensamma intressen kan fiske som tillhör eller utgör två eller flera fastigheter sammanföras till ett fiskevårdsområde och

¹⁷ Ändamålen är: anläggning enligt vattenlagen, avloppsanläggning, bad och/eller båt-anläggning, elledning och /eller belysning, garage och/eller parkering, grönområden, kvarter-sanläggning, radio- TV och/eller tele, skiftessamfälligheter, vattenförsörjning, vägar, värmeanläggning och övrigt.

¹⁸ Enligt e-brev från Lantmäteriet till författaren, Geodata, Gävle 2022-10-18. För att kunna registreras i Samfällighetsföreningsregistret måste samfälligheten också vara registrerad i Fastighetsregistret.

¹⁹ Se vidare lag (1973:1150) om förvaltning av samfälligheter.

²⁰ SOU 2002:105, s. 176. Se vidare om bildande av samfällighetsförening i Ekbäck, P., Fastighetssamverkan för utförande, drift och förvaltning av gemensamma anläggningar. Särskilt om anläggningslagen och lagen om förvaltning av samfälligheter, KTH 2016, s. 89.

²¹ Detta kan man utläsa genom att jämföra Fastighetsregistret med Samfällighetsföreningsregistret. Enligt e-brev från Lantmäteriet till författaren, Geodata, Gävle 2022-10-18.

fiskerättsägarna inom detta bilda en fiskevårdsområdesförening.²² Med fiskevård avses åtgärder till skydd och stöd för fisk samt vattenlevande blöt- och kräftdjur. Fiskevård kan till exempel vara insatser för att bevara hotade fiskarter, utsättning av fisk, fisketillsyn och åtgärder som främjar den biologiska mångfalden.²³ Föreningens agerande påverkas naturligtvis också av annan lagstiftning såsom till exempel fiskelagen (1993:787). Den som äger fiske inom området är normalt också medlem i föreningen. Det är länsstyrelsen som på initiativ av fastighetsägare eller kommunen beslutar om bildande av fiskevårdsområde. Normalt har beslutet föregåtts av en utredning av en förämningslantmätare.²⁴ En förutsättning för bildande är att det är ”lämpligt med hänsyn till vattenområdets och fiskets beskaffenhet och omfattning samt förhållandena i övrigt.”²⁵ Här finns också ett opinionsvillkor på så sätt att om ägarna av fisket mera allmänt motsätter sig det och har beaktansvärda skäl så ska det inte bildas. Det gäller dock inte om behovet av bildandet ”är synnerligen angeläget”.²⁶ Ett fiskevårdsområde kan upplösas under vissa förutsättningar men tidigast tio år efter beslut om att det har bildats.²⁷ I Sverige finns omkring 2 000 fiskevårdsområden och föreningarna är inte sällan aktiva i olika rättsprocesser. Det finns till exempel ett stort antal mål i Mark- och miljööverdomstolen där fiskevårdsföreningar representerar fiske- och naturvårdsintresset, såsom i samband med en vattenkraftsutbyggnad.

Enligt lagen om viltvårdsområden kan två eller flera fastigheter sammanföras till ett viltvårdsområde i syfte att främja viltvården genom en samordning av jakten och åtgärder till skydd och stöd för viltet. Fastighetsägarna inom området bildar en viltvårdsområdesförening.²⁸ Länsstyrelsen beslutar, normalt efter ett förämningsförfarande, om bildandet av ett viltvårdsområde och fastställer de stadgar som ska gälla för förening-

²² 1 § lag (1981:533) om fiskevårdsområden. Ett bakomliggande syfte med införande av lagen var att det skulle bli enklare och billigare att bilda fiskevårdsområden, så att fisket och fiskevårdsåtgärderna skulle kunna samordnas och förutsättningarna för ett lämpligt och ändamålsenligt fiske och för effektivare fiskevårdsåtgärder skulle kunna förbättras, prop. 1980/81:153 s. 16. I SOU 2009:53 föreslogs att syftet att ”främja fiskerättsägarnas gemensamma intressen” skulle tas bort bl.a. för att betona miljöhänsynen (se s. 9) men förslaget genomfördes inte.

²³ SOU 2009:53, s. 73.

²⁴ Se närmare 10–14 §§ lag (1981:533) om fiskevårdsområden.

²⁵ 6 § lag (1981:533) om fiskevårdsområden.

²⁶ 7 § lag (1981:533) om fiskevårdsområden. Se vidare prop. 1980/81:153, s. 60.

²⁷ 28 § lag (1981:533) om fiskevårdsområden.

²⁸ 1 § lag (2000:592) om viltvårdsområden.

en.²⁹ Förutsättningar för bildande är att viltvårdsområdet främjar värden av den eller de viltarter som samordningen avser, är lämpligt med hänsyn till områdets belägenhet och omfång samt medges av en majoritet av fastighetsägarna inom området.³⁰ Även här begränsas givetvis handlingsutrymmet för föreningen av annan lagstiftning, till exempel av de jakttider och tillstånd till jakt som föreskrivs i jaktlagstiftningen. Ett viltvårdsområde kan upplösas under vissa förutsättningar men tidigast tre år efter beslut om att det har bildats.³¹

För samarbete kring vattenresurser finns ett antal organisationsformer (vattenförbund, vattenvårdsförbund och vattenråd) vilka inte nödvändigtvis kräver att man ska vara markägare för att vara medlem. Ett vattenförbund bildas ”med uppgift att genom rensning, reglering eller andra vattenvårdande åtgärder främja ett från allmän eller enskild synpunkt ändamålsenligt utnyttjande av vattnet i vattendrag, sjö eller annat vattenområde” efter förrättning.³² Handlingsutrymmet begränsas av annan gällande lagstiftning.³³ Mot bakgrund av EU:s regler om åtgärdsprogram för vattendistrikt har en utredning lagt fram förslag om lagstiftning som skulle göra det möjligt för två eller flera fastigheter att efter förrättning bilda en vattenvårdssamfällighet för att genomföra vattenvårdande åtgärder.³⁴ Eftersom åtgärdsprogram är övergripande anser utredningen att det finns ett behov hos vattenmyndigheten att initiera samverkan och samfällighetens uppgift är att genomföra åtgärderna. Utredningens förslag har inte genomförts.

4 Två förfaranden

Det finns i huvudsak två förfaranden för att bilda lagstadgade samfälligheter i svensk rätt.³⁵ När det handlar om samfälligheter för markavvattningar med mera är det enligt lagen (1998:812) med särskilda bestämm-

²⁹ 3 § och 11 § lag (2000:592) om viltvårdsområden.

³⁰ 7 § lag (2000:592) om viltvårdsområden.

³¹ 34 § lag (2000:592) om viltvårdsområden.

³² 1 § lag (1976:997) om vattenförbund.

³³ Se t.ex. 11 kap. 15 § miljöbalken.

³⁴ EU-direktiv 2000/60 om upprättande av en ram för gemenskapens åtgärder på vattenpolitikens område (ramvattendirektivet), SOU 2002:105, s. 25. Se vidare om åtgärdsprogram för vatten i Michanek, G., och Zetterberg, C., Den svenska miljörätten, Iustus, 2021, s. 203 f.

³⁵ 66 § lagen (1973:1150) om förvaltning av samfälligheter.

melser om vattenverksamhet mark- och miljödomstolen som i anslutning till att tillstånd meddelas beslutar om deltagande, andelstal, ersättning med mera. Till sin hjälp kan domstolen förordna en så kallad mark-avvattningssakunnig.³⁶ När det istället handlar om vattenförbund, samfälligheter som bildas enligt fastighetsbildningslagen och anläggningslagen, liksom fiskevårdsområden och viltvårdsområden består förfarandet av en förrättning. I ett förrättningsförfarande kombineras förrättningsmannarollen med utredningsskyldighet, medling, förhandling, strävan mot samförstånd och beslutskraft och anses därför vara ett smidigare förfarande än det som sker i en domstol.³⁷

5 Förutsättningar för en gemensamhetsanläggning

5.1 Av stadigvarande betydelse för fastigheten

En gemensamhetsanläggning bildas på initiativ av två eller flera fastighetsägare och den ska tillgodose ett ändamål som är av stadigvarande betydelse för deras fastigheter.³⁸ Anläggningslagen har främst till syfte att främja frivillig samverkan men det finns vissa möjligheter att inrätta anläggning även när enighet inte nås.³⁹ Kommunen och i vissa fall länsstyrelsen har också en initiativrätt till en gemensamhetsanläggning.⁴⁰ Det är sedan Lantmäterimyndigheten som handlägger förrättningen.⁴¹ En gemensamhetsanläggning förvaltas normalt genom en delägarförvaltning när antalet delägare är få och av en samfällighetsförening när det rör sig om många delägare. I sistnämnda fall har man en styrelse som företräder delägarna i löpande förvaltningsfrågor.

En förutsättning för bildande av gemensamhetsanläggning för biologisk mångfalds skull är att biologisk mångfald kan ses som något som

³⁶ 7 kap. 21 § lagen (1998:812) med särskilda bestämmelser om vattenverksamhet.

³⁷ SOU 2002:105 s. 184. Se också Gustafsson, S., *Från Karlstad till Amsterdam i Lantmätare – yrke utan gränser En antologi med 48 berättelser* (red. Swensson och Hansson), Lilla förlaget, Mölle, 2021, s. 124.

³⁸ 1 § anläggningslagen. Anläggningslagen har ersatt lagen (1966:700) om vissa gemensamhetsanläggningar. Anläggningslagen är inte tillämplig på allmänna vatten- och avloppsanläggningar, se 1 §, 2 st.

³⁹ Prop. 1973:160, s. 58.

⁴⁰ 18 § anläggningslagen. Se också 4 kap. 18 § plan- och bygglagen.

⁴¹ 4 § anläggningslagen.

har stadigvarande betydelse för fastigheten. Med det menas att det finns en nytta av anläggningen för fastigheten. Biologisk mångfald betraktas främst som ett allmänt intresse men det hindrar inte att det går att också motivera med utgångspunkt från en enskild fastighets nytta. Särskilt bör så vara fallet med tanke på biologisk mångfalds förmåga att generera ekosystemtjänster, såsom pollinering och vattenrening via våtmarker. Ekosystemtjänster utgör per definition en nytta eftersom de avser de funktioner hos ekosystem som gynnar människor, såväl fastighetsägare som andra.⁴²

När anläggningslagen utfärdades i början av 1970-talet fanns ingen större medvetenhet om ekosystemtjänster inom den bredare miljöpolitiken. Även om kunskapen om ekosystemtjänster knappast varit obekant långt tidigare verkar inte begreppet ”ekosystemtjänster” ha dykt upp förrän i början av 1980-talet.⁴³ Tidigt har emellertid grönytor för rekreation utan tvekan betraktats som av stadigvarande betydelse för fastigheter och därmed utgjort ett tillräckligt skäl för att bilda gemensamhetsanläggningar.⁴⁴ Enligt min mening borde därför markens förmåga att tillhandahålla ekosystemtjänster av olika slag otvetydigt ses på samma sätt. Lagstiftaren har inte heller begränsat användningsområdet för gemensamhetsanläggningar genom någon uppräkningsform. Detta är en medveten strategi mot bakgrund av att en uppräkningsform lätt kan uppfattas som krav på att en ifrågasatt anläggning måste kunna hänföras till eller vara jämförlig med någon av de uppräknade typerna.⁴⁵

Underförstått i begreppet anläggning är att det ska vara fråga om en specifik aktivitet för dess åstadkommande vilket till exempel skiljer ut endast passiva förpliktelser att underlåta markanvändning. Men enligt förarbetena hindrar inte aktivitetskravet att lagen tillämpas på landskapsvårdande åtgärder eller gemensamma arbetsföretag för naturvård.⁴⁶ Aktivitetskravet förutsätter inte heller att det ska vara fråga om utförande av en helt ny anläggning utan även befintliga anläggningar hör hit.⁴⁷

Det finns inte heller något krav på att fastighetsägare exklusivt ska ha nytta av anläggningen utan tillgången kan givetvis därutöver befrämja

⁴² Se vidare t.ex. <https://www.naturvardsverket.se/ekosystemtjanster>, (Besökt 22-10-28).

⁴³ Se Ehrlich, P., R., och Ehrlich, A., H., *Extinction: the causes and consequences of the disappearance of species*, New York, Random House, 1981, s. 86.

⁴⁴ Prop. 1973:160, s. 309. Se också t.ex. HovR Sk o Bl, 1981–02–24, UÖ 2055, Ö 484/80.

⁴⁵ Prop. 1973:160, s. 178.

⁴⁶ Prop. 1973:160, s. 182, CU 1973:33, s. 5.

⁴⁷ CU 1973:33, s. 5.

det allmänna intresset av biologisk mångfald. På initiativ av kommunen eller av länsstyrelsen kan dessutom en gemensamhetsanläggning inrättas enbart för att bevaka allmänna intressen. Detta framgick redan av förarbetena till anläggningslagen:

”Inte sällan är det från allmän synpunkt av betydelse att en gemensamhetsanläggning kommer till stånd. Särskilt gäller detta när en sådan anläggning förutsätts i gällande plan. I dessa fall är plangenomförandet beroende av att anläggningen inrättas. Också andra gemensamhetsanläggningar kan emellertid tillgodose viktiga samhällsintressen, exempelvis trafik- och miljövärdhetsintressen.”⁴⁸

Trots förarbetenas öppenhet för att gemensamhetsanläggningar kan inrättas för att främja natur- och miljövärdhetsintressen finns vissa oroväckande tecken på tveksamhet i den praktiska tillämpningen. I en liten studie har visats att lantmätare i praktiken anser att gemensamhetsanläggningar för natur/grönområde är, trots att de är ganska vanliga, mindre lämpliga att bilda på grund av svårigheter med att göra avgränsningar mot offentliga anläggningar eller att det överhuvudtaget inte uppfattas röra sig om en anläggning.⁴⁹

Ett beslut om gemensamhetsanläggning inrättas normalt utan tidsgräns. Men kravet på stadigvarande betydelse innebär inte att ändamålet för all framtid måste tillgodoses med den aktuella anläggningen. Genom en ny förrättning kan beslutet upphävas eller ändras. Trots kravet på stadigvarande betydelse kan tiden också vid själva inrättandet av anläggningen begränsas, till exempel om det kan förutses att anläggningen inom överskådlig tid kommer att bli överflödig.⁵⁰

5.2 Väsentlighetsvillkor och opinionsvillkor

En annan förutsättning för en gemensamhetsanläggning är att den inrättas för de fastigheter för vilka det är av väsentlig betydelse att ha del i anläggningen, (5 § anläggningslagen). Det så kallade väsentlighetsvillkoret ska bedömas med utgångspunkt från varje fastighets beskaffenhet och typiska behov, det vill säga bedömningen ska göras oberoende av

⁴⁸ Prop. 1973:160, s. 104.

⁴⁹ Gunnarsson, J., och Hallgren, K., Olika anläggningars lämplighet som gemensamhetsanläggning, examensarbete, Lunds universitet 2008, s. 31 och 74.

⁵⁰ Lantmäteriets handbok AL, s. 161, prop. 1973:160, s. 178.

vem som för tillfället är ägare och oavsett dennes individuella behov och förutsättningar. Villkoret innebär att fastighetens skyldighet att bidra till anläggningen ska stå i proportion till dess nytta av denna. I förarbeten och doktrin nämns att väsentlighetsvillkoret främst har betydelse i tvångssituationer.⁵¹

Man ska till exempel inte tvinga en fastighet som redan är utrustad med en separat anläggning som fyller samma funktion, att ansluta sig.⁵² Väsentlighetsvillkoret kan vara knepigt att hantera när anläggningen gäller bevarandeåtgärder i syfte att främja biologisk mångfald i de fall det är svårt att se den enskilda fastighetens nytta av anläggningen och därmed dra slutsatser om skyldigheten att bidra står i proportion till nyttan.

Vidare får inte en gemensamhetsanläggning inrättas om fastighetsägare mera allmänt motsätter sig det och har beaktansvärda skäl för det, det så kallade opinionsvillkoret (7 § anläggningslagen). Eftersom biologisk mångfald och ekosystemtjänster i många fall är beroende av skötselåtgärder av olika slag är det här ett krav som framstår som helt nödvändigt då frivillighet får förmodas öka engagemanget. Opinionsvillkoret kan visserligen bortses från om behovet av anläggningen är ”synnerligen angeläget” men i praktiken och när det gäller biologisk mångfald och ekosystemtjänster förefaller det som mindre lämpligt.

5.3 Båtnadsvillkoret

Ytterligare en förutsättning för att en gemensamhetsanläggning ska få inrättas är att fördelarna av ekonomisk eller annan art överväger de kostnader och olägenheter som anläggningen medför, (det s.k. båtnadsvillkoret, se 6 § anläggningslagen). Till skillnad från väsentlighetsvillkoret som bedöms utifrån varje enskild fastighet prövas båtnadsvillkoret för hela anläggningen som sådan. Båtnadsvillkoret är indispositivt, det vill säga, det kan inte avtalas bort av fastighetsägarna.⁵³ Av förarbetena kan utläsas att varje förbättring för fastigheterna ska ses som en fördel och att i all-

⁵¹ Se vidare prop. 1973:160, s. 86 f. Jfr Kalbro, T. och Larsson, H., Tillämpning av anläggningslagen En undersökning av ga-förteckningar, förrättningsakter och domstolsutslag, Stockholm, Inst. för fastighetsteknik, KTH, meddelande 4:40, 1983, s. 100 och Bengtsson, B., Speciell fastighetsrätt Miljöbalken, Iustus 2022, s. 121.

⁵² Prop. 1973:160, s. 151. Ekbäck, P., Fastighetssamverkan för utförande, drift och förvaltning av gemensamma anläggningar. Särskilt om anläggningslagen och lagen om förvaltning av samfälligheter, KTH 2016, s. 100. Se också MÖD 2017:40.

⁵³ Prop. 1973:160, s. 221 f.

mänhet bör förbättringen yttra sig i en höjning av fastighetsvärdet men att oavsett om en sådan ökning kan påvisas eller inte så ska förbättringen beaktas. Hur beräkningen ska göras ”får bedömas mot bakgrunden av de värderingar som råder vid varje särskild tidpunkt och med beaktande av lokala förhållanden.”⁵⁴ Till exempel bör stor vikt kunna läggas på fördelar av social natur även om de inte i nämnvärd grad har återverkningar på fastighetsvärdet.⁵⁵ Bedömningen ska vara objektiv, det vill säga vid båtadsberäkningen ska inte hänsyn tas till att en anläggning tillgodoser fastighetsägarens rent personliga intressen.⁵⁶

Båtadsvillkoret innebär för en gemensamhetsanläggning som bildas för att främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster att värderingen lämpligast sker på plats. Det finns flera vägledningar om hur ekosystemtjänster och biologisk mångfald kan värderas och prissättas.⁵⁷ Värderingen kan genomföras såväl kvalitativt som kvantitativt.

På kostnadssidan och i utgiftsposterna sedan ska hänsyn tas till sådant som anläggningens utförande och framtida drifts- och underhållskostnader.⁵⁸ Med ”olägenheter” (jfr båtadsvillkoret) avses varje ekonomisk olägenhet samt besvär eller obehag som har ekonomisk betydelse.⁵⁹ I MÖD 2017:40 ansåg domstolen att båtadsvillkoret var uppfyllt med hänvisning till att det är mer resurs- och kostnadseffektivt att flera fastigheter delar på kostnaderna för anläggande och underhåll av en gemensam väg jämfört med att de anlägger och underhåller egna utfartsvägar. En sådan motivering borde kunna göra sig gällande i många fall även när det gäller samverkan kring ekosystemtjänster och biologisk mångfald och i praktiken finns exempel på att mervärden skapats genom att fastighetsägare samverkat kring biodiversitetsbefrämjande åtgärder. Ett sådant är när sex fastighetsägare på Gotland samverkade kring ett vattenprojekt där man kom fram till att det var mer resurs- och kostnadseffektivt om

⁵⁴ Prop. 1973:160, s. 150.

⁵⁵ A.st.

⁵⁶ Prop. 1973:160, s. 149.

⁵⁷ Se t.ex. Guide för värdering av ekosystemtjänster, Naturvårdsverkets rapport 6690, augusti 2015 samt <https://www.boverket.se/sv/PBL-kunskapsbanken/teman/ekosystemtjanster/verktyg/vardering/> och <https://sea.un.org/home/Natural-Capital-Accounting-Project>. (Besökt 2022-10-28).

⁵⁸ Prop. 1973:160, s. 149.

⁵⁹ Prop. 1973:160, s. 150.

fastigheterna delade på kostnaderna för att göra en våtmark än om var och en måste gräva nya brunnar när vattnet hade sinat.⁶⁰

Varken väsentlighetsvillkoret eller båtnadsvillkoret ska prövas om det i en detaljplan har meddelats bestämmelser om en gemensamhetsanläggning och anläggningsbeslut meddelas under detaljplanens genomförandetid, (6 a § anläggningslagen).

5.4 Lokalisering av en gemensamhetsanläggning

En gemensamhetsanläggning ska lokaliseras till en plats där ”ändamålet med anläggningen vinnes med minsta intrång och olägenhet utan oskälig kostnad.”, 8 § anläggningslagen. Syftet med lokaliseringskravet är att skydda såväl enskilda som allmänna intressen. Hänsyn ska tas inte bara till ekonomiska utan också till ideella värden.⁶¹ Enligt Kalbro och Larsson är lokaliseringsregeln endast tillämplig när en gemensamhetsanläggning kan utföras på flera sätt samt om alla alternativ uppfyller kraven till skydd för enskilda och allmänna intressen.⁶²

Eftersom biologisk mångfald och ekosystemtjänster också är ett allmänt intresse i sig bör en gemensamhetsanläggning med ett sådant syfte sällan stöta på hinder på grund av lokaliseringskravet. Om några fastighetsägare går samman och bildar en gemensamhetsanläggning för en våtmark gynnar det omkringliggande jordbruksfastigheter genom till exempel bättre betingelser för pollinerande insekter. Å andra sidan kan en våtmark ställa till problem för ett närliggande bostadsområde om den medför ett ökat insektstryck i området. Om lokaliseringskravet uppfylls eller inte beror mycket på vilken anläggning och ekosystemtjänst det är fråga om. Länsstyrelsernas handlingsplaner för grön infrastruktur skulle kunna vara till stor hjälp här.⁶³ Vilken omfattning en gemensamhetsanläggning har avgörs genom en fastighetsbildningsåtgärd enligt fastighetsbildningslagen.⁶⁴

⁶⁰ Grannsamverkan kring grundvatten på Gotland | SMHI (Besökt 2022-12-10). Se också samarbetet inom Höjeåprojektet som bedrivs för att hantera vattenvården inom hela åns avrinningsområde och vilket har ansetts lett till en kostnadseffektiv anläggning. Prop. 1973:160, s. 194.

⁶¹ Kalbro, T. och Larsson, H., Tillämpning av anläggningslagen En undersökning av ga-förteckningar, förrättningsakter och domstolsutslag, Stockholm, Inst. för fastighetsteknik, KTH, meddelande 4:40, 1983, s. 106.

⁶³ Se vidare <https://www.naturvardsverket.se/gron-infrastruktur> (Besökt 2022-11-01).

⁶⁴ 1 kap. 1 §, 2 st. 4 p.

5.5 Försvårande eller befrämjande omständigheter?

En rad omständigheter kan hindra eller försvåra bildande av en gemensamhetsanläggning. Anläggningen får inte inrättas i strid med en detaljplan eller områdesbestämmelser och inte heller så att syftet med naturvårdsföreskrifter eller andra bestämmelser för bebyggande eller användning av mark motverkas.⁶⁵ Det kan till exempel handla om bestämmelser om områdesskydd i miljöbalken eller föreskrifter mot bakgrund av kulturmiljölagstiftningen.

Utänför detaljplanelagt område får en gemensamhetsanläggning inte inrättas om det skulle försvåra områdets ändamålsenliga användning, föranleda olämplig bebyggelse eller motverka lämplig planläggning av området.

Enligt 11 § anläggningslagen får inte heller en gemensamhetsanläggning inrättas om olägenhet av någon betydelse uppkommer för allmänt intresse. Det är enligt samma lagrum inte fallet om anläggningen istället är till övervägande nytta från allmän synpunkt. En gemensamhetsanläggning kan alltså inrättas trots att olägenhet uppkommer för ett visst allmänt intresse i de fall de allmänna intressen som talar för att anläggningen inrättas väger tyngst. Bestämmelsen är tillämplig såväl inom som utom planområden.⁶⁶ Om inrättandet av en anläggning skulle orsaka synnerligt men för en fastighet som ska avstå mark eller utrymme är allmänintresset en förutsättning för att tvångsvis inrätta anläggningen, (12 § andra stycket, anläggningslagen). Om anläggningen inte medför synnerligt men får bedömningen av om åtgärden är motiverad av ett allmänintresse prövas från fall till fall.⁶⁷

Beroende på vilka de allmänna intressena är kan alltså den kommunala planläggningen försvåra eller underlätta för att gemensamhetsanläggningar kommer till stånd. Om kommunen till exempel anger ”g-område” i en detaljplan har det visserligen ingen betydelse för om anläggningen inrättas eller hur den utformas men beteckningen ”g” innebär att utrym-

⁶⁵ 9 § anläggningslagen. Inom icke-detaljplanelagt område får inte en gemensamhetsanläggning lokaliseras så att den försvårar områdets ändamålsenliga användning, föranleder olämplig bebyggelse eller motverkar lämplig planläggning av området, (10 § anläggningslagen).

⁶⁶ Prop. 1973:160, s. 590.

⁶⁷ Prop. 1993/94:117, s. 16. Jfr MÖD 2017:40. I fråga om bedömningar där ett allmänt och enskilt intresse står emot varandra ingår att pröva om åtgärden är proportionell. Se vidare bl.a. NJA 2013 s. 350 och NJA 2018 s. 753. Se också Dahlsjö, A., i *Intresseavvägningar inom fastighetsrätten*, (red. Dahlsjö, Kalbro, Lindgren och Norell), s. 103.

met i fråga inte får bebyggas eller på annat sätt användas så att det hindrar inrättandet av en gemensamhetsanläggning.⁶⁸ Kommunen kan på det sättet genom sitt planmonopol påverka utsikterna för att inrätta gemensamhetsanläggningar för biologisk mångfalds skull.⁶⁹ Även naturvårdsföreskrifter kan i många fall inverka befrämjande snarare än försvårande för en gemensamhetsanläggning om syftet med den sistnämnda till exempel är att bevara en grönta.

6 Förrättningsförfarandet

6.1 Inledning

En gemensamhetsanläggning prövas vid en förrättning som handläggs av Lantmäterimyndigheten. Vid en anläggningsförrättning består Lantmäterimyndigheten av en förrättningslantmätare och vid behov två gode män. Det ställs kompetenskrav på förrättningslantmätaren. Enligt exempelvis 4 § anläggningslagen ska en förrättningslantmätare ha den kunskap och erfarenhet som uppdraget kräver och även i övrigt vara lämplig till detta. Lagstiftningen ställer dock inga särskilda krav på en förrättningslantmätare därutöver.⁷⁰ Av 23 § första stycket förvaltningslagen följer att ett ärende ska utredas ”i den omfattning som dess beskaffenhet kräver”. Enligt motiven återspeglar bestämmelsen officialprincipen och den EU-rättsliga så kallade omsorgsprincipen vilket innebär att det är myndigheten som har det yttersta ansvaret för att underlaget i ett ärende är sådant att det leder till ett materiellt riktigt beslut.⁷¹ Samtidigt föreskrivs i lagrummets andra stycke att om det är den enskilde som inleder ett ärende ska densamma ”medverka genom att så långt som möjligt ge in den utredning som parten vill åberopa till stöd för sin framställning”. Det betyder att i en förrättningssituation behöver en myndighet i praktiken inte vara lika aktiv i ärendet om markägarens initiativ till en gemensamhetsanläggning ses som en enskilds begäran om att få en förmån av det allmänna. Kravet på den enskilde ska enligt förarbetena bara sträcka sig så

⁶⁸ Prop. 2009/10:170, s. 204.

⁶⁹ 4 kap. 18 § plan- och bygglagen. Se vidare Lantmäteriets handbok AL, s. 41. Se vidare ett exempel i Planbeskrivning Detaljplan för del av Kungbäck 1:38 m.fl., Stensvik, Strömstads kommun, diarienummer MBN-2018-1782.

⁷⁰ Se vidare Riksrevisionens rapport, RIR 2022:3, Fastighetsbildningen i Sverige – handläggningstider, avgifter och reformbehov, s. 15.

⁷¹ Prop. 2016/17:180, s. 308.

långt det är praktiskt möjligt. Den enskilde ska till exempel inte tvingas att bidra med utredning som är orimligt kostsam eller som förutsätter en orimlig arbetsbörda. Man ska inte heller kunna tvinga en part att ge in utredning som talar till partens nackdel.⁷²

En god man kan den vara som inom kommunen är valbar som nämndeman i tingsrätt och har kunskap om jordbruks- eller skogsbruksfrågor.⁷³ Om det krävs ytterligare särskild fackkunskap för utredning av en fråga får Lantmäterimyndigheten också förordna lämplig person som sakkunnig.⁷⁴

Vid förrättningen hålls sammanträde med sakägare normalt i anslutning till de berörda fastigheterna. Något sammanträde behövs emellertid inte i de fall där det inte finns några motstridande intressen och det inte heller i övrigt finns några hinder mot anläggningen.⁷⁵ Vid behov ska gränser utstakas och utmärkas och karta ska normalt upprättas.⁷⁶

När en gemensamhetsanläggning uppfyller föreskrivna krav ska Lantmäterimyndigheten meddela ett anläggningsbeslut.⁷⁷ I anläggningsbeslutet får lämnas utrymme för sakägarna att påverka utformningen av anläggningen och om varken allmänna eller enskilda intressen berörs är det enligt förarbetena tillräckligt med ungefärliga angivelser.⁷⁸ Ett förrättningsbeslut kan omprövas vid ändrade förhållanden eller då det finns ett klart behov.⁷⁹

Lantmäteriets arbete med förrättningar är avgiftsbaserad det vill säga de betalas inte med skattemedel utan parterna är skyldiga att täcka förrättningskostnaderna (full kostnadstäckning). Lantmäterimyndigheten bestämmer vilket belopp, normalt baserat på tidsåtgången, som en sakägare ska betala för en avslutad förrättning.⁸⁰ Det är alltså den eller de fastighetsägare som drar nytta av förrättningen som ska betala. Enligt

⁷² Prop. 2016/17:180, s. 309.

⁷³ 4 kap. 1–3 §§ fastighetsbildningslagen.

⁷⁴ 4 kap. 34 § fastighetsbildningslagen.

⁷⁵ 4 kap. 14 § fastighetsbildningslagen.

⁷⁶ 4 kap. 27 och 28 §§ fastighetsbildningslagen.

⁷⁷ 24 § anläggningslagen.

⁷⁸ Prop. 1973:160, s. 236.

⁷⁹ 35 § anläggningslagen.

⁸⁰ 8 § förordningen (1995:1459) om avgifter vid lantmäteriförrättningar. Se också LMFS 2021:3, Lantmäteriets föreskrifter om ändring i Lantmäteriets föreskrifter (LMFS 2019:4) till förordningen (1995:1459) om avgifter vid lantmäteriförrättningar. Ersättning till sakkunnig är också att betrakta som en förrättningskostnad som slutligt ska bäras av sakägarna. 2 kap. 6 § fastighetsbildningslagen.

Lantmäteriets hemsida ligger kostnaden normalt mellan 50 000 och 100 000 kronor.⁸¹ För ärendetypen fastighetssamverkan och gemensamt utnyttjande låg kostnaden i genomsnitt på *över* 100 000 kronor under år 2020.⁸² Enligt Riksrevisionen innehåller kostnadsmodellen för få incitament till kostnadseffektivitet och modellen med timtaxa (löpande räkning) medför även att avgifterna blir svåra att förutse för sakägarna. Systemet rimmar inte bara illa med förvaltningslagens krav på att ärenden ska handläggas snabbt, enkelt och kostnadseffektivt utan att rättssäkerheten eftersätts.⁸³ Det kan förmodas lägga en tung hämsko på möjligheterna att intressera markägare för samverkan för biologisk mångfalds skull.

6.2 Utförande, drift och skötsel

Anläggningsbeslutet ska bland annat innehålla de föreskrifter om utförande som behövs, (24 § 8 p. anläggningslagen). Föreskrifter som kan vara nödvändiga med hänsyn till allmänna intressen rör till exempel miljö- och trafiksäkerhetsintressen. Däremot hör inte föreskrifter om byggnadstekniska förhållanden hit eftersom de regleras i byggnadslagsstiftningen.⁸⁴

En gemensamhetsanläggning kan även inrättas som ett så kallat gemensamt arbete enligt 9 kap. fastighetsbildningslagen. Detta ökar garantierna för att anläggningen kommer till stånd. Sedan förrättningsbeslut fattats om gemensamma arbeten ankommer det på sakägarna själva eller särskilt utsett organ att utföra de beslutade åtgärderna.⁸⁵ En syssloman kan utses.⁸⁶

För varje fastighet anges ett andelstal för fördelning av drifts- och underhållskostnader.⁸⁷ Om gemensamhetsanläggningen är av ”kommunalteknisk natur” och den drivs av en samfällighetsförening ska medel avsättas till en fond för att säkerställa underhåll och förnyelse av gemensam-

⁸¹ <https://www.lantmateriet.se/sv/Fastigheter/Andra-fastighet/vad-kommer-det-att-kosta/>, (Besökt 2022-09-22).

⁸² Riksrevisionens rapport, RIR 2022:3, Fastighetsbildningen i Sverige – handläggningstider, avgifter och reformbehov, s. 41.

⁸³ 9 § förvaltningslagen. Se vidare Riksrevisionens rapport, RIR 2022:3, Fastighetsbildningen i Sverige – handläggningstider, avgifter och reformbehov, s. 43 och 47.

⁸⁴ Lantmäteriets handbok AL, s. 162.

⁸⁵ Prop. 1969:128, s. B 622, Lantmäteriets handbok FBL, s. 720.

⁸⁶ 4 kap. 36 § fastighetsbildningslagen.

⁸⁷ 15 § anläggningslagen.

hetsanläggningen.⁸⁸ Exempel på anläggning av kommunalteknisk natur är vatten- och avloppsförsörjning, värme samt lek- och grönområden.⁸⁹

7 Har samverkansformerna potential att enligt ”Ostromsk” modell främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster i ett långsiktigt perspektiv?

Som framgått finns en hel del samverkansformer i gällande rätt som skulle kunna aktualiseras också för att främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster i ett långsiktigt perspektiv. De samverkansformer som här har beskrivits är intressanta just därför att de kan binda upp fastigheter som sådana och de görs inte beroende av vilka personer eller företag som för tillfället förfogar över marken.⁹⁰ Om samverkansformerna kombineras med något slag av skötselansvar för biologisk mångfald borde de därmed ha potential att befrämja långsiktighet.⁹¹

En samfällighetsförening kan bildas av många olika skäl och införs på frivillig basis så genomdrivandet av till exempel skötselåtgärder får förmodas till stor del bli beroende av medlemmarnas vilja och kraft. Om en samverkansform (gemensamhetsanläggning, fiskevårdsområde med flera) inrättas genom förrättning är fördelen att fördelningen av ansvar och genomdrivandet tydliggörs genom beslutet av myndighet och själva förrättningen.

⁸⁸ 19 och 28 §§ lagen om förvaltning av samfälligheter.

⁸⁹ Ekbäck, P., Fastighetssamverkan för utförande, drift och förvaltning av gemensamma anläggningar. Särskilt om anläggningslagen och lagen om förvaltning av samfälligheter, KTH 2016, s. 92.

⁹⁰ Bengtsson, B., Speciell fastighetsrätt Miljöbalken, Iustus 2022, s. 123.

⁹¹ Jfr t.ex. tillståndsgivna ”miljöfarliga verksamheter” med skydds- och kompensationsåtgärder i sina tillståndsvillkor. Möjligheten att meddela villkor, med åtgärder för att kompensera för det intrång i allmänna intressen som en verksamhet kan medföra, framgår av 16 kap. 9 § miljöbalken. En tillståndsgiven ”miljöfarlig verksamhet” med sådana villkor upphör att gälla när verksamheten upphör om inte förvaltningen av åtgärderna har överlåtits till t.ex. en stiftelse såsom skett beträffande Botniabanan. Se vidare Hafdel, M., Kompensationsvillkor i miljötillstånd Särskilt om att säkerställa det långsiktiga utförandet av kompensationsvillkoren genom stiftelser, examensarbete, Uppsala universitet 2020.

Gemensamhetsanläggningen är användbar därför att den är generell till skillnad mot fiskevårdsområde och viltvårdsområde som är nischade mot fiske- respektive jaktintresset. Men även om fiskevårdsområde och viltvårdsområde inte per se har tillkommit för att främja biologisk mångfald utan i många fall har tillkommit för att nyttja (ta i anspråk) en naturresurs finns inget som hindrar att de helt eller delvis också används för att bevara naturresursen och därmed gynnas också biologisk mångfald. I själva verket borde just bevarande vara en grundförutsättning för nyttjande och en anledning till att samverkansformen initieras.

Inledningsvis nämndes att en viktig förutsättning för att minska genomförandeunderskott är att lagstiftningen accepteras och betraktas som legitim av adressaten som den är avsedd att ”styra”. Alla de samverkansformer som här nämnts är i grunden frivilliga och i normalfallet initieras de av markägare. Bara i undantagsfall kan tvångsanslutning ske i samband med att samverkansformerna bildas.

Även om det i enskilda fall skulle behövas tvångsanslutning till samverkansformer för biologisk mångfalds skull är det enligt min mening viktigt att de lagstadgade samverkansformerna i grunden bygger på frivillighet om bevarande och främjande av biologisk mångfald ska lyckas. I annat fall bör staten ta över skyddet av biologisk mångfald genom de instrument som lagstiftningen tillhandahåller – naturreservat, biotopskydd med mera. Skötsel- och skyddsåtgärder befrämjas av att ansvaret åtminstone initialt är frivilligt och att samverkansformen fortlöpande bygger på ett engagemang hos åtminstone majoriteten av medlemmarna.

En fråga är om de rådande lagstadgade samverkansformerna skulle kunna erbjuda den sociala struktur som enligt Ostrom ökar chansen för att gemensamma resurser utnyttjas hållbart. Enligt min mening har till exempel fiskevårdsområde, viltvårdsområde och gemensamhetsanläggningen genom förrättningsförfarandet en potential att erbjuda en sådan struktur. En förutsättning är att mark- eller vattenområdet är lätt att avgränsa, att det upprättas lokala överenskommelser eller regler om hur mark- eller vattenområdet ska skyddas alternativt hållbart användas, att medlemmarna kan delta i beslutsprocessen, att mark- eller vattenområdet övervakas, att det finns enkla metoder för konfliktlösning och att förvaltarskapet är erkänt av myndigheterna. Eftersom resursen i det här fallet är biologisk mångfald och ekosystemtjänster blir bevarandet alternativt hållbar användning av området central och själva hotet som mark- och vattenområdet ska skyddas emot kan handla om det rationella jord- och skogsbruket, vägdragningar och bebyggelse med mera. Det är aktiviteter

som i många fall fastighetsägarna själva råder över och som därför inte borde vara svåra att avgränsa och övervaka. Svårare kan det bli om det också handlar om att avgränsa och övervaka det allemansrättsliga beteendet i området. I sådana fall behöver nog skyddet av området kompletteras med ett offentligrättsligt skydd, till exempel djur- och växtskyddsområde.⁹² I ett förrättningsförfarande har förrättningslantmätaren till uppgift att utreda, medla och förhandla och förrättningen borde därför kunna erbjuda enkla metoder för konfliktlösning.⁹³ I ett förrättningsförfarande kan också gränssättning genom utstakning och utmärkning ske ”i behövlig omfattning”.⁹⁴

En gemensamhetsanläggning kan, som framgått, användas för sådana ändamål som att främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster. Även om samverkansformen som sagts bör bygga på frivillighet skulle det förmodligen underlätta om innebörden av väsentlighetsvillkoret i undantagsfall möjliggör att inte enbart de fastigheter vars deltagande är av väsentlig betydelse för de åtgärder som samfälligheten ska utföra, ska vara tvingade att delta i samverkan.⁹⁵ Om en fastighet indirekt har avgörande betydelse för utvecklingen av biologisk mångfald och ekosystemtjänster i området (till exempel utgör en viktig ledlinje eller korridor eller består av viktig värdekärna) borde i undantagsfall tvångsanslutning också kunna aktualiseras.

I den bästa av världar skulle inte någon rättslig uppbackning av samverkansformer behövas, men mot bakgrund av sådant som ”allmänningarnas tragedi” och att biologisk mångfald fortsätter att minska är det uppenbart att man inte kan förlita sig på helt frivilliga initiativ till samverkansformer och löst utformade sådana. Men valet mellan myndighetsbeslutade och helt frivilliga organisationer bör inte enligt min mening ses som ett val mellan tvång och frivillighet. En myndighetsbeslutad samverkansform ska framför allt kunna vara till hjälp för att initiera och vidmakthålla en samverkan även när alla är överens om vilka åtgärder som ska utföras.⁹⁶

⁹² 7 kap. 12 § miljöbalken.

⁹³ Se vidare 4 kap. 14, 25 och 27 §§ fastighetsbildningslagen och Lantmäteriets handbok FBL, <https://www.lantmateriet.se/globalassets/om-lantmateriet/rattsinformation/handbocker/handbok-fbl.pdf>, s. 265 f.

⁹⁴ 4 kap. 27 § fastighetsbildningslagen och Lantmäteriets handbok FBL, se föregående fotnot, s. 307 ff.

⁹⁵ Jfr SOU 2002:105, s. 187.

⁹⁶ Jfr SOU 2002:105, s. 177.

Det är också en fråga om rättvisa i fördelning av ansvar. När behov finns i ett område för att vidta åtgärder för biologisk mångfalds skull är det med hänsyn till enskilda intressen inte rimligt, att vissa axlar ansvaret medan andra kan undandra sig ansvar. Samverkansformerna skulle därmed kunna minska snålskjutsåkande.⁹⁷

Särskilt med det generella anslag som samfälligheter och gemensamhetsanläggningar har finns inget som förefaller hindra att samverkansformerna också kan användas för biologisk mångfalds skull. De borde emellertid göras mer anpassade till de markägare som vill främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster. Det innebär att det ska vara lätt att få en förrättning till stånd (i meningen att förfarandet är enkelt, billigt och snabbt). Härefter ligger det stora hindret mot att använda rådande samverkansformer. Det existerande förrättningsförfarandet bygger på full kostnadstäckning. Det är knappast troligt att fastighetsägare vill betala kostnader på över 100 000 kronor för en gemensamhetsanläggning för biologisk mångfalds skull där inte egennytta är tillräckligt stor. Det kan jämföras med offentligrättsliga inskränkningar i samband med inrättande av områdesskydd, såsom naturreservatet, där intrångsersättning istället utgår till markägaren, vid avsevärt försvårande av pågående markanvändning, med 125 procent av marknadsvärdesminskningen.⁹⁸ Varför samverkansformer för biologisk mångfalds skull ska vara så ekonomiskt betungande bara för att de istället initieras av markägare är i det perspektivet inte rimligt.

Enligt Riksrevisionen har handläggningstiderna i förrättningarna dessutom blivit allt längre över tid. Särskilt den initiala liggtiden, det vill säga innan handläggningen inleds, är lång, den uppgår till i snitt ett halvår. För ärenden som handlar om fastighetssamverkan och gemensamt nyttjande låg den genomsnittliga handläggningstiden under år 2020 på över 90 veckor.⁹⁹

Förrättningslantmätare bör vidare vara utbildade för ändamålet i betydelsen att till exempel kunna hjälpa till att avgöra vilka värdekärnor som finns och var det är lämpligast att göra insatser för att befrämja biolo-

⁹⁷ SOU 2002:105, s. 176 f. Jfr Ekbäcks resonemang om snålskjutsåkande i Ekbäck, P., Fastighetssamverkan för utförande, drift och förvaltning av gemensamma anläggningar. Särskilt om anläggningslagen och lagen om förvaltning av samfälligheter, KTH 2016, s. 11.

⁹⁸ 31 kap. 4 § miljöbalken. 4 kap. 1 § expropriationslagen.

⁹⁹ Riksrevisionens rapport, RIR 2022:3, Fastighetsbildningen i Sverige – handläggningstider, avgifter och reformbehov, s. 20 f.

gisk mångfald och ekosystemtjänster. De regionala handlingsplanerna för grön infrastruktur och länsstyrelsernas handlingsprogram borde kunna vara till hjälp för att få en överblick över områdena och de biologiska värdena.¹⁰⁰ Mot bakgrund av att Riksrevisionen konstaterar att det råder en obalans mellan befintlig kompetens och arbetsmängd i förrättningarna som inte ens kommer att lösas på sikt är en sådan förändring möjligen ouppnåelig.¹⁰¹ Det viktigaste borde emellertid vara att förrättningen har kapacitet att tillhandahålla metoder för konfliktlösning. Sakkunskap om biologiska förutsättningar med mera kan ju tas in utifrån.

Sammanfattningsvis kan konstateras att det finns samverkansformer i svensk rätt med potential att främja biologisk mångfald och ekosystemtjänster i ett långsiktigt perspektiv. Den viktiga frågan, om förrättningsförfarandet skulle kunna motsvara den sociala strukturen som efterlysts här, är emellertid mycket svårare att svara på. I sin nuvarande utformning med höga avgifter, långa handläggningstider med mera motsvarar det knappast den sociala struktur som skulle behövas för att underlätta samverkan mellan markägare. Förfarandet behöver förändras i grunden så att det underlättar samverkan över tid genom att enkelt, snabbt och billigt tillhandahålla kompetens och metoder för konfliktlösning.

¹⁰⁰ <https://www.naturvardsverket.se/amnesomraden/mark-och-vattenanvandning/gron-infrastruktur/regionala-handlingsplaner>, (Besökt 2022-10-18).

¹⁰¹ Riksrevisionens rapport, RIR 2022:3, Fastighetsbildningen i Sverige – handläggningstider, avgifter och reformbehov, s. 28 f.

Inger Österdahl

Agenda 2030 as a source of law: Different shades of soft

1 Introduction

Agenda 2030 for sustainable development is contained in a resolution adopted by the United Nations (UN) General Assembly in 2015.¹ The resolution adopted by the UN General Assembly is a non-legally binding instrument as most resolutions adopted by the UN General Assembly are. This kind of non-legally binding resolution adopted by the UN General Assembly or any other international organization on the global or regional level is often referred to as ‘soft law’ in the international legal literature. International environmental law, and international economic law, are two areas of international law especially characterized by the existence of a large amount of soft law.²

¹ United Nations General Assembly (UNGA), A/RES/70/1, 21 October 2015, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development.

² See, for instance, Malcolm Shaw, *International Law*, 9th ed, Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 100; *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 9th Ed. 2022, p. 52; Jan Klabbers, *International Law*, 3rd Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 313–316; Paola Gaeta, Jorge E. Viñuales and Salvatore Zappalà, *Cassese’s International Law*, 3rd Ed., Oxford: Oxford University Press, 2020, pp. 471–473. Jonas Ebbesson and Ellen Hey, “Introduction: The Sustainable Development Goals, Agenda 2030, and International Law”, in *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, Jonas Ebbesson and Ellen Hey (Eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 1–49, p. 16, point out that in international economic law it is primarily the concerns of the developing states that are present in soft law instruments: “While international trade and investments are protected by ‘hard’ law regimes, the transfer of funds, technology, and medicine from developed to developing states is either provided for in ‘soft’ law instruments or expressed in terms of conditioned duties on the part of developed states.”

In this contribution the contents of Agenda 2030 is presented and commented upon from the point of view of its normative weight under international law, and from the point of view of its potential legal significance as an instrument of soft law in particular. Agenda 2030 is ambitious and comprehensive with respect to the goals it is striving to achieve. Even though Agenda 2030 is not legally binding as to its form it might still play a role in affecting the behavior of states. Differences in degrees of softness in Agenda 2030 might be of importance for instance; are some of its goals perhaps formulated in stricter language than others? Are some of the ambitions expressed by the states in Agenda 2030 more tangible whereas others are more indeterminate? What are the conceivable consequences of the one or the other way of formulating the ambitions in substance? Thus, this contribution uses the term “soft” as in “soft law” in two senses, one relating to form and another related to the contents of the (non-legally binding) objectives stipulated in Agenda 2030.

Also, the means for the realization of the goals contained in Agenda 2030 are provided for in the resolution. This factor might be of particular significance in the case of an instrument of soft law. Thanks to effective means of implementation, if nothing else, the provisions of a soft law instrument may be put into practice despite the fact that the instrument lacks legally binding force and thus is typically not perceived by the states to be as compelling as a legally binding agreement would be. We will see what kinds of means of implementation are laid down in Agenda 2030 and the potential effectiveness of the means of implementation conceived by the states for the realization of the goals contained in the Agenda will be discussed. The follow-up and review procedures also provided for in Agenda 2030 might hypothetically further strengthen the possibilities of actually implementing Agenda 2030 in practice.

This contribution will begin with a presentation and analysis of the Sustainable Development Goals (SDGs) primarily the goals relating to the environment and the climate. After that, the Declaration also contained in Agenda 2030 will be discussed. Then the sections in Agenda 2030 dealing with the means of implementation and the follow-up and review procedure will be commented upon. Before the conclusion there is a brief section looking backwards, to 1972, and forward, to November 2022 and beyond, in order to put Agenda 2030 into perspective. Fifty years on from the beginning of modern international environmental law it might be the time to take the temperature of the international ambitions for sustainability. It is concluded that judging from the impression

conveyed by Agenda 2030 and the other soft law instruments analyzed in this contribution, the temperature of the international ambitions might not match the rising temperature globally.

2 Sustainable Development Goals

The most important part of Agenda 2030 from a normative perspective are the 17 Sustainable Development Goals (SDGs) stated in the Agenda.³ Each goal is first briefly indicated and then elaborated upon in further detail.⁴ The goals concern the three dimensions that together make up sustainable development: the economic, social and environmental dimensions.⁵ This contribution focuses on the environmental dimension of Agenda 2030 and thus the way in which the goals are stated and the way they are elaborated upon will be exemplified by referring to the goals relating to the environment and the climate. Since all the goals are integrated and interdependent – and indivisible as Agenda 2030 states⁶ – it may be difficult to single out specific goals as relating particularly to the environment and the climate. For the sake of merely exemplifying the way in which the goals are formulated and then how they are elaborated upon further, the development goals that according to their wording most directly concern the environment and the climate will nevertheless be singled out here, tentatively.

SDG 13 to “[t]ake urgent action to combat climate change and its impacts” is an obvious example. It is added as a footnote to SDG 13 in Agenda 2030 that the UN Framework Convention on Climate Change is the primary international, intergovernmental forum for negotiating the global response to climate change.⁷

SDG 14 to “[c]onserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development” also concerns the environment and the climate. On the subject of the conservation and sustainable use of the oceans, seas and marine resources it can be noted that efforts to pass an international agreement on the conservation and sustainable use

³ United Nations General Assembly (UNGA), A/RES/70/1, 21 October 2015, Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, p. 14.

⁴ UNGA, A/RES/70/1, pp. 15–27.

⁵ UNGA, A/RES/70/1, preambular paragraph (pre. para.) 3 and operative (op.) para. 2.

⁶ UNGA, A/RES/70/1, pre. para. 3.

⁷ UNGA, A/RES/70/1, p. 14; the convention was concluded on 9 May 1992 and entered into force on 21 March 1994, 198 parties.

of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction – often referred to as BBNJ – failed in August 2022.⁸ This convention would be a follow-up to and further development of certain parts of the UN Convention on the Law of the Sea adopted in 1982.⁹ Renewed efforts will be made to reach agreement on the new treaty in early 2023.

SDG 15 is a further example of a sustainable development goal relating to the environment and the climate. The goal in this case is to “[p]rotect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss”.

Also SDG 6 to “[e]nsure availability and sustainable management of water and sanitation for all”, SDG 7 to “[e]nsure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all”, and SDG 11 to “[m]ake cities and human settlements inclusive, safe, resilient and sustainable” would seem to have a close connection to the environment and the climate.

With respect to substance the examples given here relate to the SDGs that most directly concern the environment and the climate. With respect to the way in which the goals are formulated, however – i.e. their wording as such, not the goals in substance – their formulation reflect a more general characteristic of all the 17 SDGs contained in Agenda 2030.

First of all, even at the outset the SDGs are presented precisely as “goals”. The SDGs are not presented for instance as “undertakings”, “pledges” or “promises” which would signal something more obligating than just a goal to strive to fulfil. The SDGs are goals and goals can be reached or not.

The SDGs as such are relatively precisely worded, i.e. what is supposed to be strived for is relatively clearly formulated. The goal for instance is to “ensure availability and sustainable management of water” or “make cities sustainable”, to “ensure sustainable consumption and production patterns” or “conserve and sustainably use the oceans”. However when it comes to the goal directly relating to climate change – SDG 13 arguably the most fundamental and perhaps the most important goal of all the SDGs – then the wording and thus the goal becomes slightly more vague, as we saw. The goal here is to “[t]ake ‘urgent action’ to ‘combat’ climate change and its impacts”. With respect to SDG 15 which is also closely

⁸ See <<https://www.un.org/bbnj/>> accessed 17 October 2022.

⁹ Concluded on 10 December 1982, entry into force 16 November 1994, 168 parties.

related to the goal of combating climate change, the wording is partly less and partly (slightly) more precise. The goal here is to “[p]rotect, restore and promote’ sustainable use of terrestrial ecosystems, ‘sustainably manage’ forests, ‘combat’ desertification, and ‘halt and reverse’ land degradation and ‘halt’ biodiversity loss.” Irrespective of the fact that none of the SDGs have been reached so far, in the case of the goal directly referring to climate change in particular – SDG 13 –, not even the original formulation of the goal is done in a way which would make the goal at all attainable in the first place.¹⁰

With regard to the question of who are the actors intended to carry out the actions necessary to reach the SDGs, the UN General Assembly resolution in which the SDGs are included states this in the beginning of the Declaration which is also included in the resolution and which precedes the presentation of the SDGs.¹¹ The Declaration is opened by “[w]e the Heads of State and Government and High Representatives” deciding on new global SDGs.¹² Then the Declaration states that “[w]e’ commit ourselves to working tirelessly for the full implementation of this Agenda by 2030”.¹³ Thus, it is the states of the world who commit themselves and who are ultimately responsible for the implementation of Agenda 2030. In the preamble to the UN General Assembly resolution, it is added that “[a]ll countries and all stakeholders, acting in [a]ll collaborative partnership, will implement this plan”.¹⁴

In addition to the enumeration of the 17 SDGs, Agenda 2030 for each goal also contains an elaboration of the goal in up to 19 targets.¹⁵ The detailed elaborations of the SDGs mainly contribute to confirming the little obliging impression of the normative undertakings on the whole with respect to the SDGs. The detailed elaborations generally add nothing

¹⁰ According to Frank Biermann, Thomas Hickmann, Carole-Anne Sénit and Leonie Grob, “The Sustainable Development Goals as a Transformative Force? Key Insights”, in *The Political Impact of the Sustainable Development Goals: Transforming Governance Through Global Goals?*, Frank Biermann, Thomas Hickmann and Carole-Anne Sénit (Eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2022, pp. 204–226, p. 218, Agenda 2030 and the sustainable development goals thus far have only had limited political effects in global, national and local governance since their launch in 2015.

¹¹ UNGA, A/RES/70/1, pp. 3–12, op. paras. 1–53; on the Declaration, see further below section 3.

¹² *Ibid.*, op. para. 1.

¹³ *Ibid.*, op. para. 2.

¹⁴ *Ibid.*, preamble pp. 1–2, p. 1, pre. para. 2.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 15–27.

that would in any way “harden” from a normative point of view or make more concrete or tangible the otherwise soft non-legally binding commitments of the states through the SDGs. From a formal point of view, the resolution in which the SDGs are contained would remain a legally non-binding instrument under all circumstances, but through detailed and concrete instructions with respect to every goal the substance of the text contained in the formally non-binding instrument could become somewhat more compelling, at least in theory.

On the subject of measures relating to the environment and the climate, which is the focus of this article, the most concrete commitment by the states is made under SDG 13 on climate change, target 13.a where the objective is to “[i]mplement the commitment undertaken by developed-country parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change to a goal of mobilizing jointly \$ 100 billion annually by 2020 from all sources to address the needs of the developing countries...”.¹⁶ Here, some of the states addressed in the UN General Assembly resolution containing the SDGs – the developed countries – undertake to realize their legally binding commitment under the Framework Convention on Climate Change, to the extent they are parties to the latter convention.

Under SDG 14 relating to the oceans, seas and marine resources, target 14.c expresses the target to “[e]nhance the conservation and sustainable use of oceans and their resources by implementing international law as reflected in the United Nations Convention on the Law of the Sea”.¹⁷ As we saw above, negotiations are ongoing on a new UN treaty – the BBNJ – for this purpose, developing further certain provisions of the Convention of the Law of the Sea, but as late as in August 2022 efforts to reach a final agreement failed.¹⁸ Hopefully, agreement will be reached by early 2023. On the subject of SDG 14, Karen N. Scott writes in a critical comment, that “SDG 14 is a product of thinking based on assumptions and approaches characterizing the Holocene: relative environmental stability and progress through perpetual economic growth”.¹⁹ In Karen N. Scott’s

¹⁶ Ibid., p. 23, op. para. 13.a; cf. supra note 7.

¹⁷ Ibid., p. 24, op. para. 14.c.

¹⁸ Cf. supra note 8.

¹⁹ Karen N. Scott, “SDG 14: Conserve and Sustainably Use the Oceans, Seas and Marine Resources for Sustainable Development”, in Jonas Ebbesson and Ellen Hey (Eds.), *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, supra note 2, pp. 354–375, p. 375.

opinion, the greatest challenge for future ocean governance is developing a law of the sea fit for the Anthropocene.²⁰ But, unfortunately, “[w]hile SDG 14 has contributed to the beginning of that process – particularly with respect to the sources or actors within the law of the sea – it fundamentally fails to provide the necessary conceptual framework for the law of the sea in the Anthropocene”.²¹

SDG 15 on the sustainable use of terrestrial ecosystems among other subjects, includes among 11 other targets the aspiration to “[t]ake urgent and significant action to reduce the degradation of natural habitats, halt the loss of biodiversity and, by 2020, protect and prevent the extinction of threatened species”.²² Elsa Morgera writes that “[t]he main challenge that SDG 15 poses for international law and international institutions is the effective and urgent implementation of existing obligations under international biodiversity law in the face of competing economic pressures”.²³

SDG 17 on strengthening the means of implementation and revitalizing the Global Partnership for Sustainable Development is the SDG that is elaborated upon in as many as 19 targets in the General Assembly resolution. In the case of the 17th and last SDG, to “[s]trengthen the means of implementation and revitalize the Global Partnership for Sustainable Development” the elaboration of the SDG encompasses 19 different

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² UNGA, A/RES/70/1, p. 25, target 15.5. The recent report by WWF (World Wildlife Foundation), R.E.A. Almond, M. Grooten, D. Juffe Bignoli and T. Petersen (Eds.), WWF: Gland, Switzerland, 2022, “Living Planet Report 2022: Building a Nature-Positive Society”, would seem to indicate that developments in the area of biodiversity are continuing in a radically different direction than the one indicated in target 15.5 in Agenda 2030; in December 2022, COP (conference of the parties) 15 was held by the parties to the Convention on Biological Diversity (concluded 5 June 1992, entry into force 29 December 1993, 196 parties) in order for them to agree on a new set of goals to guide global actions through 2030 to protect and restore nature, the Kunming-Montreal Global biodiversity framework, <https://www.cbd.int/doc/c/ebd3/cd1d/daf663719a03902a9b11bc34/cop-15-I-25-en.pdf> accessed 1 February 2023.

²³ Elisa Morgera, “SDG 15: Protect, Restore and Promote Sustainable Use of Terrestrial Ecosystems, Sustainably Manage Forests, Combat Desertification, and Halt and Reverse Land Degradation and Halt Biodiversity Loss”, in Jonas Ebbesson and Ellen Hey (Eds.), *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, supra note 2, pp. 376–398, p. 397. At least then, with respect to the potential realization of SDG 15, there already exists binding international (hard) law that could potentially be of help.

targets under different headings and sub-headings relating to different aspects of the implementation and revitalization of the partnership such as finance, technology, capacity-building and trade among others.²⁴ The sheer number of targets in which the topic of means of implementation is elaborated upon in the resolution could convey the impression that this SDG is the most significant one of all among the 17 SDGs. This impression could be strengthened by the circumstance that means of implementation is dealt with in relative detail in other parts of the UN General Assembly resolution as well, as we will see below. Means of implementation and the global partnership is even devoted a part of its own in the resolution, bearing this very title.²⁵

The impression of relative importance could further be strengthened by the fact that it is pointed out in the resolution that what makes Agenda 2030 something truly novel is that it defines means of implementation, in addition to going far beyond the preceding Millennium Development Goals, as we will also see below.²⁶ Furthermore, the circumstance that means of implementation thus constitutes both an SDG in itself and at the same time constitutes an instrument for the realization of all the SDGs would seem to somehow increase the significance of this very dimension of Agenda 2030. World developments until 2030 will tell whether this emphasis on means of implementation in the UN General Assembly resolution on Agenda 2030 was heeded by the partners involved and followed by the corresponding mobilization of the means of implementation of the SDGs – including means of implementation – in reality.

3 Beyond the Sustainable Development Goals: The Declaration

3.1 The Declaration in substance

Beyond the part containing the list of the SDGs and their ensuing elaboration, the same UN General Assembly resolution also includes a couple of other significant elements. The operative part of the UN General Assembly resolution containing Agenda 2030 begins with a Declaration

²⁴ UNGA, A/RES/70/1, pp. 26–27, para. 17.1–17.19.

²⁵ *Ibid.*, pp. 28–31, op. paras. 60–71.

²⁶ *Ibid.*, p. 6, op. para. 17.

which we will go through here.²⁷ The Declaration for its part is preceded by a preamble to the resolution as a whole in which five catchwords for the Agenda 2030 project are presented: people, planet, prosperity, peace and partnership.²⁸ The Declaration itself is very extensive. In one of the first paragraphs it is stated that “[a]s we [i.e. ‘[w]e, the Heads of State and Government and High Representatives’] embark on this great collective journey, we pledge that no one will be left behind”.²⁹ It is also solemnly declared that “[t]his is an Agenda of unprecedented scope and significance”.³⁰ Somewhat sadly, since the prospects for achieving the “universal goals and targets which involve the entire world”³¹ included in Agenda 2030 currently look bleak, at least by 2030.

The Declaration in general terms covers all the topics subsequently concretized – at least to a certain degree – in the form of the 17 SDGs. The Declaration also covers the issues of means of implementation and follow-up and review which are subsequently dealt with in separate sections of their own in the UN General Assembly resolution, lastly after the section in the resolution dealing with the 17 SDGs, which as we have seen also contain “means of implementation” as one particular SDG. In the Declaration, the sub-headings indicate the width of topics covered and the all-embracing approach in principle of the Heads of State and Government and High Representatives making up the UN General Assembly. The Declaration is opened by an “Introduction” from which two paragraphs were quoted above, and then comes “Our vision” which is characterized as “supremely ambitious and transformational”.³²

Then follows “Our shared principles and commitments” after which comes “Our world today”. Under our shared principles and commitments, the Declaration begins by stating that Agenda 2030 is guided by the purposes and principles of the UN Charter, including full respect for international law.³³ Then references are made to different human rights instruments and different other instruments relating to the right to development and to the environment and sustainable development general-

²⁷ *Ibid.*, pp. 3–12, op. paras. 1–53.

²⁸ *Ibid.*, pp. 1–2.

²⁹ *Ibid.*, p. 3, op. para. 4.

³⁰ *Ibid.*, p. 3, op. para. 5.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 3, op. para. 7.

³³ *Ibid.*, p. 4, op. para. 10.

ly.³⁴ Under the sub-heading “Our world today” the UN General Assembly resolution opens by stating that Agenda 2030 is adopted “at a time of immense challenges to sustainable development”.³⁵ It can be observed that today, 2022, we are still finding ourselves in an era of immense challenges among other things to sustainable development.

The sub-heading “The new Agenda” then follows in the Declaration, implicitly referring back to an earlier Agenda namely the Millennium Development Goals adopted 15 years before Agenda 2030.³⁶ In the Declaration opening the 2030 Agenda for Sustainable Development, it is explained that the new Agenda builds on the Millennium Development Goals and seeks to complete what they did not achieve, particularly in reaching the most vulnerable.³⁷ It is explained also, however, that the framework that the Heads of State and Government and High Representatives were announcing in 2015 goes far beyond the Millennium Development Goals: “Alongside continuing development priorities such as poverty eradication, health, education and food security and nutrition, it sets out a wide range of economic, social and environmental objectives.”³⁸ Agenda 2030 “also promises more peaceful and inclusive societies”.³⁹ “[C]rucially”, the Declaration states, Agenda 2030 also “defines means of implementation”.⁴⁰ We will come back to the means of implementation below when the respective sub-headings in the Declaration entitled “Means of implementation” and “Follow-up and review” are dealt with,

³⁴ Ibid., pp. 4–5, op. paras. 10–12.

³⁵ Ibid., p. 5, op. para. 14.

³⁶ Ibid., pp. 6–12, op. paras. 18–38; referring back to op. paras. 16–17; UNGA, A/RES/55/2, 18 September 2000, United Nations Millennium Declaration.

³⁷ UNGA A/RES/70/1 p. 6, op. para. 16.

³⁸ Ibid., p. 6, op. para. 17; the novel and unique character of the SDGs is underlined by Frank Biermann, Thomas Hickmann and Carole-Anne Sénit, “Assessing the Impact of Global Goals: Setting the Stage”, in Frank Biermann, Thomas Hickmann and Carole-Anne Sénit (Eds.), *The Political Impact of the Sustainable Development Goals: Transforming Governance Through Global Goals?*, supra note 10, pp. 1–21, pp. 2–4.

³⁹ Ibid., p. 6, op. para. 17; see also SDG 16 to “[p]romote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels” (A/RES/70/1, pp. 14, 25–26); on the international legal significance of SDG 16, see further Pál Wrangé, “SDG 16: Promote Peaceful and Inclusive Societies for Sustainable Development, Provide Access to Justice for All and Build Effective, Accountable and Inclusive Institutions at All Levels”, in Jonas Ebbesson and Ellen Hey (Eds.), *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, supra note 2, pp. 399–421.

⁴⁰ UNGA, A/RES/70/1, p. 6, op. para. 17.

as well as when the respective sections “Means of implementation and the Global Partnership” and “Follow-up and review” in the Declaration are discussed.

On the subject of law and the force of law, which is not a very prominent characteristic either of the Declaration or of Agenda 2030 as a whole, the reference to the UN Framework Convention on Climate Change under the sub-heading of “The new Agenda” in the Declaration can be noted, and in particular the way in which the Declaration envisages the potential outcome of the then forthcoming 21st session of the Conference of the Parties in Paris in the autumn of 2015.⁴¹ The Heads of State and Government and High Representatives adopting the UN General Assembly resolution containing Agenda 2030 “underscore the commitment of all States to work for an ambitious and universal climate agreement”.⁴² What form the ambitious and universal climate agreement to be adopted in Paris would take was far from universally agreed however. “We reaffirm that the ‘protocol, another legal instrument or agreed outcome with legal force under the Convention’ applicable to all parties shall address in a balanced manner...”.⁴³ The addition of the phrase “in a balanced manner”, probably, was intended to try to further soften any legal obligatory force of any agreement resulting from the forthcoming meeting in Paris.

The Paris Agreement in the end was adopted in the form of a treaty, which is unequivocally legally binding under international law from the formal point of view, but in this case with a content of an almost entirely indeterminate nature.⁴⁴ The most definite obligation for the parties to the Paris Agreement, and perhaps the most famous of its provisions, is “[h]olding the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1,5°C above pre-industrial levels”.⁴⁵ “Well below 2°C” was what the parties to the negotiations could agree on, when it came to the lower 1,5°C limit which was the originally desired on among many

⁴¹ *Ibid.*, pp. 8–9, op. paras. 31–32.

⁴² *Ibid.*, p. 9, op. para. 32.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Paris Agreement, adopted 12 December 2015, entry into force 4 November 2016, 194 parties: cf. Alan Boyle, “Soft Law in International Law-Making”, in Malcolm D. Evans (Ed.), *International Law*, 5th Ed. Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 119–137, section VI. Treaties as soft law, pp-131-132.

⁴⁵ Paris Agreement, *supra* note 44, Article 2.1 (a).

of the participants, the softer obligation to “pursue efforts to limit” had to be used instead.

On the subject of law further, but from a slightly different perspective, namely the importance of law and a robust domestic legal system in every state, under the sub-heading “The new Agenda”, the Declaration lays down that “[t]he new Agenda recognizes the need to build peaceful, just and inclusive societies that provide equal access to justice and that are based on respect for human rights (including the right to development), on effective rule of law and good governance at all levels and on transparent, effective and accountable institutions”.⁴⁶ In an earlier provision of the Declaration, under “Our vision”, even the term “democracy” appears in the context of the rule of law and good governance, but this is the only instance in which the term “democracy” appears in the Declaration.⁴⁷ Then the subject of international law appears in what could be considered a surprising manner when the Heads of State and Government and High Representatives suddenly in the Declaration on Agenda 2030 felt it necessary to “reaffirm, in accordance with the Charter of the United Nations, the need to respect the territorial integrity and political independence of States”.⁴⁸ It would seem as if the SDGs proclaimed in Agenda 2030 would pose no such threat to the states as would motivate a reaffirmation of the fundamental rules of international law just cited.

In the Declaration contained in the UN General Assembly resolution on Agenda 2030, further, there is a sub-section dealing with “Means of implementation” and a sub-section dealing with “Follow-up and review”.⁴⁹ Both the means of implementation if they are forceful enough and procedures for follow-up and review can potentially be important factors in the implementation of commitments that are non-legally binding like the ones in Agenda 2030. Even if the states have not agreed to legally binding undertakings, powerful means of implementation and a careful procedure for follow-up and review of the progress made in realizing the ambitions contained in the non-legally binding instrument, could potentially have as a result that the undertakings of the states are implemented in fact although they are not legally binding in principle.

⁴⁶ UNGA, A/RES/70/1, p. 9, op. para 35. see also SDG 16, supra note 39.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 4, op. para. 9.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 10, op. para. 38.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 10–11, op paras. 39–46 and pp. 11–12, op. paras. 47–48.

3.2 Means of implementation and follow-up and review in the Declaration

Under “Means of implementation” in the Declaration it is stated early on that the means of implementation targets under SDG 17, which we looked at above, and under each SDG are key to realizing Agenda 2030 and are of equal importance with the other goals and targets.⁵⁰ Further on it is stated in the Declaration on the subject of the means of implementation that the states, as a starting point, “recognize that each country has primary responsibility for its own economic and social development”.⁵¹ Then the Declaration notes that Agenda 2030 deals with the means required for implementation of the goals and targets.⁵² We saw above that this was a new and crucial aspect of Agenda 2030 in comparison with the Millenium Declaration.⁵³ After that, the Heads of State and Government and High Representatives “recognize that [the means required for implementation of the goals and targets] will include the mobilization of financial resources as well as capacity-building and the transfer of environmentally sound technologies to developing countries on favourable terms”.⁵⁴ Contributing the necessary financial and other resources to the poorer states could potentially be an effective way of assisting these states in implementing their non-legally binding commitments. Even if the SDGs had placed legally binding obligations on the states the poorer states might still not be able to actually implement their obligations due to lack of financial resources and lack of capacity in the technical as well as other areas.

While laying out the plans in the Declaration for the mobilization of the means of implementation of the SDGs, the states on the subject of expressing support for “the implementation of relevant strategies and programmes of action” suddenly seem to remind themselves that there will sometimes be some considerable hinders on the road to the realization of Agenda 2030. The Heads of State and Government and High Representatives “recognize the major challenge to the achievement of durable peace and sustainable development in countries in conflict

⁵⁰ Ibid., p. 10, op. para. 40.

⁵¹ Ibid., p. 10, op. para. 41.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid., p. 6, op. para. 17.

⁵⁴ Ibid., p. 10, op. para. 41.

and post-conflict situations”.⁵⁵ This consideration would seem to be one relevant for the entire Agenda 2030 and consequently all the SDGs, but it appears as we saw without further comment in a paragraph relating to the means of implementation and in particular “relevant strategies and programmes of action”.

Under the sub-heading of “Follow-up and review” in the Declaration, further, the states begin by saying that “[o]ur Governments have the primary responsibility for follow-up and review, at the national, regional and global levels, in relation to the progress made in implementing the Goals and targets over the coming 15 years”.⁵⁶ And further, “[t]o support accountability to our citizens, we will provide for systematic follow-up and review at the various levels”.⁵⁷ “The high-level political forum under the auspices of the General Assembly and the Economic and Social Council will have the central role in overseeing follow-up and review at the global level”.⁵⁸ The decision to establish the “universal, intergovernmental, high-level political forum” was contained in the outcome document of the United Nations Conference on Sustainable Development held in Rio de Janeiro in 2012.⁵⁹ The outcome document was then endorsed by the UN General Assembly the same year.⁶⁰

It is not specified further in the Declaration how exactly the follow-up and review will be carried out at the various levels. Neither are the precise functions of the General Assembly or the Economic and Social Council in their overseeing role at the global level presented in any more detail in the Declaration, except for the specification that these organs will have the central role. In the most concrete explication in the Declaration concerning the way the follow-up and review will take place, the states say

⁵⁵ *Ibid.*, p. 11, op. para. 42.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 11, op. para. 47.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, on the high-level political forum, see further UNGA, A/RES/66/288, 11 September 2012, Resolution adopted by the General Assembly on 27 July 2012, Annex: The future we want, paras. 84–86, establishing the high-level political forum; see also UNGA, A/RES/67/290, 23 August 2013, Resolution adopted by the General Assembly on 9 July 2013, Format and organizational aspects of the high-level political forum on sustainable development; Frank Biermann, Thomas Hickmann, Carole-Anne Sénit and Leonie Grob, *supra* note 10, pp. 206–207, conclude that the high-level political forum has not lived up to expectations.

⁵⁹ UNGA, A/RES/66/288, *supra* note 58, op. para. 2.

⁶⁰ *Ibid.*

that “[i]ndicators are being developed to assist this work”.⁶¹ Less concrete still, but an interesting addition in the context of SDGs, is the statement that ends the brief section of the Declaration dedicated to follow-up and review. “We are committed to developing broader measures of progress to complement gross domestic product”, the Heads of State and Government and High Representatives certify.⁶²

As in the case of powerful means of implementation, a careful and well thought out follow-up and review procedure may potentially be an effective instrument in furthering the implementation of undertakings by states even and in particular if the undertakings do not have legally binding force. The follow-up and review may help the states in organizing their implementation. The feedback that the states receive on their progress reporting may also be of help. The knowledge on the part of the states that their efforts to realize their commitments will be followed up and reviewed may also work as an incentive to actually taking the commitments seriously. The follow-up and review may work as a stick as well as a carrot so to say, states risk criticism if they do not keep their promises, even if not legally binding, or may look forward to praise if they actually do all they can to fulfil the expectations. Hopefully, the shaming of the states who do not engage in realizing their commitments which would indirectly result from a follow-up and review process will be scaring enough to deter these states from not taking their commitments seriously.

Lastly in the declaration, the Heads of State and Government and High Representatives express “[a] call for action to change our world” under a separate sub-heading.⁶³ Comparing themselves to the founders of the UN seventy years earlier, the Heads of State and Government and High Representatives in September 2015 state that “[t]oday we are also taking a decision of great historic significance. /.../ We can be the first generation to succeed in ending poverty; just as we may be the last to have a chance of saving the planet. The world will be a better place in 2030 if we succeed in our objectives.”⁶⁴ And further, “[w]hat we are announcing today – an Agenda for global action for the next 15 years – is a charter for people and planet in the twenty-first century. Children and

⁶¹ UNGA, A/RES/70/1, p. 12, op. para. 48.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*, p. 12, op. paras. 49–53.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 12, op. para. 50.

young women and men are critical agents of change and will find in the new Goals a platform to channel their infinite capacities for activism into the creation of a better world.”⁶⁵

The declaration comes back to the role of young people in the realization of Agenda 2030 in the last paragraph under this sub-heading. In the last paragraph of the declaration, the Heads of State and Government and High Representatives lay down that “[t]he future of humanity and of our planet lies in our hands. It lies also in the hands of today’s younger generation who will pass the torch to future generations.”⁶⁶

It seems as if the Heads of State and Government and High Representatives place a great deal of trust in young people in general in the implementation of Agenda 2030. This implicitly also places a great burden on the shoulders of young people around the world who most likely lack the means to take any forceful and effective measures in order to realize the SDGs contained in the Agenda. In comparison and in addition to children and young women and men as well as “all people” in general or “the people”, the following actors, some of whom should reasonably dispose of considerably more forceful instruments of implementation of Agenda 2030 than do young people, the people or all people, are mentioned in the declaration as involved in “[o]ur journey” “on the road to 2030”: “Governments as well as parliaments, the United Nations system and other international institutions, local authorities, indigenous peoples, civil society, business and the private sector, the scientific and academic community”.⁶⁷

It is a fact that young people, for obvious reasons, tend to be engaged in matters relating to the environment and the climate – not least as illustrated by the Swedish activist Ms Greta Thunberg who has succeeded in mobilizing young people around the world for the sake of stopping or at least mitigating the current climate change – but the question is firstly, whether the Heads of State and Government and High Representatives are justified in implicitly relieving themselves of a large part of their own fundamental responsibility for the implementation of Agenda 2030 and placing the responsibility with young people or “all people” or “the peo-

⁶⁵ Ibid., p. 12, op. para. 51.

⁶⁶ Ibid., p. 12, op. para. 53.

⁶⁷ Ibid., p. 12, op. para. 52.

ple” instead.⁶⁸ Secondly, after almost half the period of time from 2015 to 2030 has passed, the question may be asked whether the Heads of State and Government and High Representatives have given the impression of actually taking notice in instances where the “infinite capacities for activism” of children and young people has been channelled through the SDGs of Agenda 2030 and the young have been doing their best to create a better world.⁶⁹ It would rather seem as if the world leaders have not been listening carefully.

The young people thus seem to be left with a great responsibility under Agenda 2030 but without any powerful means of putting this great responsibility into practice. The responsibility of the young people or “the people” or “all people” under all circumstances can merely be a moral and not a legal responsibility for implementing Agenda 2030. The question is whether anyone has such a legal responsibility considering the soft nature of the undertakings and the soft nature of the foreseen means of implementation and procedures for follow-up and review.

4 Putting the Sustainable Development Goals into action

4.1 Means of implementation

The UN General Assembly resolution on Agenda 2030, in addition to the SDGs, the preamble, the Declaration which we have just gone through, and the enumeration and explication of the 17 SDGs, towards the end also contains under two separate headings the states’ commitments relating to “Means of implementation and the Global Partnership” and to “Follow-up and review” respectively.⁷⁰ We will begin by the means of implementation and the global partnership. We recognize the subject of means of implementation both from the declaration preceding the enumeration of the SDGs and from the list of SDGs themselves.⁷¹

⁶⁸ Cf. *ibid.*, p. 12, op. para. 52; in the 4th and latest edition of *Birnie, Boyle & Redgwell's International Law and the Environment*, Oxford: Oxford University Press, 2021, Ms Greta Thunberg is cited with great respect in the preface.

⁶⁹ Cf. UNGA, A/RES/70/1, p. 12, op. para. 51.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 28–31, op. paras. 60–71 and pp. 31–35, op. paras. 72–91 respectively.

⁷¹ Cf. *supra* note 27 and note 3.

The Heads of State and Government and High Representatives open by reaffirming “our strong commitment to the full implementation of this Agenda”.⁷² They then “recognize that we will not be able to achieve our ambitious Goals and targets without a revitalized and enhanced Global Partnership and comparably ambitious means of implementation”.⁷³ The Global Partnership comprises Governments, civil society, the private sector, the UN system and other actors, according to the declaration.⁷⁴ On the subject of the legal quality of Agenda 2030 we remember that the starting position of the UN General Assembly resolution containing Agenda 2030 is that it is not legally binding as to its form, i.e. it is a non-legally binding instrument. The means of implementation as well as the follow-up and review procedures envisaged, as pointed out above, could play a role in increasing the effectiveness of the otherwise non-legally binding UN General Assembly resolution. Likewise, if the means of implementation and the follow-up and review procedures are not ambitious enough they will most likely not help make Agenda 2030 more effective. In the latter case, the low ambitions will further contribute to the non-legally binding character of the commitments contained in the UN General Assembly resolution.

The Heads of State and Government and High Representatives state that “[c]ohesive nationally owned sustainable development strategies, supported by integrated national financing frameworks, will be at the heart of our efforts”.⁷⁵ And in a following paragraph that “[w]e underscore that, for all countries, public policies and the mobilization and effective use of domestic resources, underscored by the principle of national ownership, are central to our common pursuit of sustainable development, including the Sustainable Development Goals”.⁷⁶ The domestic resources, furthermore, according to the resolution “are first and foremost generated by economic growth, supported by an enabling environment at all levels”.⁷⁷ The Heads of State and Government note that “[p]rivate business activity, investment and innovation are major drivers of productivity, inclusive economic growth and job creation”.⁷⁸ And, “[w]e

⁷² UNGA, A/RES/70/1, p. 28, op. para. 60.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid., p. 28, op. para. 63.

⁷⁶ Ibid., p. 29, op. para. 66.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., p. 29, op. para. 67.

call upon all business to apply their creativity and innovation to solving sustainable development challenges”.⁷⁹ Here we can note that the world leaders call upon private actors to perform certain functions that are important in the context of sustainable development, which is interesting since private actors normally are not considered parties in their own right to the – interstate – international legal system.⁸⁰ The question may be asked with what legal effect the world leaders consider themselves to be calling upon the private actors to dedicate their efforts to solving the challenges that the states foresee. The legal effect must under all circumstances be even weaker than if the world leaders themselves undertake to perform any functions within the framework of the UN General Assembly resolution with respect to Agenda 2030.

The Heads of State and Government and High Representatives furthermore state that “[i]nternational trade is an engine for inclusive economic growth and poverty reduction” and that they “will continue to promote a universal, rules-based, open, transparent, predictable, inclusive, non-discriminatory and equitable multilateral trading system under the World Trade Organization, as well as meaningful trade liberalization”.⁸¹ During the period after the adoption of Agenda 2030 it would seem as if the general international trading system has developed in a different direction from the one that the leaders intended to promote in the UN General Assembly resolution.

On the economic side again, the Heads of State and Government and High Representatives “recognize the need to assist developing countries in attaining long-term debt sustainability through coordinated policies aimed at fostering debt financing, debt relief, debt restructuring and sound debt management, as appropriate”.⁸² The states observe that “[m]aintaining sustainable debt levels is the responsibility of the borrowing countries; however we acknowledge that lenders also have a responsibility to lend

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ See further for instance, Florian Wettstein, *Business and Human Rights: Ethical, Legal, and Managerial Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2022; Chiara Macchi, *Business, human rights and the environment: the evolving agenda*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2022; see also *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, United Nations: New York and Geneva, 2011.

⁸¹ UNGA, A/RES/70/1, p. 29, op. para. 68.

⁸² Ibid., p. 29, op. para. 69.

in a way that does not undermine a country's debt sustainability".⁸³ In case the lender is a state then the commitment also concerns states. The sub-section on means of implementation in the UN General Assembly resolution ends with the launching of a multi-stakeholder Technology Facilitation Mechanism composed of a UN inter-agency task team on science, technology and innovation for the SDGs, a collaborative multi-stakeholder forum on science, technology and innovation for the SDGs and an online platform.⁸⁴ The respective form and roles of the three different components of the Technology Facilitation Mechanism are elaborated upon in the UN General Assembly resolution in relative detail but entirely lacking in concreteness. The meetings of the high-level political forum "will be informed by the summary of the multi-stakeholder forum [on science, technology and innovation for the Sustainable Development Goals]".⁸⁵ That is not a very strong commitment on the part of the states to take the views of the multi-stakeholder forum seriously.

Even taking the non-legally binding nature of the General Assembly resolution and the SDGs into account, the presumably innovative and crucial provisions on the means of implementation of the SDGs contained in the resolution are almost surprisingly devoid of substance and of any kind of obliging nature.⁸⁶ Also, with respect to the presumably expanded Agenda 2030 in comparison with the preceding Millennium Development Goals, the means of implementation include surprisingly little if anything relating to the new range of social and environmental objectives as well as the promises of more peaceful and inclusive societies.⁸⁷ The climate is not mentioned at all whereas from the point of view of sustainable development it might be considered fundamental, a *sine qua non* for the other SDGs to ever be attained. The economic objectives, and primarily and in fact almost exclusively the economic objectives, seem to be the ones seriously taken care of, relatively speaking, as far as the means of implementation are concerned although, of course, the sub-section on the means of implementation ends with the reiteration by

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid., p. 30, op. para. 70.

⁸⁵ Ibid., p. 31, op. para. 70; on the high-level political forum see supra note 58.

⁸⁶ Cf. *ibid.*, p. 6, op. para. 17.

⁸⁷ Cf. *ibid.*

the state leaders, that Agenda 2030 and the SDGs including the means of implementation, “are universal, indivisible and interlinked”.⁸⁸

4.2 Follow-up and review

The sub-section on follow-up and review in the UN General Assembly resolution is even airier, if possible, than the sub-section on the means of implementation. The sub-section opens with a commitment “to engaging in systematic follow-up and review of the implementation of this Agenda over the next 15 years”.⁸⁹ However, the second sentence establishes that “[a] robust, *voluntary*, effective, participatory, transparent and integrated follow-up and review framework will make a vital contribution to implementation and will help countries to maximize and track progress in implementing this Agenda in order to ensure that no one is left behind” (emphasis added).⁹⁰ To an outside observer at least, it is difficult to see how a voluntary follow-up and review framework will simultaneously be robust and effective, even though this is theoretically possible of course. The follow-up and review procedures will operate at the subnational, national, regional and global levels.⁹¹ Somewhat ominously in retrospect perhaps, the Heads of State and Government and High Representatives solemnly pronounce that “[a]s this is a universal Agenda, mutual trust and understanding among all nations will be important”.⁹²

⁸⁸ UNGA, A/RES/70/1, p. 31, op. para. 71; noting the primacy of economic concerns, Jonas Ebbesson and Ellen Hey, supra note 2, p. 21, argue that “[i]mplementation of the SDGs and attaining sustainable development, then, require a fundamental reconsideration of international trade and investment law”; Stuart Bruce and Jorge E. Viñuales, “SDG 7: Ensure Access to Affordable, Reliable, Sustainable and Modern Energy for All”, in Jonas Ebbesson and Ellen Hey (Ed.), *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, supra note 2, pp. 185–207, p. 207, agree: “[t]here is a n urgent need to improve the integration of non-economic objectives in the major disciplines of international economic law”; Duncan French and Lous J. Koetzé, “SDG 17: Strengthen the Means of Implementation and Revitalize the Global Partnership for Sustainable Development”, in Jonas Ebbesson and Ellen Hey (Eds.), *The Cambridge Handbook of the Sustainable Development Goals and International Law*, supra note 2, pp. 422–442, p. 422, argue on the subject of the means of implementation of the SDGs, that “a focus on trade, investment, and voluntarism excludes and omits other important building blocks of human rights, rule of law and civil society engagement”.

⁸⁹ UNGA, A/RES/70/1, p. 31, op. para. 72.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 31, op. para. 73; p. 33, op. para. 77.

⁹² *Ibid.*, p. 31, op. para. 73.

Then come the nine guiding principles for the follow-up and review processes at all levels.⁹³ The most significant guiding principle perhaps is the one that comes first, and it opens by stating that follow-up and review processes “will be voluntary and country-led, will take into account different national realities, capacities and levels of development and will respect policy space and priorities”.⁹⁴ That might make for an effective review and follow-up process or it might not. And the reviews at the regional and global levels will build upon the outcome from national-level processes, as “national ownership is key to achieving sustainable development” and “the global review will be primarily based on national official data sources”.⁹⁵ This guiding principle is closely connected with another of the following guiding principles namely that the follow-up and review processes “will require enhanced capacity-building support for developing countries, including the strengthening of national data systems and evaluation programmes, particularly in African countries, least developed countries, small island developing States, landlocked developing countries and middle-income countries”.⁹⁶

Reassuringly, the SDGs and targets will be followed up and reviewed using a set of global indicators, the UN General Assembly resolution states.⁹⁷ These will be complemented by indicators at the regional and national levels which, according to the resolution, will be developed by Member States.⁹⁸ The global indicator framework will be adopted by the Economic and Social Council and eventually by the UN General Assembly, “in line with existing mandates” it is added somewhat enigmatically or self-evidently.⁹⁹ According to the resolution further, the global indicator framework will be simple yet robust, address all SDGs and targets, including for means of implementation, and “preserve the political balance [a remark which appears particularly interesting since it has not been made explicitly earlier in the resolution or in the particular part of the resolution dealing in some detail with the SDGs], integration and ambition contained therein”.¹⁰⁰ What the political balance contained in

⁹³ *Ibid.*, p. 31, op. para. 74.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 31, op. para. 74 (a).

⁹⁵ *Ibid.*, p. 31, op. para. 74 (a).

⁹⁶ *Ibid.*, p. 32, op. para. 74 (h).

⁹⁷ *Ibid.*, p. 32, op. para. 75.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

the SDGs refer to more specifically is far from clear in particular considering that different Member States most likely have quite different views of what the political balance is which is contained in the SDGs and what the political balance should be.

Then a relatively detailed or at least long list of measures to be taken at the national, regional and global levels respectively is provided at the end of the resolution.¹⁰¹ At a closer look, the provisions are of a general and unspecific nature and quite undemanding from the Member States' point of view something which most likely is not a coincidence. The provisions for follow-up and review are also considerably fewer with respect to the measures to be taken at the national and regional levels than at the global level despite the fact that the national level would seem to be the most significant one, considering in particular what was stated earlier in the resolution, namely that the outcome from national-level processes will be the foundation for reviews at the regional and global levels.¹⁰²

At the national level the Heads of State and Government and High Representatives "encourage all Member States [presumably implying the members of the UN] to develop as soon as practicable ambitious national responses to the overall implementation of this Agenda".¹⁰³ The state leaders "also encourage Member States to conduct regular and inclusive reviews of progress at the national and subnational levels which are country-led and country-driven".¹⁰⁴ These requirements on the states are not very demanding, to put the matter mildly. The demands on the states could not have been very strict under any circumstances for formal reasons since they were expressed in a non-legally binding UN General Assembly resolution, but even given the formal soft law framework the demands on the states in substance are expressed in an exceptionally gentle manner. Hopefully, the Member States feel encouraged enough to consider developing in due time ambitious national responses to the overall implementation of Agenda 2030 and that they will ultimately all have the capacity to perform the country-led and country-driven reviews of progress that they are encouraged to conduct.

At the regional level the demands on the states are even weaker if possible. The Heads of State and Government and High Representatives begin

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 33, op. paras. 78–90.

¹⁰² *Ibid.*, p. 31, op. para. 74 (a).

¹⁰³ *Ibid.*, p. 33, op. para. 78.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 33, op. para. 79.

by stating that the “[f]ollow-up and review at the regional and subregional levels can, as appropriate, provide useful opportunities for peer learning, including through voluntary reviews, sharing of best practices and discussion on shared targets.”¹⁰⁵ And, further, in the following paragraph, “[r]ecognizing the importance of building on existing follow-up and review mechanisms at the regional level and allowing adequate policy space, we encourage all Member States to identify the most suitable regional forum in which to engage”.¹⁰⁶ It is difficult to find anything in the provisions relating to follow-up and review at the regional level which could even be labelled a demand on the Member States to take any particular measures at all for the purpose of actually following up and reviewing any action taken, or not, in order to realized the SDGs.

At the global level finally, on the subject of follow-up and review, which constitutes the most comprehensive or at least the longest part of the three parts devoted to the three different levels where measures presumably are to be taken, it is stated in the UN General Assembly resolution that “[t]he high-level political forum will have a central role in overseeing a network of follow-up and review processes at the global level, working coherently with the General Assembly, the Economic and Social Council and other relevant organs and forums, in accordance with existing mandates”.¹⁰⁷ Generally, as was the case with the two lower levels of follow-up and review, there is very little substance in the provisions. For instance, “[f]ollow-up and review at the high-level political forum will be informed by an annual progress report on the Sustainable Development Goals to be prepared by the Secretary-General in cooperation with the United Nations system, based on the global indicator framework and data produced by national statistical systems and information collected at the regional level”.¹⁰⁸ We should remember also that follow-up and review processes will be voluntary, according to the resolution, at all levels, as noted above.¹⁰⁹

Further on among the provisions relating to the global level, the UN General Assembly resolution lays down that “[m]eeting every four years under the auspices of the General Assembly, the high-level political fo-

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 33, op. para. 80.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 33, op. para. 79.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 33, op. para. 82; the global level is dealt with in op. paras. 82–90; on the high-level political forum see *supra* note 58.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 33–34, op. para. 83.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 31, op. para. 74 (a).

rum will provide high-level political guidance on the Agenda and its implementation, identify progress and emerging challenges and mobilize further actions to accelerate implementation”.¹¹⁰ The high-level political guidance will be synchronized with the quadrennial comprehensive policy review process.¹¹¹ Hopefully, the high-level political forum through its meetings in the General Assembly will be able to inject the energy and motivation needed among the different actors involved to accelerate the implementation of the SDGs. The political forum after all is destined to have a central role in the follow-up and review process, as we saw above.¹¹² And the relative lack of substance of the provisions relating to follow-up and review, at all levels including the global one, would in reality necessitate a vigorous and enterprising overseer in order to compensate for the feeble formal framework for review.

Finally, at the very end of the UN General Assembly resolution laying down Agenda 2030, the Heads of State and Government and High Representatives solemnly reaffirm their “unwavering commitment to achieving this Agenda and utilizing it to the full to transform our world for the better by 2030”.¹¹³ At the time of writing, there are seven years left to transform the world then, under the provisions of the current resolution; it is an open question whether developments have turned in the direction of a better world already, during the first seven years that have passed since the adoption of the resolution.

5 Looking backward, looking forward

Fifty years ago the so called Stockholm declaration was adopted at the UN conference on the human environment, held in Stockholm in June 1972.¹¹⁴ The Stockholm declaration is a non-legally binding instrument but it is still considered significant for the development of international environmental law; in fact it is referred to in the doctrine as one of the two founding documents of modern international environmental law,

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 34, op. para. 87.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Cf. *supra* note 58.

¹¹³ UNGA, A/RES/70/1, p. 35, op. para. 91.

¹¹⁴ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Report of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm declaration), Stockholm, 5–16 June 1972, UN Doc. A/CONF.48/14/Rev.1, pp. 3–5.

the other document being the 1992 Rio declaration.¹¹⁵ The Stockholm declaration is centered on “man” and the “human’ environment” as we can see already from its official title – Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment.¹¹⁶ The combination of concern for the human environment on the one hand and for economic and social development on the other hand is evident already in the Stockholm declaration although at the time of the adoption of the Stockholm declaration the term “sustainable development” had not yet been coined.¹¹⁷

The initial principle in the Stockholm declaration state that “[m]an has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.¹¹⁸ Furthermore, “[t]he natural resources of the earth including the air, water, land, flora and fauna and especially representative samples of natural ecosystems, must be safeguarded for the benefit of present and future generations through careful planning or management, as appropriate”.¹¹⁹ Moreover, “[t]he capacity of the earth to produce vital renewable resources must be

¹¹⁵ Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, 2nd Ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 40; Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3–14 June 1992, UNGA, A/CONF.151/26 (Vol. I), 12 August 1992, Annex I, Rio Declaration on Environment and Development; on the subject of soft law, the title of another document adopted at the same conference is particularly interesting: Non-legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forests, Report of the United Nations Conference on Environment and Development, *ibid.*, p. 480.

¹¹⁶ Cf. *supra* note 114.

¹¹⁷ Cf. the Stockholm declaration, *ibid.*, pp. 4–5, principles 8-16, 23; the term “sustainable development” was coined by the Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, 1987 (also known as the Brundtland Report after its chairman Ms Gro Harlem Brundtland, former Prime Minister of Norway), <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our.common.future.pdf>> accessed 29 September 2022. In the Report, sustainable development is defined as “development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”, Chapter 2, para. 1 of the Report.

¹¹⁸ Principle 1; on the development of international environmental law since the Stockholm declaration from the perspective of human rights, see further Jonas Ebbesson, “Getting it right: Advances of Human Rights and the Environment from Stockholm 1972 to Stockholm 2022”, *Environmental Policy and Law*, vol. 52, 2022, pp. 79–92.

¹¹⁹ Principle 2.

maintained and, wherever practicable, restored or improved”.¹²⁰ And further, “[m]an has a special responsibility to safeguard and wisely manage the heritage of wildlife and its habitat, which are now gravely imperiled by a combination of adverse factors”.¹²¹ In addition, “[t]he non-renewable resources of the earth must be employed in such a way as to guard against the danger of their future exhaustion and to ensure that benefits from such employment are shared by all mankind”.¹²²

Further, “[t]he discharge of toxic substances or of other substances and the release of heat, in such quantities or concentrations as to exceed the capacity of the environment to render them harmless, must be halted in order to ensure that serious or irreversible damage is not inflicted upon ecosystems”.¹²³ This principle is reminiscent of the more recent discussions in terms of climate change. And, “[s]tates shall take all possible steps to prevent pollution of the seas by substances that are liable to create hazards to human health, to harm living resources and marine life, to damage amenities or to interfere with other legitimate uses of the sea”.¹²⁴ This principle reminds us of the current efforts of the states to agree on the BBNJ treaty, mentioned earlier.¹²⁵

Generally, we recognize the content of the principles of the Stockholm declaration that we find recast and further developed, for instance, in the UN General Assembly resolution containing Agenda 2030. Basically, the same issues are on the agenda today as in 1972. They were somewhat differently conceived and consequently somewhat differently expressed and defined in 1972, but the concerns are the same today as they were then. The means of implementation are not directly referred to in 1972, but the need to transfer technical and financial resources to the developing countries from the developed countries in order to make it possible for the former to afford “incorporating environmental safeguards into their development planning” is highlighted in the declaration.¹²⁶ Still, the declaration points out that, “it will be essential in all cases to consider the systems of values prevailing in each country, and the extent of the applicability of standards which are valid for the most advanced coun-

¹²⁰ Principle 3.

¹²¹ Principle 4.

¹²² Principle 5.

¹²³ Principle 6.

¹²⁴ Principle 7.

¹²⁵ See *supra* note 8.

¹²⁶ Principle 12.

tries but which may be inappropriate and of unwarranted social cost for the developing countries”.¹²⁷ Contrary to the Stockholm declaration, no such exceptions from the SDGs for the developing countries can be found in Agenda 2030.

Reminiscent of the era in which the Stockholm declaration was adopted in 1972, in the first principle it is also stated that “policies promoting or perpetuating *apartheid*, racial segregation, discrimination, colonial and other forms of oppression and foreign domination stand condemned and must be eliminated”.¹²⁸ Also, it is laid down in the Stockholm declaration that, in accordance with the Charter of the United Nations, states have “the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies” and then, according to the generally recognized ‘no-harm’ principle, that states have “the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction”.¹²⁹

Finally, ending the Stockholm declaration we find a principle which is absent from Agenda 2030 that “[s]tates must strive to reach prompt agreement, in the relevant international organs, on the elimination and complete destruction of [nuclear weapons]”.¹³⁰ Today we have a Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons although not all states of the world are party to the convention.¹³¹ Sweden for instance, hosting the conference in Stockholm in 1972, is not a party.

In 2022 in order to celebrate the adoption of the Stockholm declaration an international meeting referred to as Stockholm +50 was held, in Stockholm again.¹³² This time, no final declaration was adopted but the outcome of the meeting was a Presidents’ summary of the discussions containing key recommendations for accelerating action towards a healthy planet for the prosperity of all, which is included in the report of the international meeting which in its turn was adopted by the interna-

¹²⁷ Principle 23.

¹²⁸ Principle 1.

¹²⁹ Principle 21; on the no-harm principle, see for instance Pierre-Marie Dupuy and Jorge Viñuales, *supra* note 115, pp. 63–64.

¹³⁰ Principle 26.

¹³¹ Adopted 7 July 2017, entry into force 22 January 2021, 68 parties.

¹³² Stockholm +50: a healthy planet for the prosperity of all – our responsibility, our opportunity, Stockholm, 2–3 June 2022, Report, UN Doc. A/CONF.238/9.

tional meeting.¹³³ The terms climate or climate change do not appear in the Presidents' summary although climate change probably constituting the most acute issue with respect to sustainable development today.

In November 2022 the 27th conference (COP 27) of the parties to the UN Framework Convention on Climate Change will be held in Sharm el-Sheikh.¹³⁴ The 26th conference of the parties (COP 26) was held in November 2021 in Glasgow. At the adoption of the Glasgow Climate Pact at the end of COP 26 one particular formulation in the document stood out as particularly difficult to reach agreement on. The final amendment which made it possible to reach consensus on the Glasgow Climate Pact in the last minute made the document famous, or infamous; the phase-out was softened to the “‘phase-down’ of unabated coal power”.¹³⁵ Perhaps it will be possible to reach an even more progressive final outcome at the COP 27, as climate change is increasingly making itself felt around the world.¹³⁶

6 Conclusion

There is great potential in Agenda 2030. The form is soft but the provisions – the SDGs, targets, means of implementation and procedures for review – are there if the states, and other actors, are willing to put them into practice. The soft quality of the document, in legal terms, might be a sign that the states are not convinced that they really wish to submit to the requirements of Agenda 2030 after all. The soft legal quality might also be a way to start; all the different elements of Agenda 2030 might in due time develop further into legally binding instruments according to which the states, if they agree to, take on legally binding obligations to do what they began to consider doing in Agenda 2030 in non-binding legal form. The states might first need to get used to the idea of having

¹³³ Ibid., pp. 25–26, op. para. 157, and p. 27, op. para. 160.

¹³⁴ Cf. supra note 7.

¹³⁵ Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement on its third session, held in Glasgow from 31 October to 13 November 2021, Addendum, Part two: Action taken by the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement at its third session, UN Doc. FCCC/PA/CMA/2021/10/Add. 1, 8 March 2022, Glasgow Climate Pact, pp. 2–10, op. para. 36.

¹³⁶ Cf., however, the Sharm el-Sheikh Implementation Plan, Advance unedited version, Decision -/CP.27, https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma4_auv_2_cover_decision.pdf accessed 1 February 2022.

obligations of some form and realize that there exist means of implementation and that follow-up and review of their actions might be of great benefit to their efforts and thereby to their chances of success in implementing Agenda 2030 to the full. Then the states might perhaps be ready to transform their non-legally binding commitments into legally binding ones.¹³⁷

An Agenda 2030 expressed in legally binding terms would not necessarily solve the problem of sustainable development, however. Not even all binding international legal instruments are always fully complied with. Entering into a binding legal commitment does signal a strong motivation on the part of the state to fulfil its pledges under the agreement but the binding form might not be the solely decisive factor in whether the agreement will actually be respected or not in reality. Under all circumstances a binding form in addition to a comprehensive and elaborate content – as in Agenda 2030 to a certain degree – is most desirable, at least from the point of view of the law and arguably from the point of view of the effectiveness of the international commitments of the states. As the world has become painfully aware of recently, however, the means of implementation and review processes available under binding international law in case a state would not respect its legally binding obligations are not as many nor as powerful as might be appropriate either. Thus, in practice, not even binding international legal rules might be really convincing to the wrongdoer. The political will is crucial whether the law is soft or hard.

We can only hope that the world leaders stand by their “unwavering commitment” to utilizing Agenda 2030 to the full “to transform our world for the better by 2030”, as they promise in the UN General Assembly resolution.¹³⁸ In 2022 there are another seven years left to prove it.

¹³⁷ Cf. Jonas Ebbesson and Ellen Hey, *supra* note 2, section I.5.1 From Governance Concepts to Legal Development, pp. 31–35.

¹³⁸ Cf. *supra* note 113.

Författarpresentationer

Sebastian Abrahamsson. Forskare, docent i sociologi, fl.dr, Sociologiska institutionen, Uppsala universitet

Mattias Dahlberg. Professor i finansrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Maria Forsberg. Universitetslektor i miljö rätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Therése Fridström Montoya. Biträdande universitetslektor i civilrätt, docent, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Lovisa Halje. Universitetslektor i handelsrätt, Institutionen för handelsrätt, Lunds universitet

Mikael Hansson. Universitetslektor i civilrätt, särskilt arbetsrätt, docent i civilrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Caroline Johansson. Biträdande universitetslektor i civilrätt, särskilt arbetsrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Sara Lundberg. Doktorand i förvaltningsrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Melina Malafry. Jur.dr, postdoktor i miljö rätt (finansierad genom STandUP for energy, strategic research program about renewable energy), Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Författarpresentationer

Oskar Mossberg. Jur.dr, postdoktor i obligationsrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Marigó Oulis. Universitetslektor i civilrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Love Rönnelid. Jur.dr, postdoktor, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet. Forskar inom internationell investeringsrätt med inriktning mot utvecklingsfrågor

Katja de Vries. Biträdande universitetslektor i offentlig rätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Olof Wilske. Universitetslektor i konstitutionell rätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Charlotta Zetterberg. Professor i miljö rätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet

Inger Österdahl. Professor i folkrätt, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet