

# «Komparativ» sakrätt – ett pedagogiskt försök

JOHAN SANDSTEDT\* \*\*

## 1. Inledning

Om man någon gång skulle råka prata om sakrätt med en utländsk jurist, så är risken stor att samtalen ganska tidigt skulle involvera frågan om vi eller de har en avtals- eller en traditionsprincip. Det ständigt återkommande temat har fått en förnyad aktualitet i Sverige genom SOU 2015:18 (Lösöreköp och registerpant). Enligt Lösöreköpskommitténs förslag skall traditionsprincipen få vika för avtalsprincipen genom en ny lag om rätt till köpt lösöre. Det är i nuläget oklart om förslaget kommer att leda till en kursändring på sakrättens område.

\* Post doc, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet. Texten är en lätt bearbetad version av mitt bidrag i Vänbok till Ronney Hagelberg.

\*\* Följande lagförkortningar används: AvtL = Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område; GtFL = Lag (1986:796) om godtrosförvärv av lösöre; JB = Jordabalk (1970:994); KommL = Kommissionslag (2009:865), tidigare lag (1914:45) om kommission; LKL = Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva; RedL = Lag (1944:181) om redovisningsmedel; VirkesL = Lag (1944:302) om köparens rätt till märkt virke; SkbrL = Lag (1936:81) om skuldebrev.

Förkortningar för två verk: DCFR Full Ed. = 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; 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: *Forsell, Hans*, Tredjemansskyddets gränser: en studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter, Stockholm 1976; *Füller, Jens Thomas*, The German Property Law and its Principles – Some Lessons for a European Property Law, i *Faber, Wolfgang/Lurger, Brigitta* (Eds.), Rules for the Transfer of Movables: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?, München 2008 s. 197–215; *Gretton, George*, Book review, Rules for the Transfer of Movables: A Candidate for European Harmonisation or National

Det vore närliggande att skriva något om den nya SOU:n, men frågan har stötts och blötts under lång tid, dessutom med förnyad aktivitet under senare år – och då är det svårt att presentera något intresseväckande eller nytt.<sup>1</sup> Men då följande text kort kommer att beröra DCFR, kan det ändå vara värt att nämna att i valet mellan en avtals- eller traditionsprincip, så har DCFR valt en mellanlösning i form av en dispositiv traditionsprincip. Om avtalet inte reglerar äganderättsövergången, så bestäms den av traditionen («delivery»), se VIII. – 2:101 (1) (e).

Följande text handlar om sakrätt, närmare bestämt om vår sakrätt och om främmande sakrätt. Dessutom görs även ett försök att vara pedagogisk. Därför hamnar det «komparativa» ödmjukt inom citationstecken. Om man vill se texten som potentiellt undervisningsmaterial, så är avsnitt 2 främst avsett för lärarna. Det följs av det omfattande seminariematerialet till studenterna i avsnitt 3. I avsnitt 4 följer «läraranvisningarna». Innehållen i avsnitt 3 och 4 presenteras inledande i respektive avsnitt.

Reforms? Ed by Wolfgang Faber and Brigitta Lurger, EdinLR 2009 s. 169–170; *Göranson, Ulf*, Ogiltighet i sakrätten – svag ogiltighets genomslagskraft mot medkontrahents singulärsuccessor, Uppsala 1984; *dens.*, Traditionsprincipen – de svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning, Uppsala 1985; *Hessler, Henrik*, Allmän sakrätt: om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, Stockholm 1973; *Husa, Jaakko*, A New Introduction to Comparative Law, Oxford och Portland, Oregon 2015; *Håstad, Torgny*, Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl., Stockholm 1996 (med supplement mars 2000); *Martinson, Claes*, Bokanm. Johan Sandstedt, Sakrätten Norden och Europeiseringen – Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism, Jure förlag 2013, SvJT 2014 s. 662–672; *dens.*, 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; *Millqvist, Göran*, Sakrättens grunder, 7. uppl., Stockholm 2014; *Sandstedt, Johan*, Om avtalsrättslig ogiltighet, sakrättsliga anspråk, preskription och hävd, JT 2003–04 s. 376–389; *dens.*, Sakrätten, Norden och europeiseringen – Nordisk funktionalism möter kontinental substantialism, Stockholm 2013; *Vliet, Lars van*, Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law, ERPL 2003 s. 342–378.

<sup>1</sup> Om man försöker begränsa sig till de senaste åren (med ett undantag) kan följande arbeten nämnas: *Mellqvist* i SvJT 2010 s. 217–244 och i FS Håstad, Uppsala 2010 s. 571–589, diskussionerna i SvJT 2013 nr. 10 (*Mattsson, Vargö, Gregow* och *Myrdal*), SvJT 2015 nr. 4 (*Lindskoug* om säkerhetsöverlåtelse och *Mattsson* och *Matz* om SOU:n), *Lindskoug* i TFR 2015 nr. 2. *Martinson* har behandlat temat i Insolvensrättsligt forum 2013. Det nyaste bidraget är *Andreasson, Jens/Faber, Wolfgang/Gangopadhyay, Shubhashis/Martinson, Claes/Sjögren, Stefan*, Prioritet för köpare – en fråga om tradition eller princip?, SvJT 2015 s. 709–748. Avslutande följer undantaget i form av *Göranson*, Traditionsprincipen.

## 2. Några inledande ord om vår sakrätt och våra särdrag

### 2.1 Vår sakrätt

Sakrätten som kollisiondisciplin är mer komplicerad än avtals- eller obligationsrätten i det att den involverar flera personer (eller anspråk). *Hesslers* A-B-C-schema är i varierande grad av sofistikerad en del av de sakrättsliga skildringarna; A betecknar det äldre och C det yngre anspråket och i mitten befinner sig B, som är «*boven i det sakrättsliga dramat*».<sup>2</sup>

Rättskällebildningen är fragmenterad. Medan fastighetsrätten har en tämligen heltäckande reglering i JB, så är lösejendomsrätten endast rudimentärt reglerad genom spridda lagar. Lagarna är inte alltid lätta att förstå, exempelvis p g a att de ger ett mer långtgående skydd för en part än de oskrivna sakrättsliga grundsatserna, men utan att grundsatserna nämns i lagen, som t.ex. RedL, eller att de innehåller specialregler för ett visst egendomsslag, när huvudregeln som har utvecklats i rättspraxis har tätt sig obillig; VirkesL är ett sådant exempel. Dessutom är vissa lagar gamla och har ett arkaiskt språk. Rättspraxis och med tiden även doktrinen är centrala rättskällor.

Sakrätten har dessutom kommit att utvecklas till ett rättsområde med ett särskilt perspektiv, kollisionsperspektivet. Det dynamiska skyddet och de två huvudfrågorna om borgenärsskydd och omsättningskydd står i centrum. Med detta perspektiv har sakrätten också en tydlig koppling till exekutionsrätten.

I tillägg måste det påpekas att sakrätten under längre tid har varit extremt nationell – och i hög grad fortfarande är det. Även det nordiska samarbetet har varit extremt begränsat på sakrättens område och de spår som finns är främst att se som biprodukter till avtals- eller fordringsrättslig lagstiftning, som t.ex. SkbrL och KommL. Blickar utåt och komparativrättsliga försök har först aktualiserats under senare år. Europeiseringen och DCFR är givetvis viktiga faktorer och från senare år kan man notera att sakrätten har fått en egen Casebook<sup>3</sup> och en egen tidskrift.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> *Hessler*, Allmän sakrätt s. 9. I kollisionsschemat där A-anspråket med hans ord «är äganderätt» (*Hessler*, a a s. 68) förekommer tre olika A-anspråk (A-I = det allmänna fallet av äganderätt för A (men B har stulit, eller funnit A:s egendom, eller besitter den utan stöd i ett avtal om överlåtelse); A-II = A har överlåtit till B men har återkrav (p g a ogiltighet, hävning eller återvinning); A-III = A har förvärvat från B) och tre olika C-anspråk (C<sup>1</sup> = äganderättsförvärv; C<sup>2</sup> = förvärv av särskild rätt; C<sup>3</sup> = konkurs- eller utmätningsborgenärer).

<sup>3</sup> Erp, Sjef van/Akkermans, Bram (Eds.) *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford och Portland, Oregon 2012.

<sup>4</sup> *European Property Law Journal (EPLJ)*. Se även *European Review of Private Law (ERPL)*.

Åtminstone i teorin ser sakrättsområdet en aning annorlunda ut än under min studietid, även om de konkreta och rättsligt bindande inslagen är få och endast ett fåtal personer från nordiskt håll har deltagit i diskussionerna.<sup>5</sup> Litteraturen är än så länge i det närmaste opåverkad, även om man kan hitta vissa spår – och i lärobokslitteraturen konstateras dessutom att «[m]ycket forskning krävs på detta område».<sup>6</sup>

## 2.2 Våra främst sakrättsliga särdrag, komparativt sett

Att närma sig ett område «komparativt» kan ske på många olika sätt och med olika ambitionsnivå. Man kan lägga märke till olika slags likheter och skillnader, t.ex. att en traditionsprincip kan vara uttryckligen lagfäst i andra länder medan vår traditionsprincip framgår av rättspraxis och ursprungligen byggde på konstaterandet att en LKL-registrering av köpet inte hade skett.<sup>7</sup> Vi kan följaktligen se tydliga skillnader på rättskällennivå och samtidigt förmodade likheter avseende konkreta resultat.

Det är lätt att förledas av både antagna likheter och skillnader. Såväl *false friends* som *false enemies* existerar. De antagna likheterna kan dessutom vara förrädiska av en annan grund. Inte sällan kan det nämligen handla om att göra det främmande förstäligt och det sker genom en automatisk anpassning av det främmande till det egna och bekanta, till den egna juridiska världsbilden. Så sägs våra kognitiva processer fungera.<sup>8</sup> Av lärobokslitteraturen framgår att vi kan förvänta oss skillnader på sakrättens område och att

«det nordiska synsättet faktiskt [är] udda i jämförelse med andra rättssystem».<sup>9</sup>

Det är t.o.m så udda att det har antytts vara omöjligt att överbrygga skillnaderna mellan «oss» och «dem».<sup>10</sup> Som inledande hjälp måste därför några av våra särdrag framhävas.

<sup>5</sup> Deltagarna har huvudsakligen varit från Sverige. *Håstad* var expert för flera arbetsgrupper i Study Group on a European Civil Code (bok V, VII, VIII och IX), *Martinson* och *Andreasson* har varit i kontakt med Salzburg-gruppen och bok VIII och *Lilja* har varit forskare i Salzburg-gruppen och dessutom författat Sverige-rapporten.

<sup>6</sup> *Millqvist*, Sakrättens grunder<sup>7</sup> s. 21. Jag kan inte annat än att vara enig i det uttalandet.

<sup>7</sup> NJA 1924 s. 543, NJA 1925 s. 130 och NJA 1925 s. 453. Godset fanns kvar hos säljaren. Se *Göranson*, Traditionsprincipen s. 369 ff. om den s.k. Omsvängningen.

<sup>8</sup> Se nedan i avsnitt 4.4.

<sup>9</sup> *Millqvist*, Sakrättens grunder<sup>7</sup> s. 27.

<sup>10</sup> *Gretton*, EdinLR 2009 s. 169–170 (170). Uttalandet återges notvis först i avsnitt 4.4.4.

Det dynamiska kollisionsperspektivet och våra A-B-C-bilder är ett särdrag.<sup>11</sup> Skiljelinjen mellan omsättnings- och borgenärsskydd är ett annat;<sup>12</sup> vår fragmentering beskrivs gärna som en «issue-by-issue approach» och varje kollisionsfall skall lösas «on its own merits in each situation etc»;<sup>13</sup> sakrätten är följaktligen en topisk disciplin och vi strävar efter att inte låta lösningen i ett fall påverka lösningen i ett annat fall.<sup>14</sup> Hur våra regler formuleras är ytterligare ett särdrag. Enligt *Håstad* sker det på följande sätt<sup>15</sup>:

«Reglerna formuleras enkelt med rättsfakta och rättsföljder utan begreppsjuridiska omskrivningar.»

<sup>11</sup> Innehållet i A-B-C-schemat presenterades notvis i avsnitt 2.1.

<sup>12</sup> Se *Myrdal, Staffan*, Borgenärsskyddet – Om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer, Stockholm 2002 avsnitt 2.3 med rubriken «En eller flera traditions- och denuntiationsprinciper?» med en utförlig genomgång av litteraturen. Se även uttalandet i avsnittets inledning på s. 63: «Som skall visas i de närmast följande kapitlen, talar dock det mesta för att man skall betrakta reglerna om borgenärs- respektive omsättningskyddet som två olika regelkomplex.» *Millqvist*, Sakrättens grunder<sup>7</sup> s. 16 och 18 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 omsättningskyddet 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 omsättningskydd 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.» Notan har utelämnats i det andra citatet.

<sup>13</sup> *Håstad, Torgny*, Derivative Acquisition of Ownership of Goods, ERPL 2009 s. 725–741 (725) och *dens.*, General Aspects of Transfer and Creation of Property Rights including Security Rights, i *Drobnig, Ulrich/Snijders, Henk J./Zippro, Erik-Jan* (ed.), Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market, München 2006 s. 37–44 (39).

<sup>14</sup> Se *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom<sup>6</sup> s. 212 om omsättningskyddsargumentation i ett borgenärsskyddsfall: «Det förefaller egenartat att han skall gå miste om borgenärsskydd på grund av att han inte i eget intresse förebyggt en efterföljande överlåtelse som i det enskilda fallet inte inträffat.» Se ännu tydligare i *Martinson*, EPLJ 2014 s. 280–284 (282) och med fokus på att framhäva våra särdrag: «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.»

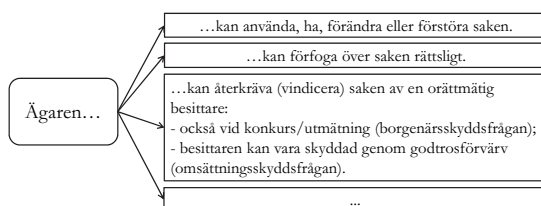
<sup>15</sup> *Håstad, Torgny*, Nordiska önskemål vid en integration av säkerhetsrätten, i *Tuominen, Salla* (Red.), Civilrättens integration ur nordisk synvinkel, Helsingfors 2001 s. 49–73 (53). Direkt före citatet uttalar han även följande: «Den nordiska sakrätten kännetecknas av en hög grad av rationalitet. Diskussionen är för det mesta praktisk och rättsekonomisk.»

Det anförda överensstämmer med *Millqvists* beskrivning, dock utan «rättsjämförande» kritik.<sup>16</sup> Och vi ser och löser dessutom de sakrättsliga problemen genom dessa rättsfaktum-rättsföljd-bilder.

Äganderättens betydelse, eller snarare icke-betydelse, för kollisionsspektivet är ett annat viktigt särdrag. *Martinson* har nyligen uttalat följande om just den frågan<sup>17</sup>:

«När det dessutom är så att substantialisten använder begreppet 'äganderätt' som primärt och centralt i sitt tänkande, samtidigt som funktionalisten ser detta begrepp som innehållslöst och relativt, drabbas kommunikationen lätt av kortslutning.»

Även i DCFR är äganderätten central. DCFR VIII. – 1:202 kan presenteras med följande bild.



Föreskriften kan tyckas okomplicerad ur ett nordiskt perspektiv. Vi skyddar ju också äganderätten.<sup>18</sup> Men, som *Millqvist* konstaterar<sup>19</sup>:

«[R]ättsteoretiskt föreligger det en skillnad mellan att ta sin utgångspunkt i en definition av detta slag då en konkret tvistefråga ska besvaras respektive att istället gå direkt på det saken gäller.»

Men, invänder då de andra, vad är det då saken gäller, om det inte är äganderätten? Och den frågan brukar det vara svårt att svara övertygande på. Att försöka gå till botten med äganderättsfrågan kan man säkerligen använda ett

<sup>16</sup> Se *Millqvist*, *Sakrättens grunder*<sup>7</sup> s. 27. För de olika egendomsslagen beskriver reglerna rättsfakta (sakrättsmoment) och rättsföljd (omsättningsskydd och/eller borgenärsskydd).

<sup>17</sup> *Martinson*, SvJT 2014 s. 662–672 (663). Och enligt *Hästad*, *Sakrätt avseende lös egendom*<sup>6</sup> s. 23 och *Millqvist*, *Sakrättens grunder*<sup>7</sup> s. 26 kan äganderätten endast definieras negativt.

<sup>18</sup> Se t.ex. *Millqvist*, *Sakrättens grunder*<sup>7</sup> s. 28 not 17 med återgivande av *Undéns* beskrivning av äganderätten.

<sup>19</sup> *Millqvist*, *Sakrättens grunder*<sup>7</sup> s. 28.

par hundra sidor på, så det är bara att ge upp i detta sammanhang. En illustration av skillnaderna kommer förhoppningsvis att visa sig i detta bidrag.

Det som har presenterats här rör skillnaden mellan två än så länge namnlösa modeller.<sup>20</sup> I nationell rätt kan bilden givetvis vara varierad och den kan t.o.m innehålla främmande felaktigheter, såsom exempelvis äganderättens övergång i 23 § KommL eller ägaren i GtFL. Även bland juristerna kan renlärigheten och medvetenheten om den egna rättstraditionen variera. De som från svenskt håll på något sätt har deltagit i DCFR eller varit i kontakt med projektet kan räknas till den medvetna skaran.<sup>21</sup> De har mött något väsensskilt som är svårt att förstå och de har upplevt kommunikationsproblemen. De – och jag – framhäver då också aspekter som tycks utmärka vår rättstradition i jämförelse med de andra och det är aspekter som vi normalt inte behöver fundera över i vårt vanliga juristsamtal.

### 3. Tre seminarier om ogiltighet och sakrätt

I det följande presenteras en text med både vetenskapliga och pedagogiska ambitioner. Det sker i form av tre seminarier med stigande svårighetsgrad. Temat är ogiltighet och sakrätt, närmare bestämt vilken betydelse ett avtals ogiltighet i A–II-B-relationen har för C och de möjliga kollisionerna med A–II. Det handlar ur ett svenskt perspektiv huvudsakligen om frågorna om omsättnings- och borgenärsskydd. Frågorna behandlas normalt var för sig utan en sammankoppling. Att göra på det sättet är en del av vår vanliga fragmentering. Enligt den skall som nämnts en lösning av den ena kollisionen sakna betydelse för lösningen av den andra kollisionen. Därför skall de inte blandas samman med varandra.

Det första seminariet behandlar de svenska lösningarna. Det följs av ett seminarium om lösningarna och lösningsmetoden enligt DCFR. Det skall ge en kontrastbild till den svenska sakrätten. Dessa två seminarier används sedan för att besvara frågorna ur ett mer komparativt perspektiv med hänsyn till vissa grundläggande frågeställningar i den komparativrättsliga sakrättsdiskursen – och den kan upplevas som alienerande. DCFR-seminariet kan förhoppningsvis mildra chocken en aning.

<sup>20</sup> Namn får de officiellt först i avsnitt 4.1., men namnen framgår å andra sidan redan i *Martinsons* uttalande strax ovanför.

<sup>21</sup> Det handlar om *Håstad, Martinson, Andreasson* och *Lilja*. På vilket sätt de har haft kontakt med DCFR nämndes notvis i avsnitt 2.1.

### 3.1 Ett inledande seminarium: lösningarna enligt svensk rätt

#### 3.1.1 Inledning

I undervisningen vid Juridicum vid Stockholms universitet behandlas som nämnts omsättningskyddet och borgenärsskyddet vid olika undervisnings-tillfällen och även i läroboken skildras de i olika kapitel. Ogiltigheten skildras därför inte samlat. Här blir upplägget följaktligen ett annat. Här står ogiltig-heten i centrum.

Det händer ju emellanåt att ett överlåtelseavtal mellan A och B kan ogiltigförklaras med hänsyn till fel i avtalsmekanismen och att A (enligt *Hesslers* schema A–II) vill ha tillbaka godset, särskilt när B ännu inte har betalat. Givetvis kan olika sakrättsliga kollisioner uppstå med olika C-anspråk. Det kan handla om någon som tror sig ha förvärvat godset (C<sup>1</sup>) eller ha fått en säkerhetsrätt upplåten i godset (C<sup>2</sup>), eller om B:s borgenärer (C<sup>3</sup>). Vi har följaktligen tre olika kollisioner, som skall få sina lösningar. Det är hanterbart.

Nordisk rätt och nordisk sakrätt är fragmenterad och med en motsvarande fragmenterad blick kan man bl.a. göra skillnad på de olika exekutionsformerna och minst komma upp i fyra olika kollisioner och sedan utöka antalet anspråk på A-sidan genom att göra skillnad på de olika ogiltighetsgrunderna. Möjligtvis är vi nu uppe i någonstans mellan 20 och 30 olika kollisioner, som var och en skall ha sin egen lösning med beaktande av de intresen som skall vägas mot varandra i de olika fallen. Kanske skall man även beakta de olika fallens särskilda omständigheter och därtill även ta hänsyn till de inblandade parterna, d.v.s om de exempelvis är konsumenter, privatpersoner eller näringsidkare.<sup>22</sup> Någonstans hamnar man i fragmentering *ad absurdum*. Systematisering behöver följaktligen inte vara av ondo. Och inte en viss sakrättslig fyrkantighet heller.

#### 3.1.2 En halvbekant början: vi fokuserar på resultatet

Nu över till de mer konkreta svaren. I *omsättningskyddskollisionen* mellan A–II och C<sup>1</sup> handlar det om frågan huruvida GtFL är tillämplig på den senares förvärv eller inte. Lagtexten ger inget entydigt svar på ogiltighetsfrågan, men däremot förarbetena. Av propositionen framgår följande<sup>23</sup>:

<sup>22</sup> Se t.ex. NJA 2012 s. 391. Den normala bedömningen av vad som utgör dröjsmål med avskiljande enligt RedL gäller också när en privatperson vid ett enstaka tillfälle innehaft medel för familjemedlemmars räkning.

<sup>23</sup> Prop. 1985/86:123 (Om godtrosförvärv av lösöre) s. 19.



«Bestämmelserna i lagen är tillämpliga också i fall när den som disponerar över egendomen har kommit över den genom en rättshandling som av ett eller annat skäl är ogiltig, t. ex. om han har förvärvat egendomen från en omyndig eller en konkursgäldenär eller om hans förvärv är ogiltigt enligt 3 kap. avtalslagen.»

Angående A–II–C<sup>2</sup>-kollisionen kan hänvisas till 8 § GtFL. Panträtten behandlas på motsvarande sätt som äganderätten. Ett godtrosförvärv krävs följaktligen för både C<sup>1</sup> och C<sup>2</sup>.

*Borgenärsskyddskollisionen* mellan A–II och C<sup>3</sup> har i sin renodlade form behandlats av HD ett fåtal gånger i modern tid. I NJA 1985 s. 178 gjorde A–II gällande att leveransavtalet till B var ogiltigt med stöd i 30 § AvtL, subsidiärt enligt 33 § AvtL och i sista hand enligt 36 § AvtL eller förutsättningsläran och att han därför hade separationsrätt i B:s konkurs. Efter att ha underkänt de första två grunderna, valde HD att tillämpa förutsättningsläran före 36 § AvtL, eftersom avtalets ogiltighet gjordes gällande. HD fann att avtalet var ogiltigt och att A–II hade separationsrätt. I bilbytesmålet NJA 1995 s. 162 hade B fällts för bedrägeri mot A–II i samband med bilbytet och A–II hade dessutom fått avtalet ogiltigförklarat genom tredskodom. Innan dess hade Riksskatteverket och några enskilda borgenärer begärt utmätning i bilen hos B. Riksskatteverket, KFM och HovR var av uppfattningen att A–II skulle ha anhängiggjort sin talan före utmätningen för att ha borgenärsskydd. HD kom till motsatt slut.

Man skulle i denna del kunna presentera svaren på de två frågeställningarna på följande sätt:

- Om avtalet mellan A och B är ogiltigt, så måste C göra ett godtrosförvärv för att vara skyddad mot A.
- Om avtalet mellan A och B är ogiltigt, så har A borgenärsskydd.

Det är viktigt att avslutande påminna om att det handlar om två separata svar på två separata frågor. I litteraturen skildras frågorna som påpekats normalt också i olika avsnitt. På det här stället handlar det än så länge inte om några förklaringar eller motiveringar. Men vi kan konstatera att det i varje fall inte handlar om en fragmentering *ad absurdum* – åtminstone inte än så länge.

### 3.1.3 Nästa steg: att bunta ihop lösningarna

Ovan visades hur frågeställningarna kunde fragmenteras, så att hänsyn kunde tas till en mängd olika intresseavvägningar och på så sätt leda till ett

lämpligt resultat för det enskilda fallet. Sådana bilder har även sitt stöd på vissa håll i litteraturen. Framtida rättspraxis kan måhända visa en sådan fragmentering.

En sådan splittrad bild, som dessutom mest består av vita fläckar, är dock svår att förmedla och leder nog mest till innötning av utantillkunskap med de fragmenten som tycks ha fått ett svar. Man vet inte varför svaret blir som det blir, eftersom man inte har något att hänga upp svaret på och kort tid efter tentamen är nog de olika fragmenten glömda. Kan man istället gå åt andra hållet och samla lösningarna, så har man troligtvis gjort en pedagogisk vinst.

Man skulle här kunna samla lösningarna och tala om en sakrättsligt verkande ogiltighet. Ogiltighet säger i sig inte så mycket; den är ju som utgångspunkt en *inter partes*-fråga mellan A–II och B, men om man lägger till orden sakrättsligt verkande eller kanske bara sakrättslig, så har man givit en orientering om ogiltighetens tredjemansverkan, d.v.s gentemot C<sup>1</sup>, C<sup>2</sup> och C<sup>3</sup> – och det kan vara en pedagogisk krok att hänga upp tanken på.

### *3.1.4 En fortsättning: vi fokuserar på hur lösningarna motiveras och presenteras – och på litteraturen*

I *omsättningskyddsfrågan* uttalar GtFL:s förarbeten som påpekats att lagen är tillämplig på ogiltighetsfallet. Men var och hur görs det? Konstaterandet presenteras i samband med lagtextens besittningsrekvisit och frågan om hur B fick besittning till godset. Och det kan ha skett genom ett ogiltigt avtal. Enligt förarbetena tycks det följaktligen inte handla om en fråga om äganderätt, för då hade uttalandet kopplats till ägarrekvisitet. Ytterligare en aspekt är intressant. Förarbetena presenterar en rättsfaktum-rättsföljd-bild: lagen är också tillämplig om B:s förvärv har skett genom ett ogiltigt avtal.

Lagtexten i 2 § 1 st. GtFL presenterar däremot en annan bild.

«Har någon förvärvat lösöre genom överlåtelse från någon annan som hade egendomen i sin besittning men varken var ägare till den eller behörig att förfoga över den på det sätt som skett, får förvärvaren äganderätt till egendomen, om han har fått den i sin besittning och var i god tro.»

Om man studerar lagtexten noggrant kan man notera att lagtexten faktiskt nämner en ägare. Lagtexten innehåller följaktligen icke-ägaren B (och därmed även ägaren A–II). Ägaren är här ett mellanbegrepp och själva lagtexten presenterar följaktligen inte en rättsfaktum-rättsföljd-bild, som ju skall vara ett av våra särdrag.

I litteraturen konstaterar *Millqvist* kortfattat att ogiltighetsfallen faller inom GtFL:s tillämpningsområde.<sup>24</sup> *Håstad* å sin sida placerar inledningsvis ogiltighetsfallet utanför GtFL genom att presentera frågan i avsnitt 7.3 under rubriken «Andra regler om godtrosvörvärv av lös egendom». Där uttalar han följande<sup>25</sup>:

«Det är klart att godtrosvörvärv i sådana fall kan ske enligt de regler som i övrigt gäller för vederbörande slag av egendom; godtrosvörvärv kan ju t.o.m ske efter stöld»

Efter citatet placerar han lösöresfallet i GtFL. Huruvida han fortfarande anser att ogiltighetsfallet omfattas av GtFL är inte helt klart i och med att stödet för uttalandet inte längre gäller.

De konkreta uttalandena i litteraturen var korta, men det kan vara intressant att notvis kasta en blick på litteraturens generella utsagor om äganderätten, som ju aktualiseras i lagtexten.<sup>26</sup> I strid med litteraturuttalanden och i strid med ett av våra särdrag kan äganderätten följaktligen vara av betydelse för en regels tillämpning. I just det här fallet kan det istället vara korrekt att som utgångspunkt definiera vem som var ägare eller icke-ägare för att kunna lösa frågan.

I *borgenärsskyddsfrågan* kom HD som nämnts fram till att A–II hade separationsrätt i NJA 1985 s. 178. I motiveringen presenterade HD den övervägande uppfattningen i litteraturen, nämligen att «den part, som vid avtals återgång har rätt att återfå individualiserad egendom som finns i behåll, i princip är skyddad mot medkontrahentens borgenärer, dvs åtnjuter separationsrätt».<sup>27</sup> Därefter nämnde HD litteraturens grännsfall och intresseavvägningen mellan A–II och C<sup>3</sup>. HD kom fram till att inga omständigheter talade emot en separationsrätt «oavsett om krav på avtalets återgång framställs före konkursutbrottet eller först därefter.» Även i NJA 1995 s. 162 hade A–II borgenärsskydd vid utmätningen mot B. Det handlade om ägarpresumtionen i UB 4:18 och A–II gjorde följaktligen också gällande att B aldrig blivit ägare p g a ogiltigheten. HD la bedrägeridomen till grund för bedömningen i

<sup>24</sup> *Millqvist*, Sakrättens grunder<sup>7</sup> s. 62 f.

<sup>25</sup> *Håstad*, Sakrätt avseende lös egendom<sup>6</sup> s. 76.

<sup>26</sup> *Millqvist*, Sakrättens grunder<sup>7</sup> s. 27: Det är «väsentligt att förstå att det inte duger med endast en hänvisning till äganderätten som motivering för en viss regeltillämpning». Se även a a s. 28. Citatet återgavs ovan i avsnitt 2.2. under bilden av DCFR VIII. – 1:202.

<sup>27</sup> NJA 1985 s. 178 (192).

målet och eftersom bedrägeri ansågs täcka svek ansåg HD det vara utrett att avtalet var ogiltigt enligt 30 § AvtL. HD förklarade följande:

«Rätten att vid ogiltighet återfå individualiserad egendom som finns i behåll får göras gällande mot medkontrahentens borgenärer och detta gäller även om kravet på återgång framställs först efter det att egendomen utmätts».

NJA 1985 s. 178 bekräftades följaktligen för utmättningsfallet, dock utan att nämnas av HD.

Att den sakrättsliga lösningen har stöd i litteraturen framgår redan av NJA 1985 s. 178. I den aktuella lärobokslitteraturen nämns domarna – och viss osäkerhet uttrycks med hänsyn till en senare HD-dom.<sup>28</sup>

Det intressanta med domarna i detta sammanhang är att HD:s lösning i båda målen är nordisk. Lösningen är en rättsfaktum-rättsföljd-bild; följaktligen nämns ingen äganderätt, som lösningen sedan kopplas till. Även omsättningskydds-bilden är huvudsakligen nordisk. Även här dominerar rättsfaktum-rättsföljd-bilden. Att GtFL gäller i ogiltighetsfallet konstateras i texten om B:s besittning, inte i samband med lagtextens «varken var ägare». Inte heller i den presenterade litteraturen förekommer en ägarkoppling i dessa två frågor. Det är några av våra särdrag. Intresseavvägningen i NJA 1985 s. 178 kan i sammanhanget också nämnas som ett särdrag.

## 3.2 Ett mellanseminarium: en undersökning av lösningarna enligt DCFR

### 3.2.1 Inledning

DCFR är ett akademiskt utkast och som helhet att se som ett förslag till en europeisk civillagbok. Utkastet ger en bild av hur resultatet kan bli när dessa frågor behandlas i ett europeiskt sammanhang. I detta sammanhang visade det sig att den nordiska minoritets-bilden, särskilt på sakrättens område, hade

<sup>28</sup> Se *Millqvist*, Sakrättens grunder<sup>7</sup> s. 94 f. Det handlar om NJA 1996 s. 410. Enligt min uppfattning är det fallet att se som ett hävningsfall i och med att frågan hade reglerats i avtalet, även om gränsen är hårfin. Hävningen skulle därför ha gjorts gällande före konkursen för att möjligtvis ge A–II borgenärsskydd. Se *Sandstedt*, JT 2003–04 s. 376–389 (386). Kritik har riktats mot domen och avgränsningen av *Hästad*, *Torgny*, Förutsättning eller kontraktsvillkor? Om separationsrätt vid felaktiga förutsättningar, FS Anna Christensen, Lund 2000 s. 157–167 och *Kihlman*, *Jon*, Förutsättningsläran – obligationsrättsliga och sakrättsliga aspekter, FS Knut Rodhe, Stockholm 1999 s. 197–210, men *Hästad* tycks senare ha accepterat avgränsningen, se *Hästad*, JT 2002–03 s. 745–777 (764 vid och i not 70).

svårt att få genomslag. Den här delen skall användas till att låta vår normalbild möta en kontrasterande europeisk bild. Den skall visa både att det finns en annan tillnärmning och dessutom hur den kan se ut.

Andra skillnader att lägga märke till är givetvis rättskällebilden. DCFR:s utkast är så omfattande, detaljerat och inte sällan även omständligt att det kan bli svårtillgängligt. *Cronbielms* motto att «[l]agen skall vara kort och bjudande»<sup>29</sup> har inte varit mottot för projektet. Men det har knappast kunnat vara det heller. Vid sidan av mångfalden bland de involverade i projektet finns det även en förnuftig grund till detta, nämligen att varje eventuell «lucka» eller otydlighet suppleras med eller tolkas i enlighet med vad som framstår som logiskt och förnuftigt. Kompletteringen eller tolkningen sker då med utgångspunkt i uttolkarens egen rätt.<sup>30</sup>

I det följande inleds med äganderättsregeln. Redan avstampet är följaktligen annorlunda. Det följs av en behandling av ogiltighetsreglerna. När det är avklarat följer behandlingen av omsättningsskyddsfrågan och borgenärs-skyddsfrågan med avslutande kommentarer.

### 3.2.2 Inledande steg: äganderätten och ogiltigheten

DCFR:s äganderätt återfinns i definitionsavsnittet, men inte som en inledande oförpliktande deskription. Istället är det en rättighet, som utifrån sin definition konkretiseras genom de efterföljande reglerna i bok VIII. DCFR VIII. – 1:202 behandlas kortfattat i lärobokslitteraturen, dock förbigås en viktig sakrättslig aspekt. Enligt den engelska originaltexten har ägaren «the exclusive right [...] to [...] recover the property». Det handlar här inte om återvinning, som råkade bli resultatet av den svenska översättningen, men inte heller om separationsrätt, som har föreslagits. En separationsrätt är nämligen kopplad till exekutionsrätten och följaktligen i enlighet med den svenska sakrättsbildens. Men i DCFR handlar det om en sakrätt som är oberoende av en exekutionssituation. Artikeln behandlar bl.a. ägarens ensamrätt att återkräva, d.v.s vindicera, egendomen. Ägarens vindikationsrätt visar sig i olika sakrättsliga sammanhang, vilket redan framgår av den presenterade bilden.<sup>31</sup> Det är en viktig aspekt.

<sup>29</sup> Här återgivet efter *Nelson, Alvar*, Offentligt språk. Anteckningar kring ord och stil, i Vänbok till Josef Zila, Uppsala 2007 s. 159–193 (169). *Cronbielm* var lagkommissionens ordförande.

<sup>30</sup> I avsnitt 4.4. berörs liknande aspekter.

<sup>31</sup> Se ovan i avsnitt 2.2.

För den egna publiken är det dessutom viktigt att påpeka att det handlar om samma äganderätt i såväl den statiska som den dynamiska situationen – och att äganderätten som påpekats dessutom spelar en central roll. Det är annorlunda än vår förståelse av hur det förhåller sig och därför viktigt att förstå.

Ogiltigheten involverar ett flertal regler i DCFR. I avtalsreglerna i II. – 7:212 finns regler om effekterna av ett ogiltigförklarande («avoidance») och de hänvisar i (2) till reglerna om obehörig vinst (DCFR bok VII) och i (3) till de sakrättsliga reglerna (DCFR bok VIII). Väl inne i bok VIII är tre föreskrifter aktuella. I VIII. – 2:202 är effekten av ursprunglig ogiltighet («initial invalidity») och efterföljande ogiltigförklaring («subsequent avoidance») sakrättsligt intressant, däremot inte övriga återgångsfall.<sup>32</sup> I det första fallet har äganderätten aldrig gått över, och i det andra fallet har den visserligen gått över, men behandlas som om det aldrig har skett. Efter behandlingen av effekten, skall man vidare till bok VIII kapitel 6, där skyddet av äganderätt och besittning är reglerat. I VIII. – 6:102 (1) framgår specialregeln om återkrav i de två ogiltighetsfallen och den förklarar att den generella återkravsrätten enligt VIII. – 6:101 (1) gäller. Och av den föreskriften framgår att «[t]he owner is entitled to obtain or recover possession of the goods from any person exercising physical control over these goods, unless this person has a right to possess the goods».

Avslutande är det värt att notera att överlåtelsen är beroende av att avtalet inte är ogiltigt, d.v.s ungefär som i svensk rätt. Men vad som skiljer är att det som inte har gått över (vid ursprunglig ogiltighet) eller behandlas som om det aldrig har gått över (vid efterföljande ogiltigförklaring) är äganderätten. Nu skall vi utreda vad det innebär för de två frågeställningarna om ogiltighet och omsättningskydd respektive ogiltighet och borgenärsskydd.

### 3.2.3 Nästa steg: att besvara frågorna om omsättningskydd och borgenärsskydd

I *omsättningskyddsfrågan* är man hänvisad till godtrosförvävsreglerna i bok VIII kapitel 3. Kapitlet innehåller endast två artiklar, men de är å andra sidan tämligen långa och tydligt kopplade till överlåtelsereglerna. Här behandlas endast den första regeln om «Good faith acquisition through a person without right or authority to transfer ownership», d.v.s VIII. – 3:101.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> De övriga återgångsfallen är utövande av ångerrätt, hävning och återkallelse av gåva. De har inte sakrättslig verkan.

<sup>33</sup> I VIII. – 3:102 regleras «Good faith acquisition of ownership free of limited proprietary rights».

Regeln är uppbyggd som överlåtelseregeln i VIII. – 2:101. Samtliga förutsättningar i den föreskriften gäller följaktligen, förutom (1) kravet på att B har rätt eller behörighet att förfoga över egendomen och (2) ett avtal om tidpunkt för äganderättsövergången; här krävs istället «delivery or an equivalent to delivery». Dessutom tillkommer ytterligare två krav: (1) förvärvet måste ha skett mot vederlag och (2) C:s goda tro avseende B:s avsaknad av rätt eller behörighet.

Ytterligare några aspekter förtjänar ett omnämmande. Som huvudregel är godtrosvärv uteslutet efter stöld. Som undantag gäller ett förvärv «in the ordinary course of business». För kulturföremål är godtrosvärv helt uteslutet. Med tanke på den moderna näthandeln uppställs dessutom inte ett krav på B:s besittning. Det som idag anses vara legitimationsskapande är att B kan se till att varan levereras till C, inte att C har observerat varan hos B.<sup>34</sup>

Nu över till den konkreta frågan. Regeln kräver att B saknade rätt eller behörighet att förfoga över varan, d.v.s att han inte var ägare.<sup>35</sup> Det är kopplat till det ovan behandlade. Om avtalet mellan A–II och B är ogiltigt, så är inte B ägare eller så behandlas han som om han inte var ägare.<sup>36</sup> Godtrosvärvsregeln är följaktligen tillämplig i detta fall.

*Borgenärsskyddsfrågan* har i princip redan behandlats. Via äganderätsartikeln (VIII. – 1:202) hamnar man i föreskriften om ogiltighetens effekt (VIII. – 2:202) och från den tar man sig till föreskriften om återkrav i samband med ogiltighet (VIII. – 6:102 (1)) för att i normalfallet slutligen hamna i VIII. – 6:101 (1). Ägaren, d.v.s A–II, har rätt att erhålla eller återkräva besittningen till egendomen. Och det är en rätt som även gäller i «the defendant's insolvency.»<sup>37</sup> Att ägaren har borgenärsskydd framgår ännu tydligare i kommentaren till äganderätsartikeln.<sup>38</sup>

*Avslutande* kan det konstateras att om man ser till annat än just resultatet för de två frågeställningarna, så har en tydligt annorlunda bild visats. Rätts-

<sup>34</sup> PEL/Acq s. 893 (Comments nr. 11).

<sup>35</sup> PEL/Acq s. 890 (Comments nr. 3). Redan inledande anges ogiltighetsfallet vara ett av typfallen.

<sup>36</sup> Se PEL/Acq s. 900 (Comments nr. 32) om ogiltighet i A-B-relationen och s. 893 (Comments nr. 10) om ogiltighet i B-C-relationen.

<sup>37</sup> PEL/Acq s. 1236 (Comments nr. 24).

<sup>38</sup> PEL/Acq s. 260 f. (Comments nr. 6): «It is essential that this right is also effective as against the current holder's creditors in the latter's insolvency (right of separation) as well as against creditors of such other person who seek to enforce their claims in the property outside insolvency proceedings.» Se dessutom diskussionerna till VIII. – 2:101 i PEL/Acq s. 417 ff. (Comments nr. 21–51).

teoretiskt föreligger onekligen en skillnad, som *Millqvist* har påpekat.<sup>39</sup> I DCFR går man inte direkt på det som saken gäller och löser problemet på sina egna premisser, skulle vi kunna påpeka. Vad gäller saken då, om inte äganderätten, blir DCFR-svaret.

Äganderätten är central i DCFR bok VIII.<sup>40</sup> För båda fallen måste man därför först veta vilken verkan avtalets ogiltighet har på äganderätten, eftersom äganderätsfrågan är avgörande för om C:s förvärv sker från ägaren eller icke-ägaren B och om A–II i egenskap av ägare har borgenärsskydd eller om han är en icke-ägare utan borgenärsskydd. Det handlar om två olika frågor, men båda är kopplade till äganderätsfrågan. De presenteras följaktligen inte som rättsfaktum-rättsföljds-bilder och blir heller inte lösta på det sättet i och med att mellanbegreppet äganderätt är en central del av bilden.

- Om avtalet mellan A–II och B är ogiltigt, så är A–II ägare och kan därför återkräva saken. Återkravsrätten gäller såväl mot B:s borgenärer C<sup>3</sup> (borgenärsskyddsfrågan) som mot förvärvaren C<sup>1</sup> (omsättningskyddsfrågan), men sistnämnde kan vara skyddad genom reglerna om godtrosvärv.

### 3.3 Ett avslutande seminarium: att delta i den komparativrättsliga sakrättsdiskursen

#### 3.3.1 Inledning

En svensk seminarieövning har genomförts och ett modernt DCFR-seminarium. På det här stället skall vissa sakrättsliga grunder diskuteras med ett någotsånär «komparativt» perspektiv. Det handlar fortfarande bl.a. om ogiltighet och sakrätt och om att försöka besvara frågan om hur svensk rätt förhåller sig till några komparativrättsliga grundfrågor.

Det handlar här om frågan om vi har ett abstrakt eller ett kausalt överlåtelssystem. Temat anses vara en viktig grundfråga och får en del utrymme i PEL/Acq och det fanns redan med i den första upplagan av boken *Towards*

<sup>39</sup> *Millqvist*, *Sakrättens grunder*<sup>7</sup> s. 28. Citatet återfinns i avsnitt 2.2.

<sup>40</sup> Se PEL/Acq s. 259 (Comments nr. 1): «This Article defines the right of 'ownership', this virtually being the most central term in the whole Book. The rule, therefore, defines what is transferred or otherwise acquired, and to what the means of protection provided by VIII. – 6:101 (Protection of ownership) relate. The definition is in fact used throughout the DCFR (see the list of definitions) but this is the obvious place to express it in the model rules. Adopting a definition in Book VIII is also important to make the effects of the subsequent Chapters understandable.»



a European Civil Code från 1994.<sup>41</sup> Syftet med det här seminariet är att använda materialet och kunskaperna från de tidigare seminarierna för att besvara frågorna; det första seminariet hjälper oss med grundmaterialet till det svenska svaret; det andra seminariet hjälper oss att förstå frågorna i en komparativ kontext för att kunna ge ett någotsånär fullständigt svar och samtidigt kunna förstå skillnaderna och därmed begränsningarna i det svenska svaret.

I PEL/Acq uttalas bl.a. följande om denna grundfråga<sup>42</sup>:

«The principle of abstraction is employed in German law and, following this model, in Greece and Estonia. The other European countries can be said to employ a causal transfer model, although the question is not identified as a particular issue in all legal systems.»

Det möjliga svaret kan bli att svensk eller nordisk rätt liknar den ena eller den andra principen mer eller mindre. I det här seminariet smygs dessutom en hel del nya ord in. Abstraktionsprincip och kausalitetsprincip är bara två av dem.

### 3.3.2 *Abstraktionsprincip, kausalitetsprincip och Norden*

Frågan om en kausalitets- eller en abstraktionsprincip berör den sakrättsliga överlåtelsen och överlåtelsens relation till det obligationsrättsliga avtalet. Redan inledningsmeningen låter främmande och säkert också omodern. Det är ett tema som knappt diskuteras i nordisk teori, åtminstone inte på det sätt det skall göras nu. I DCFR-relaterad nordisk litteratur förekommer terminologin, men bortsett från det är den sällsynt.<sup>43</sup> Däremot är den ett återkommande tema i den internationella komparativrättsliga litteraturen.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> PEL/Acq främst s. 454 ff (Comments nr. 82 ff.); *Drobnig, Ulrich*, Transfer of Property, i Hartkamp, Arthur S./Hesselink, Martijn W./Hondius, Ewoud H./Mak, Chantal/du Peron, C. Edgar (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 4. uppl., Nijmegen 2011 s. 1003–1023 (1015 ff.). Bidraget har varit med i samtliga upplagor och i den nyaste versionen beaktas även lösningarna enligt DCFR. På engelska, se även *Füller*, *The German Property Law and its Principles* s. 197–215 (200 ff.).

<sup>42</sup> PEL/Acq s. 454 (Comments nr. 82).

<sup>43</sup> *Göranzon*, Ogiltighet i sakrätten s. 70, *Forssell*, Tredjemansskyddets gränser, bl.a. s. 16, 44, 52, 54 ff. och 92 ff. *Forssell* är till skillnad från *Göranzon* kritisk, vilket bl.a. framgår i sammanfattningen på s. 92 ff. Från något äldre litteratur kan även hänvisas till *Bramsjö, Sven*, *Om avtals återgång*, Lund 1950 s. 116 ff.

<sup>44</sup> Vid sidan av litteraturen som har presenterats ovan i avsnitt 3.1. kan hänvisas till de komparativrättsliga encyklopedierna, se *Vliet, Lars van*, *Transfer of movable property*, i Smits,

Med tanke på att det är den nordiska tillnärmningen som i sammanhanget är udda är risken stor att man missförstår vad frågeställningen handlar om och om man tror att man förstår vad den handlar om istället missförstår frågeställningens vidd. Det andra seminariet har förhoppningsvis bidragit till att minska risken för missförstånd.

I detta inledande sammanhang är det värt att påpeka att frågeställningarna nog är särskilt främmande för västnordiska jurister. För norsk del påpekas det att kategorin sakrätter inte existerar och följaktligen inte heller *numerus clausus*, en delningsprincip, ett sakrättsligt avtal, eller en diskussion om kausalitet eller abstraktion.<sup>45</sup>

### 3.3.3 Abstraktionsprincipen och kausalitetsprincipen – en kort beskrivning och jämförelse

Abstraktionsprincipen är som utgångspunkt en tysk företeelse och den koppas dessutom samman med delningsprincipen. Kort förklarad kan det beskrivas på följande sätt.<sup>46</sup> I tysk rätt skiljer man i enlighet med delningsprincipen (*Trennungsprinzip*) på det obligationsrättsliga och det sakrättsliga avtalet. Uppdelningen i obligationsrätt och sakrätt är i överensstämmelse med den Historiska skolans förståelse av den romerska rätten, men den är även en förutsättning för abstraktionsprincipen (*Abstraktionsprinzip*). De två avtalen är abstrakta i förhållande till varandra. Det ena avtalets eventuella ogiltighet påverkar därför inte det andra avtalets giltighet. Abstraktionsprincipen blir i sin tur en förutsättning för delningsprincipen i och med att den bidrar till att upprätthålla den tydliga dikotomin sakrätt-obligationsrätt. Abstraktions-

Jan (Ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham – Northampton 2006 s. 730–737 (730 f.) och *Erp, Sjef van*, *Comparative Property Law*, i Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006 s. 1043–1070 (1060 f.). Se även *Bartels, Steven*, *An Abstract or a Causal System*, i Faber, Wolfgang/Lurger, Brigitta (Eds.), *Rules for the Transfer of Movables: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, München 2008 s. 59–67 och *Vliet, Lars van*, *Transfer*, i *Erp, Sjef van/Akkermans, Bram* (Eds.) *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford and Portland, Oregon 2012 s. 823 ff.

<sup>45</sup> PEL/Acq s. 515 (Notes nr. 35): «Since Norwegian law does not categorise rights as proprietary and it does not acknowledge a *numerus clausus* principle, the principle of separation between the underlying obligation and the transfer agreement is not applicable; the very concept of a real agreement is deemed to be redundant. For the same reasons, there can be no discussion of a causal or abstract system, since there is no difference between the 'obligation' and the right.»

<sup>46</sup> Se t.ex. *Füller*, *The German Property Law and its Principles* s. 197–215 (200 ff.).

principen är inte lagfäst i den slutgiltiga BGB-versionen, men var uttryckligt reglerad i tidigare utkast. I 929 § 1 st. 1 men. BGB, den grundläggande överlåtelseföreskriften, uppställs endast ett krav på överenskommelse (*Einigung*) och överlämnande (*Übergabe*), men däremot inte ett krav på ett giltigt (obligationsrättsligt) avtal.<sup>47</sup> I den tyska kontexten har det tolkats som att ett giltigt obligationsrättsligt avtal inte behövs – och en sådan tolkning har givetvis sitt stöd i en teori om en abstraktionsprincip. En svensk tolkning av regeln i en svensk kontext hade troligtvis lett till ett annat resultat.

Kausalitetsprincipen är mindre komplicerad. Man behöver inte skapa en tydlig skillnad genom att tala om en delningsprincip. Men om man gör det kan man tala om *titulus* och *modus* och *iusta causa traditionis*. *Titulus* och *modus* innebär en delning. En överlåtelse kräver en giltig grund och tradition. Sistnämnda behöver dock inte vara fysisk. *Iusta causa traditionis* förklarar att överlåtelsen kräver en rättsgrund.<sup>48</sup>

Skillnaden mellan abstraktions- och kausalitetsprincipen blir tydlig i det fall det obligationsrättsliga avtalet visar sig vara ogiltigt eller blir ogiltigförklarat. Med en kausalitetsprincip påverkar ogiltigheten även det sakrättsliga förfogandet. Överlåtaren kan följaktligen återkräva sin sak och har då även separationsrätt. Med en abstraktionsprincip förblir däremot det sakrättsliga förfogandet opåverkat av det obligationsrättsliga avtalets ogiltighet. Samtidigt innebär det att överlåtelsen har skett utan rättsgrund och därför skall återgå med stöd i reglerna om obehörig vinst, se t.ex. 812 ff. §§ BGB. Det handlar i utgångspunkten om ett obligationsrättsligt anspråk på naturalrestitution och det är inte förenat med separationsrätt.

### 3.3.4 *Borgenärsskyddsfrågan, omsättningskyddsfrågan – och dessutom äganderätten*

Det nu presenterade rör till att börja med *borgenärsskyddsfrågan* och den behandlas följaktligen olika. Gäller kausalitetsprincipen, så har äganderätten inte gått över och överlåtaren har därför borgenärsskydd. Gäller däremot abstraktionsprincipen, så har äganderätten gått över och överlåtaren saknar därför borgenärsskydd.

<sup>47</sup> Se t.ex. *Wieling, Hans Josef*, Sachenrecht, Vol. I, 2. uppl., Berlin Heidelberg 2006 § 1 III 4 c) (s. 42).

<sup>48</sup> *Vliet*, Iusta Causa Traditionis, ERPL 2003 s. 342–378 (342 ff. om *iusta causa* och 361 ff. om *titulus* och *modus* och om *Savigny*). Se även kortfattat i *Forsell*, Tredjemansskyddets gränser s. 14 och 74 om *titulus* och *modus*.

I det komparativa sammanhanget handlar det om äganderätten och till mellanbegreppet äganderätt är andra frågor kopplade; i sakrättsligt avseende gäller det främst *omsättningskyddsfrågan*, d.v.s frågan om ett godtrosvörvärv krävs för att skydda C. Om kausalitetsprincipen gäller, så har C:s förvärv skett från icke-ägaren B. För skydd krävs därför ett godtrosvörvärv. Om istället abstraktionsprincipen gäller, så har C:s förvärv skett från ägaren B. Det är ett vanligt derivativt förvärv och godtrosvörvärvsreglerna är därför inte tillämpliga på C:s förvärv.

Om man skall närma sig ett svar på om vi har en abstraktions- eller en kausalitetsprincip, så måste åtminstone både borgenärs- och omsättningskyddsfrågorna behandlas. Resultatet behöver inte bli tydligt – och arbetsmetoden förutsätter dessutom att två separata och av varandra oberoende frågeställningar skall kopplas samman.<sup>49</sup> Möjligheten finns att svaren pekar åt olika håll, d.v.s att A–II exempelvis saknar separationsrätt, men samtidigt har vindikationsrätt mot en C<sup>1</sup> i de fallen sistnämnde inte uppfyller förutsättningarna enligt Gtfl.<sup>50</sup>

### 3.3.5 *Det svenska svaret*

Frågan om abstraktion eller kausalitet är som påpekats onordisk. Spontant hade nog många nordiska jurister ansett att vi i valet mellan endast dessa två har en kausalitetsprincip och måhända stött svaret på uttalanden om vad som gäller i borgenärsskyddfallet. Det vore på sin höjd ett halvt kausalitetsprincipssvar. Det har på nordiskt sätt översett äganderättens betydelse.

För ett sakrättsligt helt kausalitetsprincipssvar behöver vi också besvara den andra huvudfrågan, nämligen den om omsättningskydd. Det är även grunden till att dessa frågor har behandlats samlat. De svenska svaren har redan presenterats. I punktform såg det ut på följande sätt:

- Om avtalet mellan A och B är ogiltigt, så måste C göra ett godtrosvörvärv för att vara skyddad mot A.
- Om avtalet mellan A och B är ogiltigt, så har A borgenärsskydd.

Var för sig och utan omnämnande om något gemensamt sammanhållande når vi fram till ett svar som tycks vara i överensstämmelse med en kausalitetsprincip.

<sup>49</sup> Det har påpekats ovan, se redan avsnitt 2.2. och i det första seminariet i avsnitt 3.1.2. *in fine*.

<sup>50</sup> Som bekant visade det sig inte förhålla sig på det sättet, se avsnitt 3.1.2. I nästa avsnitt byggs vidare på det resultatet.

Någon vill bombastiskt kanske t.o.m påstå att vi har en kausalitetsprincip. Därför finns seminarium 2 och äganderätten. Vi har två rättsfaktum-rättsföljd-svar på två separata frågeställningar, vi har inte härlett svaret från en rättighet eller ett begrepp. Vi har en topisk tillnärmning – varje problem skall som utgångspunkt bli löst för sig oberoende av lösningen på andra problem – istället för en civilistisk systematik och vi har snarare induktiva drag än deduktiva drag.

Den sista skillnaden mellan induktion och deduktion måste förtydligas något. Vi tycks nämligen kunna ge ett svar på frågan om vi har en abstraktions- eller en kausalitetsprincip. Genom konstaterandet att vi har en sakrättsligt verkande ogiltighet, som omfattar både omsättnings- och borgenärs-skyddsfallet, har vi kommit fram till en sakrättsligt hel kausalitetsprincipsbild. Induktionsgrundlaget för den sakrättsligt verkande ogiltigheten är dock endast dessa två frågeställningar; ogiltigheten ger inte ett svar på en annan frågeställning. Däremot kan mellanbegreppet äganderätt ge svar också på andra frågeställningar. De kan deduceras från äganderätten. Här visar sig följaktligen på ett mer svårfångat sätt hur vi är «udda i jämförelse med andra rättssystem», för att återigen tala med *Millqvist*.<sup>51</sup>

Kunskaps- och förståelsemässigt kan nog seminarierna steg för steg beskrivas på följande sätt: *inledande* är det förvirrande, eftersom frågan inte skulle formuleras på det sättet hos oss, om den ens skulle formuleras – och dessutom är abstraktion eller kausalitet inte en del av vår vanliga terminologi; *därefter* klarnar det och leder fram till en skenbar förståelse genom att man lägger märke till likheterna och likheterna kan vara svåra att förklara bort om man inte känner till att det finns djupgående skillnader på sakrättens område och följaktligen ett «oss» och «dem» och därtill har tagit till sig skillnaderna;<sup>52</sup> *slutligen*, om man har lyckats förstå skillnaderna förstår man förhoppningsvis vad vi svarar på och vad vi baserar svaret på när vi försöker besvara frågan om vi har en kausalitets- eller en abstraktionsprincip.

## 4. «Läroanvisningarna»

### 4.1 Inledning

På detta ställe följer «läroanvisningarna». De är i möjligaste mån befriade från synlig abstrakt teori. Men givetvis finns det en bakomliggande teoretisk

<sup>51</sup> *Millqvist*, *Sakrättens grunder*<sup>7</sup> s. 27.

<sup>52</sup> Minns uttalandena om *false friends* i avsnitt 2.2.

grund till att seminarierna ser ut som de gör. Typiskt synligt juridiskt ytnivå-material,<sup>53</sup> d.v.s lagtext, rättspraxis och förarbeten, används för att även göra de mer svårfångade skillnaderna synliga.

På det här stället kan det även vara dags att sätta namn på «oss» och «dem». Vi är *funktionalister* och de är *substantialister*.

Först återkopplas till skillnaderna mellan «oss» och «dem». Därefter följer några pedagogiska bilder med förklaringar innan en teoretisk fördjupning presenteras. I den behandlas den rättsliga normaliteten, komparativa förståelseproblem och perspektiv – och seminarieupplägget. Avslutande ges förslag på fördjupningslitteratur och vidare seminarier.

## 4.2 Om skillnaderna mellan «oss» och «dem»

Här måste det också påminnas om att redan lärobokslitteraturen har uttalat att det är vi och vår sakrätt som är «udda» i ett europeiskt sammanhang. Det handlar om stora och grundläggande skillnader – och skillnaderna har påpekats av de svenska forskarna som har försökt delta i diskussionerna eller på annat sätt varit i kontakt med DCFR-projektet. I den internationella litteraturen har de sakrättsliga skillnaderna t.o.m antyts vara oöverbyggbara.

Skillnaderna mellan funktionalismen och substantialismen har presenterats. I läroanvisningarna skall påminnas om exakt var.<sup>54</sup>

- Rättsfaktum-rättsföljd-bilden framgår av frågor och svar i avsnitt 3.1.2.
- De topiska dragen framgår av uppdelningen i litteraturen och av uttalandena i avsnitt 2.2. Svaren i avsnitt 3.1.2. följer också den uppdelningen. Dessutom finns stöd för ytterligare fragmentering i litteraturen.
- De induktiva dragen framgår av avsnitt 3.1.2. Det går att samla lösningar under en gemensam ogiltighetsrubrik i en försiktig induktion i och med att de två lösningarna som visserligen inte skall ha något med varandra att göra ändå tycks överensstämna. Däremot går det inte att med säkerhet härleda ett svar på en ny frågeställning. Svaret gäller endast för induktionsgrundlaget.

<sup>53</sup> Rättens olika nivåer och nivåernas olika kunskapstyper kan inte fördjupas här, istället får hänvisas till *Tuori, Kaarlo*, *Critical Legal Positivism*, Aldershot 2002 s. 150 ff.

<sup>54</sup> Våra särdrag framgår i hög grad redan i avsnitt 2.2. och illustreras sedan i det första seminariet i avsnitt 3.1. I slutet av avsnitt 3.3.5. framgår skillnaderna tydligt för de nu presenterade punkterna med undantag för den civilistiska systematiken.

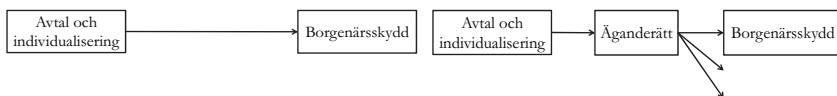
Även den kontrasterande substantialistiska bilden skall presenteras. I centrum står äganderätten och den är som påpekats även central i PEL/Acq bok VIII.<sup>55</sup>

- Härledande från rättigheter eller begrepp framgår av avsnitten 3.2.2. och 3.2.3.
- För att skildra en civilistisk systematik kan man exempelvis hänvisa till systembygget BGB. På det här stället får istället hänvisningen till DCFR-presentationen i avsnitt 3.2. räcka.
- De deduktiva dragen framgår framförallt avslutande i avsnitt 3.3.5.

Skillnaderna har presenterats i bildform i litteraturen.<sup>56</sup> Här måste det påminnas om att svartvit-bilden av skillnaderna givetvis är mer komplex än så och har sina gråa fläckar i form av otydligheter, undantag och felaktigheter. Även andra skillnader kan framhävas.<sup>57</sup>

### 4.3 Några pedagogiska bilder

På detta ställe skall några illustrationer få tjäna som pedagogisk hjälp och visa skillnaderna. Vi kan använda ett exempel från 49 § KKöpl eller 1 § i förslaget till lag om rätt till köpt lösöre i SOU 2015:18. Till *vänster* visas *den funktionalistiska rättsfaktum-rättsföljd-bilden* och till *höger* visas *regeln substantiellt formulerat*. Till äganderätten är andra rättsföljder kopplade.



Äganderätten befinner sig mellan rättsfaktum och rättsföljd och är något vi normalt inte lägger märke till med vår funktionalistiska blick. Det har illustrerats på annat ställe och måste av platsgrunder förbigås här.<sup>58</sup>

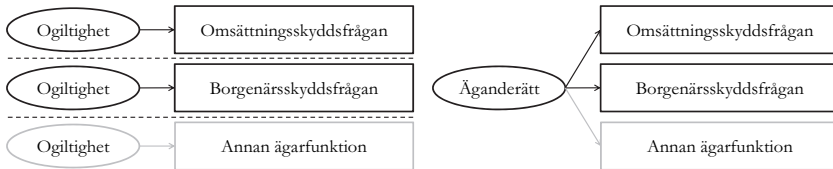
<sup>55</sup> Se uttalandet i PEL/Acq s. 259 (Comments nr. 1). Det återfinns notvis i avslutningen i avsnitt 3.2.3.

<sup>56</sup> Se *Sandstedt*, Sakrätten, Norden och europeiseringen avsnitt 3.1.4.

<sup>57</sup> Intresseavvägningarna har nämnts som ett funktionalistiskt särdrag, se avsnitt 3.1.4. angående intresseavvägningarna i NJA 1985 s. 178. Intresseavvägningar, begreppsrelativitet och konsekvensanalys har framhävts i andra sammanhang, se *Martinson, Claes*, Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom, SvJT 2008 s. 669–687 (678).

<sup>58</sup> Se *Sandstedt*, Sakrätten, Norden och europeiseringen avsnitt 3.1.4. illustration 3b. För att förtydliga skillnaden skulle man kunna låta det grå fältet vara svart i en separat bild för att framhäva hur bilden ser ut för oss.

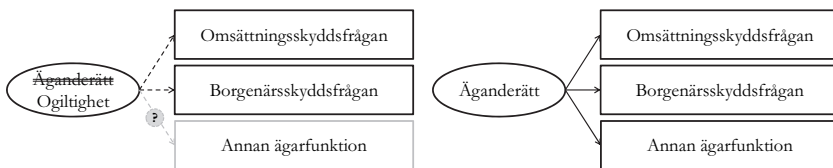
Däremot måste seminarieriens ogiltighetsfråga få ett par pedagogiska bilder för att tydligare illustrera att funktionalistens och substantialistens rättsliga bilder är olika och även visa hur de är olika. I det inledande ogiltighets-bildparet presenteras *funktionalismen* återigen till *vänster* och *substantialismen* till *höger*. Den funktionalistiska bilden kan kopplas till avsnitt 3.1. och den substantialistiska bilden till avsnitt 3.2.



För vår funktionalism har ogiltigheten visat sig ge ett direkt svar för omsättningsskyddsfrågan i form av en rättsfaktum-rättsföljd-bild och detsamma gäller för borgenärsskyddsfrågan. Svaren på de två frågorna skall ges oberoende av varandra; de är topiskt separerade. Det illustreras av den streckade linjen mellan frågeställningarna. Den undre delen av bilden har färgats grå. Den delen skall visa en frågeställning som inte ens har ställts i sammanhanget och som därtill är en frågeställning som inte ingår i vår grundförståelse. Därför skulle vi inte ens lägga märke till den. Det är topiskt sett en helt annan fråga som får besvaras om den ställs, men inte per automatik skulle sättas i samband med omsättnings- och borgenärsskyddsfrågan.

Till höger är den substantialistiska motsvarigheten. Svaren kan härledas från äganderättsfrågan och är en del av en civilistisk systematik. Även andra frågor kan härledas från äganderätten och det ingår i den substantialistiska grundförståelsen. De behöver därför inte efterfrågas explicit. Substantialisten kan ändå lägga märke till dem.

Nästa ogiltighets-bildpar kan kopplas till avsnitt 3.3.5.



I den *vänstra funktionalistiska bilden* har visserligen båda frågeställningarna kopplats till ogiltigheten; genom en induktion har vi nått fram till en sakrättsligt verkande ogiltighet. De streckade pilarna skall visa att kopplingen till



ogiltigheten finns, men inte är lika entydig och tydlig som kopplingen till äganderätten i den högra substantialistiska bilden. Tillägsfrågan om en annan ägarfunktion har nu visats, men den är gråfärgad och pilen är försedd med ett frågetecken; frågan hör möjligtvis inte ens till sakrätten enligt oss och hur den besvaras är också oklart, eftersom det troligtvis måste avgöras på egna premisser. Frågan är inte en del av grundlaget för induktionen.

I den *högra substantialistiska bilden* är dessa frågor däremot tydligt koplade till äganderätten.

#### 4.4 En aning teoretiskt om den rättsliga normaliteten, komparativa förståelseproblem och perspektiv – och om seminarieupplägget

##### 4.4.1 Några inledande ord

Utrymmesmässigt har seminarierna fokuserat mer på det främmande än det svenska. Trots det påstår jag att det har bidragit till en ökad kunskap om svensk sakrätt. Vi har fått något att jämföra med. Vi kan förklara vad som utmärker vår funktionalistiska sakrätt och hur den skiljer sig från en mer substantialistisk tillnärmning – och vi kan dessutom illustrera de teoretiska påståendena med mer jordnära uttalanden och konkreta exempel. Som biefekt har vi dessutom fått insikt i hur det skulle kunna komma att se ut om EU någon gång i framtiden skulle ge sig på sakrätten; olika sakrättsliga regler uppfattas emellanåt som hinder för den fria rörligheten av framförallt varor. I det sammanhanget är det relevant att vi tillhör den «udda» sakrättsminoriteten och följaktligen har «övertygandebördan» om funktionalismens förträfflighet.<sup>59</sup>

Temat komparativrättsliga förståelseproblem nämndes kort.<sup>60</sup> Som avslutning på seminarierna följde några antaganden om seminarieuppläggets kunskaps- och förståelseaspekter.<sup>61</sup> Där uttalades att det först ledde till förvirring, sedan till skenbar förståelse och slutligen till en mer nyanserad förståelse av frågeställningarna. Det komplicerade temat kräver ytterligare några kommentarer.

<sup>59</sup> Det sistnämnda kan tyckas vara ett banalt påpekande, men det finns faktiskt en och annan som i olika komparativrättsliga sammanhang har blivit förvånad över att de andra inte har förstått fördelarna med vår tillnärmning.

<sup>60</sup> Se avsnitt 2.2.

<sup>61</sup> Se avslutande i avsnitt 3.3.5.

#### 4.4.2 Om rättslig normalitet och komparativa förståelseproblem

Som utgångspunkt är det viktigt att framhålla att den egna normaliteten är starkt präglade, men mestadels ett namnlöst och oproblematiskt normaltillstånd i den egna diskursen. Allt oftare blir normaltillståndet problematiskt, särskilt med tanke på den tilltagande europeiseringen och givetvis även för jämförande studier. Därför måste man bli medveten om att det finns ett eget normaltillstånd och lämpligtvis även ge det en beteckning; vissa talar om etnocentrism eller mer neutralt om förförståelse och jag kallar den epistemologiska positionen för «Home Law»-perspektivet eller -paradigmet.<sup>62</sup>

Den starka präglingen påverkar våra olika informationsprocesser och man kan med stöd i den kognitiva psykologin tala om mentala modeller eller t.o.m om anticipatoriskt schema, d.v.s ett schema som går händelserna i förväg.<sup>63</sup>

I juridiskt relevant avseende kan informationsprocesserna delas upp i (1) perceptionsprocesser, (2) tankeprocesser och (3) minnesprocesser. Översatt till juridisk forskning blir frågorna i tur och ordning (1) vilket material man lägger märke till och hur det uppfattas, (2) slutledningarna avseende det främmande materialet och slutligen (3) hur man minns det främmande materialet och hur minnet av det med tiden mer och mer kan komma att anpassas till «Home Law»-paradigmet. Förvrängningar av den främmande rättsliga informationen kan ske i dessa tre processer. Nyckelord är bl.a. kognitiv assimilation, konfirmeringsbias, *disconfirmation bias*, *belief bias*, *false consensus bias*, illusorisk korrelation och olika minnesfel.

«Home Law»-paradigmet påverkar hur vi ser frågeställningarna och att vi ser just vissa men inte andra frågeställningar och sedan även hur vi analyserar dem och dessutom minns dem. Detta gäller då även hur vi lägger märke till viss främmande information och hur vi tolkar och minns den.

<sup>62</sup> Husa, *A New Introduction to Comparative Law* s. 68 ff. om «Away from Ethnocentrism» och s. 63 om Vorverständnis. Ethnocentrism är ett vanligt begrepp inom antropologin och förförståelse kopplas ofta till hermeneutiken och därmed till rättsfilosofin och den allmänna rättsläran, men båda är dessutom komparativrättsligt relevanta. Om «Home Law», se t.ex. Sandstedt, *Sakrätten, Norden och europeiseringen*, framförallt avsnitt 3.3. och 3.4.

<sup>63</sup> Om detta, se t.ex. Lundh, *Lars-Gunnar/Montgomery, Henry/Waern, Yvonne*, *Kognitiv psykologi*, Lund 1992 s. 46 ff. med vidare hänvisningar. Angående mentala modeller och schema, så kan de enklast förklaras vara mänskliga, förenklade modeller av verkligheten. Vi kan nämligen inte ta upp all existerande information.

#### 4.4.3 «Home Law»-perspektiv och främmande perspektiv

Här kan det vara på sin plats att skilja mellan studier med ett «Home Law»-perspektiv och studier med ett mer främmande perspektiv, framförallt avseende inledningen av undersökningen.

«Home Law»-perspektivet är ofta givet när man själv har formulerat studien och det påverkar vilka frågeställningar som antas vara relevanta. Studien riskerar att bli mer av ett kompatibilitetstest än en komparation och präglas kanske av en «jag-vill-ha-svar-på-den-här-frågan»-mentalitet. Risken är stor att man aldrig lämnar «Home Law»-perspektivet och att det främmande pressas in i de egna mallarna, förvrängs och missförstås, eller reduceras till pynt. Kunskaps- och förståelsemässigt riskerar utbytet att bli begränsat.

Vid en studie med ett främmande perspektiv reduceras risken för fel något. Starten kan bli annorlunda – och emellanåt t.o.m ett chockerande juridiskt kallbad. De främmande frågeställningarna och den främmande rätten kan inledningsvis upplevas som svårförståeliga eller t.o.m otillgängliga – eller kanske uppfattas som irrelevanta. Med tiden klarnar det kanske, men då måste man vara medveten om att det har klarnat med hjälp av det egna «Home Law»-paradigmet och följaktligen redan har förvrängts. Man ser likheter för att göra det främmande förståeligt och risken är stor att man i alltför hög grad endast ser de antagna likheterna. Med tiden kan man kanske så sakteliga lägga märke till en hel del skillnader och bilden blir mer nyanserad. Att försöka anlägga ett främmande perspektiv kan dessutom ha andra fördelar, t.ex. att man helt enkelt upptäcker nya frågeställningar.

För att förtydliga och sammanfatta «Home Law»-perspektivets starka prägling, så innebär det att när vi som funktionalister studerar något substantialistiskt så ser vi på det med våra funktionalistiska ögon för att göra det främmande förståeligt. Därför kommer vi mer eller mindre automatiskt att försöka omvandla det substantialistiska härledandet från rättigheter eller begrepp till rättsfaktum-rättsföljd-bilder, det som är en del av en civilistisk systematik kommer vi att se som en egen isolerad frågeställning – våra topiska drag – och av de främmande deduktiva dragen blir induktiva drag.

#### 4.4.4 Om seminarieupplägget

Här har seminarierna inte lagts upp med hänsyn till vårt «Home Law»-perspektiv, även om starten sker i det bekanta, den egna sakrätten. Istället har ett främmande perspektiv valts med beaktande av den existerande komparativa sakrättsdiskursen och DCFR.

Upplägget har förhoppningsvis kunnat fungera som ögonöppnare och bidra till att så ett frö till en jämförande mentalitet. Med det menar jag bl.a. att man kan konstatera att något är annorlunda, inte bara konstigt, och att i inledningen av jämförelseoperationen konstatera att något är mer eller mindre, inte mycket eller lite. Om något redan inledningsvis är mycket, lite eller konstigt, så beror det troligtvis på att det gäller i förhållande till vad som antas vara normalt och det är troligtvis «Home Law»-paradigmet. Så visar sig den starka präglingen igen.

Seminarierna har av bl.a. pedagogiska skäl rört sig på den synliga rättsliga ytnivån;<sup>64</sup> lagar, rättspraxis och förarbeten har använts för att illustrera mer djupliggande och ofta implicita skillnader. Det är min förhoppning att seminarieupplägget och läraranvisningarna har varit förståeliga. Om någon är av åsikten att det hela verkar enkelt eller t.o.m. avfärdar det som en banalitet som inte hade behövt problematiseras alls, så kritiserar jag hellre för det än för att ha presenterat något som så komplicerat att det är oförståeligt och av den grunden kan ses som ett misslyckande. Men då får denne eventuella någon också förklara varför de påstått oöverbryggbara skillnaderna endast var en banalitet.<sup>65</sup>

#### 4.5 Förslag på vidare litteratur och seminarier

Det finns relevant sakrättslig litteratur från senare år och den kan säkerligen tjäna som inspiration för såväl vidare seminarier som uppsatser.<sup>66</sup> Även för de

<sup>64</sup> Se hänvisningen till *Tuori* ovan i avsnitt 4.1.

<sup>65</sup> Det har tidigare hänvisats till *Gretton*, EdinLR 2009 s. 169–170 (170). Nu kan det vara på sin plats med hans avslutande ord om den försökta funktionalism-substantialism-dialogen anno 2007: «Not all gaps are bridgeable.»

<sup>66</sup> Faber, Wolfgang/Lurjer, Brigitta (Eds.), *Rules for the Transfer of Movables: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, München 2008 (bl.a. med ett bidrag av *Martinson*); PEL/Acq; Faber, Wolfgang/Lurjer, Brigitta (Eds.), *National Reports on the Transfer of Movables in Europe*, Vol. 1–6, München 2008–2011 (med det svenska bidraget av *Lilja* i Vol. 5); Erp, Sjöf van/Akkermans, Bram (Eds.) *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford och Portland, Oregon 2012; ERPL innehåller också intressanta artiklar och har vissa specialnummer om sakrätt (ERPL 2003 nr. 3), om EMD:s dom om *adverse possession* (ungefär hävd) (ERPL 2007 nr. 2) och om DCFR, bl.a. med ett bidrag av *Håstad* (ERPL 2009 nr. 4) och nu senast *Ramaekers, Eveline*, *The Development of EU Property Law*, ERPL 2015 s. 437–458. Sedan 2012 finns som nämnts även den europeiska sakrättstidskriften EPLJ. Vidare kan hänvisas till olika bidrag av *Håstad*, *Martinson*, *Andreasson* och *Lilja* – och slutligen *Sandstedt*, *Sakrätten, Norden och europeiseringen*.

komparativrättsligt intresserade finns det en hel del nyare litteratur.<sup>67</sup> Seminarierna kan ha olika inriktning och ha såväl en mer traditionellt rättsdogmatisk inledning som ett mer teoretiskt anslag. Inledningen kan också vara den omvända, men det är enligt min uppfattning önskvärt att kunna sammanlänka teori och praktik. Teoretiskt kan det handla om rättshistoriska, komparativrättsliga, tvärvetenskapliga eller rättsfilosofiska aspekter, men även om europeiseringens utmaningar – och det kan kopplas till den mer traditionella och praktiska sidan av juridiken. Några förslag:

(1) Ogiltighet i fastighetsrätten (och det berör i vissa fall troligtvis frågan om formkrav, notariesystem och verkan av registrering); (2) ogiltighet och lösningar i olika rättsordningar (det som har presenterats här är modeller, d.v.s förenklingar, som dessutom är färgade av författarnas syn på rättsområdet); (3) andras skildringar av ogiltighetens sakrättsliga verkningar;<sup>68</sup> (4) godtrosvärv och dubbel dispositioner avseende fast och lös egendom i olika rättsordningar; (5) rättshistoriskt med fokus på t.ex. *Savigny* och utvecklingen av det abstrakta sakrättsliga avtalet, eller med en blick på *iusta causa traditionis* och *titulus-modus*-läran;<sup>69</sup> (6) rättshistoriskt med en blick på äganderättens övergång i nordisk teori;<sup>70</sup> (7) rättsteoretiskt med en blick på utvecklingen av och grunderna för vår sakrätt bortom lärobokslitteraturen;<sup>71</sup> (8) rättsteoretiskt med fokus på olika grundför-

<sup>67</sup> Istället för en gammal introduktion kan det vara dags för en ny, som t.ex. *Husa*, *A New Introduction to Comparative Law* eller *Siems, Mathias*, *Comparative Law*, Cambridge 2014. Vidare kan hänvisas till två encyklopedier: Smits, Jan (Ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham – Northampton 2006 och Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006. Även här kan hänvisas till *Sandstedt*, *Sakrätten, Norden och europeiseringen* främst kap. 2–3 för det teoretiska och som tillämpning främst kap. 7.

<sup>68</sup> Finns det avvikande uppfattningar *de lege ferenda* eller *de lege lata* från det nu skildrade? *Göranson*, *Ogiltighet i sakrätten*; *Ingvarsson, Torbjörn*, *Ogiltighet och rättsföljd*, Stockholm 2012 kap. 7; *Andersson, Jan*, *Kapitalskyddet i aktiebolag*, 6. uppl., Uppsala 2010 s. 212 ff. De behandlar också bl.a. legala förbud, inte endast de traditionella felen i avtalsmekanismen. Hur skiljer de sig från det nu presenterade? Se även *Sandstedt*, *Sakrätten, Norden och europeiseringen* kap. 7.

<sup>69</sup> Se t.ex. *Vliet*, *Iusta Causa Traditionis*, ERPL 2003 s. 342–378, *Göranson*, *Traditionsprincipen* s. 51 ff. och *Forsell*, *Tredjemansskyddets gränser*.

<sup>70</sup> Se bl.a. NJM 1902, *Göranson*, *Traditionsprincipen*, t.ex. kap. 4 och s. 353 f., *Björne, Lars*, *Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del IV – 1911–1950: Realism och skandinavisk realism*, Stockholm 2007 s. 469 ff. och *Sandstedt*, *Sakrätten, Norden och europeiseringen* avsnitt 4.4.1.

<sup>71</sup> Se bl.a. *Björne, Lars*, *Den nordiska rättsvetenskapens historia, Del III – 1871–1910: Den konstruktiva riktningen*, Lund 2002 s. 252 f. och *Del IV* s. 469 ff., *Göranson*, *Traditionsprincipen*, t.ex. kap. 13, *Sandstedt*, *Sakrätten, Norden och europeiseringen*, bl.a. avsnitt 1.3.4., 4.4., 6.3., 7.2. och 7.3. Från rättsteoretiskt håll kan hänvisas till den s.k. rättighets

ståelse och metod,<sup>72</sup> rättsteoretiskt med komparativrättslig och kanske tvärvetenskaplig fokus på «Home Law»-paradigmets starka prägling och hur man hanterar stora skillnader i grundförståelse; (9) vår sak- och exekutionsrätts kompatibilitet med europarätten.

Det var endast ett litet axplock och de mer konkreta utgångspunkterna kan ges olika teoretiska inslag. Det är upp till kursföreläsaren eller läraren att avgöra. Enligt min uppfattning är det dock material, som inte endast borde intressera sakrättare. Jag hoppas att också andra delar den uppfattningen och att texten kan komma att tjäna som inspiration i olika sammanhang.

debatten, *Ross, Alf*; Tü-Tü, ScStL 1957 s. 138–153 och från senare år till *Samuelson*, t.ex. Tolkning och utfyllning: Undersökningar kring ett förmögenhetsteoretiskt tema, Uppsala 2008 kap. 7.

<sup>72</sup> *Göranson*, Traditionsprincipen, t.ex. kap. 13; *Sandstedt*, Sakrätten, Norden och europeiseringen, t.ex. kap. 2, 3 och 7 med vidare hänvisningar.