

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. Efter-som 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 förmö-genhetsrätten 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 paradigm	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 klimativänliga, 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, okänt, 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 bejakar 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: ”Ut- bildning och forskning för en bättre värld [...] Dagens och morgondagens samhällsut- maningar 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 bok- stavlig mening denoterar aktiviteten att vitrappa putsade husfasader. Därmed borde kopplingarna till målning ligga lika nära till hands som tvättning, men när uttrycket förekommer nyttiggörs gärna smutskonnotationerna. Detta är åtminstone kuriöst intres- sant, givet att uttrycket *greenwashing*, enligt konventionell visdom, myntades när en mil- jökämpa 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 papperstiger, 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 klimatmässigt 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 legitimization: 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 *området 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 förstås 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 svårligen 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 klimatkussionerna.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 Wijkmarks översättning; Friedrich Nietzsches samlade skrifter, Bd 5, Den glada vetenskapen (”la gaya sci-

2 Förmögenhetsrättens paradigm

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 *företredare*, vilka är de som behärskar och utövar ämnet. Ämnet, och företredarna, 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 paradigm*. (Det finns fler, men här eftersträvas inte fullständighet.) 'Paradigm' används då i Kuhns mening: Ett paradigm 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 paradigm bär därmed innebörd av både idealexempel och skolbildning.⁴¹ När man jobbar inom

enza"), Symposion 2008): "*Mot de medlande*. – Den som vill medla mellan två beslutsamma 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*. Paradigmterminologin 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 Apropos 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, Kränkningers ersättning (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 förståelig, 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 konfliktdinjerna, och förstärka förefintliga spänningar, för att därigenom låta dem bli uppenbara – hellre än att medelst nedtoning dölja dem eller låtsas som att de inte finns. Med andra ord: Här utteras och hårdas (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 ventilerar 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 annorlunda”, 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 vågen – 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 våg, va? Och att vi i den ena vågskålen 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 vägskaal (*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 utmyнна 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 självägande 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 rättshandlingskapacitet) 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 rättshandlingsmottagaren 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 anknyter 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 ävågabringar 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 gestaltas 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 Håstad, 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 instrumentaliserar, 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 anedd tysk habilitationsschrift, med allt vad det innebär). Jfr, efter honom J Samuelsson, a s 200 ff, 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 slutuppgörelse 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 längs med hela EU-domstolens gyllene fasad, i slow motion – klipp till hjälten perspektiv, högt därovan, 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 paradigmatis 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 trycket 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 symboltving 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 Magyarországi 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 m 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 föråldrad 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 försädet kan vara svårt att genomskåda.)

rättvisa.⁹⁴ Höjer man blicken till marknadsplanet skapar möjligheten dock en spekulationsmöjlighet, då marknadsaktörer kan uppställa oskäligen 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 verktygslådan begränsas till den relativt fyrkantiga ogiltighetspåföljden att helt bortse från oskäligen 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 oskäligen.

⁹⁹ Låt vara att man aldrig kan sja om framtida utvecklingar med någon säkerhet. (För att bara nämna en, av prognosteorernas brister.)

¹⁰⁰ Ett centralt avgörande är C-26/13 (Kásler), enligt vilket det är tillåtet att, efter att ha ogiltighetsförklarat det oskäligen 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 delimeteringsfaktorer;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 parafraserar, 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 *biförpliktelser* (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 bröddtexten, 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 Legrands 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 konsumentkontraktsrätten (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 svenk 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 nationellrättsliga 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 klimateffekter i regel fått vara en konsumentsmaktsfråga. 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 produktenskaper 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 reklameringsfrister, 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 parafraseringar 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 avvikelse 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 likasom 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 ideologi¹³⁴ 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 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 Håstad, 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 förminsade 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 statsskick.¹⁴⁰ Därtill understöds marknadsfriheten ofta med konsekventalistiska argument, i stil med att den fria marknaden är det mest framgångsrika ekonomiska systemet för att skapa välbstånd.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* – [...] Demokratien 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 demokratien 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 paradigmatiskt 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 rätt'. (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 Exemplet 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 uträttar 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 kontraktsrättsliga 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.”). Ordspråk, 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! – Repeterandet 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 oproblematiskt.

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 ingångsinramning¹⁶⁰ 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 marknadens själva *försättsättning*.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 (förutom 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 finnes 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 paradigm 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 producer 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 presumptionen 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 *ägenderätt*.

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, Festschrift 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 ”inskränkningar” 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 äganderättsränkandet 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, *Egendomsskyddet* (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 rättighetsränkande får genomslag också på mindre uppenbara sätt (jfr allmänt t ex Åhman, *Egendomsskyddet*: 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 sätta sig 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 fööka er, uppfyll jorden och lägg den under er. Härska 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 egendomssfär 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 förföreläggningar 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 utvecklade (primitivt) förr, vilket kontrasteras mot ett mer utvecklade (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 här till Klein, a s 73 ff. Lösryckta bibelcitater till trots, framstår det väl dock som rätt uteslutet 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 självbeträktande 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 ryggmärken.¹⁸⁸ Funktionalismen är så stark att alla ”vet” att ’äga’ 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 äga, 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 repriserar, 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 tvärsidighet 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 såtillvida 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 förstås 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 förnuftslösa 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, *Intellexuella 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 komponenters 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 sakbegreppet 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 blir 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 Eftestøl, Allt har sitt pris – också koldioxidutsläpp från fartyg?, Festskrift till Kleinman 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) Almkvist, 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 objektifiering, 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 yttan). 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 "ingen-skada-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 för-santhållanden 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, frångångits, 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 oljeborring 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 prägla 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/CP.2 – 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 grön målning, 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 prioritetsordning* 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 Ylihelo, *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/klimatomställningen/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 berörts.

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.