

Om att vara för kommersiell – några ord om tvesala*

JOHAN SANDSTEDT**

1. Inledning

Vårt festskriftsföremål har varit drivande i flera lyckade projekt, bl.a. i tillkomsten av Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet (JT) och Stockholm Centre for Commercial Law (SCCL). Han var även under ett par år med i DCFR-projektet och ingick i skadeståndsgruppens Advisory Council och fick därför besöka Osnabrück ett par gånger.

Titelns kommersiell kan givetvis tyckas anspela på mer än tvesalutemat, nämligen SCCL:s fokus på och festskriftsföremålets intresse för den kommersiella rätten. Kontakten med det omgivande samhället ger en inblick i vad som sker i det praktiska rättslivet och kanske även senare i rättspraxis.

* Har tidigare publicerats i Festskrift till Jan Kleineman, *Jure* (2021) s. 709 ff.

** Docent, lektor i civilrätt, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.

Följande lagförkortningar används: BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (ursprungligen från 18.8.1896 och i kraft den 1.1.1900), nykungörelse med officiella paragrafrubriker den 2.1.2002; GtFL = Lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre; HB = Handelsbalk (1736:0123 2).

Två litteraturförkortningar: DCFR Full Ed. = Bar, Christian von/Clive, Eric (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, München 2009;

PEL/Acq = Lurger, Brigitta/Faber, Wolfgang, *Principles of European Law/Acquisition and Loss of Ownership of Goods*, München 2011.

Följande litteratur återges i förkortad form: Hästad, Torgny, *Derivative Acquisition of Ownership of Goods*, ERPL 2009 s. 725–741; Martinson, Claes, *Bridging the Gap, Review of “Property Law, the Nordic Legal Culture and the Europeanisation – Nordic Functionalism Meets Continental Substantialism”*, by Johan Sandstedt. *Jure* förlag 2013. 571 pages. EPLJ 2014 s. 280–284; dens., *Något om behoven av att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen – Segelbåtsfallet*, i Gorton, Lars/Heuman, Lars/Persson, Annina H/Sjöberg, Gustaf (red.), *Festskrift till Göran Millqvist*, Stockholm 2019 s. 461–480; Sandstedt, Johan, *Sakrätten, Norden och europeiseringen – Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism*, Stockholm 2013.

Det ger en verklighetskontakt och en chans att bli en del i rättsutvecklingen. NJA 2005 s. 608 (*Max och Frasses*) är ett passande exempel. Det bör inte uteslutas att det rikhaltiga utländska materialet i målet kom från festskriftsföremålet – att titta över nationsgränserna är en kätthäst. För en kontinental publik kan man säga att målet handlade om *actio doli* och HD kom fram till att Frasses fick «anses ha medverkat till Lotsbåtens avtalsbrott på ett sådant kvalificerat otillbörligt sätt att bolaget ådragit sig skadeståndsskyldighet gentemot Max».¹ Lösningen torde stå i samklang med rättsläget i många andra rättsordningar. Målet kom i sin tur att tjäna som inspiration till ett exempel i DCFR-projektets skadeståndsrättsbok;² lite komparativ rätt tur och retur.

Bidragets titel säger dock att vi inte skall uppehålla oss vid skadeståndsrätten, även om det med en utvikning om tysk tvesala vore möjligt, eftersom den kan involvera den skadeståndsrättsliga *actio doli*-regeln i BGB § 826. För det saknas dock utrymme. Vi lämnar därför den skadeståndsrättsliga periferin och ger oss av till den centrala sakrätten.³ Vi kan göra det med hjälp av festskriftsföremålets «Doktorvater» – också med förnamnet Jan – när han notvis berättar att ett sakkunnigutlåtande om just tvesala var *von Jherings* aha-upplevelse, som fick honom att gå från att vara den konstruktiva jurisprudensens – dvs. begreppsjurisprudensens – främsta företrädare till att bli dess skarpaste kritiker.⁴ Kontakten med det praktiska rättslivet kan följaktligen inte endast bidra med inblickar i världen utanför universitetet, utan t.o.m. vara vetenskapligt omvälvande.

Följande korta tvesalubidrag kastar ett öga på ett par steg i utvecklingen fram till DCFR:s slutliga «Multiple Transfers»-regel. Det sker med festskriftsföremålets uttryck «sakrättsexpansionism» ekande i bakhuvudet.⁵

¹ NJA 2005 s. 608 (638).

² Bar, Christian von, *Principles of European Law/Non-Contractual Liability Arising Out of Damage Caused to Another*, München 2009 s. 548 (illustration 4). Texten hör till VI. – 2:211: Loss upon inducement of non-performance of obligation.

³ Meningen kan säkerligen läsas på många olika sätt. Den kan ses som gnabb mellan rättsområden, eller snarare deras företrädare. Men meningen gäller även för varje rättsområde i sig. Och man kan även tillägga att vad som utgör centrum eller periferi inte sällan är en fråga om perspektiv. Även det en intressant fråga, men den skall inte fördjupas här. Och man kan givetvis fundera över om tvesalan är central sakrätt.

⁴ Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen – Studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm 2001 s. 136 not 38.

⁵ Det förklaras nedan i avsnitt 2.4. Om det i detta fall var ett fruktbart tema behandlas i avsnitt 4. Ibland är vägen målet.

2. Tvesala, funktionalism, substantialism och temat

2.1 Inledning

Tvesalan har såväl en obligationsrättslig som en sakrättslig sida. Vi har två köpavtal (tve betyder språkligt två eller dubbel, men man kan ju även tänka sig att det har skett ännu fler försäljningar, men då får man väl tala om flersala eller «Multiple Transfers») och sedan den sakrättsliga frågan om vem som har bäst rätt till det sålda; den förste köparen A eller den andre köparen C enligt *Hesslers* schema.⁶

Nedan följer först en inledande mer allmän och en aning komparativ text om tvesala innan texten går in på ett kort, men relevant avsnitt om funktionalism, substantialism och platsen för DCFR:s «tvesala». Sedan presenteras det valda temat och möjliga spår – och även det valda spåret.

2.2 Något om tvesala en aning komparativt

Sakrättsligt kan man nog tänka sig att man ser tvesalan (1) som ett vanligt derivativt förvärv, dvs. inget speciellt i sig, (2) som en egen sakrättslig fråga avseende försäljning (byte eller gåva kan också vara aktuellt) till mer än en person, (3) som en del av ett eventuellt generellt godtrosförvärvskomplex, eller (4) som en historiskt betingad svårplacerad «övrigt-kategori».

Avseende (1) kan man tänka sig att företeelsen inte ens har ett eget namn. Det är ett vanligt derivativt förvärv, där säljaren B har förpliktat sig att sälja en bestämd sak mer än en gång. Kollisionen mellan A och C avgörs genom fastställandet av vem som först har kompletterat det avtalsrättsliga momentet med ett sakrättsmoment och följaktligen har förvärvat äganderätten till saken. Detta förutsätter ett traditionssystem (i ett avtalssystem vinner A genom avtalsprioriteten och det eventuella C-skyddet får man då diskutera ur ett godtrosförvärvsperspektiv). Sakrättsligt finns det normalt inget att göra för den förfördelade.⁷ Det kan dock tänkas att det i speciellt allvarliga fall kan finnas stöd utanför sakrätten för en förfördelad A, som ju åtminstone

⁶ Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt: om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer*, Stockholm 1973 s. 68.

⁷ Här kan notvis tilläggas att det i tysk rätt i extremt osympatiska fall kanske även finns en chans att angripa det sakrättsliga förfogandet mellan B och C genom att låta den obligationsrättsliga osedligheten smitta över på det sakrättsliga förfogandet. «Fehleridentität» är ett möjligt undantag från den tyska abstraktionsprincipen (som låter det sakrättsliga förfogandet och den obligationsrättsliga förpliktelsen vara oberoende av varandra). Äganderätten återgår då till B. Se Sandstedt, *Sakrätten, Norden och europeiseringen* s. 243 med vidare hänvisningar.

har den avtalsrättsliga prioritet. Ett sådant stöd, eller snarare rättsgrund, utgörs av den nämnda *actio doli*-regeln i BGB § 826.⁸

Avseende (2) kan den slutliga DCFR-regeln i VIII. – 2:301: Multiple transfers nämnas. Den bygger på de derivativa överlåtelse-reglerna, men innehåller även ett godtroskrav. Regeln befinner sig mellan de derivativa reglerna och godtrosvärnsreglerna. Sistnämnda är betydligt strängare mot C.

Avseende (3) kan man placera de rättsordningar som ansluter sig till en avtalsprincip för äganderättens övergång och som erkänner ett godtrosvärv i denna kategori. Även svensk rätt skulle vi – konstigt nog – placera i denna kategori, trots att vi ju följer traditionsprincipen. Avtalet ger nämligen den förste förvärvaren en omsättningsskydds-sägerstatus i enlighet med 2 § GtFL, men utan att denne normalt har borgenärsskydd.⁹

Avseende (4) har jag valt att helt enkelt placera HB 1:5 här. I dess tro-ligtvis ursprungliga förståelse var regeln ett uttryck för äganderättens övergång genom avtalet, men (den då självklara huvudregeln) formulerades med hjälp av ett komplicerat tillämpningsfall.¹⁰ Den förste förvärvaren förvärvade äganderätten genom avtalet och kunde därför vindicera egendomen från en senare köpare. Tvesaluregeln var en logisk följd av den derivativa huvudregeln, men antingen ett praktiskt viktigt fall eller kanske bara nedärvd.¹¹

⁸ Ämnet behandlas rättsdogmatiskt, historiskt och komparativt i Ernst, Wolfgang, *Doppelverkauf: Ein Panorama*, FS Andreas Heldrich, München 2005 s. 113–142. Se även dens., *Der zweifache Verkauf derselben Sache — Betrachtungen zu einem Rechtsproblem in seiner europäischen Überlieferung*, i Jakob, Eva/Ernst, Wolfgang (red.), *Kaufen nach Römischen Recht: Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Berlin Heidelberg 2008 s. 83–103.

⁹ Se senast om dessa aspekter i Sandstedt, Johan, *Godtrosvärnsreglerna, stöldfallet, försäkringsbolags vindikationsrätt och borgenärsskydd – och äganderätten*, i Gorton, Lars/Heuman, Lars/Persson, Annina H/Sjöberg, Gustaf (red.), *Festschrift till Göran Millqvist*, Stockholm 2019 s. 525–555 (t.ex. 529 vid och i not 10 och problematiserande på s. 549 ff.). Se även nedan i avsnitt 2.3.

¹⁰ Se Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen* s. 284 ff. med talrika hänvisningar. Se även Lundstedt, Vilhelm, *Lösöre köpsförordningen och 1734 års lag*, FS ägnad 1734 års lag, Bd. II, Stockholm 1934 s. 668–693 (670), Winroth, Alfred Ossian, *Försök att besvara frågan: huruvida någon olikhet råder mellan romersk och svensk rätt i fråga om traditionens nödvändighet för äganderättens övergång vid köp af löst gods*, NJA II 1880 Nr. 1 s. 1–15 (13 f.) och Fehr, Martin, *Två spörsmål ur svensk civilrätt*, Uppsala 1913 s. 12: «De gamla svenska lagarna synas [...] genom sina bestämmelser om tvesalu visa, att köpeaftal äfven utan öfverlämnande medförde sakrättslig verkan.» I noten hänvisar han till köpmålabalken i Magnus Erikssons stadslag. Sist i ledet: Sandstedt, *Sakrätten, Norden och europeiseringen* s. 383 med talrika hänvisningar.

¹¹ Se föregående not.

2.3 Funktionalism, substantialism och platsen för «tvesalan»

Den just presenterade omsättningsskyddsägaren leder oss kort in på funktionalism-substantialism-dikotomin, som annars lätt förbises. Kort formulerat handlar det om funktionalistiska rättsfaktum-rättsföljd-bilder *contra* substantialistiskt härledande från rättigheter eller begrepp, topiska drag *contra* civilistisk systematik och induktiva drag *contra* deduktiva drag¹². Omsättningsskyddsägaren illustrerar, vid sidan av en begreppsrelativitet, just vår topiska tillnärmning – vår «Issue-by-issue approach».¹³ Varje enskild fråga löses för sig på sina egna premisser. Att blanda ihop omsättningsskydds- och borgenärsskyddsargumentation skall enligt oss vara metodologiskt felaktigt (eller åtminstone konstigt).¹⁴ Att ens tala om ägare här kan funktionalistiskt sett betraktas som dubiöst,¹⁵ men i just det här fallet råkar ägaren finnas i lagtexten.¹⁶

I DCFR förstås ägaren substantialistiskt, se VIII. –1:202: Ownership. Det handlar följaktligen om samma ägare i omsättningsskydds- och i borgenärsskyddshänseende. DCFR:s regel om «Multiple Transfers» hamnar som påpekat mellan det vanliga derivativa förvärvet och godtrosvärvet. Till *skillnad* från det derivativa förvärvet finns det flera konkurrerande anspråk avseende samma sak och till *skillnad* från godtrosvärvet är överlåtaren fort-

¹² Se Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen t.ex. s. VI och 84 ff.

¹³ Hästad, ERPL 2009 s. 725–741 (725). Hos Martinson, EPLJ 2014 s. 280–284 (282) framgår detta ännu tydligare: «Scandinavian lawyers approach legal issues on an 'issue by issue' approach and they strive for keeping the problems apart without connecting the solution of one problem to the solution of another. Therefore a Scandinavian lawyer would not involve a superstructure, such as the ownership, in the solution of the described problems. The Scandinavian lawyer would in principle deal with the problems independently from each other.»

¹⁴ Det framgår av Martinsons uttalande i föregående not. Se även Millqvist, Göran, Sakrättens grunder, 9 uppl., Stockholm 2021 s. 18 och 20, som förklarar det tämligen pragmatiskt i följande två citat: «Det har redan framskytmats att en skiljelinje inom sakrätten går mellan de regler som avser det så kallade omsättningsskyddet och de regler som avser borgenärsskyddet. Reglerna inom respektive område tar sikte på tämligen väsensskilda typsituationer och motiven för reglernas utformning är därmed olika.» «Reglerna för omsättningsskydd respektive borgenärsskydd har således en gemensam nämnare i att de i båda fallen avser tredjemanskonflikter över egendom. [...] Men samtidigt avser de tämligen olikartade situationer och det ligger därför nära till hands att hålla isär dem i en lärobok och behandla dem under olika avsnitt.» I det andra citatet har en not utelämnats.

¹⁵ Hästad, ERPL 2009 s. 725–741 (726 f.): «It also seems unnecessary or actually dubious to insert the word owner or ownership as a resting point between the fact that creates a certain legal result and the result itself.»

¹⁶ Se även utförligt om detta styckes tema i Martinson, FS Millqvist s. 461–480 (462 ff.).

farande ägare substantialistiskt betraktat. Här kan man som funktionalist lätt förirra sig.¹⁷

2.4 Det valda temat och olika möjliga spår

Vid ett av SCCL:s coronaanpassade tisdagsseminarier använde festskriftsföremålet ordet «sakrättsexpansionism» för att beteckna vissa sakrättares tendens att se på olika rättsliga aspekter genom sakrättsliga glasögon. Frågor, som passade bättre i ett annat paradigm, t.ex. det obligationsrättsliga eller bolagsrättsliga, behandlade dessa personer istället sakrättsligt.

Uttalandet var intresseväckande, för var går och var bör gränserna mellan olika rättsområden gå? Vi har nog ofta en vag bild av vad som ungefär hör till vilket område, men var gränserna exakt går eller bör gå kan vara otydligt. Men vad skall vi pragmatiska funktionalister med skarpa gränser och klassificeringar till? Systembeteckningar och begrepp skapar enligt oss inte rätt. Men ibland innebär ju ändå en klassificering att man väljer ett visst paradigm för att lösa ett fall.

Det kan även tilläggas att svaret om gräns eller paradigm kan ha med perspektivet och den egna förförståelsen att göra. Valet sker inte sällan intuitivt och det är en grund till att det är bra att reflektera över sitt eget tänkande och försöka formulera och motivera det intuitiva explicit.¹⁸

Rent rättsligt finns flera olika spår att välja mellan. Man kan (1) välja HB 1:5-spåret med lagtextens «then behålle godset, som först köpte». (2) Ett annat spår vore postglossatorernas utveckling av *ius ad rem*, en rättsfigur som i vissa situationer gav den förste förvärvaren A en bättre rätt mot den senare förvärvaren C än mot avtalsparten B. (3) Ytterligare ett spår handlar om historiska skolan och den strikta obligationsrätts-sakrättsdikotomin. (4) Ett mer nationellt spår vore sammansmältningen av tvesalan och godtrosförvärvet i svensk rätt. Det skulle man kunna följa från tidigt 1900-tal fram till åtminstone NJA 2005 s. 425 och undersöka skillnaderna som trots sammansmältningen ändå visar sig. (5) Slutligen kan man följa det specifika DCFR-spåret och utvecklingen fram till regeln om «Multiple Transfers».

¹⁷ Man kan även notera att det tycks uppstå vissa problem med substantialismen i detta fall. Se nedan i avsnitt 3.3.

¹⁸ För ett exempel, se Martinson, FS Millqvist s. 461–480. I det aktuella segelbåtsfallet (467 ff.) tycks de inblandade ha hakat upp sig på äganderätten.

Här kommer DCFR-spåret att följas. Det görs med nedslag i hur regeln såg ut i tidigare utkast.¹⁹ Den utvecklingen tycks passa bra samman med frågan om «sakrättsexpansionism». Samtidigt får man vara medveten om att det begränsade materialet ger ett likaledes begränsat svar avseende tvesalan. DCFR-regeln har dock inte tillkommit i ett rättsligt vakuum i och med att de medverkande var jurister från många olika rättsordningar, så skildringen kommer att innehålla en och annan kort koppling till vissa av de andra spåren.

3. DCFR om «Multiple Transfers»

3.1 Inledning

Nedan följer ett par utkast till vad som blev den slutliga regeln. Det är inte på något sätt frågan om en fullständig dokumentation av vad som skedde och den innehåller inte heller några kommentarer om vad som sades i olika sammanhang. Därefter följer en tolkning av slutresultatet med hjälp av kommentaren.

3.2 Textutkast – och slutresultatet

I en tidig version såg arbetsgruppens föreslagna *black letter rules* ut på följande sätt:

Article 2:301: Multiple Obligations to Transfer Ownership

Where the transferor is obliged to transfer ownership in a movable to two or more transferees, ownership is acquired by the transferee who first fulfils all requirements of section 1.

Texten är från 2005 och i januari 2007 såg den fortfarande likadan ut. Textutkastet kallades alternativ 1. Den blivande «Multiple Transfers»-regeln nämndes i en egen artikel, men förklarade endast att den som först uppfyllde kraven enligt reglerna om det derivativa förvärvet (VIII. – 2:101: Requirements for the transfer of ownership in general och efterföljande artiklar) blir ägare och följaktligen vinner.²⁰ Det angavs även att den här regeln föredrogs

¹⁹ Under ett antal år hade jag hand om DCFR-projektets texter, se Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Edited by Christian von Bar and Eric Clive. Full Edition, München 2009 s. 54.

²⁰ Regeln hör till fallgrupp (1) ovan i avsnitt 2.2.

av såväl arbetsgruppen som dess *Advisory Council*. Det fanns även ett alternativ 2 och det innehöll i tillägg ett godtroskrav för en senare förvärvare; den goda tron tog sikte på överlåtarens tidigare förpliktelse(r).

Till junimötet 2007 fanns endast alternativ 1 kvar. Frågan om «Multiple Transfers» nämndes som ett särskilt fall, men var endast ett vanligt derivativt förvärv. Att den förfördelade A under vissa omständigheter skulle kunna ha en *actio doli*-regel att förlita sig på tycks man ha utgått ifrån.²¹ Det handlade nu om en vanlig förvärvsregel, som kompletterades av skadeståndsrätten. Om vi tar det som utgångspunkt för betraktelsen, skulle förändringar i en mer sakrättslig riktning kanske kunna betraktas som «sakrättsexpansionism».

Vad som senare skedde fram till tidigt 2009 har jag ingen inblick i, men när DCFR-pocketboken²² med *black letter rules* publicerades i februari 2009 hade «Multiple Transfers»-regeln genomgått en stor förändring, inte endast avseende titeln, och var plötsligt en egen regel mellan det derivativa förvärvet och godtrosvärvet. Samma regel presenterades senare i sexvolymverket DCFR Full Ed. från hösten samma år och i PEL/Acq från 2011.

Regeln hade fått följande slutliga innehåll:

Article VIII. – 2:301: Multiple transfers

- (1) Where there are several purported transfers of the same goods by the transferor, ownership is acquired by the transferee who first fulfils all the requirements of Section 1 and, in the case of a later transferee, who neither knew nor could reasonably be expected to know of the earlier entitlement of the other transferee.
- (2) A later transferee who first fulfils all the requirements of Section 1 but is not in good faith in the sense of paragraph (1) must restore the goods to the transferor. The transferor's entitlement to recovery of the goods from that transferee may also be exercised by the first transferee.

I det första stycket återfinns regeln om det derivativa förvärvets krav och godtroskravet för en senare förvärvare. Den goda tron tar – till skillnad från alternativ 2 ovan – inte sikte på överlåtarens tidigare förpliktelse(r), utan på den tidigare förvärvarens anspråk.

²¹ Det hör till den grundläggande skildringen i DCFR Full Ed. s. 4734 och PEL/Acq s. 796 (Comments nr 2).

²² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Edited by Christian von Bar and Eric Clive. Full Edition, München 2009.

Det andra stycket är helt nytt och reglerar återkravet mot en senare förvärvare, som uppfyller alla rekvisiten enligt de derivativa förvärvsreglerna, men som inte är i god tro avseende den förste förvärvarens anspråk. Denne måste återställa saken till överlåtaren. Detta anspråk kan även göras gällande av den första förvärvaren. Regeln hade blivit sakrättslig.

3.3 Kommentarererna

Regeln om «Multiple Transfers» såg länge ut att bli en ganska snäv regel, men ändrade riktning sent och blev en rent sakrättslig regel. I kommentaren anges tre fördelar med detta.²³ För det *första* vinner A fler konflikter mot C än om denne måste förlita sig på en snäv *actio doli*-regel i skadeståndsrätten. För det *andra* ger den sakrättsliga regeln bättre skydd i C:s konkurs än en skadeståndsrättslig regel kan ge. En skadeståndsfordran är som bekant obligationsrättslig och innebär exempelvis för svensk del att det skulle handla om en oprioriterad fordran. För det *tredje* angav man att en lösning inom sakrätten kunde vara fördelaktig i och med att man slipper ta omvägen via skadeståndsrätten för att lösa konflikten.

Det handlar följaktligen till fullo om en lösning inom sakrätten och av det andra stycket framgår hur den är tänkt att fungera när C inte är i god tro. Här är det intressant att få svar på frågan hur A:s anspråk ser ut både i en eventuell konkurs hos C och B. Sakrättsligt skydd är centralt.

Enligt det *andra styckets första mening* gäller ett «must restore»-anspråk mot C. B är fortfarande ägare (åtminstone formellt).²⁴ B:s anspråk har tydliga paralleller till VIII. – 6:101 (1) (om ägarskydd och en vindikationsrätt mot en orättmätig besittare), men är ett eget «must restore»-anspråk. Man undviker med detta val att behöva ta ställning till om C har en besittningsrätt med stöd i avtalet med B.

Det *andra styckets andra mening* är mer spännande för av den framgår att även A kan utöva B:s återkrav. B är fortfarande ägare. Om B går i konkurs skulle det kunna innebära att A utövar B:s återkrav för att sedan endast bli en oprioriterad borgenär i B:s konkurs. Det är nu «åtminstone formellt» i parentesens strax ovan blir intressant. Här ser det ut som om substantialismen får vissa problem. Vårt lagtextutkast blir oss svaret skyldigt. Vi får bege oss till detaljerna i kommentarerna.

²³ PEL/Acq s. 798 (Comments nr 6).

²⁴ PEL/Acq s. 800 (Comments nr 10). Se även strax nedan.

Grunderna till att ge A en självständig återkravs rätt är flera.²⁵ A skall slippa förlita sig på B, som redan visat sig vara opålitlig. Men regeln – och det här är intressant – «also helps [A] where [C] or [B] or both are insolvent». A:s självständiga återkravs rätt innebär även att C inte kan göra gällande en eventuell innehållanderätt mot B mot A.

Det intressanta för föreliggande bidrag är inte alla de intrikata detaljerna i regelns andra stycke – «Der Teufel steckt im Detail» heter det ju – utan kommentarens «[i]t also helps [A] where [C] or [B] or both are insolvent». B är ägare, men ändå hjälper det A. Som funktionalist har jag inga problem med pragmatiska lösningar och jag har även förståelse för att detaljerna återfinns i kommentarerna till regeln och inte i regeln själv. Utan att veta säkert antar jag att regeln tillkom i ett sent skede och kanske under tidsnöd. I tillägg gäller även att man i DCFR-projektet beslutade om *black letter rules* i DCFR:s *Co-ordinating Committee*, men däremot inte om innehållet i kommentarerna.

Låt oss titta på hur A:s positiva ställning trots B:s äganderätt förklaras. Kommentaren är inte helt lätt att följa. Min inledande skildring blir därför inledningsvis en aning repetitiv. *Utgångspunkten är att regeln skall ge A skydd i det fall även B blir insolvent.*²⁶

I *relationen B–C* är B ägare. Enligt reglerna kan även A göra B:s krav mot C gällande. Det sagda illustrerar då även *relationen A–C*.

I *relationen A–B* är det svårare. A kan – återigen, det är lite repetitivt – göra B:s krav mot C gällande och *vid konkurrerande krav mellan A och B mot C skall A ha företräde*. A skall även ha detta företräde om saken befinner sig hos B (C kan ha återlämnat saken, eller B och C kanske kom överens om att äganderätten var tänkt att övergå med stöd i avtalet och saken därför fanns kvar).

Grunden till detta val ligger i «the function of this Article». Ur B:s och B:s borgenärs perspektiv är det irrelevant om saken tillfaller A eller C. Saken har redan lämnat B:s förmögenhet.²⁷ Regelns syfte är inte att B:s borgenärer skall göra en obehörig vinst.²⁸ Att låta äganderätten formellt stanna hos B, trots att C uppfyllt alla äganderättsförvärvs krav bortsett från kravet på god tro, är för att man skall slippa omvägen över skadeståndsrätten, vilket ju vore fallet om C blev ägare. Också i detta fall vore saken oåtkomlig för B:s

²⁵ PEL/Acq s. 800 (Comments nr 10).

²⁶ Se för det följande PEL/Acq s. 801 f. (Comments nr 12).

²⁷ Här får påminnas om mitt «åtminstone formellt»-uttalande ovan före not 24 – och om konstaterandet att substantialismen får vissa problem.

²⁸ Argumentationen tycks ur skandinaviskt perspektiv röra sig i en cirkel.

borgenärer. Mot den bakgrunden uttalas det i kommentaren att «[A:s] right should also have effect as against [B:s] creditors.» Det ser följaktligen minst sagt bra ut för A.

Det är viktigt att peka på en begränsning. Det nu presenterade skyddet för A kräver att C har gjort ett formellt komplett förvärv enligt avsnitt 1 (dvs. VIII. – 2:101: Requirements for the transfer of ownership in general och efterföljande artiklar), men i strid med föreliggande artikels godtroskrav. Har inte det skett har A inte en prioriterad rättsposition i förhållande till C eller B.

Åter till kommentaren och relationen A–B. Det avslutande stycket är inte helt lätt att förstå isolerat betraktat:

«The effect of this Article before [A] obtains possession (or [B] transfers the goods to [A] by way of giving notice to [C], or by agreeing with [A] that ownership will, now, pass at a specific point in time) is only to provide [A] with a particular proprietary right to delivery (separation) of the goods from [C] or [B]. Of course, this right can only be exercised if [A] pays the agreed price to [B].»

Regeln säger inte att A är beroende av ett «sakrättsligt förfogande» av B innan A har fått egen besittning, eller att A i konkurrensen med B enligt det återgivna citatet skall vara beroende av B:s goda vilja. Utgångspunkten är ju som påpekats att regeln skall ge A skydd i det fall även B blir insolvent.²⁹ Det som texten vill säga är att innan A själv gjort ett eget äganderättsförvärv genom egen besittning (eller genom att B denuntierar C) ger artikeln A «a particular proprietary right to delivery (separation) of the goods from [C] or [B].» Artikelns hjälper följaktligen A att bli ägare, men det är de vanliga reglerna som gör honom till ägare. Det sagda stöds även av följande tidigare uttalande³⁰:

«[A:s] right is a proprietary remedy, so to say, a special authorisation to exercise the owner's general claim of revindication. This specific right is introduced, on the one hand, in order to provide [A] with effective means of protection if the transferor (who has already acted dishonestly by disposing of the goods a second time in favour of [C]) refuses to co-operate.»

A utövar B:s ägaranspråk själv och återkräver då saken till sig själv. Att A måste betala är en självklarhet.

²⁹ Se för det följande PEL/Acq s. 801 f. (Comments nr 12).

³⁰ PEL/Acq s. 801 (Comment nr 10).

Några avslutande jämförande noteringar, som inte direkt framgår av kommentaren. För det *första* innebär en sakrättslig ogiltighet mellan A och C i exempelvis tysk rätt att B är ägare, vilket innebär ett problem för A i B:s eventuella konkurs.³¹ A blir en oprioriterad borgenär. Det här problemet har man löst i kommentarerna.

För det *andra* kan man se paralleller till postglossatorernas *ius ad rem*. Innebörden av regeln att «[i]t also helps [A] where [C] or [B] or both are insolvent»³² leder också till konstaterandet att DCFR:s regel ger ett starkare skydd för A än enligt *ius ad rem*. Och denna starka ställning uppnår A med sitt egna obligationsrättsliga anspråk tack vare att C sedan uppfyller samtliga äganderättsförvärvsrekvisit med undantag för godtroskravet i «Multiple Transfers»-regeln.

4. Avslutning

Vägen är som påpekats ibland målet. Och vägen har gått via vår funktionalism, den främmande substantialismen och lite DCFR-arbete fram till en slutlig regel. I kommentarerna till regeln undersöktes de intrikata detaljerna kring den slutliga prioriteringen av A i förhållande till både B och C – och en aning implicit behandlades substantialismens hantering av äganderättsfrågan.

Angående sakrättsexpansionismen gav det hela dock ett begränsat svar. Det beror delvis på utgångsmaterialet. Det är begränsat till DCFR, som givetvis inte uppstod ur ett vakuum, utan är präglad av deltagarnas förförståelse och lösningarna och diskussionerna i deras rättsordningar. Att vi går från en snäv regel, som sedan är beroende av skadeståndsrätten för att i vissa fall kunna ge A ett visst skydd, till att lösa det helt inom sakrätten, är endast en kronologisk skildring av tillkomsten av en DCFR-regel. Jag tror att vi mot den bakgrunden – och jag misstänker att festskriftsföremålet nog kan vara enigt – kan konkludera med att det inte handlar om någon sakrättsexpansionism i detta fall.

³¹ Se Sandstedt, Sakrätten, Norden och europeiseringen s. 244 med vidare hänvisningar.

³² PEL/Acq s. 801 (Comment nr 10).