

KARL HILLGÅRD

BIDRAG TILL LÄRAN OM
SÄLJARENS STOPPNINGSRÄTT



LUND

A.-B. GLEERUPSKA UNIVERSITETS-BOKHANDELN

E-boken är publicerad av Juridiska fakulteten vid Lunds universitet 2026

eISBN: 9789190023273

DOI: <https://doi.org/37852/oblu.386>



Denna text är licensierad under CC BY-NC 4.0, Erkännande.

(Se fullständiga villkor: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>).

Enligt licensen får verket spridas och bearbetas utan att tillstånd behövs, men ej användas i kommersiella syften. Verkets upphovsperson måste anges.

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

BIDRAG TILL LÄRAN OM
SÄLJARENS STOPPNINGSRÄTT

AV

KARL HILLGÅRD

AKADEMISK AVHANDLING
SOM MED VEDERBÖRLIGT TILLSTÅND FÖR VINNANDE AV JURIS DOKTORSGRAD
VID LUNDS UNIVERSITET TILL OFFENTLIG GRANSKNING FRAMLÄGGES
Å LÄROSALEN N:R VI TISDAGEN DEN 29 MAJ 1923
KL. 10 F. M.



LUND

A.-B. GLEERUPSKA UNIVERSITETS-BOKHANDELN

LUND 1923
BERLINGSKA BOKTRYCKERIET

BIDRAG TILL LÄRAN OM
SÄLJARENS STOPPNINGSRÄTT

AV

KARL HILLGÅRD



LUND

A.-B. GLEERUPSKA UNIVERSITETS-BOKHANDELN

LUND 1923
BERLINGSKA BOKTRYCKERIET

De studier, varur föreliggande avhandling framgått, hade från början en mera praktisk riktning, än detta arbete antyder. Det var nämligen närmast i syfte att göra mig bättre skickad för verksamhet i det praktiska rättslivet som jag, under intrycket av en livlig beundran för Alméns utomordentliga insats på obligationsrättens och särskilt handelsrättens område, efter slutad tingstjänstgöring beslöt ägna någon tid åt studier i detta senare ämne. Den fullständighet, varmed Almén upptagit nära nog alla praktiska frågor till behandling, kom mig emellertid att misströsta om möjligheten att inom köplagens ram kunna göra någon insats av omedelbart praktiskt värde. I stället fördes jag mer och mer över till teoretiska undersökningar rörande den fråga, säljarens stoppningsrätt, varpå min uppmärksamhet inriktats. Litteraturen i ämnet pekade så gott som enstämmigt på äganderätsfrågan såsom därmed på det närmaste förbunden. Då denna senare fråga jämväl i utredningar rörande andra obligationsrättsliga ämnen än stoppningsrätten ofta lämnats en framträdande plats, fann jag det vara en icke alldeles gagnlös uppgift att söka utreda sammanhanget mellan köpeavtalets obligatoriska och dess sakrättsliga verkningar. Såsom avhandlingens titel anger, har denna undersökning närmast utförts med hänsyn till stoppningsrätten.

Vid avslutandet av detta arbete är det mig en kär plikt att till min lärare, professor C. G. Björling, uttala ett vördsamt

och varmt tack för all den hjälp och uppmuntran, han under hela min studietid med största beredvillighet lämnat mig.

Jämväl till tjänstemännen vid Lunds Universitetsbibliotek riktar jag ett hjärtligt tack för städse visat tillmötesgående.

Lund i maj 1923.

Karl Hillgård.

Innehåll.

	Sid.
Inledning	1

FÖRSTA AVDELNINGEN.

Historik, Utländsk rätt.

I. Romersk rätt	5
II. Droit de suite	8
III. Engelsk rätt	20
IV. Fransk rätt	37
V. Tysk rätt	51

ANDRA AVDELNINGEN.

Förhållandet mellan säljarens stoppningsrätt och äganderättens övergång i svensk rätt.

I. Stoppningsrätten i svensk lagstiftning	67
II. Äganderättens övergång vid köp av lösöre	77
A. Speciesköp	81
B. Leveransavtal	132
III. Förhållandet mellan köpeavtalets obligatoriska och sakrättsliga verkningar	150
A. Köplagen § 28	150
B. Köplagen §§ 39—41	172

Förkortningar.

- Almén = Almén, Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. 2 uppl. Sthlm 1917—1918.
- Aubert = Aubert, Den Norske Obligationsrets Specielle Del. 1 2 Udg. ved Rygh. Kristiania 1901.
- Aubry & Rau = Aubry & Rau, Cours de droit civil français. Cinquième édition. I—X. Paris 1897—1918.
- Baudry = Baudry-Lacantinerie & Saignat, Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange. Troisième édition. Paris 1908.
- Baudry, Obligations = Baudry-Lacantinerie & Barde, Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations. Troisième édition. I—IV. Paris 1906—1908.
- Beer = Beer, Allgemeine Geschichte des Welthandels. I. Wien 1860.
- Benjamin = Benjamin, A treatise on the law of sale of personal property. 6:th Ed. by Ker. London 1920.
- Bentzon = Bentzon, Den danske Søret. Kbhvn 1899.
- Björling = Björling, Lärobok i civilrätt för nybörjare. 4 uppl. Lund 1918.
- Björling, Exstinktiva fång = Björling, Den svenska rättens exstinktiva laga fång till lösören på grund av god tro. Lund 1896.
- Blackburn = Blackburn, A treatise on the effect of the contract of sale. Third Ed. by Raeburn and Thomas. London 1910.
- Chalmers = Chalmers, The Sale of Goods Act, 1893. Third edition. London 1896.
- Chydenius = Chydenius, Bidrag till läran om leveransafsalet enligt finsk rätt. Helsingfors 1891.
- Chydenius, Kontraktsrätt = Chydenius, Finsk kontraktsrätt. I. 2 uppl. Helsingfors 1916.
- Chydenius, Utkast = Chydenius, Utkast till lag om leveransavtal jämte motiv därtill i Defensor Legis 1920 n:r 1 s. 5—62.
- Crome = Crome, Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts. Mannheim 1894.
- Dernburg = Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. II: 1, 3 Aufl. Halle 1905. II: 2, 1 und 2 Aufl. Halle 1901. III, 3 Aufl. Halle 1904.

- Deuntzer = Deuntzer, Den danske Skifteret. Kbhvn 1885.
- Düringer & Hachenburg = Düringer & Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, erläutert. 2 Aufl. II. Mannheim und Leipzig 1910.
- Eisenlohr = Eisenlohr, Ueber die rechtliche Natur des Verfolungsrechts und dessen Verhältniss zum Rechte des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs. Tübingen u. å. (1867).
- Ekeberg = Ekeberg, Om säljarens stoppningsrätt enligt sjölagen. Upsala 1905.
- Ekström = Ekström, Privaträttens allmänna läror, utg. av Einar Cavonius. Helsingfors 1921—1922. Häft 1—3.
- Fehr = Fehr, Två spörsmål ur svensk civilrätt. Uppsala 1913.
- Fremery = Fremery, Etudes de droit commercial. Paris 1833.
- Gjelsvik = Gjelsvik, Norsk Tingsret. Forelæsninger. Trykt som manuskript. Kristiania 1919.
- Goldschmidt = Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I: 1—2. Erlangen 1864—1868.
- Goldschmidt, Universalgeschichte = Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 3 Aufl. I: 1. Universalgeschichte des Handelsrechts. Stuttgart 1891.
- Goldschmidt, Zeitschrift = Goldschmidt, »Ueber den Erwerb dinglicher Rechte von dem Nichteigenthümer und die Beschränkung der dinglichen Rechtsverfolgung, insbesondere nach handelsrechtlichen Grundsätzen» i Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, herausgeg. von Goldschmidt und Laband. Bd 8 s. 225—343. Erlangen 1865.
- Hagerup = Hagerup, Om Kjøb og Salg. 2 Udg. Kristiania 1884.
- Hagerup, Konkurs = Hagerup, Konkurs og Akkordforhandling. 2 Udg. Kristiania 1907.
- Hahn = Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. IV. Materialien zur Konkursordnung. Berlin 1881.
- Hallager = Hallager, Den norske Soret. 3 Udg. Kristiania 1881.
- Hambro = Hambro, Den privata sjörätten. 2 uppl. Sthlm 1881.
- Hammar skjöld = Hammar skjöld, Om fraktaftalet och dess viktigaste rättsföljder. Upsala 1886.
- Hasselrot = Hasselrot, Handelsbalken jämte dithörande författningar med förklarande anmärkningar och belysande prejudikat. I. Sthlm 1893. 2 uppl. I. Sthlm 1912.
- Heckscher = Heckscher, Kreditsalget og Saelgerens Standsningsret. Kbhvn & Sthlm 1885.
- Hindenburg = Hindenburg, Om Køb og Salg. 2 Udg. Kbhvn 1903.
- Houston = Houston, A treatise on the law of stoppage in transitu. London 1866.
- Hultgren = Hultgren, Förklaringar öfver de till civilrätten hörande delar af Handelsbalken. 2 uppl. Sthlm 1878.

- Jaeger = Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 3 u. 4 Aufl. I—II. Berlin 1907—1913.
- Kohler = Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. Stuttgart 1891.
- Lang = Lang, Finlands sjörrätt. I. Helsingfors 1890.
- Lassen = Jul. Lassen, Haandbog i Obligationsretten. I. Almindelig Del, 3 Udg. Kbhvn 1917—1920. II. Speciel Del. Kbhvn 1897.
- Lassen-Ussing = Haandbog i Obligationsretten. Speciel Del af Jul. Lassen og Henry Ussing. I. Gave, Køb og Bytte. Kbhvn 1923.
- Lundstedt = Lundstedt, Om lösöreköp. Lund 1912.
- Lyon-Caen = Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial. I—VIII. Quatrième édition. Paris 1906—1916.
- Nehrman = Nehrman, Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem. Lund 1729.
- Nordling = Nordling, Om lösöreköp enligt kongl. förordningen den 20 november 1845. 2 uppl. Upsala 1877.
- Nordling, Allmän civilrätt = Anteckningar efter Prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt. Allmänna delen. Utg. av Juridiska föreningen i Uppsala. Tryckta som manuskript. Uppsala 1913.
- Oertmann = Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse. 3 u. 4 Aufl. Berlin 1910.
- Oetker = Oetker, Das Verfolgungsrecht nach § 36 der Reichsconcursordnung. Kassel 1883.
- Petersen & Kleinfeller = Petersen & Kleinfeller, Konkursordnung für das deutsche Reich. 4 Aufl. Lahr 1900.
- Planck = Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz erläutert von Dr. G. Planck. 3 Aufl. I—III. Berlin 1903—1907.
- Planiol = Planiol, Traité élémentaire de droit civil. I. Cinquième éd. II—III. Sixième éd. Paris 1908—1913.
- Platou = Platou, Forelæsninger over Norsk Sørret. Christiania 1900.
- Prochownick = Das bürgerliche Recht Englands, hrsg. von der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin. I: 1, 2. Allgemeiner Teil, Komm. von G. Schirrmeister. Berlin 1906, 1910. II. Obligationen, Komm. fortgeführt von W. Prochownick (ofullbordad). Berlin 1912, 1913.
- Renouard = Renouard, Traité des faillites et banqueroutes. Troisième éd. I—II. Paris 1857.
- Scheel = Scheel, Forelæsninger over Norsk Tingsret. Kristiania 1901—1912.
- Schrevelius = Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt. I—III. 2 uppl. Lund 1857—1858.
- Silberstein = Silberstein, »Das Verfolgungsrecht des Verkäufers im Insolvenzfall des Käufers» i Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. Bd 81 s. 70—129, 289—364.

- Sohm = Sohm, Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 16 Aufl. München und Leipzig 1919.
- Staub = Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 10 Aufl. bearb. von Koeniger, Pinner und Bondi. I—II. Berlin u. Leipzig 1920.
- Tengwall = Tengwall, Tvistemålslagfarenheten. Lund 1794.
- Torp-Grundtvig = Torp, Dansk Tingsret. 2 Udg. ved Grundtvig. Kbhvn 1905.
- Trygger = Trygger, Kommentar till Utsökningslagen. 2 uppl. 1 häftet. Uppsala 1916.
- Windscheid = Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8 Aufl. bearb. von Kipp. I—III. Frankfurt a. M. 1900—1901.
- Winroth = Winroth, Köp av lös egendom. Sthlm 1917.
- Zachariä = Zachariä von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts. 8 Aufl. bearb. von Crome. I—IV. Freiburg i. B. 1894—1895.

BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich (1896).

Cc = Code civil.

C de com = Code de commerce.

FJFT = Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland.

H. D. = Högsta Domstolen.

HGB = Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

HovR = Hovrätten.

HR = Häradsrätten.

IJ = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

JA = Juridiskt Arkiv, utg. av Schmidt.

K. O. = Konkursordning (1898).

L. K. = [Lagkommitténs] Förslag till allmän civillag. Sthlm 1826.

L. B. = [Lagberedningens] Förslag till Handelsbalk, Utsökningsbalk m. m. Sthlm 1850.

NJA = Nytt Juridiskt Arkiv, Avd. I.

NJA II = Nytt Juridiskt Arkiv, Avd. II.

NJMF = Nordiska Juristmötenas Förhandlingar.

NLB = Nya Lagberedningens förslag till lag om köp och byte m. m. Sthlm 1895.

NR = Norsk Retstidende.

N.Rev. = Nedre Justitierevisionen.

NT = Naumanns tidskrift för lagstiftning, lagskipning och förvaltning.

RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

RR = Rådstuvrätten.

SGA = Sale of Goods Act, 1893 (engelsk lag om köp av lös egendom).

SvJT = Svensk Juristtidning.

TfR = Tidskrift for Retsvidenskab.

UfR = Ugeskrift for Retsvæsen.

De ömsesidiga avtalen utgöra den juridiska form, genom vilken utbytet av nyttigheter, som är nerven i allt ekonomiskt liv, äger rum; genom dem ledes och regleras omsättningens väldiga ström. Utmärkande för dessa avtal är, att vardera kontrahenten åtar sig den egna prestationen just för att erhålla motprestationen. Den ena utgör betingelse för den andra, de äro ekvivalenter, eller, såsom det vanligen plägar uttryckas: den ena prestationen utgör vederlag för den andra.

I och för sig innebär vederlagsprincipen, att vardera kontrahenten är berättigad erhålla den prestation, han betingat sig, endast under förutsättning, att han utger sin egen prestation; det får alltså icke stanna i det läge, att båda prestationerna hamna på en hand. Visserligen har den kontrahent, som fullgjort sin förpliktelse, alltid rätt att fordra, det medkontrahenten fullgör sin. I händelse av insolvens å den förpliktades sida kan den berättigade emellertid icke på denna väg komma till sin rätt. Man kunde då tänka sig, att han ägde återtaga sin egen prestation. Denna har ju utfästs under den uppenbara förutsättningen, att den betingade motprestationen fullgjordes; då förutsättningen brister, borde den felande parten icke på avtalet kunna grunda någon rätt till den prestation, han endast såsom vederlag för sin egen skulle erhålla. Vid vissa typer av ömsesidiga avtal, t. ex. saklega, arbetsbeting, är ett dylikt återtagande redan på grund av prestationens egen natur uteslutet.

Vid köp åter föreligger i de flesta fall intet sådant hinder. Men här möta svårigheter av annan art. Dessa sammanhånga därmed, att köpet ej blott är ett obligatoriskt rättsärende utan

även ett medel att förvärva äganderätt, ett laga fång¹. På grund härav kräves beaktande jämväl av sakrättsliga synpunkter. Konflikten kunde synas lätt undanröjd genom att man läte vederlagsförhållandet bilda utgångspunkten för regleringen av köpets sakrättsliga verkningar. Detta skulle föra till den huvudregeln, att äganderätten överginge till köparen, så snart köpeskillingen erlagts men ej heller förr än detta skett, även om godset utgivits till köparen. Ehuru väl särskilt i sistnämnda avseende alltsedan den romerska rätten en tendens till anpassning efter vederlagsprincipen gjort sig gällande, har dock intet rättssystem helt gått denna väg. Skälen härtill hava varit mångahanda; de åtminstone under senare tid mest framträdande torde hava varit hänsyn till vardera kontrahentens borgenärer ävensom till omsättningens krav.

Då således regleringen av äganderättsövergången vid köp väsentligen skett ur andra synpunkter än den nämnda, så är därmed möjligheten av en konflikt mellan vederlagsprincipen och konsekvenserna av äganderättens övergång given. Ur denna konflikt, som visserligen har intresse även för andra fall än köparens insolvens, har det praktiskt betydelsefulla och teoretiskt intressanta stoppningsinstitutet² vuxit fram.

¹ I tysk rätt och övriga på romerskrättslig grund vilande rättssystem är köpet visserligen intet laga fång, men det är dock en rättshandel, som syftar till överlåtelse av äganderätt.

² Rörande *terminologien* må följande anmärkas. Någon gemensam benämning för säljarens rätt att på grund av köparens insolvens hindra utgivandet av avlämnat gods och för hans rätt att återkräva gods, som kommit i köparens eller hans konkursbos besittning, finnes icke. Den förra befogenheten är den egentliga stoppningsrätten (*right of stoppage in transitu*); för den senare använda vi (efter Almén, § 41 not 6) uttrycket återkravsrätt. Detta sistnämnda uttryck täcker således både den gamla *droit de suite* (*droit de suite* i inskränkt mening), d. v. s. rätten att återkräva före konkursen utgivet gods, och den mildare form av återkravsrätt (stundom kallad aktiv stoppningsrätt), som endast omfattar efter konkursen utgivet gods och som är erkänd i nu gällande nordisk, tysk och fransk rätt (*Verfolgungsrecht, droit de revendication*). Då vi sammanfattande tala om stoppningsinstitutet (stoppningsrätten), förstå vi därunder de regler, som gälla både egentlig stoppningsrätt och återkravsrätt. Sammanhanget torde utesluta missförstånd.

Till förutsättningar såväl som rättsverkningar företer stoppningsrätten till olika tider och i olika rättssystem betydande olikheter. Såsom ett väsentligt drag har man dock städse pläгат framhålla, att den innebär rätt för den obetalte säljaren, som förlorat äganderätten till godset, att vid köparens insolvens återtaga detsamma eller åtminstone förhindra dess utgivande till köparen (eller dennes konkursbo)¹. Därvid har man utgått ifrån att en dylik rätt enligt allmänna civilrättsliga regler icke skulle tillkomma säljaren. Satsen att äganderättens övergång definitivt avklippte bandet mellan säljaren och godset, så att köparen till detta erhöile en av parternas obligatoriska mellanvarande oberoende rätt, har tidigare varit den givna utgångspunkten för alla framställningar rörande stoppningsrätten. I nordisk doktrin har först Almén i sin kommentar till köplagen hävdad en friare uppfattning av äganderättsövergångens betydelse i nu angivna avseende. Någon utredning av den, i varje fall teoretiskt synnerligen intressanta, frågan om det inbördes förhållandet mellan äganderätt och stoppningsrätt har Almén emellertid icke lämnat, och de teorier härom, varpå litteraturen om stoppningsrätten är så rik, synas oss icke tillfredsställande, ehuru väl det bör erkännas, att antydningar i den riktning, som enligt vår åsikt är den rätta, icke alldeles saknas.

Den följande framställningen är ett bidrag till utredningen av nämnda fråga. Efter en översikt av stoppningsrättens historiska utveckling och dess reglering i viktigare främmande rättssystem följer en framställning av reglerna för äganderättens övergång i gällande svensk rätt, därvid särskilt uppmärksammas de sakrättsliga reflexverkningarna av parternas obligatoriska mellanvarande. Dessa synas erhålla ett teoretiskt tillfredsställande uttryck genom den konstruktion, enligt vilken

¹ Väl har den meningen stundom uttalats, att stoppningsrätt förefunnes endast beträffande gods, vartill säljaren fortfarande vore ägare (nedan s. 53), men därvid har icke åsyftats stoppningsrätt i egentlig mening; jfr Almén § 39 vid not 28 a, Benjamin s. 1002: »It is a contradiction in terms to say a man has a lien upon his own goods or a right to stop his own goods in transitu».

köparens på avtalet stödda äganderätt anses vara blott villkorlig, så länge möjligheten att på grund av köparens kontraktsbrott häva avtalet står säljaren öppen. Därefter utredes, hurusom jämväl de vid köparens obestånd för säljaren uppkommande befogenheter torde stå i överensstämmelse med denna konstruktion. Slutligen knyts några anmärkningar till spörsmålet, huruvida köplagens reglering av säljarens ställning i angivna fall kan anses fullt tillfredsställande.

FÖRSTA AVDELNINGEN.

Historik. Utländsk rätt.

I. Romersk rätt.

I den romerska rätten hade köpeavtalet blott och bart obligatoriska rättsverkningar. Säljaren förpliktade sig att skaffa köparen saken, denne att till säljaren erlægga köpeskillingen. Vardera ägde, försåvitt ej annat avtalats, göra anspråk på den av medkontrahenten utfästa prestationen endast mot att fullgöra sin egen. Ett i annan ordning framställt krav kunde mötas med en *exceptio non adimpleti contractus*.

Sin förpliktelse enligt avtalet fullgjorde säljaren genom traditionen, det vill säga besittningens överförande — antingen i förening med detentionens övergång eller ock förmedelst ett *constitutum possessorium* — i syfte, å säljarens sida att överlåta, å köparens sida att förvärva äganderätt till köpeobjektet¹. Då emellertid traditionen efter det förutgångna köpeavtalet skedde just till dettas fullgörande, och säljaren med hänsyn till denna traditionens grund (*causa*) kunde antagas vilja uppgiva äganderätten endast under förutsättning, att den betingade motprestationen verkligen komme honom till handa, förblev han i den klassiska romerska rätten även efter traditionen ägare till godset, till dess köpeskillingen erlagts eller borgen för densamma blivit

¹ L. 20 C. de pact. (2, 3); Sohm s. 384 ff. Att köparen erhöll äganderätt till godset var dock ej nödvändigt för att säljaren skulle anses hava uppfyllt sin förpliktelse. Denne ålåg endast »*praestare emptori rem habere licere*»; Sohm s. 538 f.

ställd¹. Den justinianska rätten likställde i nu förevarande avseende köpeskillings uttryckliga kreditering med ställande av säkerhet². Härefter gällde alltså, att för köparens förvärv av äganderätt erfordrades dels tradition och dels antingen betalning av köpeskillingen (ställande av pant eller borgen) eller ock uttryckligt kreditmedgivande av säljaren.

Betydelsen för förhållandet mellan kontrahenterna av äganderättens övergång fick ett klart uttryck i den olika arten av de processuella hjälpmedel, som stodo säljaren till buds, allteftersom han fortfarande var ägare eller ej. I förra fallet kunde han på grund av den romerska rättens absoluta äganderättsbegrepp, vars kärnpunkt var den oinskränkta vindikationsrätten, ej blott mot köparen utan jämväl mot envar tredjeman, till vilken denne i sin tur överlätit eller pantsatt saken, förmedelst en *actio in rem* hävda sin rätt till godset; nämnda talan var just uttryck för det direkta bandet mellan ägaren och hans egendom. Efter äganderättsväxlingen var säljaren däremot inskränkt till en *actio in personam* gentemot köparen; till den sålda saken hade han förlorat all rätt³.

Det bör härvid särskilt uppmärksammas, att den avgörande tidpunkten just var äganderättens övergång, medan besittningen eller rättare innehavet i och för sig icke inverkade på säljarens ställning. Liksom han trots skedd tradition kunde

¹ Se Enneccerus, *Die Lehre vom Rechtsgeschäft* (1888), Bd I s. 250 ff.; jfr Mitteis, *Römisches Privatrecht* (1908), Bd I s. 185—188, Sohm s. 386 not 4. — Enligt Goldschmidt, *Universalgeschichte* s. 62 not 39 a, är det tvivelaktigt, huruvida enligt de tolv tavlornas lag ens *satisfactio* varit att jämställa med *olutio*.

² § 41 I. 2, 1; L. 19 D. 18, 1; Sohm s. 386 f. — Ang. grunden till ifrågavarande regel, se Windscheid I § 172 not 19 a. W. antar stadgandet i § 41 I. 2, 1 vila på naturlig billighet. — Goldschmidt I: 2 s. 838 not 14 ifrågasätter, huruvida icke satsen om äganderättsövergångens beroende av betalning ursprungligen fattats så, att betalningen utgjort ett *conditio juris*.

³ Goldschmidt I: 2 s. 851 ff. Även före äganderättens övergång åtnjöt dock köpare, som fått godset i sin besittning, visst rättsskydd, såväl mot tredjeman förmedelst *actio publiciana*, l. 8 D. de publ. 6, 2, som även, så snart han erbjöd betalning, mot säljaren; se Windscheid I § 172 not 19 c, Goldschmidt I: 2 s. 852 f., Silberstein s. 80 not 6.

ha äganderätten i behåll och sålunda vara skyddad genom en actio in rem, så var han, därest äganderätten ifölje ett constitutum possessorium övergått till köparen, trots sitt fortfarande innehav utestängd från att på något sätt utnyttja sin ställning som detentor till säkrande av sitt krav på köpeskillingen¹. Något skydd för säljaren utöver det i nu angivna bestämmelser liggande kände den romerska rätten icke. Men något extraordinärt skydd var ej heller av nöden, då säljarens intresse av att icke gå miste om godset utan att erhålla köpeskillingen även dessförutan måste sägas hava varit väl tillgodosett, särskilt som det väl kan antagas, att de rena kreditköpen vid denna tid varit ganska sällsynta, om de ens överhuvudtaget förekommit. Beviljandet av kredit torde i regel ha skett först i samband med traditionen — icke såsom numera genom avtalets avslutande som kreditköp — och sannolikt ofta senare², nämligen på framställning av köparen för att denne måtte gentemot tredjeman genom försäljning eller annorledes kunna disponera över godset. Ehuru den romerska rätten således i intet fall tillät säljaren att efter äganderättens övergång göra någon rätt gällande till godset, även om köpeskillingen ej guldits och, på grund av köparens insolvens, ej heller komme att gäldas, är det dock icke uteslutet, att stoppningsrätten kan vara att föra tillbaka till den romerska rättens reglering av kontantköpet³. Denna har nämligen härmed för ett, låt vara begränsat, område visat hän på ett även efter traditionen bestående samband mellan köparens rätt till godset och köpeskillingens gäldande. Men medan detta samband i den romerska rätten förmedlades genom reglerna om äganderättens övergång och således direkt följde av allmänna rättsgrundsatser, framträder stoppningsrätten, åtminstone under senare tid, såsom ett undantag från dessa regler, såsom en »positivrättslig singularitet».

Till sin uppkomst är stoppningsrätten ett rent handelsrättsligt institut; och någon egentlig handelsrätt utvecklade

¹ Goldschmidt I: 2 s. 851 f. och i. Zeitschrift s. 303. Annorlunda för gemeines Recht Eisenlohr s. 7.

² Se t. ex. lydelsen av 1. 19 D. 18, 1.

³ Se härom nedan s. 28 not 1.

romarna aldrig, trots den mycket livliga handel, som bedrevs under Roms stormaktstid¹. Den torftiga utvecklingen på detta rättsområde berodde kanske i någon mån på att romarna själva icke voro fallna för handel — det var i stället de underkuvade folken, som huvudsakligen uppehöll det vidsträckta rikets handelsförbindelser² — och därför icke ägnade frågan om behovet av specialbestämmelser på detta område någon större uppmärksamhet. Viktigare var väl dock, att den borgerliga rätten var så rikt utvecklad, att den tillfredsställde även en betydande handelsomsättnings fordringar³. Det ligger i sakens natur, att ju flera de för handeln betydelsefulla rättssatser äro, vilka upptagits och förallmänligats i den borgerliga rätten, desto mindre blir den egentliga handelsrättens område. En illustration till denna sats utgör stoppningsrätten. Som redan nämnt är den av rent handelsrättsligt ursprung, utbildad inom köpmansståndet och gällande endast i förhållandet köpmän emellan; härpå tyder redan den i äldre framställningar ständigt återkommande beteckningen av rätten i fråga såsom ett köpmännens privilegium (*privilegium mercatorum, usus mercatorum, en jus singulare inom köpmannavärlden o. s. v.*). Denna speciellt handelsrättsliga karaktär har stoppningsrätten ännu i vissa rättssystem, exempelvis det franska⁴. I svensk rätt åter, där den egentliga handelsrätten alltid intagit en mycket blygsam plats, har ifrågavarande institut alltifrån sitt första framträdande tillhört den allmänna borgerliga rätten.

II. Droit de suite.

Med västromerska rikets undergång började också handeln att tyna; i stället för Rom blev Bysanz, som ännu en tid strå-

¹ Goldschmidt, *Universalgeschichte* s. 37, 71 ff., Beer s. 108 f.

² Beer s. 98—101.

³ Goldschmidt I:1 s. 260—264, särskilt not 3 å s. 262.

⁴ Tidigare betydde detta, att säljarens rätt var mera omfattande, då hans medkontrahent var köpman. I nu gällande fransk rätt är förhållandet emellertid det rakt motsatta, såsom framgår av en jämförelse mellan Cc 2102 mom. 4 samt C de com 550 i. f. och 576. Se Aubry & Rau V § 356 not 64, Lyon-Caen, VIII n:o 831, Heckscher i Ufr 1905 A s. 12.

lade i den gamla kulturens ljus, världshandelns medelpunkt. Emellertid hade i de av langobarderna icke erövrade, i nominell avhängighet av Östrom stående norditalienska områdena några romerska städer bevarat en hög grad av självständighet. Ehuru ingen av dessa städer var mäktig nog att bjuda de i västra Medelhavet fritt huserande sjörövarna verksamt motstånd, bildade de dock små härdar, där företagsamheten och verksamhetslusten levde kvar, endast väntande på gynnsamma yttre förhållanden för att skapa ett storartat uppsving. Stöten utifrån, som hjälpte det kulturella livet ur dess dödläge, var korstågen. Väl hade redan tidigare handel och andra näringar börjat spira, men den verkliga blomstringen nådde de först efter korstågen, särskilt gäller detta den största och mäktigaste av de norditalienska handelsstäderna, nämligen Venedig¹.

Sina rättsliga hjälpmedel fann den uppbloomstrande handeln först och främst i den romerska rätten². Ofullständigt känd och mekaniskt tillämpad visade den sig dock på många punkter otillräcklig eller otillfredställande³. På grund härav fingo de inom handelsståndet utbildade sedvanor, vilka efter hand stadgade sig till sedvanerätt, en utomordentlig betydelse⁴. Dessa sedvanor utbildades lokalt⁵, särskilt i de städer, som utgjorde centra för storhandeln, men de kommo till användning även på marknader och mässor. Genom rättslärda skrivares (notariers) medverkan vid rättshandlingars avslutande vunno handelsbruken fasthet och stadga. Därefter utvecklades och befästes de ytterligare genom statuter såväl för städerna

¹ Om handeln under denna tid, se Beer s. 123 ff., särskilt om de italienska handelsstäderna s. 175—212.

² Om leges barbarorum, se Goldschmidt, Universalgeschichte s. 125.

³ I Italien kände man knappast det justinianska lagverket utan endast den långt torftigare Lex Romana Visigithorum (Breviarium Alaricianum) jämte utdrag av Novellerna; se Goldschmidt, Universalgeschichte s. 90 f., 124 not 103.

⁴ Se till det följande särskilt Goldschmidt, Universalgeschichte s. 126 ff.

⁵ Därför identifierades under hela medeltiden »statut» och sedvanerätt; mellan dem fanns dock en skillnad, att den senare gällde stillastående, den förra på grund av uttrycklig förklaring; Puchta, Das Gewohnheitsrecht (1828), I s. 149 f.

som för köpmannasammanslutningarna. De efterhand framträdande stadsrätterna voro övervägande en köpmännens rätt (*jus mercatorum* el. *mercatorium*)¹.

I dessa statuter för italienska handelsstäder² påträffar man för första gången den moderna stoppningsrättens föregångare, den s. k. *droit de suite*. Småningom hade nämligen det handelsbruk utbildat sig, att den obetalte säljaren i händelse av köparens konkurs ägde återtaga gods, som kort tid före konkursen under medgivande av kredit utgivits, till köparen och vartill denne alltså förvärvat äganderätt. Återkravsrätten gällde dock icke mot tredjeman, till vilken köparen i sin tur sålt godset³. Detta handelsbruk, som torde hava varit allmänt redan under 1200-talet⁴, och kanske ännu tidigare, upptogs i statuterna för flertalet handelsstäder⁵.

Att utforska återkravsrättens äldsta historia i den italienska statuträtten är en omfattande uppgift, som vi här måste förbigå. För vårt syfte är ett ingående svar på frågorna om återkravsrättens första framträdande och den omfattning, vari den varit erkänd i de olika statuterna, av mindre vikt. Av större intresse är att veta, hur man juridiskt uppfattade och grundade rätten ifråga. Härom finnas en del uttalanden av äldre italienska författare, vilka dock falla ganska långt fram i tiden. Utgångspunkten var den romerska rättens lära om äganderättens övergång och dess absoluta äganderättsbegrepp. Med denna utgångspunkt var det alltså givet, att säljaren i och

¹ Att lagstiftningen i de italienska handelsstäderna huvudsakligen tog hänsyn till köpmän, hade egentligen icke sin grund däri, att den skulle vara inskränkt till att gälla idkare av handel, utan torde helt enkelt ha berott därpå, att detta yrke var så allmänt omfattat. Man erinre sig uttrycket: *valet consequentia: est genuensis, ergo mercator*.

² De flesta statuterna äro från 13- och 1400-talet (den äldsta från Piacenza 1199), se Goldschmidt, *Universalgeschichte* s. 167.

³ Goldschmidt, *Zeitschrift* s. 305 vid not 10.

⁴ Så även Grundtvig i *UfR* 1907 A s. 50 not 1.

⁵ Goldschmidt I: 2 s. 855 ff. G. nämner (s. 856 not 2) statuterna för Milano (1396), Mantua (1400), Pavia (1295), Ferrara och särskilt Genua (1589); statuterna för sistnämnda stad förlänade såväl kontant- som kreditsäljaren ovillkorlig företrädesrätt framför andra borgenärer till levererade varor, även om köparen icke kommit på obestånd.

med godsets traderande under medgivande av kredit förlorat all rätt till godset. Han borde därefter vara inskränkt till talan på köpeskillingens utbekommande och, i händelse köparen kom i konkurs, att i denna erhålla utdelning på samma sätt som övriga oprioriterade borgenärer. Huru då förklara säljarens separationsrätt?

Straccha uttalar sig i sitt arbete »De conturbatoribus sive decoctoribus»¹, P III n:r 31, sålunda:

»Hic subiungi potest illa haesitatio de mercatore, qui, quum jam consilium fugiendi inivisset, merces ab alio emit mercatore, qui merces habita fide de pretio tradiderit. Praesumitur enim praecedentem dolum causam dedisse fidei habendae de pretio et perinde habetur, ac si fides non esset habita et consequenter mercium dominium non intelligitur translatum. Unde sequitur, cum dominium non sit translatum, in mercibus venditis ceteris creditoribus ipsum creditorem praeferendum.»

Straccha utgår alltså från den av glossatorerna i anslutning till 1. 7 D. de dolo malo (4, 3) utbildade läran om *dolus causam* dans, och gör av denna en speciell användning på köpet². Har köparen redan vid avtalets ingående varit på obestånd och beslutat rymma för gäld³, anses han hava dolöst tillnarrat sig kredit. På grund av denna köparens *dolus* är det gjorda kreditmedgivandet ogiltigt, följaktligen bör så anses, som hade köpeskillingen ej krediterats. Men då hade äganderätten ej heller övergått. Säljarens separationsrätt var alltså endast ett utslag av hans äganderätt och hans talan på godsets

¹ Stracchas ifrågavarande arbete tillkom enl. Renouard (I s. 65 f.) under påven Julius III (1550—1555).

² Eisenlohr s. 9. — Enligt den gemeinrättsliga terminologien synes här föreligga *dolus incidens* (ej *causam dans*), ty avtalet finge väl antagas ha kommit till stånd även utan »*dolus*» å köparens sida, men på andra villkor, nämligen såsom kontantköp (el. mot säkerhet); jfr dock äldre författare, anf. av Silberstein s. 90 not 22.

³ Som bekant var det vid denna tid och även långt senare på grund av den ytterligare stränghet, varmed man förfor mot konkursgäldenärer, synnerligen vanligt, att dessa kort före kraschen flydde, så att gäldenärens flykt nästan var det normala sättet för konkursens inträde. Se Hagerup, Konkurs s. 8.

utbekommande en ren vindikationstalan (resp. actio publiciana).

Om samma ämne yttrar däremot Casaregis:

»Cum non reperiatur in aliquo jure scripto, quinimo juri et legibus contrariari; nullatenus ea aequitas curanda est, prout de facto in pluribus casibus concursus creditorum nunquam vidi, hanc aequitatem inter mercatores fuisse admissam, sed rejectam¹.»

Casaregis ställer sig alltså avvisande till en säljarens återkravs rätt såsom vilande på en billighet, som han i detta fall finner opåkallad. I varje fall är det förvånande, att han förklarar rätten icke vara erkänd i någon lag och ej heller medgiven i praxis. Var köparen emellertid redan då godset skickades till honom »decoctus vel proxime decocturus», anser även Casaregis säljaren berättigad vindicera godset².

Från den italienska statuträtten vinner denna sats om kreditsäljarens gynnade ställning snart erkännande i flera franska, nederländska och tyska städers handelsrättsnormer.

Vad *Frankrike* beträffar, var säljarens återkravs rätt under namn av droit de suite — den sedermera i litteraturen oftast brukade benämningen — erkänd enligt coutumes i Paris och Avignon, av praxis i Lyon m. fl. städer³. Huru man juridiskt uppfattat denna säljarens rätt är ej klart⁴; kotymerna voro också ytterst varierande, vilket i sin mån vittnar om den gungande teoretiska grund, varpå man byggde. Enligt Fremery skulle man ha utgått dels från den romerskrättsliga satsen, att vid kontantköp äganderätten övergick först med betalningen och dels från en, huvudsakligen på Novell. 136 kap. 3

¹ Discursus legales de commercio, disc. 38 n:r 54. Arbetet utkom i Florenz 1718.

² Anf. arb. disc. 75 n:r 15.

³ Goldschmidt I: 2 s. 857 not 4 och 6, Fremery s. 393 ff.

⁴ Enligt Renouard, II s. 353 f., var vid tiden för tillkomsten av C de com 1808 återkravs rätt — såvitt synes utan tidsbegränsning — enligt handelsbruk erkänd i alla de fall, då godset i oförändrat skick fanns kvar, i köparens besittning; rätten grundades därpå, att säljaren borde anses hava överlåtit äganderätten endast under villkor, att köpeskillingen bleve gulden.

grundad åsikt, att säljaren vid kreditköp hade förmånsrätt eller ett slags tyst panträtt i det levererade godset¹. Dessa olika grunder till säljarens företräde sammanblandades stundom av 1500-talets kotymförfattare. Det vill synas som ansåg man säljaren i båda fallen endast ha ett slags förmånsrätt (privilege) i godset; skillnaden mellan kontantköp och kreditköp blev blott den, att vid de förra säljaren kunde göra sin nämnda rätt gällande jämväl efter det godset kommit i tredjemans hand².

Vid sidan av denna, på romerskrättslig grund vilande uppfattning utbildade »la couturæ commerciale» den satsen, att säljaren gentemot konkursboet ägde på grund av utebliven betalning häva avtalet jämväl ifråga om gods, vartill köparen förvärvat äganderätt, alltså en *résolution du contrat pour défaut de paiement du prix*³.

Särskilt utförliga bestämmelser om droit de suite innehöllo »Usages et coutumes du commerce de Marseille», vilka finnas intagna i Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht⁴. Enligt livre VI ch. 10 av dessa coutumes⁵ ägde säljaren ifråga om levererade varor⁶ ett mycket vidsträckt skydd för sitt vederlagskrav. Först framhålles, att enligt all-

¹ Fremery 1. c.

² Se t. ex. Coutumes de la prevosté et vicomté de Paris (1580), art. 176 och 177 (cout. de Paris av 1510, art. 194, gällde endast kontantköp); jfr emellertid Fremery s. 395 f.

³ Fremery s. 396.

⁴ Bd 67 s. 127 ff., Bd 71 s. 512 ff., Bd 74 s. 329 ff., Bd 78 s. 51 ff., Bd 81 s. 130 ff. och Bd 84 s. 390 ff. Utgivandet, som ännu icke avslutats, ombesörjes av prof. Zeller efter en i Münchener Hof- und Staatsbibliothek förvarad handskrift. Utgivaren antar (Bd 67 s. 129), att kotymerna författats mellan åren 1676 och 1681.

⁵ Zeitschrift Bd 84 s. 404—405. Kapitelrubriken lyder: »Si le vendeur est preferable sur sa marchandise a tout autre creancier».

⁶ Om säljarens ställning före leveransen handlade åttonde kap. med rubriken: »Si Le Vendeur est tenu de liurer la marchandise». Om kreditköp stadgas bl. a. (Zeitschrift Bd 84 s. 402): »Si la vente a esté faite a credit, Et que le vendeur ne veuille liurer la marchandise; a cause du soupçon qu'il a conçu de l'insolubilité de l'acheteur. ce soupçon luy est jnutil; a moins que l'insolubilité fust notoire. car en ce cas Le Juge peut pourvoir a la seureté du vendeur, et empescher qu'il ne soit deceu.»

männas rättsgrundsatser kontantsäljaren bör ha företräde till betalning ur godset framför övriga borgenärer, emedan köparen icke kunnat förvärva äganderätt, så länge köpeskillingen icke betalts, ävensom att, då kreditköp föreligger, säljaren icke kan göra anspråk på något företräde, emedan han lämnat köparen frihet att såsom ägare disponera över godset. Därefter heter det:

»Le statut de marseille en desrogeant au droit commun permet a celuy qui a vendu sa marchandise de qu'elle maniere que ce soit, sans en auoir reçu le payement, de la vendiquer pendant un an; soit qu'elle se trouue au pouuoir d'un debiteur fuyard, ou entre les mains de quelqu'autre a qui elle auroit esté reuendüe, et engagée.»

Säljaren hade alltså, jämväl då kredit medgivits, rätt att under ett år vindicera godset eller utsöka köpeskillingen från vem det vara månde, sålunda även, såsom en åberopad dom av 1620 ger vid handen, från tredjeman, som tillhandlat sig godset från köparen¹. Att godset genom bearbetning eller annorledes undergått förändring inkräktade icke på säljarens rätt. »Car Il (2: le statut) permet au vendeur de recouurer dans l'an sa marchandise, encore qu'elle ait changé de forme c'est pour quoy un troisieme acheteur qui auoit esté mis en jnstance pour la restitution de quelque cire qu'il auoit blanchie, fut condamné aupayement du prix qu'elle auoit esté vendue au premier acheteur, sauf son recours sur le second acheteur qui la luy auoit reuendue.» Det tillägges, att bestämmelsen ifråga icke berättigar en creditsäljare att utanför Marseilles område vindicera godset från en köpare i andra hand, som betalt köpeskillingen, »parce qu'une loye municipale n'a vigneur que dans le lieu ou elle est reçue.»

Jämväl i statuterna för åtskilliga *nederländska* handels-

¹ Enligt Fremery s. 396 vid not 1 och Blackburn s. 342 f. skulle droit de suite ha förefunnits endast ifråga om gods, som varit kvar i köparens besittning. Dessa uttalanden torde avse tiden närmast före C de com 1808; jfr ovan s. 12 not 4. Fremery åberopar bl. a. Reglements de la chambre de commerce de Marseille av 1730, genom vilka, om icke tidigare, inskränkning skett i den vidsträckta vindikationsrätten.

städer var en säljarens återkravs rätt erkänd, bl. a. Antwerpen, Vlissingen och Mecheln¹. Däremot fasthöll Amsterdam, Rotterdam och Leyden principiellt vid *gemeines Recht*, om ock med vissa modifikation. Statuterna för Amsterdam innehöll det stadgandet, att en kontantsäljare, som ej inom sex veckor från traditionen framställt krav på köpeskillingen och inom den därpå följande veckan anställt talan om dess utbekommande, skulle anses hava lämnat kredit. Liknande bestämmelser funnos i statuterna för Rotterdam och Leyden, ehuru med kortare frist. Åter en annan ståndpunkt intogo statuterna för Middelburg, i det de även vid kontantköp utslöto vindikationsrätt för säljaren².

Av de *tyska* partikularrättsliga bestämmelserna³ förekommer en av de äldsta⁴ i Hamburgs stadsrätt av 1603. Denna innehåller i P. II, Tit. 5, Art. 3 följande stadgande:

»Da auch jemandt unwissentlich, einem, so in Schulden vertieffet, und alsbaldt nach ein tag drey oder vier auszutreten, und zu Bancorotieren furhabens ist, und also gefehrlicher weise handelt, auff guten glauben, Wahren verkaufft und uberliefert, Wollen wir, das derselbe in solchen Wahren, wie viel derselben bey dem fluchtigen Debitorn noch verhanden, allen andern Gleubigern billig vorzuziehen.»

Av bestämmelsens avfattning framgår, att återkravs rätten grundades därpå, att köparen »gefehrlicher weise handelt». Härför erfordras givetvis, att han vid köpslutet vet om att han är på obestånd. Med hänsyn härtill har återkravs rätten inskränkts till gods, som gäldenären omedelbart före konkurssens inköpt och fått till sig överlämnat.

¹ Goldschmidt I: 2 s. 856 not 3; om holländsk praxis, se s. 857 not 6. I »Rechten ende costymen van Antwerpen» (1582) stadgades, att säljaren ägde vindicera godset, då köparen kort efter traditionen utan att hava erlagt betalning kommit i konkurs, rymt eller stuckit sig undan, så att domaren därav kunde märka, att han bedragit sig till godset.

² Goldschmidt I: 2 s. 856 not 3 i. f.

³ Se Goldschmidt I: 2 s. 857 not 5 och Zeitschrift s. 305 ff., Eisenlohr s. 11—15 och Silberstein s. 95 ff.

⁴ Se dock rörande ett stadgande från Meienberg av 1527, Kohler s. 171 not 1.

Hamburgs Neue Falliten-Ordnung av 1753 utvidgade återkravsrätten till att omfatta gods, som sålts inom fjorton dagar före konkursen (art. 24), varjämte ytterligare förklarades, att gods, som efter konkursens början inkommit i boet, utan inskränkning var underkastat återkravsrätt (art. 25).

Liknande stadganden funnos i ett flertal andra partikularrätter, endast med växlande tidsbestämmelser. Vid fastställandet av dessa utgick man från köpslutet¹, ty det var vid denna tidpunkt köparens obestånd och hans vetskap därom måste förefinnas. Att den säljare, som insett köparens dåliga ställning, icke ägde åberopa ifrågavarande bestämmelser, var i allmänhet utsagt och följde för övrigt av den antagna rättsgrunden.

En något annan typ representerar Preussische Allgemeine Gerichts-Ordnung (Th. I, § 305, tit. 50), i det återkravsrätten enligt denna gäller gods, som under de tre sista dagarna före konkursen kommit i köparens besittning, ävensom tidigare ankommet gods, såvida köparen dock vid dess mottagande redan förklarat sig vara på obestånd². Här är alltså traditionen den avgörande tidpunkten, icke köpslutet.

Ehuru man sålunda genom att presumera dolus å köparens sida³ och tillägga denna dolus verkan att hindra äganderättens övergång i allmänhet ansåg säljarens återkravsrätt vara en vanlig vindikationstalan (resp. actio publiciana), drog man sig dock för att i allo behandla den såsom sådan. Rätten ifråga kunde nämligen endast göras gällande mot köparen och dennes konkursbo; i varje händelse stod den aldrig öppen mot tredjeman, som titulo oneroso i god tro förvärvat godset⁴,

¹ Das kursächsische Banquerottir-Mandat av 1724, § 16, medgav återkrav, då konkursen inträffat inom två månader efter köpslutet; die Wechsel- und Merkantilordnung von Frankfurt av 1739, art. 51, fastställde tiden till åtta dagar.

² Efter konkursen ankommet gods ägde säljaren städse kräva tillbaka.

³ Detta var direkt utsagt i Erbe- und Handfesten-Ordnung för Bremen av 1833, § 139.

⁴ Goldschmidt, Zeitschrift s. 305 f., Eisenlohr s. 13, Silberstein s. 101.

detta ehuru den gemeinrättsliga läran eljest konsekvent tillät vindikationstalan jämväl mot godtroende tredjeman.

Inom doktrinen gjorde sig olika åsikter gällande rörande grunden till säljarens återkravs rätt. Flertalet av 16- och 1700-talets författare anslöt sig till den nyssnämnda dolusteorien¹.

En annan grupp menade, att den obetalte säljaren väl även efter traditionen var ägare, men icke på grund av någon köparens dolus — även om en sådan föreläge, vilket ingalunda alltid vore fallet, kunde den enligt *gemeines Recht* icke utgöra något hinder för äganderättens övergång — utan på grund av ett tyst *pactum reservati dominii* eller *hypotecae*².

En tredje grupp åter hävdade, att säljarens ifrågavarande befogenhet från den allmänna rättens utgångspunkter beträffande äganderättens begrepp och tidpunkten för dess övergång alls icke låte sig förklara; den vore en *jus singulare*, »*ein singuläres Privilegium der Kaufleute*», för vilken ingen annan rättsgrund funnes än billigheten³. Denna uppfattning har, särskilt i mån som dolusteorien alltmera övergivits, vunnit talrika anhängare.

Som framgår av dessa rättshistoriska anmärkningar är *droit de suite* en skapelse, som tillkommit helt och hållet i strid mot de antagna konsekvenserna av äganderättens övergång för att dymedelst tillgodose det i köpets karaktär av ömsesidigt avtal liggande vederlagskravet⁴. Ehuru de romersk-

¹ Eisenlohr s. 9 f.; talrika citat hos Silberstein s. 87 not 21. Somliga författare förmenade köparens dolus föranleda hela köpeavtalets ogiltighet, andra åter inskränkte dess verkan till det gjorda kreditmedgivandet; se i övrigt Silberstein s. 90 not 22 och s. 91 not 23.

² Eisenlohr s. 10.

³ Eisenlohr l. c.

⁴ Detta återkravs rättens syfte uteslöt givetvis icke, att den kunde åberopas jämväl av en säljare, som icke förlorat äganderätten; Oetker s. 55 ff., 140. Det kan nämligen vara lättare för säljaren att ådagalägga, att förutsättningarna för återkrav äro för handen än att styrka sin fortbestående äganderätt; Silberstein s. 345.

rättsliga bestämmelser rörande äganderättens övergång, från vilka man i allmänhet utgick, förlänade säljaren ett vidsträckt skydd, gick man icke desto mindre betydligt därutöver, i det man tillät återkrav, från köparen och dennes konkursbo samt någon gång även från tredjeman, av gods, som längre eller kortare tid före konkursen utgivits till köparen; stundom saknades t. o. m. varje tidsbegränsning ¹.

Med tiden förspordes emellertid allvarliga klagomål över detta system ². Det visade sig nämligen, att i köpmannakonkurserna de oprioriterade borgenärerna oftast icke fingo någonting, enär de tillgångar, som funnos i boet, huvudsakligen utgjordes av köpta men icke betalda varor, vilka resp. säljare enligt gällande regler om äganderättens övergång vid kontantköp och om droit de suite ägde vindicera. Olägenheterna voro naturligtvis större i den mån säljarens äganderätt eller återkravs rätt omfattade jämväl gods, som längre tid före konkursen varit i köparens besittning. Ännu betänkligare voro säljarens ifrågavarande befogenheter, då de kunde göras gällande även mot tredjeman i god tro. Man fann alltså, att det skydd för krediten, man velat etablera, mindre blivit ett skydd för denna i stort som ekonomisk anordning, än ett privilegierande av en viss form av kredit, varukrediten, och därmed i det särskilda fallet ett gynnande av en viss grupp borgenärer på de övrigas eller annan tredjemans bekostnad.

Om emellertid extraordinära anordningar till fördel för kreditsäljaren ansetts vara av nöden även då för äganderättens övergång fordrats verklig tradition, måste detta så mycket mera vara fallet, efter det rättsutvecklingen lett till ett mildrande av det stränga traditionskravet. Ty därest köparen förvärvade äganderätt till godset, innan detta ännu kommit i hans omedelbara besittning, så behövde säljaren redan för att kunna förhindra dess omhändertagande av den insolvente köparen eller dennes konkursbo stöd av positiva bestämmelser, under

¹ Se Goldschmidt I: 2 s. 864 not 42, Fremery s. 395 f., Eisenlohr s. 15.

² Fremery s. 397.

det denna befogenhet tidigare tett sig som en enkel konsekvens av hans fortbestående äganderätt. Och ett extraordinärt skydd för säljaren på detta tidiga stadium kunde så mycket mindre väcka betänkligheter som dels billigheten i en säljarens befogenhet att återtaga, event. behålla, ännu icke utgivet gods vore än mera påtaglig än ifråga om den gamla droit de suite och dels de särskilda olägenheter, som voro förenade med denna senare, nämligen borgenärernas vilseledande beträffande gäldenärens kreditvärdighet, här icke gjorde sig gällande.

Dessa synpunkter kommo att bliva bestämmande för stoppningsinstitutets vidare utveckling. Då man på de håll, där droit de suite prövats och befunnits ohållbar, sysselsatte sig med problemet, hur man rättast borde avväga de stridiga intressena mellan säljaren å ena sidan samt köparen och dennes borgenärer å den andra, hade den engelska rätten att framvisa ett redan länge prövat system av annan typ, nämligen *the right of stoppage in transitu*. Den kritik, som riktades mot droit de suite, fick till resultat, att denna småningom nära nog helt och hållet undanträngdes av den egentliga stoppningsrätten eller en denna närstående mildare form av droit de suite¹. Utformningen av den modärna stoppningsrätten har gestaltat sig betydligt olika i olika rättssystem. Ett gemensamt drag är dock, att säljaren icke äger återfordra vad köparen redan före konkursen mottagit utan endast äger förhindra, att köparen eller hans konkursbo tillägnar sig gods, som vid denna tidpunkt befinner sig på väg eller ännu innehaves av säljaren.

¹ Ett undantag utgör den holländska rätten, som bibehållit droit de suite i dess gamla form vid sidan av *right of stoppage in transitu*. Enligt handelslagboken den ¹/₁₀ 1838, art. 232, äger säljaren, oavsett att anstånd medgivits, inom 30 dagar efter utgivandet återfordra icke betalda, före konkursen utgivna varor, förutsatt att de in natura äro kvar i köparens besittning. Utförliga bestämmelser om den obetalte säljarens befogenheter innehållas i art. 230—245 (jfr allm. borgerliga lagboken art. 1185: 3, 1190 och 1191), av vilka art. 236 utesluter återkravs-(stoppnings-)rätten, då köparen accepterat växel å hela köpeskillingsbeloppet.

III. Engelsk rätt.

Det är i hög grad anmärkningsvärt, att varken common law eller equity erkänt *droit de suite* i någon som helst form. Man har där på en tidigare punkt avklippt säljarens möjlighet att på grund av betalningens uteblivande draga tillbaka godset. Som gräns har man satt köparens besittningstagande. Intill denna punkt upprätthålles säljarens i vederlagsförhållandet grundade krav på att icke gå miste om godset, då det är uppenbart, att han icke kan vänta att erhålla köpeskillingen.

Emellertid låter sig ett upprätthållande av avhängighetsförhållandet även i denna begränsade omfattning ej göra utan stöd av positiva bestämmelser, enär äganderätten i allmänhet övergått till köparen före dennes besittningstagande och köparen följaktligen — vi resonera ut från den i engelsk rätt gängse uppfattningen — redan före denna tidpunkt förvärvat en ovillkorlig rätt till godset. De skyddsmedel, säljaren fått sig anvisade, äro *lien* och *the right of stoppage in transitu*.

I spetsen för den engelska rättens bestämmelser om äganderättens övergång vid köp av lösören står avtalsfrihetens grundsats: äganderätten övergår till köparen »at such time as the parties to the contract intend it to be transferred¹». Vid utrö-

¹ SGA sect. 17: 1; Blackburn s. 129 ff., Prochownick II s. 302 f. — Rubriken till de stadganden i SGA (sect. 16—20), som innehålla reglerna om äganderättens övergång, lyder: »Transfer of Property as between Seller and Buyer» (jfr Cc 1583). Emellertid äro dessa regler avgörande jämväl för förhållandet till tredjeman, bl. a. därutinnan, att köparen såsom ägare principiellt åtnjuter rättsskydd mot säljarens borgenärer även till gods, som är kvar i säljarens besittning; Blackburn s. 283. Viktiga undantag föranledas dock av Bills of Sale Acts ävensom, såvitt rör skyddet mot konkursborgenärer, av konkurslagens stadganden om *reputed ownership*. Enligt Bankruptcy Act av 1914 sect. 38 c, som ordagrant återger sect. 44 i 1883 års konkurslag, räknas till konkursboet bl. a. »all goods being, at the commencement of the bankruptcy, in the possession, order or disposition of the bankrupt, in his trade or business, by the consent and permission of the true owner, under such circumstances that he is the reputed owner thereof». Det är att märka, att på grund av denna s. k. »reputed ownership clause» rättsskydd mot konkursborgenärerna fränkännes ej blott köpare av icke levererade varor utan även annan tredjeman ifråga om gods, vilket denne låtit komma i gäldenärens besittning, t. ex. såsom lån eller de-

nande av vad som må antagas hava varit kontrahenternas avsikt skall hänsyn tagas till samtliga föreliggande omständigheter: »the terms of the contract, the conduct of the parties, and the circumstances of the case¹.» De om äganderättsövergången i SGA sect. 18 givna bestämmelser skola sålunda tillämpas endast då annat ej överenskommits eller eljest framgår av omständigheterna (»unless a different intention appears»).

Vad först speciesköp beträffar, presumerar lagen kontrahenternas avsikt vara den, att köparen redan i och med avtalet skall förvärva äganderätt till godset, såvida något villkor härför ej uppställts, och godset är i leveransgillt skick (»deliverable state»). Samma lagrum, som innehåller denna bestämmelse (SGA sect. 18 r. 1), förklarar uttryckligen, att det är »immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both be postponed.»

För leveransavtal gäller den principen, att köparen blir ägare, så snart godset definitivt individualiserats². Frågan blir alltså, när en definitiv individualisering (appropriation)³ skall anses föreligga. Härom innehåller SGA i sect. 18 r. 5 följande stadgande:

»Where there is a contract for the sale of unascertained or future goods by description, and goods of that description and in a deliverable state are unconditionally appropriated to the contract, either by the seller with the assent of the buyer, or by the buyer with the assent of the seller, the

position. Rörande den motsvarande bestämmelsen i sect. 15 av 1869 års konkurslag yttrade Lord Justice James: »The provision has always been construed as meaning this: that, if goods are in a man's possession, order, or disposition under such circumstances as to enable him by means of them to obtain false credit, then the owner of the goods who has permitted him to obtain that false credit is to suffer the penalty of losing his goods for the benefit of those who have given the credit» (cit. efter Prochownick I s. 393 not 31). Se även Blackburn s. 495 ff., särskilt not c. å s. 497.

¹ SGA sect. 17: 2.

² »The certainty and thereby the property begins by election»; Blackburn s. 138.

³ Ang. betydelsen av detta ord, se Benjamin s. 383 f. (»the precise point at which the vendor is no longer at liberty to change his intention»), Blackburn s. 136 noten, Prochownick II s. 309.

property in the goods thereupon passes to the buyer. Such assent may be express or implied, and may be given either before or after the appropriation is made.»

Lagen bygger alltså på en samverkan mellan båda kontrahenterna vid godsets definitiva individualisering. Den ene skall icke genom en ensidig åtgärd kunna binda den andre, liksom han icke själv därav är bunden¹. Tillämpningen av denna regel möter ingen svårighet i de ej särdeles vanliga fall, då en omedelbar samverkan eller ett uttryckligt godkännande (express assent) föreligger. Oftast måste man tillgripa ett underförstått godkännande (implied assent) för att avskära säljarens jus variandi och sålunda skapa förutsättningen för äganderättens övergång. Det blir då ett vanskligt spörsmål att avgöra, när den kontrahent, som ifölje avtalet har att företaga the appropriation, i regel alltså säljaren, skall anses hava definitivt utövat sin valrätt. Så länge detta icke skett, är han, hur tydligt hans avsikt att leverera visst gods än må hava framträtt, oförhindrad att ändra sig. Skillnaden mellan »a mere intention to appropriate» och »a determination of a right of election» har uttryckts så: »when, from the nature of an agreement, an election is to be made, the party who is by the agreement to do the first act, which, from its nature, cannot be done till the election is determined, has *authority* to make the choice, in order that he may perform this part of the agreement; when once he has performed the act the choice has been made and the election irrevocably determined².»

¹ Denna ömsesidighet betonas med styrka av engelska författare; se Blackburn s. 135, 143 (*Campbell v. The Mersey Docks and Harbour Board*; fullständigare hos Benjamin s. 388 f.), 157 f. (Lord Stowell i rättsfallet *The Constantia*), Benjamin s. 383 ff. Att förlusten av säljarens jus variandi följer av individualiseringen i och för sig, oavsett om äganderätten övergått, framgår särskilt tydligt av Blackburn's uttalande s. 153: »If, for example, the seller had contracted to sell 1,000 qrs. of wheat, and had put 1,000 qrs. on board, it is a question of fact whether those 1,000 qrs. had been ascertained or specified as the subject of the contract: if they have, then the seller can tender them, only, and the buyer is bound to accept them, only. But it is a further question of fact whether the property has passed».

² Blackburn s. 138.

SGA innehåller i sect. 18 r. 5: (2) för det praktiskt viktigaste fallet en tillämpning av denna regel. Där stadgas nämligen, att vid försändningsköp godsets individualisering sker i och med dess utlämnande till fraktföraren¹, förutsatt att det är kontraktusenligt. Då säljaren enligt avtalet har att försända godset till köparen, anses denne hava på förhand givit sitt godkännande av det val, säljaren genom försändandet anger sig hava träffat².

Är den ort, dit godset skall försändas, att anse såsom leveransort, så övergår äganderätten dock icke, förrän godset framkommit till bestämmelseorten³. Detta gäller även vid köp av bestämt gods. Forslandet fram till bestämmelseorten anses nämligen ske »for the purpose of putting them (the goods) into a deliverable state», och följaktligen övergår äganderätten icke, förrän detta villkor uppfyllts⁴. Intet hindrar emellertid kontrahenterna att även i dessa fall förlägga äganderättsövergången till avsändandet eller ett ännu tidigare stadium (t. ex. säljarens avskiljande av godset). Det bör nämligen hållas i minne, att de i SGA givna reglerna om äganderättsövergång endast äro interpretationsregler, och att man därför vid var och en av dem har att underförstå: »unless a different intention appears.» Det enda villkor, som måste vara uppfyllt, är att godset är på sådant sätt individualiserat, att det kan skiljas från annat gods. Men denna fordran är också oftergivlig⁵.

Vid avhämtningsköp äger the appropriation givetvis i regel⁶ rum först vid godsets utgivande till köparen; dennes godkännande sker i de allra flesta fall genom att han mottar godset. Äganderätten övergår således, för att tala med vår köplag, i och med »avlämnandet».

¹ Benjamin s. 393 ff.

² Prochownik II s. 316.

³ Prochownik II s. 306, 311, 323, Benjamin s. 360 f.; jfr SGA sect. 33.

⁴ SGA sect. 18 r. 2.

⁵ SGA sect. 16; Prochownik II s. 308, Blackburn s. 132.

⁶ Se dock Blackburn s. 142 (*Aldridge v. Johnson*); jfr s. 144 (*Jenner v. Smith*).

Även vid försändningsköp, vare sig avsändningsorten eller bestämmelseorten är att anse som leveransort, blir resultatet av den legala regeln, att äganderätten övergår vid »avlämnandet»¹. Särskilt må påpekas, att detta gäller även konnossementköp. Vid såväl fob- som cifköp är godset enligt sect. 18 r. 5 st. 2 »appropriated to the contract», då det bragts ombord². Konnossementet har ingen självständig betydelse för äganderättsövergången, såvitt rör förhållandet mellan säljare och köpare³. Denna kan äga rum såväl tidigare som senare än överlämnandet av konnossement.

Här torde en anmärkning böra göras om en för SGA säregen bestämmelse av stor praktisk betydelse, särskilt vid sjöförsändelser. Den säljaren i SGA sect. 41 medgivna rätten att hålla godset inne, tills köpeskillingen gäldas (»lien»; jfr SGA sect. 28), går förlorad i samma ögonblick säljaren släpper godset ur sin besittning⁴. Då vidare i engelsk rätt icke finnes någon motsvarighet till § 15 i vår köplag, skulle säljaren i och med avsändandet — förutsatt att äganderätten övergått till köparen — definitivt ha förlorat all rätt till godset (vi bortse tills vidare från the right of stoppage, vilken ju för övrigt endast kan göras gällande vid köparens insolvens). Till skydd för säljaren anvisar nu SGA i sect. 19 »reservation of right of disposal» (jus disponendi)⁵. Detta är i själva verket ingen-

¹ Prochownick II s. 354 förklarar denna regel därmed, att fraktföraren i engelsk rätt i allmänhet betraktas såsom köparens representant i besittningen (jfr SGA sect. 32:1). Häri ligger också förklaringen till att säljarens »lien» går förlorad med avsändandet; jfr Chalmers s. 45 f., Goldschmidt I: 2 s. 635 not 55.

² Prochownick II s. 318, *The Parchim* [1918], Law Reports, Appeal Cases p. 157. Om leveransorten vid cifköp, se Blackburn s. 255 (*Tregelles v. Sewell*).

³ Blackburn s. 152 ff., 423 f., Prochownick II s. 320, Carver, *Carriage of goods by sea*, 4:th ed. (1905), n:o 497, 500 (jfr ingressen till Bills of Lading Act av 1855 och kritiken därav hos Carver n:o 500). Härmed är naturligtvis icke sagt, att icke konnossementsöverlämnandet kan vara av avgörande betydelse för äganderätsfrågan, nämligen i den mån det är uttryck för kontrahenternas avsikt härutinnan.

⁴ SGA sect. 43 a, Blackburn s. 151, 412.

⁵ Se härom Benjamin s. 419 ff., Blackburn s. 151 ff., Chalmers s. 47, Prochownick II s. 315 ff.

ting annat än ett äganderättsförbehåll¹; äganderätten stannar hos säljaren, tills köparen uppfyllt visst villkor, vanligen erlagt köpeskillingen eller accepterat säljarens tratta å dess belopp. Förbehållet måste göras vid speciesköp i själva avtalet och vid genusköp vid the appropriation. Är konnossementet ställt till säljarens eller hans ombuds order, anses jus disponendi därmed vara förbehållen, såvida ej av omständigheterna framgår, att angivandet av lastemottagaren av annan anledning skett på dylikt sätt (SGA sect. 19 r. 2). Enligt rule 3 är en köpare, som samtidigt får konnossement och säljarens tratta sig tillsända av denne, icke berättigad behålla konnossementet, med mindre han återställer trattan accepterad². Genom ett dylikt översändande av konnossement och tratta anses säljaren hava förbehållit sig jus disponendi tills accept lämnats. Då säljarna givetvis i stor utsträckning använda dessa enkla och, bortsett från obehörig vidareförsäljning, effektiva medel att säkra sig betalning eller accept, kommer vid de flesta sjöförsändelser äganderätten ej att övergå till köparen, förrän denne uppfyllt det ifrågavarande villkoret. Men då, enligt vad nyss framhållits, konnossementets överlämnande till köparen i och för sig icke är någon förutsättning för äganderättens övergång, så följer därav, att om köparen fullgör eller erbjuder sig fullgöra det uppställda villkoret, han därmed förvärvar äganderätt, även om säljaren obehörigen förhåller honom konnossementet³.

Denna den engelska rättens ståndpunkt till äganderättsövergången vid köp är urgammal⁴. Dess betydelse för förhållandet mellan kontrahenterna framgår av följande resonemang⁵. Såsom allmän regel gäller, att den, som har äganderätt till en sak, också har rätt till besittningen. Köparen har därför, efter det äganderätten övergått till honom, prima facie rätt

¹ Benjamin s. 356 not q, Blackburn s. 151.

² I detta fall saknar det betydelse, huruvida konnossementet lyder på avlastaren (säljaren) eller på mottagaren (köparen).

³ Prochownick II s. 317.

⁴ Blackburn s. 284.

⁵ Blackburn s. 339 ff., 483—490, Benjamin s. 779 ff., 948 ff.

att kräva godset utlämnat. Emellertid står det parterna fritt att avtala, att ehuru äganderätten är hos köparen, säljaren intill viss tidpunkt eller till visst villkor uppfyllts skall äga hålla godset inne. Då annat ej avtalats eller i övrigt framgår av omständigheterna, presumerar man parternas mening vara den, att gods och köpeskillning skola utväxlas mot varandra. På grund härav äger vid kontantköp säljaren innehålla godset, tills köpeskillningen gäldas (SGA sect. 28). Men då denna regel om prestationernas utväxlande är byggd på parternas presumerade mening, måste den vika för varje avtalsbestämning, som visar, att de vilja ha saken avvecklad på annat sätt. Har kredit avtalats, äger köparen följaktligen en ovillkorlig, av köpeskillningens erläggande oberoende rätt till besittningen. Då enligt allmänna regler en kontrahents obestånd eller konkurs icke löser medkontrahenten från dennes förpliktelser, lider denna köparens rätt ingen inskränkning genom hans efter köpet och före kreditfristens utgång uppenbarade insolvens.

Säljarens skydd för sitt vederlagskrav skulle alltså, därest det ej sträckte sig längre än parternas presumerade vilja och en tillämpning av allmänna rättsgrundsatser skulle föranleda, vara mycket begränsat. Han skulle i intet fall ha mera än en retentionsrätt i sträng mening, ej någon rätt att försälja godset eller behålla det för egen räkning, och så snart köparen erhållit anstånd med köpeskillningens erläggande, skulle ej ens retentionsrätten stå säljaren till buds¹. I intet som helst fall skulle säljaren kunna göra någon rätt gällande till gods, som lämnat hans besittning, ty retentionsrätten är knuten till säljarens fortfarande innehav.

Vid dessa resultat av äganderättens övergång kunde man ej stanna. Att säljaren vid kontantköp skulle vara inskränkt till befogenheten att hålla godset inne, var redan det ett ytterst ofullständigt skydd för hans intresse, särskilt i det fall, att köparen kommit på obestånd och säljaren följaktligen icke kunde hjälpa sig med talan på köpeskillningens utbekommande;

¹ Blackburn s. 488.

han kunde ju inte rimligen för all framtid hålla godset för köparens räkning¹. Och vid kreditköp ansåg man det högeligen obilligt, att den insolvente köparen eller hans konkursbo skulle kunna fordra godset utlämnat, ehuru köpeskillingen med visshet icke komme att erläggas. Dessa synpunkter hava vunnit beaktande på det sätt, att säljaren dels i de fall, då även utan stöd av positiv bestämmelse retentionsrätt (lien) står honom till buds, alltså då anstånd ej beviljats, under närmare angivna betingelser äger sälja godset på annat håll för köparens räkning (men icke behålla det själv), och dels vid köparens efter köpslutet uppenbarade insolvens äger att trots kreditmedgivande hålla godset inne, ävensom, därest det redan avsänts, förhindra dess utgivande (right of stoppage in transitu)²; efter det säljaren genom att stoppa godset återfått besittningen, äger han försäljningsrätt såsom vid kontanköp³.

Vi ha redan framhållit, att säljaren, efter det han genom avsändandet släppt godset ur sin besittning, icke ens vid kontantköp äger på grund av köparens mora solvendi hindra dess utgivande; hans intresse anses tillräckligt tillvarataget genom rätten att utsöka köpeskillingen (SGA sect. 49: 1). Enda undantaget från denna regel utgör stoppningsrätten. Denna kan därför i detta rättssystem knappast betraktas såsom ett specialfall av de befogenheter, som vid köparens anteciperade mora solvendi tillkomma säljaren, ty annan sådan mora än köparens obestånd ger honom icke någon med stoppningsrätten jämförd befogenhet. Man synes därför med ett visst fog kunna säga, att stoppage in transitu i den engelska rätten har karaktären av en »singularitet». Vi tänka härvid icke på dess förhållande till samma rätts regler om äganderättens övergång, i vilket sammanhang epitetet »singulär» ju eljest plägar användas. Det är efter vår tanke alls icke på denna punkt, man bör rikta uppmärksamheten vid ett studium av

¹ Jfr Blackburn s. 488 f.

² Stoppningsrätten betraktas stundom såsom »an extension of the unpaid vendor's lien», så Carver anf. arb. n:o 506. Häremot Benjamin s. 1003 f.

³ SGA sect. 41, 44, 48.

stoppningsrätten. Frågan torde i stället böra ställas så: vilken betydelse har enligt det ifrågavarande rättssystemet vederlagsförhållandet för köparens rätt till godset? Finnes därvid, att säljaren i motsvarande läge även i andra fall än köparens insolvens äger att trots äganderättens övergång göra rätt till godset gällande, så innebär givetvis i detta rättssystem en säljarens stoppningsrätt ingenting »singulärt», såvida man icke vill anse även den förra befogenheten såsom »singulär». Först om någon rätt att ingripa skulle tillkomma honom *endast* vid köparens insolvens, ej vid mora solvendi i allmänhet, kunde man med något berättigande tala om stoppningsrätten såsom en »singularitet» i *detta* rättssystem.

Rörande stoppningsrättens ursprung¹ äro meningarna de-

¹ Se Lord Abinger i rättsfallet *Gibson v. Carruthers* (1841), ref. i »The revised reports», Bd 58 s. 725—735. Den ofta återopade historiska återblicken å s. 727—729 är i huvudsak återgiven av Blackburn s. 343—345.

I anslutning till redogörelsen för stoppningsrättens historia i engelsk rätt torde den ofta framkastade frågan om hela detta rättsinstitutets ursprung böra beröras. Spörsmålet gäller dels (1) den rättsliga utgångspunkten för ifrågavarande institut och dels (2) de omständigheter, vilka framkallat hithörande skyddsbestämmelser, särskilt frågan, i vad mån ett bestämt samband låter sig uppvisa mellan stoppningsrättens uppkomst och konnossementets utveckling.

1. Vad den första frågan beträffar, har man hänvisat till den romerska rättens stadgande om kontantköp såsom det frö, ur vilket hela stoppningsinstitutet spirat upp (Platou i 3 NJMF s. 112; jfr ovan s. 7). Av vad som för närvarande är bekant rörande stoppningsrättens tidigaste utveckling — en betydande del av materialet, särskilt i italienska arkiv förvarade stads- och köpmansstatuter, är ännu icke genomforskat — torde några säkra slutsatser icke kunna dragas vare sig för eller emot riktigheten av detta antagande. Håller man sig till uttalandena i litteraturen, stöddes det givetvis av den förut omnämnda teori, som i köparens dolus, ifölje vilken kreditmedgivandet förklarades overksam, såg grunden till återkravsrätten. Å andra sidan finnas även uttalanden, som peka mot konkursprivilegierna eller den legala panträtten såsom den närmaste förebilden till *droit de suite* (se ovan s. 12 f.). Som bekant var den senare romerska rätten ytterst frikostig med förmånsrätter, och att i anslutning till denna tendens en så viktig form av kredit som varukrediten beretts särskilt skydd förefaller helt naturligt. Den i allmänhet iakttagna begränsningen till konkursfall och särskilt det förhållandet, att säljaren i regel

lade. I Courts of Equity utgick man städse från att rätten ifråga grundades på någon princip i common law, under det

icke kunde göra sin rätt gällande mot tredjeman, ehuru godtrosskydd vid denna tid var okänt, synes stödja denna åsikt.

För öfrigt torde det kunna ifrågasättas, huruvida uttalandena i litteraturen tillåta några slutsatser i denna fråga. Dels gå de i helt olika riktningar och dels datera sig även de äldsta (Straccha) från en tid, då *droit de suite* redan under århundraden varit i bruk. De torde icke kunna betraktas annat än som försök av den tidens teoretiker att bringa det sedan länge fullt stadgade, ofta lagfästa handelsbruket i överensstämmelse med sin tids allmänna rättsprinciper. Dessa förklaringar kunna därför befaras vara långt avlägsna från de enkla, rent praktiska synpunkter, som legat till grund för handelsbrukets uppkomst. Den ytterst växlande gestaltning, detta erhållit på olika orter, tyder ej heller på en klar, enhellig utgångspunkt.

2. Det är en vanlig uppfattning, att stoppningsrätten nära ansluter sig till den likaledes på sedvanerättslig väg utbildade satsen om konnossementet såsom överförande besittningen och därmed äganderätten (se Goldschmidt I: 2 s. 859 vid not 12, Zeitschrift s. 302 vid not 6, Eisenlohr s. 5 f., 19 ff., Oetker s. 15, Heckscher s. 146, Platou i 3 NJMF s. 112 och i NR 1885 s. 584, Ekeberg s. 4 f.). Att det handelsbruk, varur stoppningsrätten utbildats, först uppkommit vid sjöförsändelser, är mycket sannolikt — i varje fall är det som sjörättsligt institut stoppningsrätten gjort sitt inträde i åtskilliga rättssystem — men härav följer icke, att denna rättsföreteelse uppkommit såsom ett komplement till konnossementsrätten. Detta antagande har väl närmast framställts med tanke på den engelska rätten (så Goldschmidt l. c.), dock icke, såvitt oss bekant, av någon engelsk författare. Härvid synes man emellertid förbise, att stoppningsinstitutet icke är någon engelsk skapelse utan i sin engelska form, såsom stoppage in transitu, endast är en modifikation av den utifrån införda *droit de suite*, och vidare, att stoppningsrätten just i engelsk rätt mindre än i något annat rättssystem kan knytas till konnossementets egenskap att överföra äganderätten på ett särskilt tidigt stadium, eftersom där sedan äldsta tider äganderätten ansetts övergå redan genom avtalet eller, vid genusköp, med godsets individualisering genom avsändandet, utan att köparen erhållit konnossement (jfr också Goldschmidt I: 2 s. 859 not 9; i rättsfallet *Wiseman v. Vandeput* synes köparen ej hava erhållit konnossement; godset stoppades, innan fartyget lämnat lastningsorten).

Går man då vidare tillbaka till den italienska statuträtten, så synes det uppenbart, att framträdandet av den där förefintliga återkravsrätten till före konkursen ankomna varor icke kan förklaras med en hänvisning till att konnossementet ansetts överföra äganderätten. På denna grund

man i Courts of Law bestämt hävdade, att här uppenbarligen föreläge »a principle of equity». Såsom det första fall, där stoppningsrätten vunnit erkännande, nämnes ett 1690 avgjort

kunde man icke gärna ha kommit längre än till att ställa säljaren i samma läge som om konnossement icke överlämnats eller äganderätten därmed icke övergått.

Men härtill kommer, att satsen om konnossementet såsom förmedlande besittningen vid denna tid (1200-talet) ännu icke torde hava varit erkänd. Enligt Goldschmidt (I: 2 s. 707 not 23, jfrd med s. 650 not *, s. 859 not 9; jfr Eisenlohr s. 20 och med det där not * anförda Grundtvig, Konnossementet s. 13 f.) låter sig nämnda sats icke med säkerhet påvisa, förrän den under slutet av sjuttonde århundradet uttalas av holländska praktiker. Av den historiska utvecklingen hos Grundtvig, anf. arb. s. 1—18, framgår ock, att ända till det sextonde århundradet försäljning av sjöledes transporterade varor skedde först å bestämmelseorten, antingen av säljaren själv, som då medföljde fartyget, eller genom en hans representant, ofta skepparen. Först vid nämnda tid kom man till det stadium, då varuägaren eller ombud för honom ej medföljde fartyget utan godset sändes till en destinatar, lastemottagare. Säkerligen har det även därefter krävt lång tid, innan sakrättsliga verkningar tillagts översändandet av konnossement. Man märke t. ex., att ingen av de båda bekanta samlingarna av sjörättsliga sedvanor, *Guidon de la mer* och *Les Us et Coutumes d'Olonne*, båda från slutet av sextonde århundradet, uttalar något om en självständig rätt för destinataren; båda förutsätta som givet, att avlastaren är den till varorna materiellt berättigade (Grundtvig s. 14 f.). Heckschers uttalande s. 146, att »Konnossementets tingligretlige Egenskaber kunne historisk forfølges tilbage lige saa langt omtrent som Standsningsrettens ældre Form, den strænge Gjenerhvervelsesret endog af de før Konkursen modtagne Varer», torde således icke vara riktigt.

Man kan då fråga, om några andra omständigheter kunna angivas av beskaffenhet att hava gjort skyddsbestämmelser av ifrågavarande art mera behövliga, än de varit under den romerska rättens tid. Närmast ligger väl antagandet, att kreditköpen blivit allt vanligare och att på grund härav det skydd, den från justinianska rätten upptagna bestämmelsen om kontantköp beredde säljaren, befunnits otillräckligt. Emellertid är det alls icke så säkert, att handelsbruket ifråga uppkommit på grund av något särskilt »behov». Det kan mycket väl helt enkelt ha berott på den slapphet mot påträngande anspråk (jfr missbruket med förmånsrätter), som efterträdde den klassiska romerska rättens stränga men hälsosamma upprätthållande av efter noggrant övervägande intagna positioner ifråga om intresseavvägningen. Den senare rättsutvecklingens inskränkning av droit de suite har ju ock visat, att man gått för långt, i det man gynnat säljarna utan att skänka tillbörligt beaktande åt motstående intressen.

rättsfall (*Wiseman v. Vandeput*), där säljaren efter godsets inlastning å fartyg vid underrättelsen om köparens konkurs stoppade godset, innan fartyget lämnat lastningsorten. Denna säljarens åtgärd förklarades oberättigad efter common law, men Court of Chancery uttalade sig därhän, »that the goods were still the proper goods of the foreign merchant; and that the vendee having paid no price for them, if the vendor could by any means get his goods again into his hands, or prevent their coming into the hands of the bankrupt, it was but lawful for him to do so, and very allowable in equity»¹. I de närmast följande fallen² grundades avgörandet till säljarens förmån bl. a. på utredning om »the usage of merchants». Det är anmärkningsvärt, att alla dessa fall rört tvist mellan utländsk säljare och engelsk köpare eller hans konkursbo, och den utredning om *usus mercatorum*, varom talas i dessa äldre domar, har uppenbarligen avsett den vid denna tid å de kontinentala handelsplatserna allmänt erkända *droit de suite*.

Stoppningsrätten vann småningom erkännande även vid Courts of Law. Institutets inlemmande i common law har antagligen, att döma av de äldsta rättsfallen, förmedlats av equity-domstolarna. Emellertid torde med ganska stor säkerhet kunna antagas, att hela denna rättsföreteelse icke är en ursprunglig engelsk skapelse utan en omplantering på engelsk mark av nyssnämnda *droit de suite*³. I äldre tid utgjorde »the law merchant» icke en del av common law utan en särskild specialrätt. De rättstvister, som föllo under denna köpmansrätt, avdömdes icke av de allmänna domstolarna utan

¹ *Houston s. 9 f.* Fallet kunde synas icke utgöra något *ex. på* verklig stoppage *in transitu*, eftersom äganderätten förklaras vara kvar hos säljaren. Emellertid torde detta equity-domstolens yttrande ej utesluta, att köparen enligt common law ansågs hava vunnit äganderätt; det är svårt att finna någon annan grund till att konkursboets talan tidigare bifallits.

² *Snee v. Prescott (1743), Ex Parte Wilkinson (1755) och D'Aquila v. Lambert-(1761)*; se *Blackburn s. 344*.

³ Lord Abinger i *Gibson v. Carruthers*, *Blackburn s. 345, 489*; så även *Goldschmidt, Zeitschrift s. 303*.

av »Courts of Staple»¹, ett slags marknadsdomstolar, eller i »the Star Chambre». Detta är förklaringen till att de äldre domböckerna (books of common law) icke innehålla några rättsfall i ämnet², ehuru efter all sannolikhet tvister av denna art förekommit långt före fallet *Wiseman v. Vandeput*. Då »the Courts of Staple» under sjuttonde århundradet började förfalla och de främmande köpmännen ej längre voro underkastade särskilda lagar, upptogs »the law merchant», i vad den avvek från common law, till en del, däribland stoppningsrätten, i denna senare; vad som icke sålunda upptogs miste all betydelse. Huru denna stora förändring försiggått, synes ännu icke vara närmare utrett.

Om stoppningsrätten på nu angivna vägar vunnit inträde i engelsk rätt, är det alls icke uteslutet, att även i England en verklig droit de suite en gång varit erkänd³. Detta antagande synes tvärtom ganska sannolikt i betraktande av den spridning droit de suite erhållit inom den europeiska kontinentens handelscentra, den självständiga ställning Courts of Staple intagit och den stora betydelse, som av dessa torde hava tillmätts usus mercatorum. Det är nämligen icke troligt, att dessa domstolar ur det dem förelagda handelsbruket med sådan säker blick förmått utmönstra överdrifterna och genomföra den ytterst betydelsefulla modifikation, som den egentliga stoppningsrätten utgör i förhållande till droit de suite, vilken på så många håll i Europa utan väsentlig förändring upptagits

¹ En snabb process för handelstvister, särskilt mellan engelsmän och utlänningar, anordnades tidigt och redan »Statute of the staple» av 1354 föreskrev för viktigare handelsplatser (staples) inrättandet av särskilda marknads- och mäsdomstolar; se Blackburn s. 345 f., Goldschmidt I: 1 s. 77 not 2 och s. 78.

² Detta förhållande förklarar också, varför växlar finnas omnämnda först i domböcker från början av 1600-talet, ehuru de voro i allmänt bruk bland köpmän redan på 1200-talet; Blackburn s. 346.

³ I Skottland bibehöll sig droit de suite ända till 1790. Säljaren ägde återtaga godset, då köparen inom tre dagar efter leveransen (intra triduum) kom i konkurs. »This right was based on the assumption that the buyer must have secretly known of his impending bankruptcy and fraudulently concealed it»; Benjamin s. 1070.

från de italienska handelsstäderna. Förtjänsten härav tillkommer med all säkerhet de allmänna engelska domstolarna.

Dessa frågor äro, som Blackburn uttrycker det, »now merely a matter of curiosity». Men det är vid ett studium av stoppningsrättens historia av vikt att fasthålla, att återkravs rätt till redan utgivet gods aldrig varit erkänd vare sig i equity eller common law, ej ens för det fall, att utgivandet skett efter konkursens början¹. Den obetalte säljarens befo genhet har städse varit begränsad till en stoppage *in transitu*. Den engelska rätten har lämnat två värdefulla bidrag till stoppningsinstitutets utveckling: det ena, att med bevarande av den riktiga tanken i *droit de suite*, nämligen att äganderättens övergång icke får utgöra hinder för en omsättningens krav motsvarande reglering av parternas ställning, hava funnit den riktiga — kanske till och med något för stränga — begränsningen för denna princip, och det andra, att hava infört köparens insolvens, ej blott konkurs, såsom stoppningsgrund. Härmed sammanhänger, att stoppningsbefogenheten i engelsk rätt helt och hållet saknar den karaktär av konkursprivilegium, som utmärker densamma i åtskilliga andra rättssystem.

De många praktiska spörsmål, som anknyta sig till stoppningsrättens utövning, hava avgjorts det ena efter det andra efterhand som de förelegat till avgörande, och tack vare den oerhörda mängden av rättstvister på detta område finns knappast någon praktisk fråga i samband med stoppningsrätten, som icke varit föremål för avgörande. De av århundradens praxis utkristalliserade rättsreglerna hava numera lagfästs i SGA sect. 44—48.

De viktigaste punkterna i den engelska rättens lära om stoppningsrätten äro följande.

Köparen måste vara på obestånd; däremot fordras ej konkurs, ej heller att insolvensen blivit på visst sätt uppenbarad².

¹ Denna begränsning har beklagats av engelska domare; se Houston s. 40, jfr Blackburn s. 409 f.

² SGA bestämmer i sect. 62 (3) insolvensbegreppet sålunda: »A person is deemed to be insolvent within the meaning of this Act who either has ceased to pay his debts in the ordinary course of business, or cannot

I litteraturen ha vi ingenstädes sett uttalat, att insolvensen måste hava inträtt, ej blott blivit känd, efter köpet. Emellertid angiver SGA sect. 44 ifrågavarande förutsättning så, att stoppningsrätt förefinnes, »when the buyer of goods becomes insolvent», vilket efter orden utesluter en redan vid köpslutet förhandenvarande ehuru säljaren obekant insolvens.

Det ligger i sakens natur, att rätten ifråga står säljaren till buds endast då köpeskillingen icke betalts. Enligt sect. 38 (a) är säljaren »unpaid seller», »when the whole of the price has not been paid or tendered». Har han å köpeskillingsbeloppet mottagit köparens accept, måste denna, där ej annat undantagsvis kan visas, anses mottagen endast såsom villkorlig betalning; kredit anses köparen inrymd till växelns förfallotid. Att denna ännu ej inträtt, utesluter ej stoppningsrätten ¹.

En tredje förutsättning är att godset vid stoppningstillfället ännu är under transport. Detta är enligt sect. 45 (1) fallet från det godset för befordran överlämnats till fraktförare eller speditör, tills det utgives till köparen eller dennes ombud. För flertalet fall leder denna bestämmelse till att stoppningsrätt förefinnes, så länge godset ännu icke kommit i köparens besittning. En synnerligen rik kasuistik, på vilken vi ej skola närmare ingå, har på denna punkt utbildats, särskilt i anslutning till lagerhusinstitutionen samt den omfattande medverkan, som vid transporter lämnas av speditörer och agenter ².

Den försämring i säljarens ställning, jämfört med svensk rätt, som följer av att varje form av återkravs rätt är okänd, uppväges till stor del av lättnader i stoppningsrättens utövning. Denna sker nämligen genom en enkel order till fraktföraren

pay his debts as they become due, whether he has committed an act of bankruptcy or not, and whether he has become a notour bankrupt or not».

¹ SGA sect. 38 (b); Blackburn s. 355 ff. Att man tidigare varit tveksam på denna punkt framgår av ett äldre rättsfall (*Davis v. Reynolds* 1815), där den meningen gjorde sig gällande, att säljaren »till the time of credit had expired, and the bill was either paid or dishonoured, was in the situation of a paid vendor».

² Se härom SGA sect. 45 samt Blackburn s. 361—411, Benjamin s. 1013—1044.

eller annan detentor¹ att icke utlämna godset eller underrättelse, att säljaren vill göra bruk av sin stoppningsrätt. Utlämnas godset icke desto mindre, har säljaren icke blott rätt att för den skada, han därigenom lider, hålla sig till fraktföraren², utan han är även förvarad vid sin rätt mot köparen, resp. konkursboet³. Härtill kommer, att effektiviteten av ordern till fraktföraren icke är beroende av huruvida denne enligt allmänna frakträttsliga regler är skyldig åtlyda säljarens dispositioner. Denne behöver således icke legitimera sig genom uppvisande av fraktsedelsdubblett eller konnossement; ett telegram till järnvägen eller fartygsbefälhavaren (eller rederiet) är tillräckligt. Med dessa regler har säljaren, trots frånvaron av återkravs rätt, goda utsikter att lyckas bevara sin rätt till godset.

¹ Huruvida säljaren genom underrättelse direkt till köparen kan bevara sin rätt synes tvivelaktigt. Svaret beror givetvis på vilken betydelse, man tillägger den vanliga ordern till fraktföraren. Benjamin anför s. 1047 not (n) tvenne amerikanska domar, som giva uttryck åt rakt motsatta ståndpunkter. Den ena (New York) förklarade underrättelse till köparen otillräcklig, då stoppningsordern vore att anse såsom »a substitute for an actual resumption of the custody of the goods by the vendor» och följaktligen måste riktas till innehavaren av godset. Den andra domen (Pennsylvania) utgick åter från att »the object of the demand on the carrier was chiefly to affect the consignee through the master» och mottagaren (köparen) borde då icke kunna beklaga sig över att säljaren riktade sitt krav på godset direkt till honom själv.

² Denne har enligt SGA en vansklig ställning, i det han vid risk av skadeståndsskyldighet mot ena eller andra parten har att självständigt avgöra, huruvida köparen verkligen är på obestånd; Blackburn s. 413, Carver, Carriage of goods by sea, n:o 469. Vid stridiga anspråk kan fraktföraren upplägga godset och överlämna åt domstol att avgöra vilkendera har bättre rätt därtill (interpleading), Carver l. c.

³ Heckschers uttalande s. 183 vid not 3, att godset ingår i konkursboet, då säljaren faktiskt icke kunnat hindra utgivandet, torde icke vara riktigt. Heckscher hänvisar till Houston s. 40—43, där emellertid endast den frågan behandlas, huruvida konkursen i och för sig, utan någon stoppningsåtgärd från säljarens sida, bör anses förhindra ett definitivt förvärf för köparens eller konkursboets räkning. — Såsom i texten Prochownick II s. 359, Blackburn s. 415, Carver n:o 531, Silberstein s. 114.

Den betydelsefulla frågan om stoppandets rättsverkningar intresserar oss här endast såvitt rör den sakrättsliga sidan av saken. Det har förut påpekats, att ett stoppande i egentlig mening blott ifrågakommer, då äganderätten redan övergått till köparen¹. Stoppandet innebär icke något säljarens hävande av avtalet och berättigar således ej denne att behålla godset för egen räkning. Dess närmaste följd är att säljaren försättes i samma läge, som om godset aldrig lämnat hans besittning; han återfår sin »lien». Stoppningsrätten är endast en befogenhet »to interfere with the buyer's right of possession» men icke med hans »right of property». För denna senares okränkbarhet hade man tidigare sådan respekt, att man fränkände säljaren envar befogenhet, som kunde innebära en dylik kränkning. Denna rigorösa uppfattning kommer till synes i äldre rättsfall². Småningom vann emellertid säljarens befogenhet att sälja godset för köparens räkning erkännande av domstolarna. Dessa resultat av rättsutvecklingen äro numera stadfästa i SGA sect. 48.

Stoppningsrätten röner i regel ej inflytande av att köparen vidtagit rättsliga dispositioner över godset. Tredjemän förvärvar ej bättre rätt därtill än köparen har, såvida ej säljaren, exempelvis genom godkännande av vidareförsäljning (SGA sect. 47), kan anses hava uppgivit sin rätt som obetald säljare. Ett ytterst betydelsefullt undantag från denna regel utgör bestämmelsen i SGA sect. 47: 2, enligt vilken säljarens rätt måste vika för godtroende tredjemans på oneröst förvärv av konnossement³ stödda krav på godsets utbekommande. Detta stadgande, som är uttryck för en över hela världen gällande grundsats, utgör ett exempel på hurusom säljarens vederlagskrav på en tidigare punkt än den vanliga, köparens besittnings-

¹ Jfr SGA sect. 39:2 och Benjamins ovan s. 3 not 1 återgivna yttrande.

² Ex. *Hore v. Milner* (1797) och *Greaves v. Ashlin* (1813); Blackburn s. 499 ff.

³ Stadgandet gäller icke blott konnossement utan även annat »document of title». Vad härunder förstås, se *Factors Act* (1889), avtryckt hos Blackburn, Bihanget.

tagande, får vika för motstående intressen av synnerlig vikt, nämligen intresset av att bevara konnossementets oerhörda betydelse för varuomsättningen.

IV. Fransk rätt.

Den äldre franska rätten, såväl *droit écrit* som *droit coutumier*, stod på den romerska rättens ståndpunkt ifråga om tidpunkten för äganderättens övergång. Redan under 1700-talet gjorde sig emellertid en stark tendens gällande att mildra traditionskravet, vilket skedde genom ett omfattande bruk av fingerad tradition¹. I *Code civil* tog man steget fullt ut. Art. 711 i tredje boken, som har rubriken »Des différentes manières dont on acquiert la propriété», ger ett allmänt uttryck åt den nya principen: »La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations». Något särskilt rättsärende (traditio, dinglicher Vertrag, tinglig Overføringsretshandel) skulle icke vara erforderligt, utan den obligatoriska rättshandling, som ändå i sista hand åsyftade en överlåtelse, skulle också vara tillräcklig för att åstadkomma den.

Cc 1583² innehåller principens tillämpning på köpet: »Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé»³. Visserligen

¹ Baudry n:o 5, 6, 60.

² Jfr Cc 1138; om betydelsen av det där förekommande uttrycket »dès l'instant où elle a dû être livrée», se Planio'l I n:o 2596, Baudry, Obligations I n:o 366, Zachariä II § 279 vid not 16.

³ Motiven till detta stadgande äro alltigenom präglade av den naturrättsliga tendensen att grunda rättssatserna på absoluta skäl, ej på en avvägning av stridiga intressen (se Baudry n:o 9; jfr densamme Obligations I n:o 364). Den ledande tanken är den, att eftersom köpet har till ändamål att överföra äganderätten (»son unique but doit être la transmission de la propriété»), så måste också denna rättsverkan inträda omedelbart på grund av avtalet. Alldeles samma uppfattning, och återgiven med nära nog samma ord, går igen i den svenska Lagkommitténs motiv

förklaras köparen bliva ägare endast i förhållande till säljaren, men den reservation rörande rättsskyddet mot tredjeman, som härmed antydes, har föga betydelse vid köp av lösören (objets mobiliers corporels). Köparen åtnjuter nämligen fullt rättsskydd mot tredjeman, säljarens borgenärer därunder inbegripna¹, utom vid tvesalu, då den senare köparen fått saken i sin besittning och därvid varit i god tro (Cc 1141).

Vad härefter angår genusköp, synes det väl otvivelaktigt, att vid dessa avtalets sakrättsliga verkan inträder i och med godsets individualisering², men frågan är just, när en sådan skall anses föreligga. Om dessa köp innehåller Cc överhuvudtaget inga särskilda bestämmelser utom stadgandet i art. 1585, att vid »ventes au poids, au compte ou à la mesure», d. v. s. halvgeneriska köp, faran övergår först genom att godset väges, mätes eller räknas. Ehuru här endast talas om farans övergång³, synes man dock vara allmänt ense om att nämnda åt-

till H. B., s. 162: »Om nu köp bör anses vara emellan säljare och köpare verkligen slutet, då de öfwerenskommit om det ting, som säljes, och om dess pris, måste man äfwen antaga, att äganderätten i och med det samma flyttas ifrån säljaren till köparen, emedan man ej kan tänka sig något egentligt köp, som icke har äganderättens öfwerlåtelse till föremål». Då man å andra sidan erinrar sig det från traditionsteoriens anhängare ofta hörda talet om denna teori såsom grundad i »sakens natur», måste man ge sitt fulla erkännande åt den fördomsfrihet och det sunda omdöme, som präglar följande uttalande av Blackburn (s. 284) om den romerska rättens traditionskrav: »It does not seem evident in what the superior natural justice of the civil law consists. There is certainly nothing iniquitous in the rule of the civil law, *traditionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*, but had the authors of the civil law written, *sine traditionibus dominia rerum nudis pactis transferuntur*, it would have read as well. Both are rules of positive law, and if we were discussing what the law should most conveniently be, much might be said on both sides».

¹ Baudry n:o 16, densamme, Obligations I n:o 368 ff., särskilt 408, 413, 414, Aubry & Rau V s. 20, 24, Lyon-Caen III n:o 100, 131, Hagerup i NR 1884 s. 718 f. — Om Cc 2279, se den utförliga framställningen hos Planiol I n:o 2459—2496.

² Lyon-Caen III n:o 96, 107, 129, VIII n:o 832, Baudry n:o 183 I a.

³ Om anledningen härtill, se Baudry n:o 145.

gärder även överföra äganderätten¹. Vägningen etc. bör vara »*contradictoire, sinon elle serait sans effet*»². Förutom i de fall, då vägningen sker i köparens närvaro eller eljest godkännes av honom, är denna fordran uppfylld, då säljaren anmodats väga, mäta eller räkna godset i närvaro av fraktföraren; denne betraktas nämligen såsom köparens ombud (*mandataire*). Ett dylikt uppdrag kan även anses tacite givet åt fraktföraren, då denne av köparen vidtalats att utföra transporten. Så särskilt ifråga om fobköp, vid vilka äganderätten följaktligen övergår med inlastningen. Vid övriga försändningsköp ser man i allmänhet i avtalet ett underförstått bemyndigande för säljaren att ensam företaga individualiseringen med ömsesidigt bindande verkan³. Som synes peka dessa regler mot leveransens fullgörande såsom det avgörande momentet.

Detta utsäges mera direkt ifråga om de rena leveransavtalen⁴. Även här kunna kontrahenterna naturligtvis när som helst efter köpslutet enas om att ett visst bestämt parti skall användas till avtalets fullgörande. »*Mais, en général*», heter det hos Baudry, »*c'est la livraison qui produit l'individualisation et par suite la translation de la propriété et le déplacement des risques*»⁵. Det blir alltså av vikt att noga bestämma tidpunkten för »la livraison» i de fall, då denna ej sammanfaller med köparens omedelbara besittningstagande, det vill framförallt säga distansköp. Härom synes den regeln gälla, att leveransen är fullgjord, så snart säljaren bragt godset till leveransorten och gjort vad på honom där ankommer för att köparen skall komma i besittning av detsamma. Leveransort är,

¹ Baudry n:o 150, Aubry & Rau V § 349 vid not 41, Crome s. 63 f. Annorlunda emellertid Lyon-Caen III n:o 131, som även vid köp enl. Cc 1585 anser avtalet överföra äganderätten.

² Baudry n:o 152; jfr Crome l. c., Aubry & Rau V § 349 vid not 42.

³ Se föregående not.

⁴ Sådana äro i allmänhet »les ventes à livrer», vilken benämning emellertid i fransk jurisprudens endast användes för köp med åtminstone å säljarens sida framskjuten uppfyllelsetid (i motsats till »ventes en disponible»); se Baudry n:o 183 I a, Lyon-Caen III n:o 158.

⁵ Baudry l. c.; Aubry & Rau V § 354 not 1 bis.

då annat ej avtalats, säljarens boningsort eller den plats, där han driver sin rörelse. Vid enkla försändningsköp övergår alltså äganderätten med godsets omhändertagande av fraktföraren (eller speditören)¹. Detta gäller även, då godset skall försändas sjöledes. Konnossementet har nämligen, liksom i engelsk rätt, ingen självständig betydelse för äganderättsövergången, utan denna bedömes helt och hållet efter allmänna regler². Är godset sålt att levereras å bestämelseorten, följer av det sagda, att äganderätten ej övergår, förrän godset framkommit till denna ort.

Vid tiden för tillkomsten av Code civil kvarlevde såsom usages de commerce den tidigare omnämnda droit de suite, visserligen med växlande innehåll på olika orter. Innan vi ingå på detta instituts vidare utveckling, må erinras om den kända bestämmelsen i Cc 2102 mom. 4. Denna är uttryck för ett synnerligen långt gående beaktande av säljarens intresse, i det jämväl vid kreditköp förmånsrätt tillerkänts honom i det utgivna godset, såvida detta fortfarande är i köparens besittning. Därutöver äger säljaren, då anstånd ej medgivits, återkräva, vindicera, själva godset, såvida detta sker inom åtta dagar efter leveransen och godset finnes kvar i oförändrat skick³.

Dessa stadganden skulle enligt en bifogad bestämmelse ej medföra någon ändring »aux lois et usages du commerce sur la revendication.» Den gamla droit de suite var således lämnad

¹ Baudry l. c., Goldschmidt I: 2 s. 635 not 55. Jfr C. de com 100 och härtill Lyon-Caen III n:o 102, 605. Lyon-Caen & Renault, Manuel de droit commercial (1877) s. 261: »... on admet, conformément à une très... ancienne tradition, qu'elles (les parties) ont entendu que la délivrance se fit chez le vendeur, de telle sorte qu'à partir de la remise à l'entrepreneur de transport, l'acheteur devient propriétaire et court les risques; il a en quelque sorte donné mandat au vendeur de spécialiser les marchandises en les expédiant».

² Lyon-Caen V n:o 174.

³ Olika åsikter om innebörden av denna vindikationsrätt, se Lyon-Caen VIII n:o 832, Planiol II n:o 1546—1549, Zachariä § 231 not 25 a.

oberörd. Den föll inom området för det andra stora lagstiftningsverket från denna tid, nämligen Code de commerce.

Den för detta lagstiftningsarbete tillsatta kommissionen gick radikalt till väga på denna punkt. Dess preliminära förslag innehöll helt kort: »La loi n'admet aucune revendication sur les marchandises ou autres effets mobiliers du failli»¹. Vid granskningen av förslaget i Conseil d'État var man väl allmänt ense om att les usages de commerce alldeles för långt utsträckt säljarens återkravs rätt, men flertalet ansåg dock förslaget gå för långt åt motsatta hållet och föreslog bibehållandet av en starkt begränsad droit de revendication. De antagna bestämmelserna innehölls i art. 576—580 av C de com av 1808². Omfattningen av säljarens rätt framgick av art 577: »La revendication ne pourra avoir lieu que pendant que les marchandises expédiées seront encore en route, soit par terre, soit par eau, et avant qu'elles soient entrées dans les magasins du failli, ou dans les magasins du commissionaire chargé de les vendre pour le compte du failli». Gentemot den gamla droit de suite innebar detta en dubbel inskränkning: vindikationsrätten bortföll helt och hållet mot tredjeman, som fått godset i sin besittning, och mot köparens konkursbo åtminstone i det fall, att godset före konkursen utgivits till köparen.

Vid den 1838 företagna revisionen av konkurslagstiftningen, vilken innehålles i tredje boken av C de com, blev säljarens revindikationsrätt synnerligen ingående debatterad. Då en utredning av dess förhållande till den franska rättens allmänna principer ävensom av dess omfattning är möjlig endast genom ett studium av lagens tillkomsthistoria, skola vi redogöra för de viktigaste momenten däri³.

Härvid må först erinras om ett betydelsefullt stadgande i en annan avdelning av lagen än den, som bär överskriften: »De la revendication», nämligen bestämmelsen i art. 550 sista stycket, att den säljaren i Cc 2102 mom. 4 tillerkända förmånsrät-

¹ Renouard I s. 123.

² Renouard I s. 157 f.

³ Se till det följande Renouard II s. 339—343, 352—375.

ten såväl som vindikationsrätten bortfaller vid köparens konkurs¹. Därmed förlora dessa förmåner sin huvudsakliga betydelse, såvitt rör handelsförhållanden, ty det är givetvis vid konkurstillfälle de skulle ha sitt största värde. Med detta stadgande, varom enighet nåddes, innan behandlingen av frågan om droit de revendication tog sin början, var alltså givet, att någon återgång till droit de suite i dess gamla form icke kunde komma ifråga.

Vad härefter angår droit de revendication, erhöll denna sin reglering i art. 574—579, av vilka emellertid endast art. 576—578² omhandla säljarens rätt.

Det första regeringsförslaget innehöll, jämte en bestämmelse av samma lydelse som den antagna art. 577, endast följande stadgande:

»Les marchandises expédiées aux frais et risques du failli seront considérées comme livrées.

Les marchandises faisant route, mais dont la livraison aurait été subordonnée, par lettre de voiture, au paiement immédiat du prix, seront réputées non livrées».

¹ Även hävningsrätten enl. Cc 1654 bortfaller; Lyon-Caen VIII n:o 834, Zachariä § 336 not 15, Planiol II n:o 1567 not 1.

² Art. 576. Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins, ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli.

Néanmoins la revendication ne sera pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur.

Le revendiquant sera tenu de rembourser à la masse les acomptes par lui reçus, ainsi que toutes avances faites pour fret ou voiture, commission, assurances, ou autres frais, et de payer les sommes qui seraient dues pour mêmes causes.

Art. 577. Pourront être retenues par le vendeur les marchandises, par lui vendues, qui ne seront pas délivrées au failli, ou qui n'auront pas encore été expédiées, soit à lui, soit à un tiers pour son compte.

Art. 578. Dans le cas prévu par les deux articles précédents, et sous l'autorisation du juge-commissaire, les syndics auront la faculté d'exiger la livraison des marchandises, en payant au vendeur le prix convenu entre lui et le failli.

Av ordalydelsen såväl som motiven framgår med all tydlighet, att regeringen med detta förslag avsåg att avskaffa den lilla rest av droit de revendication, som bibehållits i C de com 1808. Det enda skydd för sitt vederlagskrav, säljaren framdeles skulle åtnjuta i godset, var retentionsrätten enligt art. 577 och Cc 1613. Denna rätt kunde av säljaren göras gällande, så länge leverans icke skett. Då gods, avsänt på köparens kostnad och risk, ansågs levererat, kunde säljaren ej ens vid köparens konkurs hindra dess utgivande till konkursboet och naturligtvis än mindre kräva det åter, sedan det kommit i boets besittning. Endast om godset sålts att levereras på bestämelseorten — i vilket fall det ej avsänts »aux frais et risques du failli» och följaktligen ej var levererat — eller att betalas mot befraktningshandlingar, hade säljaren kvar samma rätt som enligt art. 577. Det är att märka, att ifrågavarande lagförslag icke såsom det preliminära förslaget till 1808 års lag innehöll något förbud mot revendication av sålt gods. Här angivna resultat ansågs följa direkt av allmänna civilrättsliga regler¹; en vidsträcktare rätt för säljaren kunde stödjas endast på positiva bestämmelser.

Att innebörden av förslaget varit den nu angivna, framgår även av ett ändringsförslag, som gick ut på att gods, avsänt på köparens kostnad och risk, skulle anses levererat först då denne därå mottagit fraktsedel eller konnossement och att därutöver gods, som sålts mot kontant betalning eller växelaccept, trots avsändandet skulle anses såsom icke levererat, så länge det ännu var på väg. Förslagsställaren utgick tydligen, i likhet med regeringen i dess förslag, från att säljaren i och med leveransen definitivt förlorat all rätt till godset. Utan att erkänna någon droit de revendication ville han något förbättra säljarens ställning genom att för ett par praktiskt viktiga fall flytta fram den tidpunkt, då leverans skulle anses hava skett².

¹ Renouard II s. 354 f.

² Renouard II s. 356 kallar ändringsförslaget »un système moyen qui, tout en rejetant la revendication, élargissait les dispositions du gouvernement».

Båda kamrarna förkastade emellertid regeringsförslaget och uttalade sig för bibehållande av droit de suite i ungefär samma omfattning som i den gamla C de com.

Regeringen framlade ett nytt förslag, som i likhet med det förra gick ut på revindikationsrättens upphävande och erkännande av principen om säljarens uteslutande från all dispositionsrätt över avsänt (levererat) gods. Denna ståndpunkt motive-
rades sålunda¹. Då köparen vore ägare till godset och dettas avsändande jämväl överfört faran på honom — om denna ej redan tidigare övergått — borde säljaren, som genom att släppa godset ur sin besittning förtrott sig åt köparen och vars krav på köpskillingen vore en vanlig penningfordran, ställas på lika fot med övriga borgenärer. Från denna med allmänna rättsgrundsatser överensstämmande regel kunde undantag väl tänkas böra ske, om handelns intresse verkligen så skulle kräva. Men krediten kunde omöjligen vila på en så oviss möjlighet, som utövande av droit de revendication, begränsad till gods ännu under transport, utgör för säljaren. Oavsett de ofta rent slumpaktiga omständigheter, varav transporttidens längd vore beroende, stode det ju alltid köparen öppet att omintetgöra säljarens ifrågavarande rätt genom att försälja godset före framkomsten. Invändningen att den redan insolvente köparen genom betydande varuinköp kunde på säljarens bekostnad oskäligt gynna sina övriga borgenärer förtjänade ej avseende, då köparen, såvida han fortfarande åtnjöte tillräcklig kredit för att inköpa varor, lika väl torde kunna förskaffa sig penningkredit, och varför skulle säljarna, som beviljat varukredit, ställas gynnsammare än långivare och andra borgenärer?

Från motsidan invändes häremot i huvudsak följande². Låt vara att droit de revendication icke utgjorde den avgörande faktorn vid beviljande av varukredit; den vore dock en omständighet, som i icke ringa mån bidroge till säljarens skydd och därmed skapade en viss trygghet. Varje tillnärmande av varukredit skulle eljest, så snart godset vore försänt,

¹ Renouard II s. 357 f.

² Renouard II s. 358 ff.

bereda köparen och hans borgenärer en säker vinst på säljarens bekostnad. Att köparen genom godsets försäljning kunde beröva säljaren hans rätt vore väl sant, men att sålunda i ett speciellt fall hänsyn till tredjeman föranlett en inskränkning i det säljaren förlänade skyddet, vore ingen anledning att helt beröva honom detsamma. Dessutom uteslötes droit de revendication av en vidareförsäljning endast då denna skett förmedelst faktura och konnossement eller fraktsedel (lettre de voiture). Genom att icke låta dessa papper komma i köparens hand, förrän godset framkommit, kunde säljaren undanröja sagda fara. Regeringsförslaget vore särskilt obilligt för de fall, då köparen vid godsets avsändande varit solvent, men sedermera helt oväntat råkat på obestånd. Godset skulle då indragas i boet även mot köparens önskan. Även om en sträng tillämpning av allmänna principer på grund av gällande regler om äganderättens övergång skulle föra till det resultat, som följde av regeringsförslaget, så vore därmed icke givet, att dessa regler vore lämpliga att läggas till grund för handelsrätten, som i alldeles särskild grad vilade på tillit och redlighet. Men droit de revendication kunde icke sägas stå i strid med civilrättens principer. Den vore tvärtom uttryckligen erkänd i Cc 2102 mom. 4. Alla ömsesidiga avtal vore på grund av det för dem utmärkande vederlagsförhållandet mellan prestationerna underkastade regeln om hävningsrätt (droit de résolution) för ena kontrahenten, då motparten icke behörigen fullgjorde sin förpliktelse. Säljarens överlåtande av äganderätten skedde under villkor av köpeskillingens betalning. Köparen förvärvade följaktligen genom avtalet ingen ovillkorlig, absolut äganderätt, utan endast en av betalningens erläggande villkorad äganderätt. Köpet vore därför, så länge betalning ej erlagts, endast ett villkorligt avtal och varje sådant avtal upplöstes av sig själv, då det stadgade villkoret ej fullgjordes. På grund härav upphörde vid utebliven betalning köpet att finnas till eller hade snarare aldrig definitivt slutits; det hade därför ej heller kunnat verka äganderättens ovillkorliga övergång. Konsekvensen av det sagda vore strängt taget den, att säljaren även efter godsets utgivande borde ha kvar sin rätt

att vid utebliven betalning kräva tillbaka godset som sin egen-
dom, såvida detta icke av köparen överlåtits vidare till tredje-
man. Emellertid skulle det fulla genomförandet av denna
konsekvens för köparens borgenärer medföra så stora vådor,
att säljarens rätt ansetts böra vid konflikt med deras intressen,
d. v. s. vid konkurs, upphöra i och med godsets utgivande.
Däremot finnes ingen anledning att vägra revindikation ifråga
om gods, som ännu icke kommit i köparens besittning och följ-
aktligen icke kunnat till borgenärernas skada öka hans kredit-
värdighet.

Då båda kamrarna sålunda uttalat sig för bibehållande
av *droit de revendication*, fann sig regeringen föranlåten låta
sitt förslag falla.

Vi ha så utförligt redogjort för de argument, som från var-
dera sidan fördes i fält för och emot *droit de revendication*, enär
själva principfrågan varken förr eller senare i samband med lag-
stiftningsåtgärder i ämnet erhållit en så grundlig utredning. Av
alldeles särskilt intresse är den ovan återgivna, av »la second
Commission de la chambre des pairs» framförda synpunkten,
att köparens genom avtalet förvärvade äganderätt endast är
villkorlig, att köparen följaktligen icke på sin äganderätt kan
grunda någon ovillkorlig rätt till godset och att *droit de reven-
dication* därför på intet sätt strider mot allmänna civilrätts-
liga grundsatser. Såsom vi vid redogörelsen för svensk rätt
skola närmare utföra, är detta enligt vår tanke den enda möj-
liga lösningen av den förmenta konflikten mellan köparens
äganderätt och säljarens stoppningsrätt. Det är bara förvå-
nande, att denna riktiga tanke, framförd för över hundra år
sedan¹, lämnats så gott som helt och hållet obeaktad² vid de
otaliga försöken att giva en teoretiskt tillfredsställande förkla-
ring av stoppningsrätten. Detta är så mycket mera påfallande
som den franska rätten i detta stycke tjänat som mönster för
flertalet europeiska rättssystem. Ej ens i den franska littera-

¹ Samma synpunkter framfördes nämligen redan under debatten om
1808 års lag. Se även ovan s. 12 not 4.

² Lassen har dock (II s. 115) ett uttalande i denna riktning; ävenså
Chydenius, Utkast s. 52.

turen¹ ha vi funnit berörda uppfattning närmare utförd. Tvärtom synes regeringsförslagets ståndpunkt hava ansetts teoretiskt oangriplig. Så finner Renouard revindikationsrättens upphävande vara »la conséquence juste et logique de principes de droit que l'on n'a pas contestés»². Av nyare författare framställes rätten ifråga allmänt såsom en tillämpning, och en inskränkande sådan, på handelsförhållanden av de allmänna reglerna i Cc 1184 och 1654³. Cc innehåller intet stadgande om att säljarens rätt att på grund av köparens kontraktsbrott häva avtalet skulle gå förlorad med godsets utgivande till köparen⁴. För handelsförhållanden har emellertid denna oinskränkta hävningsrätt, såvitt rör köparens borgenärer, ansetts olämplig (C de com 550 i. f.). Det för stadgandet i C de com 576 utmärkande synes oss därför icke vara de särskilda förmåner, det förlänar säljaren. Tvärtom bör man för den franska rättens del särskilt beakta den inskränkning, köparens konkurs föranleder i säljarens allmänna befogenheter enligt Cc⁵, vars stadganden äro tillämpliga jämväl på handelsförhållanden, i den mån C de com ej innehåller avvikande bestämmelser. Det förefaller då egendomligt, men synes icke desto mindre förhålla sig så, att den härskande uppfattningen anser droit de revendication innebära ett gynnande av säljaren, i det denne skulle erhålla befogenheter, som icke låta sig härleda ur allmänna rättsgrundsatser. Denna uppfattning kommer till uttryck bl. a. däri, att man i praxis konsekvent fränkänner säljaren rätt till skadestånd för den förlust, han

¹ Tyska författare, som uttalat sig om droit de revendication, betona framför allt dennas karaktär av extraordinärt skyddsmedel för säljaren, vilken förlorat äganderätten till godset; se Eisenlohr s. 26 f., Goldschmidt I: 2 s. 860 ff., Silberstein s. 118 ff.

² Renouard II s. 362; jfr Fremery s. 399.

³ Lyon-Caen VIII n:o 834, 840, Baudry n:o 536, Planiol II n:o 1567.

⁴ Se Almén § 28 not 112.

⁵ Har ifråga om utgivet gods säljaren före konkursen anhängiggjort talan om köpets hävande, beröres hans rätt ej av konkursen; Lyon-Caen VIII n:o 835, 862 bis.

lider genom att avtalet ej uppfylles från konkursboets sida¹, detta ehuru den allmänna bestämmelsen i Cc 1184 giver den hävande parten rätt till skadestånd för förlust ifölje hävandet.

Vad så angår de närmare betingelserna för rättens utövning, kan det först och främst vara tvivelaktigt, huru man skall förstå uttrycket »tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses *magasins*». Tanken med denna formulering har givetvis varit den, att godset först med införandet i köparens magasin kommer i betraktande vid tredjemans uppskattning av köparens kreditvärdighet²; den senares besittningstagande skulle således i och för sig icke utesluta en tillämpning av art. 576. I praxis tolkar man emellertid »magasins» så vidsträckt, att den kritiska tidpunkten åtminstone i de allra flesta fall sammanfaller med köparens besittningstagande³.

Enligt andra stycket i art. 576 är säljaren förlustig sin rätt till godset, då detta sålts vidare till tredjeman i god tro, såvida det senare köpet skett »sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur»⁴.

Art. 576 stadgar en verklig stoppage in transitu, icke någon återkravs rätt⁵. Efter orden är det endast fråga om rätt för säljaren att »revindicera» gods, som ännu icke utgivits,

¹ Lyon-Caen VIII n:o 861 kritiserar denna ståndpunkt; jfr n:o 854. där det med anledning av de säljaren i C de com 576 st. 3 ålagda förpliktelser heter: »Les rédacteurs du Code de commerce ont été amenés à admettre cette obligation pour le revendiquant, parce qu'ils sont partis de l'idée fautive selon laquelle la revendication admise au profit du vendeur en cas de faillite de l'acheteur, constituerait une faveur pour le premier».

² Lyon-Caen VIII n:o 834, 840, 845, Dalloz, Code de commerce (1919), anm. till art. 576, bestämmer »magasins» såsom »un local spécial dont il (l'acheteur) ait la libre disposition, et qui soit propre à persuader aux tiers qu'il est bien propriétaire desdites marchandises»; jfr Fremery s. 398 ff.

³ Renouard II s. 364 f., Lyon-Caen VIII n:o 845.

⁴ Om ifrågavarande bestämmelse, se Lyon-Caen VIII n:o 849—853.

⁵ Så även Nordling i NT 1875 s. 670, Heckscher s. 179, Hambro s. 196. Annorlunda Almén § 39 vid not 57.

vare sig till köparen eller konkursboet. Av talrika yttranden under förarbetena framgår ock, att man ej haft någon vidaregående befogenhet i sikte¹. Häremot må icke åberopas, att det är fråga om en *droit de revendication* och att en dylik på grund av sin egen natur förutsätter besittning för svaranden. Uttrycket användes här icke i egentlig bemärkelse. Säljaren har ju i de flesta fall förlorat äganderätten och kan således icke föra någon vindikationstalan i egentlig mening². Att uttrycket ifråga ej har denna innebörd framgår vidare därav, att även art. 577 står under rubriken »de la revendication», ehuru godset där antages fortfarande befinna sig i säljarens besittning. Det är, som förut påpekats, i själva verket fråga om en »*droit de résolution pour défaut de paiement du prix*», vilken emellertid, såsom Lyon-Caen uttrycker det, »se rapproche, sinon par sa cause, du moins par son résultat, de la revendication»³. Att art. 576 endast avser sådana fall, då det verkligen lyckats säljaren att stoppa godset och detta således ej ens efter konkursens början utgivits till boet, har tydligen förutsatts vid formuleringen av art. 578. Denna stadgar nämligen rätt för boet att i de fall, som avses i de två föregående artiklarna, »exiger la livraison des marchandises». Man måste ha valt denna formulering just på grund av att ej blott art. 577 utan även art. 576 utgår ifrån att godset ännu icke utgivits till konkursboet, ty har detta skett, kan boet naturligtvis icke fordra leverans.

Emellertid anser man allmänt, att säljaren äger återkräva gods, som utgivits efter konkursens början⁴. Men detta resultat kan icke stödjas på en sträng tolkning av art. 576; än mindre kunna vi finna den uppfattning riktig, enligt vilken just stadgande om återkravs rätt skulle vara det egentliga in-

¹ Se t. ex. Renouard II s. 355, 359, 361, 366, 370, 373.

² Lyon-Caen VIII n:o 840.

³ Lyon-Caen l. c.

⁴ Lyon-Caen VIII n:o 848; C de com 576 betecknas stundom såsom en syntes av stoppage in transitu och den tidigare rättsutvecklingen, från vilken benämningen *droit de revendication* kvarstår; så Silberstein s. 119, 122 f.

nehållet i art. 576 och som därför jämställer densamma med tyska konkurslagens § 44¹. Återkravsrätten måste grundas antingen på en utvidgande tolkning av art. 576 st. 1² (orden »lors du jugement déclaratif de faillite» eller något dylikt skulle underförstås)³ eller ock härledas ur allmänna rättsgrundsatser. Det senare torde vara Renouards mening, då han uttalar sig sålunda: »Si les marchandises ne sont arrivées à livraison qu'après le jugement déclaratif de faillite, il est manifeste (!) qu'elles ne se confondent point avec le reste de la masse active, et que la revendication pourra être exercée»⁴.

Är vad nu anförts riktigt, torde svaret på frågan, huruvida vid annan köparens insolvens än konkurs stoppningsbefogenhet tillkommer säljaren, bli nekande⁵. Cc 1613 och C de com 577 tala endast om rätt att hålla godset inne; på dessa stadganden kan ej någon vidaregående befogenhet grundas⁶. C de com 576 handlar om stoppage in transitu vid köparens konkurs; att tillämpa denna bestämmelse på annan insolvens kan icke komma ifråga. Snarare bör den omständigheten, att rätt att hålla godset inne stadgats ej blott för konkurs utan även för fall av annat köparens obestånd, under det stadgande om stoppningsrätt finnes endast för konkursfall, kunna åberopas till stöd för vår åsikt⁷.

¹ Detta synes vara Alméns mening, se § 39 vid not 57.

² Jfr att man på 38 § i 1862 års svenska konkurslag velat grunda rätt för säljaren att återtaga efter konkursen utgivet gods, så t. ex Heckscher s. 203, som finner, att en sådan tolkning »ikke bør støde paa Vanskeligheder». Se i övrigt härom nedan s. 72.

³ Dessa ord äro inskjutna i den italienska Codice di commercio (1883) art. 804, som i övrigt nära nog ordagrant ansluter sig till C de com 576.

⁴ Renouard II s. 370.

⁵ Detta antages även av Almén, § 39 not 63, under åberopande av att äganderätten till avsänt gods tillkommer köparen. — Till stöd för den i texten anförda åsikten torde kunna åberopas den tyska Reichsgerichts uttalande i RG 31 s. 134.

⁶ Art. 577 fanns redan i regeringsförslaget, ehuru detta gick ut på revindikationsrättens fullständiga upphävande.

⁷ Så Heckscher i UfR 1905 A. s. 11. — Möjligen skulle ett annat resultat kunna grundas på Cc 1188, vilken av praxis ansetts tillämplig även

Genom säljarens utövande av *droit de revendication* upplöses kontraktet, och äganderätten återfaller till säljaren. Emellertid anses icke köpeavtalet upplöst »*de plein droit*» i och med konkursens inträffande. Konkursboets rätt att inträda i köpet och kräva dess fullgörande skulle icke vara mycket värd, om säljaren i och med konkursens inträde vore oförhindrad att omedelbart förfoga över godset. Väl följer där emot »*la rescission*», om boet förklarar sig icke vilja begagna sin rätt enligt art. 578. Någon tid, inom vilken boet skall ge besked, är ej utsatt. Men säljaren lär icke vara skyldig finna sig i ovissheten någon längre tid. Huruvida han genom förfrågan kan, eventuellt med utsättande av viss frist, förkorta väntetiden, eller om endast utvägen att hos domstol utverka »*un jugement de résiliation*» står honom öppen, är tvivelaktigt. Renouard antar det senare¹.

V. Tysk rätt.

Tidigare har visats, hurusom *droit de suite* vunnit insteg i åtskilliga tyska partikularrätter, vilka i allmänhet ifråga om äganderättens övergång stått på den gemeinrättsliga ståndpunkten. Bortsett från konnossementsöverlåtelsen, om vars sakrättsliga betydelse olika meningar gjorde sig gällande, må såsom ett praktiskt undantag från traditionsprincipen nämnas das Preussische Allgemeine Landrecht (1794), som i Th. 11, §§ 128 och 129 innehöll bestämmelse därom, att vid köp mellan personer, bosatta på olika orter, traditionen skulle anses fullbordad redan genom godsets överlämnande till fraktföraren².

å annat köparens obestånd än konkurs; jfr Lyon-Caen VIII n:o 836. Beträffande Cc 1184, se RG 31 s. 134.

¹ Renouard II s. 374 f.; sammanlunda Lyon-Caen VIII n:o 856, 859 och RG 31 s. 134. Jfr C de com 579.

² Man tilltrorde sig icke att rubba regeln om traditionens nödvändighet. I stället gick man den vägen, att tradition skulle »anses» ske på den tidpunkt, till vilken man önskade förlägga äganderättsövergången. Denna metod, att under formell trohet mot den i »sakens natur» grundade traditionsprincipen komma till resultat, som mer eller mindre närma

Detta stadgande föranledde mycken ovisshet rörande omfattningen av de förut (s. 16) omnämnda återkravsbestämmelserna i Allg. Gerichts-Ordnung. Huru denna ovisshet bort skingras har för oss intet intresse; under alla omständigheter bestod i preussisk rätt fortfarande en, låt vara starkt begränsad, återkravs rätt till även före konkursen ankomna varor.

Av största betydelse för stoppningsinstitutets vidare utveckling i Tyskland blev den preussiska konkurslagen av den 8 maj 1855, som i 26 § med upphävande av motsvarande bestämmelser i Allg. Gerichts-Ordnung stadgade följande:

»Wer Waaren an den Gemeinschuldner verkauft oder abgesendet hat, kann dieselben zurückfordern, wenn sie nicht schon vor der Konkurs-Eröffnung in das Waarenlager oder in einem andern Aufbewahrungsort des Gemeinschuldners oder eines Dritten abgeliefert sind, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Gemeinschuldners zu halten».

Enligt motiven¹ ville man härmed genom anslutning till engelsk och fransk rätt, vars senare C de com 576 stod som förebild, göra konkursens inträde till den avgörande tidpunkten, så att gods, som dessförinnan ankommit, skulle vara definitivt undandraget säljaren. Man synes allmänt hava betraktat detta stadgande såsom en »singularitet» i förhållande till nyssnämnda regel om äganderättens övergång vid distansköp².

Belysande för denna uppfattning äro de förhandlingar, som föregingo Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch (1861)³. Enligt den efter livliga debatter antagna art. 649 hade överlämnandet av konnossement »für den Erwerb der von der Uebergabe der Güter abhängigen Rechte dieselben Wirkungen, wie die Uebergabe der Güter». Samma regel gällde ifråga om »Ladescheine» och »Lagerscheine».

sig avtalsprincipens, har som bekant praktiserats i ett flertal rättssystem. Jfr beträffande fransk rätt ovan s. 37.

¹ Goldtammer, Commentar und vollständige Materialien zu der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 (2. Ausg. Berlin 1858), s. 118 ff.

² Goldtammer anf. arb. s. 120, Eisenlohr s. 32, Oetker s. 30 f.

³ Eisenlohr s. 40 f.

I sjörättskommittén förfäktades nu å ena sidan den meningen, att stoppningsrätten vore försvarlig endast såsom en köparens förlust av den på konnossementsinnehavet grundade obligatoriska rätten mot fraktföraren, och att de föreslagna bestämmelserna om dispositionspapper följaktligen på ett alltför tidigt stadium avklippde möjligheten att stoppa godset. Ett återbrytande av den ovillkorligt och fullständigt förvärvade äganderätten kunde ske endast med stöd av positiva bestämmelser; sådana kunde emellertid de lege ferenda ej anses rättfärdiga.

Från motsidan gjordes åter gällande, att förslaget i denna del endast stadfäste vad som redan vore gällande rätt. Detta framginge tydligt därav, att i ett flertal partikularrätter finnes bestämmelser om rätt för säljaren att under vissa förutsättningar återtaga gods, varå köparen erhållit konnossement¹. Dessa bestämmelser utvisade, att konnossementet ansågs överföra äganderätten, ty i motsatt fall voro de ju överflödiga, då säljarens alltjämt fortbestående äganderätt beredde honom tillräckligt skydd.

Dessa resonemang äro typiska för den gemensamma grunduppfattningen, att äganderättsövergångens faktum behärskar förhållandet mellan säljaren och köparen, resp. dennes borgenärer². Den förres befogenhet att till säkrande av vederlaget göra någon rätt gällande till godset är oåterkalleligen förlorad i samma ögonblick han upphör att vara ägare, dessförinnan åter grundas denna befogenhet just på hans äganderätt. Skar-

¹ Jfr Thöl, Handelsrecht (2. Aufl: Göttingen 1847), s. 282, som under hänvisning till dessa bestämmelser finner satsen, att konnossementet skulle överföra äganderätten »um so gewagter, als in dem geschriebenen Recht Bestimmungen sich finden, welche mit jenem Satz unvereinbar sind».

² Vid handelslagbokens införande i Hamburg ansåg man sig böra i art. 52 av Einführungsgesetz uttala, att de nya bestämmelserna om dispositionspapper icke upphävde säljarens stoppningsrätt, sådan denna i Neue Falliten-Ordnung art. 25 fastslagits, varvid emellertid stadgandet i sistnämnda art., som hittills uppfattats såsom en självklar följd av principen, att konnossementet icke överförde äganderätten, förklarades numera hava antagit karaktären av »juristische Singularität»; se Eisenlohr s. 42 noten.

pare kan sambandet mellan vederlagsprincipen och sakrätts-synpunkten ej betonas. Ut från denna uppfattning har den franska rättens ståndpunkt till frågan om äganderättsövergången (avtalsprincipen) kritiserats. Man menar det nämligen vara en logisk konsekvens av denna princip, att själva avtalet skulle för köparen medföra en självständig, av köpeskillingens erläggande oberoende rätt till godset¹. Detta praktiskt omöjliga resultat kan undvikas endast genom ett helt system av bestämmelser till skydd för säljaren. Men just detta, att man nödgas omedelbart ta tillbaka med ena handen, vad man givit med den andra, utgör, heter det, det tydligaste underkännande av hela avtalsprincipen.

Huru det efter handelslagens tillkomst förhållit sig med säljarens stoppningsrätt i de tyska rättsområden, som därom saknade särskilda bestämmelser, är ämnet för Eisenlohrs ofta citerade avhandling. Eisenlohr utgår från satsen, att äganderättens övergång i och för sig definitivt avklipper den rättsliga tråden mellan säljaren och godset, men söker rädda den av äganderättsliga konsekvenser hårt trängda stoppningsrätten genom att framställa den såsom »ein Bestandtheil des allgemeinen Handelsrechts». Avhandlingens värde ligger uteslutande i de bidrag, den lämnar till stoppningsrättens historia. Författaren synes icke ett ögonblick ha ifrågasatt riktigheten i den principiella utgångspunkten, varigenom han låstes fast i »konsekvenser», som han alls inte ville kännas vid. Överhuvud utgör behandlingen av stoppningsrätten i såväl teori som praxis en god illustration till hur inrotad den jurisprudens är, som räknar med att det finnes rättsliga prin-

¹ Se t. ex. Heckschers karaktäristiska uttalanden s. 175. Efter omnämnandet av den franska rättens regel om »Salgets Perfektion ved Kontrakten» (Cc 1583) heter det: »Men denne Hovedregel berøver Loven i samme Øjeblik en af de væsentligste Virkninger ved den modstaaende Forskrift, at Undladelsen af at betale Kjøbesummen berettiger Sælgeren til at undlade Leveringen (Retentionsret)», och litet längre ner, med hänvisning till bestämmelserna i Cc 1612—1613, 1654 och 2102 mom. 4: »Efter at Lovgivningen paa denne Maade har svækket Virkningen af Salgets Perfektion ved Kontrakten . . .»

ciper, vilka »icke alltid kunde tillämpas, alldeles som om rättens område principiellt sett kunde vara skilt från det levande livet»¹.

Den nyssnämnda ovissheten rörande stoppningsrättens ställning efter införandet av Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch avlägsnades genom tillkomsten av Konkursordnung den 10 febr. 1877, vilken i likhet med den förra hade rikslags natur. I nära anslutning till preussiska konkurslagen vann stoppningsrätten under rubriken »Aussonderung» plats i 36 §, som hade följande lydelse:

»Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind».

Die Bestimmungen des § 15 finden Anwendung».

I den nu gällande konkurslagen av den 17 maj 1898 är § 44² ordagrant lika lydande med ovanintagna § 36 med undantag av att hänvisningen i andra stycket avser § 17, vilken i sin tur återger lydelsen av förutvarande § 15.

Den tyska rätten står som bekant ifråga om avtalsmässigt förvärv av äganderätt till lösöre på romerskrättslig grund. BGB skiljer skarpt mellan det rättsärende, som endast grundlägger obligatoriska rättigheter och plikter mellan kontrahenterna, och det, varigenom den åsyftade sakrättsliga förändringen, vid köp alltså äganderättens övergång, bringas till stånd. I förra avseendet gäller avtalsfrihetens grundsats, medan de saksrättsliga reglerna äro av tvingande natur. All samman-

¹ Lundstedt i SvJT 1921 s. 325.

² Med den nya österrikiska konkurslagen av den 10 dec. 1914, vars 45 § är lika lydande med tyska K. O. § 44 st. 1, har stoppningsinstitutet även vunnit inträde i österrikisk rätt; se Silberstein s. 299.

blandning av sakrätt och obligationsrätt har på det sorgfälligaste undvikits¹.

Huvudregeln för förvärv av äganderätt genom överlåtelse — vare sig det är fråga om köp, gåva eller något annat »Kausalgeschäft» — innehålles i BGB 929:

»Zur Uebertragung des Eigenthums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigenthum übergehen soll.»

För överlåtelse fordras således dels viljeöverensstämmelse (Einigung) och dels tradition (Uebergabe).

Einigung² är ett abstrakt rättsärende, d. v. s. den står helt och hållet på egna ben, är till sin giltighet icke beroende av kausalrättshandeln utan endast av omständigheter, som direkt och omedelbart röra den själv. Medan i svensk rätt köpeavtalets ogiltighet (exempelvis på grund av ocker) utan vidare medför överlåtelsens ogiltighet och följaktligen berättigar säljaren att såsom ägare återfordra (vindicera) det till köparen utgivna godset, gäller i tysk rätt en motsatt regel. Att köpeavtalet är ogiltigt, inverkar icke i någon som helst mån på den till fullgörande av detsamma företagna överlåtelsens giltighet. Denna blir att bedöma enbart efter det rättsärende (die sachenrechtliche Einigung), varigenom överlåtelsen skett. Denna skarpa teoretiska åtskillnad mellan Kausalgeschäft och Uebereignungsgeschäft kommer emellertid i praktiken föga till synes, beroende därpå, att den Einigung, som ligger till grund för kausalavtalet (köpet), och den Einigung, varigenom överlåtelsen kommer till stånd, ofta flyta tillsamman. Den omständighet, som gör den förra ogiltig (eller anfechtbar), träffar då i lika mån den senare³. Die Uebereignungseinigung behöver icke ha formen av ett avtal; oftast är den stillatigande,

¹ Om dessa ämnen, se Planck III s. 7, 14 ff. med talrika hänvisningar till förarbetena.

² Se till det följande Staub Exk. zu § 366 A. 1—15, Vorbem. vor § 373 A. 56—59, Planck §§ 929—931, Dernburg III s. 296 ff.

³ Se t. ex. rättsfall i RG 69 s. 13, Juristische Wochenschrift 1912 s. 129.

så särskilt vid köp, där köparen behåller godset utan att någon vidare förklaring förekommer. Blotta mottagandet innebär dock, vad i synnerhet vid distansköp är av betydelse, icke någon Einigung utan betyder i och för sig endast, att köparen vill fullgöra sin Abnahmepflicht enligt BGB 433 st. 2 och undersöka godsets kontraktsenlighet¹. Ställer han det till säljarens disposition, t. ex. på grund av fel, så avböjer han därmed säljarens Uebereignungsantrag och någon överlåtelse kommer icke till stånd.

För överlåtelse fordras jämväl tradition, d. v. s. överförande av besittningen (BGB 854). Enligt BGB 930 är det dock tillräckligt, att köparen erhåller medelbar besittning. Innehaves saken av tredjeman, är fordran på tradition uppfylld genom att säljaren till köparen avträder anspråket på godsets utlämnande (BGB 931). För ett giltigt constitutum possessorium är ej tillräckligt, att parterna komma överens om att köparen skall »anses» som besittare, eller att säljaren framdeles skall utöva besittningen för köparens räkning. Godsets kvarstannande i säljarens innehav måste grundas på ett verkligt rättsförhållande, vilket dock icke behöver vara av en viss avtalstyp (depositum, lega) utan kan bestå t. ex. i en överenskommelse, att säljaren skall försöka sälja godset för köparens räkning. Ett giltigt const. poss. anses även föreligga, om säljaren avskiljer det betalda godset och fakturerar det med underrättelse, att det står till köparens disposition.

Med denna reglering av överlåtelsens förutsättningar påkallar frågan om äganderättsövergången vid leveransavtal ingen särskild behandling. Däremot har detta spörsmål beträffande distansköp livligt uppmärksammats. Såsom redan lydelsen av 44 § K. O. ger vid handen, är das Verfolgungsrecht inskränkt till dylika köp; den kan nämligen endast utövas beträffande gods, som från annan ort avsänts till köparen². I regel förvärvar denne då äganderätt först genom att han efter fram-

¹ Staub Anh. zu § 382 A. 58.

² Härom se Staub Anh. zu § 382 A. 102, Jaeger § 44 A. 11—13, Düringer & Hachenburg s. 228, Oetker s. 12, Petersen & Kleinfeller § 44 A. 6, 12—14.

komsten mottar och godkänner godset ¹. Ty det är i allmänhet först med godsets utgivande till köparen som fordran på tradition är uppfylld. Kan emellertid fraktföraren eller annan mellanman, särskilt speditör, betraktas såsom ombud för köparen, så är också i och med mellanmannens mottagande av godset för köparens räkning traditionskravet uppfyllt. Såsom dylika köparens ombud (*Vertreter in Empfangnahme*) räknas icke post, järnväg eller andra yrkesmässiga fraktförare.

Regeln att äganderätten till godset under transporten är kvar hos säljaren modifieras genom de betydelsefulla stadgandena om dispositionspapper ². Enligt HGB 647 har konnossementsöverlämnande för förvärvande av sakrätt i godset samma betydelse som ett överlämnande av själva godset. Motsvarande bestämmelser finnas i § 450 för »Ladeschein» och i § 424 för »Lagerschein».

Efter dessa anmärkningar om äganderättsspörsmålet återgå vi till frågan om stoppningsrätten. För att förstå betydelsen av 44 § K. O. och därmed hur man i tysk rätt uppfattar förhållandet mellan förstnämnda två frågor är det nödvändigt att först utröna, hur säljarens ställning gestaltar sig bortsett från stadgandet i konkurslagen. Härmed synes förhålla sig på följande sätt ³. Har vid konkursens utbrott säljaren ännu icke fullständigt uppfyllt sin förpliktelse enligt köpeavtalet, äger konkursförvaltaren enligt § 17 st. 1 K. O. valrätt mellan att å konkursboets vägnar tillträda köpet och att därifrån avstå. I förra fallet blir säljaren konkursboets borgenär och behöver således icke nöja sig med utdelning i konkursen. Väljer åter förvaltaren att icke tillträda köpet — enligt § 17 st. 2 är han skyldig att på säljarens uppmaning ofördröjligen giva besked härom, vid äventyr att anses hava avböjt tillträde — bortfaller

¹ Om äganderättsövergången vid distansköp, se Staub Anh. zu § 382 A. 57—62, Dernburg III s. 300 f., Jaeger § 43 A. 18, Düringer & Hachenburg s. 31, 84.

² Staub Exk. zu § 363 A. 35—38, § 366 A. 14.

³ Se till det följande Jaeger § 44 A. 1, § 17 A. 10, 11, 13, 17, 24, § 26 A. 15, § 43 A. 17—19, Staub Anh. zu § 382 A. 76 a, 78, 80, 99.

säljarens prestationsplikt. Hade säljaren däremot vid konkursens början redan »vollständig erfüllt», så kan han icke enligt allmänna rättsgrundsatser kräva godset tillbaka utan får nöja sig med att i konkursen bevaka sin fordran. Då säljarens ställning alltså ter sig helt olika, allteftersom han till fullo uppfyllt sin förpliktelse eller ej, så är det av vikt att avgöra, när uppfyllelse från hans sida kan anses föreligga.

Rörande säljarens förpliktelser på grund av köpet stadgar BGB 433: »Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen»¹. Så länge han icke fullgjort båda dessa förpliktelser, är avtalet från hans sida icke uppfyllt och han är följaktligen skyddad av bestämmelsen i § 17 st. 1². Av säljarens båda avtalsförpliktelser måste överlåtelsen komma sist, eftersom traditionen är ett villkor för överlåtelsen³. Resultatet av det sagda blir alltså, att äganderättens övergång utgör gränsen för tillämpning av § 17. Härvid är emellertid att märka, att det enligt nämnda lagrum kommer an på läget vid konkursens början⁴. Om således avsänt gods, som i konkursögonblicket ännu är på väg och till vilket köparen då ännu icke förvärvat äganderätt, efter framkomsten omhändertages av konkursförvaltaren, så äger denne endast att mot fullgörande av köparens förpliktelse indraga godset i konkursen⁵. Då vidare vid distansköp äganderätten i regel

¹ Staub Vorbem. vor § 373 A. 56—59.

² Har endast en del av godset utgivits, har säljaren visserligen icke »vollständig erfüllt», men han kan dock icke återkräva det redan utgivna. Detta följer av K. O. § 26; Jaeger § 17 A. 17.

³ Dock torde BGB 433 fordra ej blott Uebergabeersatz utan verklig Uebergabe, Düringer & Hachenburg s. 22 f.

⁴ Om Eröffnungsverfahren, se K. O. § 108.

⁵ Jaeger § 43 A. 17 i. f., 18; å dessa ställen gjorda uttalanden stämma emellertid ej överens med Exk. zu § 44 A. 4 och § 1 A. 62, där efter konkursen ankomna varor förklaras tillhöra konkursboet och endast med stöd av K. O. § 44 kunna återkrävas. I överensstämmelse med dessa senare uttalanden Staub Anh. zu § 382 A. 99, 97 i. f. Såsom i texten Hahn s. 167, Petersen & Kleinfeller s. 232. — Jfr danska kkl:a 30/12 1858, § 10, och 25/3 1872, § 4, samt härtill Lassen II s. 114 not 1, som finner att det »ogsaa uden positiv Hjemmel maa antages som selvfølge-

övergår först med godsets utgivande till köparen, åtnjuter säljaren följaktligen redan enligt allmänna regler ett vidsträckt skydd.

Betydelsen av 44 § K. O. är därför väsentligen inskränkt till de fall, då säljaren vid konkursens utbrott förlorat äganderätten till godset utan att detta ankommit till bestämmelseorten och där ingått i köparens eller hans ombuds faktiska innehav¹. I litteraturen över das Verfolgungsrecht finner man ock uttalanden därhän, att detta institut tidigare varit av långt större betydelse på grund av de partikularrättsliga bestämmelserna, särskilt i fransk och preussisk rätt, om äganderättens övergång, enligt den förra redan genom avtalet och enligt den senare genom avsändandet. »In dieser Beziehung», säger Staub, »hat das Verfolgungsrecht nach dem jetzigen Recht an praktischer Bedeutung verloren. Denn durch den blossen Kaufabschluss geht das Eigenthum nicht über, und durch die Uebergabe an den Frachtführer oder Spediteur geht der Regel nach das Eigenthum auf den Käufer ebenfalls nicht über»². Återkravsrätten har numera betydelse huvudsakligen för de fall, då dispositionspapper före konkursen överlämnats till köparen samt då tradition skett enligt BGB 931 genom »Abtretung des Herausgabeanspruchs».

Jaeger karakteriserar, efter att hava i väsentlig överensstämmelse med motiven framställt de sakliga grunder, på vilka stadgandet i 44 § K. O. vilar, detta sålunda: »So stellt sich der § 44 als eine auf Billigkeitsgründen beruhende *Ausnahmesatzung* dar und zwar als Ausnahme sowohl vom § 43 wie

ligt», att konkursboet endast mot betalning kan tillägna sig varor, beträffande vilka »den Kjendsgjerning, der overfører Ejendomsretten, først indtræder efter Kjøberens Konkurs».

¹ Att »Gewahrsam» har denna innebörd, se Staub Anh. zu § 382 A. 109, Jaeger § 44 A. 16; i övrigt i detta ämne Oetker s. 13, Petersen & Kleinfeller s. 234, Düringer & Hachenburg s. 229, Silberstein s. 339 f.

² Staub Anh. zu § 382 A. 99. Likaså Jaeger § 44 A. 3, Prochownik II s. 359, Oetker s. 143, Düringer & Hachenburg s. 229, Silberstein s. 345. I motiven kommer samma uppfattning till uttryck, se Hahn s. 165.

vom § 26»¹. Den uppfattning, som här kommer till uttryck, torde kunna betecknas som den allmänna².

Rörande stoppningsrättens rättsliga natur ha i tysk doktrin med dess starkt framträdande intresse för teoretiska konstruktionsfrågor en mängd olika teorier framställts. I första hand röra meningsskiljaktigheterna frågan om stoppningsrätten är en befogenhet av obligatorisk eller sakrättslig natur.

Staub antar det senare och stöder denna mening därpå, att rätten kan göras gällande jämväl mot tredjeman, såvida denne icke är skyddad enligt reglerna om godtrosförvärv³. Den sakrättsliga karaktären skulle jämväl ådagaläggas just av det förhållandet, att återkravsrätten är en separationsrätt i köparens konkurs, inneslutande en rätt »auf Rückgängigmachung der Eigenthumsübertragung».

Enligt den allmänna uppfattningen grundar das Verfolgungsrecht emellertid endast en obligatorisk rätt för säljaren. Men då det gäller att närmare angiva arten av denna rätt gå meningarna starkt i sär. Goldschmidt anser, att erkännandet av säljarens återkravsrätt sker förmedelst ett slags restitutio in integrum; säljaren gör gällande en rescissorisk actio publiciana eller venditi⁴. Återkravsrätten är enligt denna åsikt en rätt till rättsändring eller vad man plägar kalla en gestaltningsrätt, av

¹ Jaeger § 44 A. 2; jfr A. 8.

² Goldschmidt I: 2 s. 869: »Die Separationsklage ist niemals Eigenthumsklage . . . stützt sich vielmehr auf die natürliche Billigkeit gegen das strenge Recht»; så ock Hahn s. 165, Sarwey, Der Konkurs nach den dem deutschen Reichstag vorgelegten Entwürfen einer Konkurs-Ordnung, Berlin 1876, s. 73, Kohler, Leitfaden des deutschen Konkursrechts (2. Aufl. 1903), s. 114.

³ Staub Anh. zu § 382 A. 100. — Detta ämne ansågs ej böra regleras i kkl:n (se Hahn s. 169 f., 544 f.; annorlunda Preuss. K. O. 1855 § 27: 3). — Det synes oss vara alldeles oriktigt att taga återkravsrättens systematiska inrangering bland sakrätter eller obligationsrätter till utgångspunkt för en lösning av frågan om rättens giltighet mot tredjeman; jfr Lassen § 69 vid not 17. I själva verket går man också snarare den motsatta vägen: allteftersom man anser rätten kunna göras gällande mot tredjeman eller ej, förklarar man den vara sakrättslig, resp. obligationsrättslig; se t. ex. Staub l. c.

⁴ Goldschmidt I: 2 s. 869 ff.

ungefär samma innebörd som »Rücktritt» eller »Anfechtungsklage» på grund av BGB 119. Spörsmålet om den åsyftade rättsändringen, nämligen äganderättens återgång till säljaren, sker i och med att denne gör sin rätt gällande (jfr BGB 142), eller om återkravet endast ger upphov till en obligatorisk förpliktelse för konkursförvaltaren att återförskaffa säljaren äganderätten, besvaras enligt det förra alternativet av Goldschmidt och de författare, som anslutit sig till hans konstruktion av återkravsrätten¹. Med denna uppfattning kommer man, vad angår förhållandet till tredjeman, till samma resultat som Staub. Då nämligen återkravet förorsakar »eine rückwärts (ex tunc) wirkende Aufhebung des Eigenthumsüberganges», så har tredjeman förhandlat med en »Nichteigenthümer». Det är alltså icke das Verfolgungsrecht, säljaren gentemot denne gör gällande, utan sin äganderätt.

Andra åter hävda, att återkravsrättens utövning endast ger upphov till en obligatorisk förpliktelse för konkursförvaltaren att återförskaffa säljaren äganderätten. Återkravets sakrättsliga verkan inträder ex nunc, och lämnar följaktligen tredje-mans redan vunna rätt till godset oberörd².

Mot Goldschmidts teori invänder Jaeger, att BGB icke upptagit den gemeinrättsliga lärans restitutio in integrum³; huruvida den därpå grundade befogenheten kunde göras gällande jämväl mot tredjeman har därför åtminstone numera intet intresse. Visserligen har C de com 576 utgjort förebild för Preussische Konkursordnung §§ 26 och 27⁴, från vilken nu gällande K. O. § 44, med 1877 års K. O. § 36 såsom mellanled, framgått, och väl är den franska rättens droit de revendication av rescissorisk natur. Men i BGB:s system med dess skarpa särskiljande av »Grundgeschäft» (köpet) och »Vollzugs-

¹ Så motiven, Hahn s. 544 f., Petersen & Kleinfeller § 44 A. 20, 22.

² Oetker s. 50 ff., 100, Kohler, Leitfaden s. 115 och Lehrbuch s. 175 f., Düringer & Hachenburg s. 231, Silberstein s. 357, 363.

³ Jaeger § 44 A. 5—9, 29—30; jfr Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht (Leipzig 1899), s. 97 not 22.

⁴ Att C de com 576 enl. vår mening icke stadgar någon återkravs-rätt, se ovan s. 48 f.

geschäft» (överlåtelsen) framträder stoppningsrätten närmast såsom ett egenartat fall av »gesetzlicher Rücktritt», nämligen från »das Vollzugsgeschäft»¹. På grund härav utlöser stoppningsrätten endast en obligatorisk förpliktelse för vardera kontrahenten att återlämna det redan presterade. Tredje mans rätt lämnas oberörd. Däri att detta obligatoriska anspråk på återvinnande av äganderätt till en gäldenären tillhörig sak utrustats med separationsrätt i dennes konkurs ligger just »eine positivrechtliche Besonderheit». Genom att tillträda avtalet förhindrar konkursförvaltaren dettas återgång.

Det sagda må vara nog för att antyda, vilken mångfald olika synpunkter den tyska doktrinen lyckats uppdaga såsom möjliga på frågan om stoppningsrättens rättsliga natur². För svensk rätt ha dessa, i den gemeinrättsliga begreppsjurisprudensen bottnande teorier föga intresse — och vi misstänka, att detsamma kan sägas om åtskilliga även för vad rör tysk rätt.

I stället för att fördjupa oss i dessa konstruktioner skola vi yttra några ord om en fråga, som av tyska författare lämnats så gott som helt och hållet obeaktad. Lika litet som den franska rätten innehåller den tyska någon bestämmelse om egentlig stoppningsrätt för andra fall av köparens insolvens än konkurs³. På grund av stadgandet i BGB 321 kan säljaren

¹ Annorlunda Düringer & Hachenburg s. 232.

² En översikt av de olika teorierna finnes hos Silberstein s. 346 ff.

³ I den av oss använda litteraturen har ämnet endast flyktigt berörts. Kohler yttrar i sin Lehrbuch des Konkursrechts s. 172, efter att ha erinrat om den engelska stoppage in transitu: »das Aufhalten, das stop ist nunmehr etwas Faktisches, es ist keine juristische Voraussetzung mehr: es ist von faktischer Bedeutung, weil ohne dieses Aufhalten vielleicht die Sache noch vor der Konkurseröffnung beim Kridar eintreffen würde». Yttrandet utgår tydligen ifrån en säljarens rätt att förhindra utgivandet av avsänt gods, och detta innan konkurs inträffat, såsom självfallen. Att detta skulle gälla även gods, vartill köparen förvärvat äganderätt, synes icke sannolikt; jfr s. 171, 174. Lika knapphändiga äro uttalandena hos andra författare, t. ex. Staub Anh. zu § 382 A. 112, jfr A. 116, Jaeger § 44 A. 27, vilken senare dock synes kunna åberopas till stöd för den nedan i texten framställda åsikten. Överhuvud har man i den tyska litteraturen vid omnämnandet av engelsk rätt uteslutande fäst sig vid, att denna i motsats till tysk rätt, fordrar »stoppage»; att den engelska

visserligen, då efter köpet köparens förmögenhetsställning väsentligen försämrats, så att det är fara för att köpeskillingen ej kommer att erläggas, underlåta leverans. Men härav följer icke, att han även äger förhindra utgivandet av redan avsänt gods. Å andra sidan kan icke från den omständigheten, att återkravsrätten enligt 44 § K. O. icke står säljaren öppen annat än vid köparens konkurs, slutas till att han ej heller skulle äga stoppa godset, medan det ännu är på väg ^{1, 2}.

Med all reservation för de vanskligheter, varmed ett bedömande av en fråga i främmande rätt är förbundet, då man saknar ledning av den inhemska litteraturen, synes oss följande resonemang ligga nära till hands. Enligt den allmänna bestämmelsen om »Leistung Zug um Zug» i BGB 320 kan säljaren, då anstånd ej medgivits, »die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern». Vid kontantköp, som tillika äro försändningsköp, tillämpas denna bestämmelse allmänt så, att säljaren icke är berättigad underlåta avsändandet, därför att betalning ej erlagts, men i stället äger på bestämmelseorten förhindra, att köparen tar godset i besittning annorledes än mot betalning ³. Säljaren går således icke såsom i engelsk rätt miste om sin säkerhet i godset därför att han släpper det ur sin omedelbara besittning, utan kan på bestämmelseorten utöva sin rätt »die Leistung zu verweigern». Det är svårt att se något skäl till att i detta avseende tolka § 321 annorlunda. Även här äger säljaren under

rätten därjämte låter insolvensen i och för sig, ej blott konkursen, utgöra stoppningsgrund, har icke lockat till jämförelse.

¹ Jfr Almén I s. 602.

² Att döma av RG 31 s. 134 synes man, då äganderätten övergått till köparen, vilja gentemot dennes konkursbo erkänna såsom rättmätig en på grund av köparens betalningsinställelse företagen stoppningsåtgärd endast om den skett å sådan tid, att godset även utan säljarens ingripande icke skulle ha kommit i köparens besittning före konkursen. — Mot en köparens borgenär, vilken erhållit utmätning i gods, som övergått i köparens ägo, kan säljaren icke på grund av köparens obestånd freda godset; Jaeger § 44 A. 2 i. f., 18, 29.

³ Staub Anh. zu § 372 A. 42, 43, 46, Düringer & Hachenburg s. 67.

angivna förutsättning »die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird». Att bestämmelsen, tillämpad på köp, närmast avser det fall, att säljaren fortfarande har godset i sin besittning, alltså, för att använda svenskt lagspråk, rätt att hålla godset inne, är väl otvivelaktigt. Men alldeles detsamma gäller om § 320. Är här antydda tolkning av § 321 riktig, blir resultatet, att säljaren kan utöva den honom däri tillerkända rätt, så länge han ännu har kontrollen över godset, och denna har han i allmänhet kvar under hela transporten.

Den givna framställningen av de huvudsakliga reglerna rörande stoppningsrätten och äganderättens övergång vid köp av lösöre i engelsk, fransk och tysk rätt torde hava visat, att ett intimt samband förefinnes mellan de båda rättsliga företeelserna. Stoppningsrätten framträder såsom ett komplement till bestämmelserna om äganderättens övergång. Där dessa bestämmelser ansetts föra till ett obilligt eller mot omsättningens krav stridande resultat, har stoppningsrätten skjutits in såsom en extraordinär anordning, med vars hjälp man uppnått den avveckling av förhållandena, man ansett önskvärd. Och det är naturligtvis huvudsaken. Men det är rättsvetenskapens uppgift, bl. a., att giva en teoretiskt sammanhängande framställning av de rättsliga företeelserna, och det finns talrika exempel på att en otillfredsställande lösning av en praktisk fråga kan vara att föra tillbaka på oklarhet i den teoretiska konstruktionen¹. Om en nyskapelse på rättens område befinner sig icke stå i överensstämmelse med förut antagna rättsprinciper, kan det vara en anledning att särskilt noga

¹ Beträffande stoppningsrätten kan erinras om frågan, huruvida säljaren, som begagnar sig av nämnda rätt, bör vara berättigad till skadestånd. Att denna fråga ofta besvarats nekande, sammanhänger, såsom Almén framhåller, tvivelsutan med föreställningen om stoppningsrätten såsom en »billighetens nådegåva». Se Almén § 39 vid not 195 a, Lyon-Caens ovan s. 48 not 1 återgivna yttrande.

överbäga, huruvida den verkligen är en vinst för rättssystemet, för den objektiva rätten. Ty just nämnda omständighet kan föranleda en misstanke, att det är fråga om en nymodighet, som man i längden redar sig bäst utan. Men denna prövning måste ske enbart med hänsyn till de livsförhållanden, det gäller att reglera, till vad som är praktiskt och lämpligt. Där- emot kan det icke i och för sig komma i betraktande, att den föreslagna eller redan genomförda anordningen icke låter sig förena med antagna allmänna principer. Utfaller prövningen till fördel för den nya anordningen — och det har beträffande stoppningsrätten skett för så länge sedan, att den ej längre kan betraktas som en nyhet — så kan rättsvetenskapen icke förbli vid sitt gamla system och slå sig till ro med att be- trakta den ifrågavarande rättsregeln som en »singularitet».

På denna ståndpunkt står emellertid, i stort sett, rätts- vetenskapen alltjämt i berörda länder. Ett teoretiskt klar- läggande av sammanhanget mellan äganderätt och stopp- ningsrätt synes den oss icke hava lämnat. Ehuru den senare befogenheten varit erkänd sedan århundraden tillbaka, har den av doktrinen ännu icke så att säga inarbetats i det komplex av rättsregler, som normera förhållandet mellan säljare och köpare. En viss undantagskaraktär vidlåder den alltjämt. Vad särskilt angår tysk rätt, har hithörande bestämmelsers plats i konkurslagen¹ föranlett, att de dryftats väsentligen ur konkursrättslig synpunkt. I stället torde man böra i första hand rikta uppmärksamheten på förhållandet mellan de ur- sprungliga kontrahenterna i köpeavtalet och söka anknytning till de allmänna reglerna om kontraktsbrott å köparens sida².

¹ Man jämföre, för den nordiska rättens del, de missförstånd, som föranletts av stoppningsrättens reglering i Sjöf.; härom se Almén § 39 vid not 17 och denna not samt Tillägg till §§ 39—41 vid not 11—13.

² Även i tysk doktrin möter man antydningar i denna riktning. Så heter det hos Düringer & Hachenburg s. 231: »Der § 44 (K. O.) ist recht eigentlich eine gesetzliche Bestimmung des Kaufvertrags», och vidare om das Verfolgungsrecht, »dass seine Unterlage ausschliesslich das schuld- rechtliche Rechtsverhältnis des Kaufs ist.»

ANDRA AVDELNINGEN.

Förhållandet mellan säljarens stoppningsrätt och äganderättens övergång i svensk rätt.

I. Stoppningsrätten i svensk lagstiftning.

I svensk lagstiftning vann den tanke, som ligger till grund för stoppningsrätten, erkännande med 1818 års konkurslag. Lagkommitténs förslag och den Kungl. propositionen innehöllo i 2 kap. 5 § följande stadgande:

»Har någon till gäldenären sålt waror, men betalning derföre ej njutit, och äro ej warorne, före concursens början, till gäldenären, eller till annan man för hans räkning, lefwereade; ware då säljaren ej skyldig aflemna¹ warorne, där ej borgenärerne dem betala».

Förslaget antogs av ständerna utan debatt, endast med tillägg av en punkt, däri stadgades skyldighet för borgenärerna att vid tvist, huruvida varorna före konkursen blivit levererade, inom viss tid instämma säljaren, vid äventyr att vara »all talan quitte».

Lagkommittén yttrar i sina motiv till den föreslagna bestämmelsen:

»I anledning af förekomne tvister om Säljares rätt att

¹ Som Almén, § 39 not 7, påpekar, motsvarades i de äldre konkurslagarna ordet »avlämnade» av »levererade» och verbet »utgiva» av »avlänna».

behålla varor, som till Gåldenären sålde men obetalde och ej till honom före Concursens början lefvererade äro, har Committén funnit en bestämd föreskrift härom vara nödig, och, vid öfvervägande af detta ämne, ansett det vara med rättvisa och billighet öfverensstämmande, och med Allmänna Lagens grunder i afseende på öfvergång af egande-rätt till lös egendom, förenligt, att säljaren i sådane fall ej är skyldig aflemna varor, der ej Borgenärerna dem betala»¹.

Detta är allt vad förarbetena innehålla i ämnet. Lagkommitténs torftiga uttalande är därtill, i vad det avser den punkt, som här intresserar oss, ganska dunkelt. Närmast måste man få det intrycket, att Lagkommittén menade tradition vara erforderlig för äganderättens övergång². Att detta icke var den allmänna lagens ståndpunkt vid denna tid är väl otvivelaktigt. Lagkommittén hade ock redan fixerat de punkter i sitt förslag till H. B., som rörde äganderättens övergång³. Förslaget gick som bekant i denna del ut därpå, att äganderätten övergår, vid speciesköp i och med avtalet och vid genusköp i och med godsets individualisering genom vägning, mätning eller räkning, »ändå att det sålda ej warder genast öfwerlemnadt eller betaldt».

Huruvida konkurslagens stadgande avsett rätt att hålla godset inne eller att förhindra utgivandet eller bådadera, låter sig ej med bestämdhet utläsa ur ordalagen⁴. Antagligen har man vid stadgandets tillkomst närmast haft förstnämnda befogenhet i sikte.

¹ Bih. till Riks-Ståndens prot. 1817—18 I s. 218.

² Så har Heckscher s. 202 fattat ifrågavarande uttalande. — Man skulle ock kunnat tänka sig, att stadgandet endast avsåg genusköp (ordet »waror»), vid vilka godsets avskiljande och därmed äganderättens övergång i allmänhet sker först med varornas »levererande». Denna uppfattning kan stundom spåras i praxis, t. ex. JA 18 s. 345 (KämnarsR) och 24 s. 78 (KämnarsR och RR). Att emellertid denna tolkning icke torde hava varit riktig, se Almén § 39 vid not 20.

³ H. B. 1: 2—4, L. K:s prot. den 10 april 1815 (i Bihang n:o 3 s. 55).

⁴ Heckscher (Ufr 1905 A s. 9) anser det lika lydande stadgandet i 38 § av 1862 års kkl. avse endast stoppningsrätt, Chydenius s. 51 åter endast rätt att hålla godset inne.

Den gestaltning, stoppningsinstitutet i 1818 års konkurslag erhållit, bibehölls i stort sett oförändrad ända till 1905 års lag om köp och byte. Konkurslagen av 1830 upptog i § 15 den gamla konkurslagens 2: 5 och 1862 års konkurslag återgav i 38 § innehållet i första punkten av den gamla bestämmelsen; preklusionsstadgandet i andra punkten ströks däremot »såsom ej hwilande på någon fullt giltig grund»¹.

Enligt alla tre konkurslagarna var således säljaren förlustig all rätt till gods, som före konkursens början — 1862 års lag bestämde den kritiska tidpunkten något annorlunda — avlämnats till köparen eller annan för hans räkning. Om vad med detta senare uttryck skulle förstås rådde mycken ovisshet. »Ehuru de flesta utländska lagar gifva föreskrifter när försålda varor skola såsom lefvererade anses», heter det i motiven, »hafva Kommitterade dock trott dessa frågor böra lämnas åt doktrinen, att efter i hvart särskilt fall sig företeende omständigheter afgöras»². Häremot invändes vid förslagets behandling i riksdagen, att doktrinen icke sällan vore ganska ombytlig och vankelmodig och att den rättssökande vore vida mer betjänt med bestämd och given lag³. Särskilt rådde delade meningar därom, huruvida gods, som lastats å fartyg och varå köparen redan mottagit konnossement, vore att anse såsom avlämnat⁴. Efter något vacklande stadgade

¹ Förslag till konkurslag. 1859. s. 76.

² 1859 års förslag, s. 76. Lika återhållsamma med avseende på regleringen av detaljspörsmål som förf:a till detta förslag voro, lika utförliga voro de kommitterade, som utarbetat »Betänkande och förslag till ändringar i Kreditlagstiftningen. Februari 1854.» Bestämmelserna om säljarens rätt vid köparens obestånd — ej blott konkurs — upptogo icke mindre än 9 §§ (74—82)..

³ Yttrande av riksarkivarien Nordström, en av förf:a till 1854 års förslag. Prästeståndets prot. 1859—60 VII saml. s. 445.

⁴ För jakande svar Nordling, NT 1875 s. 676 f., Landtmansson, Konkursbo (1866) s. 66 vid not 2, Afzelius, På hvilka grunder bör en för Danmark, Norge och Sverige gemensam konnossementslagstiftning byggas? Bil. II till 5 NJMF s. 18 f.; annorlunda Hambro s. 195—199, som t. o. m. ansåg befälhavaren skyldig att själmant vägra utlämnande till en i konkurs försatt köpare, samt Heckscher s. 204; jfr Hammarskjöld s.

sig domstolarnas uppfattning därhän, att konnossementets överlämnande icke berövade säljaren hans stoppningsrätt¹.

Den ovisshet, vartill konkurslagen på denna punkt kunde giva anledning, skingrades genom nya sjölagen av 1891, vars 166 § i andra punkten uttryckligen stadgade rätt för säljaren att även efter konnossementets överlämnande »inställa lossning av godset och däröfver annorledes förfoga», bl. a., då köparen, innan betalning för godset till fullo ärlagts, kommit i konkurstillstånd. Almén förmenar, att denna bestämmelse med nödvändighet måste hava återverkat på tolkningen av 38 § konkurslagen, ty det vore »otänkbart, att säljaren skulle haft längre gående befogenheter, då konnossementet kommit köparen till handa, än dessförinnan, och man kan alltså av sjölagen sluta till att, då varor försänts sjöledes under sådana förhållanden, att konnossement plägar utfärdas, de icke kunde anses redan i och med avsändandet vara 'avlämnade' i konkurslagens mening». Då således icke ens gods, varå köparen erhållit konnossement, vore avlämnat, kunde detta ännu mindre hava varit fallet med gods, som tillsänts köparen t. ex. på järnväg; följaktligen torde för detta fall redan före 1905 års lag stoppningsrätt ha tillkommit säljaren².

207 f. — Motiven till 1864 års sjölag (se Kungl. prop. n:o 81 s. 91 f. vid 1862—63 års riksdag) utgå ifrån, att köparens mottagande av konnossement icke utesluter rätt för säljaren att återtaga godset. — Chydenius s. 51 anser den säljaren i finska sjölagen § 119 tillförsäkrade rätt att vid köparens konkurs förhindra utgivandet av gods, varå köparen mottagit konnossement, följa redan av kkstgn § 49 st. 1, som är likalydande med 38 § i 1862 års svenska kkl.

¹ NT 1871 s. 460; NJA 1874 s. 559; 1877 s. 510. Denna mening har även gjort sig gällande i JA 18 s. 345 samt 24 s. 78 och 86; att dessa rättsfall icke angingo kreditköp torde ej hava inverkat på bedömandet av frågan om godset vore avlämnat. I ett tidigare rättsfall, JA 18 s. 339, ansågs godset behörigen levererat, då köparen före konkursen därå mottagit konnossement och faktura (såvitt ref. utmärker förelåg ej heller här kreditköp). Se i övrigt till frågan om godsets avlämnande JA 26 s. 65; 31 s. 317; NT 1872 s. 247; NJA 1875 s. 579 (min. i H. D.); 1888 s. 8; 1889 s. 12. Flera av dessa rättsfall, bl. a. de tre första, uttala ock den satsen, att accept ej är betalning.

² Almén § 39 vid not 11—12.

Vi kunna icke finna denna argumentering riktig. Därav att säljaren enligt sjölagen ägde i visst fall stoppa godset, torde icke kunna slutas, att detta »i konkurslagens mening» ej vore att anse såsom avlämnat. Stoppningsrätt enligt sjölagen kunde tänkas föreligga — och förelåg ju faktiskt — även då sådan rätt icke förefanns enligt konkurslagen. Ur svensk synpunkt torde innebörden i 166 § sjölagen kunna sägas hava varit den, att i där angivna fall säljaren skulle äga stoppa godset, oavsett om han enligt konkurslagen varit därtill befogad, alltså utan avseende därå, om godset enligt sistnämnda lag vore att anse såsom avlämnat. Om det resultat, som följde av sjölagen, överensstämde med 38 § konkurslagen, så var den förra en enkel tillämpning på ett speciellt fall av bestämmelsen i den senare. Gick sjölagen däremot längre än konkurslagen, så innebar den en utvidgning av säljarens skydd för samma speciella fall; i vardera händelsen var den utan betydelse för tolkningen av konkurslagen. Frågan var ju just, om sjölagen i förhållande till 38 § konkurslagen innebar en enkel tillämpning eller en utvidgning; men då får man givetvis icke utgå ifrån, att det förra var fallet.

På 166 § sjölagen lär man således icke kunna bygga vid besvarandet av frågan, huruvida gods, som t. ex. på järnväg avsänts till köparen, vore att anse såsom avlämnat. Vål däremot på den praxis ifråga om sjöförsändelser, som före sjölagens tillkomst utbildat sig; och då berörda praxis funnit 38 § konkurslagen tillämplig, även då köparen före konkursens början mottagit konnossement å godset och således icke ansett detta därmed vara »avlämnat», så kan med skäl göras gällande, att detta så mycket mindre kunde vara fallet med annat till köparen avsänt gods. Av denna anledning instämma vi i Alméns uttalande, att redan före köplagens tillkomst säljaren vid köparens konkurs torde hava ägt hindra utgivandet av avsänt gods¹. Något rättsfall, där frågan varit före, ha vi oss icke bekant.

En verklig utvidgning av säljarens rätt medförde sjölagen

¹ Denna mening omfattades av Nordling, NT 1875 s. 678 f.

därutinnan, att stoppningsrätten ej gjordes beroende av köparens konkurs utan ägde rum jämväl då denne vid utmätning funnits sakna tillgång att betala sin gäld, eller, om han var köpman, vilket vid konnossementsförsändelser nästan alltid är fallet, inställt sina betalningar¹.

Därest godset utgivits efter konkursens början, synes säljaren icke på konkurslagens § 38 ha kunnat grunda någon rätt att återfordra det. Uttryck för en motsatt uppfattning saknas dock icke vare sig i teori eller praxis².

Med nya sjölagens införande i Danmark och Norge nåddes gemensamma bestämmelser om stoppningsrätt vid sjöförsändelser. Rörande det tidigare rättstillståndet i dessa länder³ må följande anmärkas.

Den äldsta bestämmelse i *dansk* rätt, som på något sätt berörde det ämne, stoppningsinstitutet i vidsträckt mening avser att reglera, var 10 § i konkurslagen den ³⁰/₁₂ 1858. Detta lagrum⁴, som dock ej särskilt omnämnde köp, tillät återtagande av bl. a. varor och konnossement, som kommit boet

¹ Jfr Motiven till köpl. s. 99 och Almén § 39 vid not 13—16.

² För återkravsrätt sålunda Nordling, NT 1875 s. 659, Heckscher s. 203 f.; annorlunda Hambro s. 196. Ang. praxis, se JA 18 s. 339, 345; 26 s. 65; NJA 1875 s. 579 (min. i H. D.). Till denna fråga i övrigt Almén § 41 vid not 17—24.

³ I *finsk* rätt är ifrågakvarande ämne reglerat i konkursstadgan den ⁹/₁₁ 1868, § 49, och sjölagen den ⁹/₆ 1873, § 119. Första stycket av sagda paragraf i kkstgn överensstämmer så gott som ordagrant med 38 § i 1862 års svenska kkl. Andra stycket av samma paragraf uttalar, att konkursboet endast mot betalning äger behålla av gäldenären köpta varor, som först efter konkursens början inkommit i boet eller av annan mottagits för köparens räkning. 119 § sjölagen stadgar i andra punkten, att en till köparen skedd konnossementsöverlåtelse skall anses återkallad genom en senare sådan överlåtelse, om denna är föranledd därav, att köparen, innan betalning erlagts, avträtt sin egendom till borgenärerna. Se till dessa stadganden Chydenius s. 45—58 och Kontraktsrätt s. 56—63, 176 f. samt Lang s. 412—416. Rättsfall i ämnet, ref. i FJFT 1883 s. 178; 1887 s. 239 och 1888 s. 263, utvisa en stark benägenhet hos domstolarna att betrakta fartysbefälhavaren såsom köparens ombud.

⁴ Närmare därom, se Heckscher s. 189 ff.

till handa efter konkursens början, »for saa vidt Fallenten ej forinden Falliten har erhvervet Ejendomsret over samme». Denna regel, som följde redan av allmänna rättsgrundsatser¹ och således ej innebar någon »særlig Begunstigelse», ansågs gälla även ifråga om avsänt men ännu ej utgivet gods; egentlig stoppningsrätt medgavs ej i större omfattning än återkravsrätt².

Denna otvetydiga bestämmelse om redan utgivet gods har visserligen i konkurslagen den ²⁵/₃ 1872, § 4 (jfr § 16), blivit i hög grad fördunklad³, men såväl praxis⁴ som den i litteraturen⁵ härskande uppfattningen överensstämmer dock däri, att sistnämnda lag icke på denna punkt medfört någon ändring i förut gällande rätt⁶. Emellertid bör anmärkas, att § 16 mom. 2 och 3 berättigar kontantsäljaren att vid utebliven betalning återtaga även före konkursen utlämnade varor, i det säljarens äganderätt i dessa fall ej anses uppgiven förrän betalning erlagts.

Bestämmelsen i 166 § sjölagen innebar alltså, såvitt rörde kreditköp, en nyhet för dansk rätt, förutsatt att överlåtelse av konnossement även innebar överlåtelse av äganderätten till godset, vilket emellertid allmänt antagits⁷. Såsom undantagsbestämmelse erhöll stadgandet en restriktiv tolkning, i följd varav, trots den lika lydelsen i alla tre länderna, säljarens på

¹ Lassen II s. 114 not 1.

² För den äldre rätten, se av Lassen II s. 116 not 7 anf. litteratur och rättsfall; Afzelius, 5 NJMF Bil. II s. 19; jfr E. Möller i Tfr 1896 s. 136 not 1.

³ Heckscher s. 192 ff.

⁴ Ufr 1876 s. 567; 1877 s. 322; 1880 s. 745, i vilka säljarens anspråk på gods, som icke före konkursen utgivits till köparen, ogillades med den motiveringen, att denne förvärvat äganderätt till godset. Se om dessa domar Heckscher s. 197 f.

⁵ Lassen II s. 116 f., Aagesen, 3 NJMF s. 120 f. och Bil. IV s. 149 f., Deuntzer s. 172 f., Bentzon s. 230, 234—235, Torp i Tfr 1894 s. 11, 21 f., Bugge i Bil. II s. 27 till 10 NJMF. Annorlunda Heckscher s. 192 ff., E. Möller i Tfr 1896 s. 134—136.

⁶ Jfr dock Lassen II s. 116 vid not 11.

⁷ Se ovan denna sida not 4 och 5.

sjölagen grundade befogenheter i dansk rätt varit knutna till strängare förutsättningar än i svensk och norsk rätt¹.

I Norge vann stoppningsrätten insteg med Søfartsloven den ²⁴/₃ 1860 §§ 63 och 64². Enligt den senare paragrafen kunde nämligen säljaren, som till köparen överlämnat konnossement på godset, återkalla den därigenom skedda äganderättsöverlåtelsen, när köparen »gjort Opbud eller Fallit uden at have betalt Varerne»³. Den sålunda för ett speciellt fall av särskilt stor praktisk betydelse erkända principen fick allmän giltighet genom konkurslagen den ⁶/₃ 1863, § 40, vilken emellertid går längre än bestämmelsen i sjölagen, i det den berättigar säljaren att fordra avsända men icke till fullo betalda varor »udleverede af Boet, for saa vidt de ikke før Konkursens Aabning vare indtagne i Skyldnerens Varelager eller andet Opbevaringssted» eller utgivna till tredjeman, som omhändertagit dem för köparens räkning. Det är här alltså fråga om en återkravs rätt till redan utgivet gods. Sjölagen av 1860 är numera ersatt av den gemensamma skandinaviska sjölagen, införd i Norge den ²⁰/₇ 1893.

Vid köplagens tillkomst var stoppningsinstitutet sålunda erkänt i alla tre länderna, ehuru i olika omfattning. De rättigheter, som numera vid köparens obestånd tillkomma säljaren, finnas angivna i 39—41 §§ av nämnda lag samt i den i samband med köplagens införande ändrade 166 § sjölagen. I förhållande till förut gällande rätt innebära dessa bestämmelser en betydlig utvidgning av säljarens befogenheter.

Enligt 39 § äger vid kreditköp, då köparen efter köpslutet finnes vara på sådant obestånd, att det måste antagas, att

¹ Olika tolkningar, se Lassen II s. 118, Bentzon s. 231 vid not 1, 236 not 3 och härtill Ekberg s. 22, Almén § 39 vid not 17—19; jfr för norsk rätt Hallager s. 171.

² Se härom Hallager s. 169 ff. — Av norsk litteratur rörande stoppningsrätten märkes i övrigt Platou s. 325 ff., Hagerup, Køb s. 168 ff. och Konkurs s. 191 ff., Scheel s. 349, 355 ff., Aubert s. 140 ff., Gjelsvik s. 252 f., Bugge, Vederlag og Risiko, i Tfr 1902 s. 184—251.

³ Enligt sjölagen, § 63, var befälhavaren skyldig självant upplägga godset, då köparen kommit i konkurs; Platou s. 171.

köpeskillingen ej varder rätteligen erlagd, säljaren hålla godset inne, eller, då det är försänt men ej kommit i köparens besittning, hindra dess utgivande. Denna rätt att hålla godset tillbaka räcker till dess köparen eller hans konkursbo ställer betryggande säkerhet för köpeskillingens gäldande å förfallotiden, eller, vid underlåtenhet att efterkomma säljarens anmaning härom, denne gör bruk av sin rätt att häva avtalet. § 39 förutsätter, att godset icke kommit i köparens besittning. Detta innebär icke blott, att säljarens ingripande, t. ex. genom order till fraktföraren eller annan innehavare av godset, måste ske före besittningstagandet, utan det fordras, att säljaren verkligen lyckas förhindra detta¹. Underlåter fraktföraren att åttlyda säljarens stoppningsorder, ehuru han enligt frakträttens regler varit därtill pliktig, så är säljaren förlustig sin stoppningsrätt och därmed all rätt till godset, förutsatt att icke utgivandet skett efter det köparen blivit försatt i konkurs. I sådant fall äger säljaren nämligen, även om han ej ens försökt hindra utgivandet, enligt 41 § kräva godset åter, såvida icke boet betalar köpeskillingen eller inträder i köpet och på säljarens begäran ställer säkerhet för betalning å förfallotid. Har konkursen inträffat, innan köpet skolat å någondera sidan fullgöras, äger säljaren av boet kräva besked, huruvida det vill tillträda köpet; gives ej besked utan oskäligt uppehåll, äger han häva avtalet. Med hänsyn till den fullständighet, varmed Almén behandlat ifrågavarande bestämmelser, anse vi ej nödigt närmare ingå på en tolkning av desamma.

I samband med köplagens införande erhöll 166 § sjölagen ändrad lydelse. Dess första punkt uttalar numera endast, att köplagens bestämmelser om rätt för säljaren att på grund av köparens kontraktsbrott eller obestånd hindra godsets utgivande eller i visst fall kräva det åter av köparens borgenärer skola äga tillämpning, ändå att konnossement å godset överlämnats till köparen. Genom stadgandet i andra punkten förklaras säljaren icke äga göra sagda rätt gällande mot tredje man, vilken i god tro av köparen förvärvat konnossement, som

¹ Så ock Almén § 39 vid not 90 b—90 c, Lassen—Ussing § 85 vid not 26—30 e.

icke innehåller förbud mot överlåtelse. Jämväl rörande dessa stadganden tillåta vi oss hänvisa till Almén.

Det är uppenbart, att med denna reglering av ämnet säljaren ofta äger stoppa gods, vartill köparen redan förvärvat äganderätt. Detta har ock länge varit allmänt erkänt, stundom i den formen, att de positiva stoppningsbestämmelserna just avse detta fall. Man har utgått ifrån att äganderättens övergång ger köparen en, principiellt sett, ovillkorlig rätt till godset, åtminstone efter det säljaren genom avsändandet släppt det ur sin omedelbara besittning. Ett ingrepp från säljarens sida ifölje köparens insolvens kan därefter endast ske med stöd av en positiv stoppningsregel. Å andra sidan: är säljaren fortfarande ägare, så är hans rätt att ingripa självklar; men den innebär då icke utövande av någon egentlig stoppningsrätt utan är endast ett utflöde av äganderätten¹.

Häremot har Almén invänt, att frågan om stoppningsrätten alls icke hör hemma på det sakrättsliga området, och att, vad särskilt angår äganderätten till under transport varande gods, spørsmålet därom saknar allt intresse för frågan om säljarens rättsskydd mot köparens borgenärer².

I den litteratur rörande stoppningsrätten, som daterar sig från tiden efter köplagens tillkomst, träder ock äganderättsfrågan mera i bakgrunden; man nöjer sig ofta med att påpeka, att lagstadgandena i ämnet äga tillämpning utan avseende därå, att äganderätten övergått till köparen³. Är det blott och bart fråga om en tolkning av dessa stadganden, kan man ock, vilket väl numera torde vara allmänt erkänt, lämna äganderättsfrågan därhän. Men härmed är icke utan vidare givet, att man tidigare städse varit stadd på villovägar, då man vid framställningen av stoppningsrätten tagit läran om ägande-

¹ Denna uppfattning kommer till synes hos Ekeberg s. 3 ff., Hasselrot I uppl. s. 47—50, Hammarskjöld s. 207 och i TfR 1893 s. 110 not 1 samt ovan s. 73 not 5 och s. 74 not 2 anf. danska och norska förff.

² Almén § 39 vid not 32.

³ Så Hasselrot 2 uppl. (1910) s. 214, Lassen, Køb og Salg, 2 Udg. (1910) s. 57; jfr dock Hagerup, Konkurs (1907) s. 191 ff., Gjelsvik (1919) s. 252 f.

rättens övergång till utgångspunkt. Det inbördes sammanhanget mellan stoppningsrätt och äganderätt är ingalunda utrett med en hänvisning till att den senare saknar betydelse för tolkningen av köplagen.

II. Äganderättens övergång vid köp av lösöre.

Då vi nu gå att yttra oss om »dette saa forslidte Spørgsmaal», som Ussing för över trettio år sedan icke utan skäl kallade det, så är det redan av avhandlingens syfte klart, att vi icke avse att giva någon uttömmande framställning av ämnet. Beträffande speciesköp, för vilkas vidkommande frågan hittills så gott som uteslutande uppmärksamhets, skola vi inskränka oss till en undersökning av lösöreköpsförordningens betydelse. Däremot skola vi något utförligare än som plägar ske behandla leveransavtalet; de knapphändiga uttalanden, litteraturen innehåller om äganderättens övergång vid dessa köp, ha mestadels framkommit just i sammanhang med undersökningar rörande stoppningsrätten.

Innan vi gå till en framställning av gällande rätt, torde det vara lämpligt att förutskicka en allmän anmärkning om betydelsen av det ständigt återkommande uttrycket »äganderättens övergång».

I äldre tider ifrågasatte man ej ens att till de om äganderättsövergången i lag givna regler foga bestämmelser om rättsverkningarna härav¹. Det ansågs som en given sak, att dessa skulle bestämmas med utgångspunkt från de befogenheter, som i allmänhet tillkomma en ägare. Med uppfattningen om äganderätten såsom det fullständiga och uteslutande herraväldet över en sak måste dessa rättsverkningar bli mycket vittgående. Detta förklarar den ända in i våra dagar kvarlevande benägenheten att lösa de mest skilda frågor rörande köp blott och bart med en hänvisning till att äganderätten övergått eller icke övergått.

¹ Jfr däremot H. D:s anmärkning vid granskningen av NLB § 57, att stadgandet vore obehövt, då förslaget icke anknöte några rättsföljder till äganderättens övergång; NJA II 1901 N:o 1 s. 107.

På denna ståndpunkt stod den romerska rätten. I det ögonblick, överlåtelsen kom till stånd, stod köparen med samma oinskränkta rätt till det köpta godset som till annan sin egendom; det fanns inga »hakar» på hans äganderätt, inga undantag. Äganderättens övergång betecknade en klar och skarp gränslinje av avgörande betydelse i olika riktningar.

Denna uppfattning har satt sin prägel på de olika europeiska rättssystemen. Därest man strängt fasthölle vid kravet på verklig tradition, borde den även i stort sett kunna upprätthållas, ty det förefaller naturligt, att köparen med besittningstagandet i allo inträder i en ägares ställning¹. Förlägger man däremot äganderättsövergången till ett tidigare stadium, exempelvis avtalet, kan det befinnas önskvärt att giva vissa frågor en annan reglering än den, som härav skulle följa². Så har också i stor utsträckning skett. Det första avsteget från den romerska ståndpunkten, taget redan innan traditionskravet frångåtts eller ens mildrats, var erkännandet av säljarens stoppningsrätt (återkravsrätt). Senare har man på åtskilliga håll även lösgjort frågorna om faran för godset³ och rätten till avkastningen. Likaledes, i sammanhang med erkännandet av exstinktivt godtrosförvärv, frågan om köparens ställning mot senare köpare, som fått godset i sin besittning,

¹ Snarare kunde avvikelser tänkas i den riktningen, att vissa äganderättsliga funktioner överfördes till köparen, innan han ännu blivit ägare.

² Torp har föreslagit att helt stryka den gamla kuggfrågan: när övergår äganderätten? och i stället upplösa den i dess »elementer»: när förvärvar köparen rättsskydd mot säljarens borgenärer, när mot annan tredjeman, som från säljaren härleder sin rätt till godset, när står köparen (hans borgenärer) med en ovillkorlig rätt till godset o. s. v. (10 NJMF s. 137—184 och Bil. VI, TfR 1894 s. 7 ff.; jfr Lassen i TfR 1898 s. 106). Uppslaget är intressant och dess framtidsvärde har måhända underskattats; i varje fall har denna renodling av frågorna varit ägnad att skarpare belysa dessa var för sig. För den gällande rättens del måste man emellertid ha ett svar på frågan i dess gamla form.

³ Beträffande faran synes den romerska rätten väl ha intagit en särställning (dock ej med säkerhet; se Fehr s. 25 not 63), i det köparen stod faran, innan han förvärvat äganderätt, men detta förhållande har ju ock betraktats såsom ett svärförklarligt fenomen. Den senare rättsutvecklingen har som bekant »rättat» detta missförhållande.

ja, för vissa fall till och med frågan om köparens rättsskydd mot säljarens borgenärer¹.

Alla dessa undantag från konsekvenserna av äganderättens övergång, vilka sammanhänka med att det absoluta äganderättsbegreppet ersatts med ett relativistiskt, torde ådagalägga, att man vid fastställandet av äganderättsövergångens reala innebörd icke har någon hjälp av den nära till hands liggande satsen, att köparens rättsställning åtminstone principiellt bör vara densamma som ifråga om annat honom tillhörigt gods i motsvarande läge. Vid närmare eftertanke är detta ej heller ägnat att förvåna, ty så snart man frångår kravet på verklig tradition, lämnar en sådan sats ej någon verklig ledning. Detta beror tydligen därpå, att läget beträffande köpt men ej traderat gods aldrig är detsamma som beträffande gods, vilket ifölje lån, deposition eller av annan anledning be-

¹ Avvikelserna ha i allmänhet gått i den riktningen, att rättsskydd trots äganderättens övergång fränkänts köparen. Som exempel kunna nämnas »reputed ownership clause» i den engelska kkl:n (jfr Bills of Sale Acts) samt köp »i Sikringsøiemed» i dansk och norsk rätt. Hit kan man även — utan att föregripa den följande undersökningen — räkna vår lösöre-köpsförordning sådan den tedde sig före 1907 års lagändring.

Exempel saknas emellertid ej heller på avvikelser i motsatt riktning, i det köparens anspråk på godset skyddats mot säljarens borgenärer, ehuru äganderätten icke övergått. Så i skotsk rätt före införandet av SGA (1893): Den gamla skotska rätten stod på romerskrättslig grund: äganderätten övergick först med traditionen och till dess kunde säljarens borgenärer söka gottgörelse ur godset. »By section 1 of the Scotch Mercantile Law Amendment Act of 1856 (19 & 20 Vict. c. 60), this power of the seller's creditors or trustee to defeat the buyer's right to demand delivery was, so soon as the *emptio* was *perfecta*, taken away, the result being that, though the Act did not change the law which required a delivery to pass the property, yet the buyer was under the Act in substantially the same position as a buyer in England, in whom the property had vested» (Benjamin s. 478).

Ett annat exempel erbjuder Bremens Erbe- und Handfesten-Ordnung (1833), § 136 d. »Er (der Käufer) soll die Herausgabe solcher Gegenstände, welche vor Eröffnung des Debitverfahrens veräussert, ausgesondert und bezahlt, aber wegen Mangels der Uebergabe noch nicht in sein Eigenthum übergegangen sind, verlangen dürfen, sobald er nachweist, dass der Fallit zur Zeit der Veräusserung sich des Umstands, dass seinen Gläubigern Nachtheil aus derselben erwachsen werde, nicht bewusst gewesen sei» (Hahn s. 164).

finner sig i tredjemans besittning. Ifråga om stoppningsrätten och andra säljarens på vederlagsförhållandet grundade befogenheter är detta utan vidare klart. Detsamma gäller emellertid beträffande övriga frågor. Att långgivaren eller deponenten har rätt till avkastningen kan ju ej vara föremål för tvekan; det finns ingen grund för att låta den tillkomma någon annan. Men det kan finnas goda skäl för ett stadgande om att köparens rätt i angivna avseende inträder exempelvis först med avlämnandet. Det självklara förhållandet, att en ägare, oavsett att en honom tillhörig sak befinner sig i tredjemans besittning, i allmänhet själv måste vidkännas förlusten av dess kasuella undergång, behöver icke vara avgörande för den rent obligationsrättsliga frågan om köparens eventuella plikt att gälda köpeskillingen, då den köpta saken före avlämnandet gått under. I båda dessa avseenden gäller det ju för lagstiftaren att giva en regel, som kan antagas överensstämma med vad parterna själva skulle hava bestämt. Och han har därvid icke haft anledning antaga, att de skulle satt äganderättens övergång som gränsmärke. Slutligen ligger det i och för sig icke något orimligt i att köparen-ägaren gentemot säljarens borgenärer eller senare godtroende förvärfvare av sakrätt i godset ställes ogynnsammare än långgivaren eller deponenten.

Från teoretisk synpunkt torde det överhuvud taget icke föreligga något hinder för att ett rättssystem, som låter äganderätten övergå redan med avtalet, genom särskilda bestämmelser reglerar viktiga äganderättsliga funktioner så, att resultatet praktiskt taget blir detsamma, som om äganderätten icke övergått förrän t. ex. med traditionen. De lege ferenda undviker man givetvis såvitt möjligt en dylik reglering, i det man ser till, att äganderättsövergången förläggas till en sådan tidpunkt, att undantagen från konsekvenserna därav bli så oväsentliga som möjligt. Detta redan med hänsyn till önskvärdheten av att regel och undantag icke må uppställas så, att undantagen praktiskt taget upphäva regeln. Ifråga om gällande rätt kan ett sådant läge däremot lätt nog uppkomma, därest genom partiellt lagstiftande än på en punkt än på en

annan de äganderättsliga funktionerna förskjutas, medan utgångsläget i princip bibehålles.

Vill man giva en allmän bestämning av äganderättsövergångens innebörd, torde man nödgas stanna vid den, att köparen principiellt, det vill säga *i den mån ej annorlunda stadgats*, vinner en ägares ställning. Härav följer, att något allmänt svar ej lär kunna givas på frågan, vad äganderättens övergång *realiter* innebär; denna fråga måste besvaras för vart rättssystem för sig, ty svaret blir ju helt och hållet beroende av vilka undantag det ifrågavarande rättssystemet uppställer. Äganderättsövergångens praktiska betydelse kan alltså från att vara den mest vittgående krympa ihop till nära nog ingenting. Det sagda gäller läget i det ögonblick, överlåtelsen kommer till stånd; under förhållandets vidare utveckling, i regel med köparens besittningstagande, bortfalla de eventuella inskränkningarna.

A. Speciesköp.

Man torde kunna antaga för visst, att 1734 års lag hyllade avtalsprincipen; köparen ansågs redan genom blotta avtalet förvärva äganderätt till godset^{1, 2}. Men härmed är icke givet, att vår rätt den dag i dag är står på samma ståndpunkt. Under den långa tidrymden av inemot tvåhundra år skulle en i teori och praxis småningom skeende förskjutning ha kunnat fortskrida långt³, synnerligast som principen ifråga icke erhållit något otvetydigt uttryck i lag, och sålunda det hinder mot en förändring, som ett sådant stadgande kunnat utgöra, icke förelegat. Någon sådan förskjutning har

¹ Vi anse ej nödigt rekapitulera de ofta anförda skälen för denna åsikt; se härom bl. a. Lundstedt s. 17—31 med den å s. 18 not 1—2 givna utförliga litteraturöversikten.

² Detta torde vara den i svenskt juridiskt språkbruk vanliga betydelsen av uttrycket avtalsprincipen. Om »Kontraktsteorien» i dansk och norsk litteratur, se nedan s. 82 not 1.

³ Jämför t. ex. den ursprungliga innebörden av H. B. 1:5 med senare tolkningar; Fehr s. 31 ff.

emellertid icke skett¹. Den på senare tid uttalade meningen, att vår rätt numera måste anses hava övergivit avtalsprincipen, vilar väsentligen på teoretiska betraktelser, framförallt i anslutning till lagstiftningen rörande s. k. lösöreköp. Den svenska rättens positiva regler skulle helt enkelt icke vara förenliga med ett fasthållande vid nämnda princip. Utan att direkt hava avsett det skulle vi ha kommit över till en ståndpunkt, enligt vilken för överförande av äganderätt från säljare till köpare erfordras antingen tradition eller formaliteter.

Denna uppfattning har närmare utvecklats av Fehr i hans 1913 utkomna arbete »Två spörsmål i svensk civilrätt», innehållande tvänne uppsatser av stort intresse. Den första avser endast att besvara frågan, huruvida vid köp av lösöre äganderätten kan anses övergå genom blotta avtalet. Resultatet av undersökningen är, att denna fråga bör besvaras ne-

¹ Däremot torde en sådan förskjutning, ehuru i motsatt riktning, ha ägt rum i dansk och norsk rätt. Under 1800-talet ända fram till 1884 var traditionsteorien så gott som enhälligt omfattad (se litteraturöversikt hos Hagerup, NR 1884 s. 752—763, och Aubert I s. 124 not 20). Sedan nämnda år med Hagerups avhandling om traditionen såsom villkor för överlåtelse av äganderätt till lösöre och Torps avhandling om besittningen en kraftig opposition mot traditionsteorien inletts, har den av dessa förff. framställda kontraktsteorien, enligt vilken för äganderättens övergång från säljare till köpare ej fordras mer än parternas därpå riktade överenskommelse, alltmer vunnit terräng (se Hagerup, NR 1884, s. 673 ff., särskilt s. 740 ff., Torp-Grundtvig s. 321 ff., Ingstad i NR 1885 s. 566, Gjelsvik s. 241 ff.; jfr Scheel s. 336 ff., Lassen I § 50 vid not 3—17). Praktiskt sett är skillnaden ej så stor mellan en traditionsteori med ringa fordringar på ett giltigt const. poss. och kontraktsteorien; där den förra fränkänner köparen äganderätt, emedan han ej förvärvat »Eiendomsbesiddelsen», kommer den senare ofta till samma resultat på den grund, att »tinglig Overenskomst» saknas. Den huvudsakliga olikheten gäller frågan, »om ogsaa den eventuelle Eier nyder tinglig Beskyttelse for sin Ret, uanseet at Tingen fremdeles er i den aktuelle Eiers Besiddelse» (Scheel s. 340 ff.). Traditionsteoriens anhängare besvara denna fråga nekande (så även Gjelsvik s. 246 f.).

En tredje teori har framställts av C. Ussing (TfR 1890 s. 181 ff. och 1893 s. 338 ff.), som förkastar kravet på tradition men å andra sidan framhåller, att frågan om köparens rättsskydd mot tredjeman icke kan bero av parternas blotta överenskommelse. Avgörande bör i stället vara

kande. Står detta fast, blir nästa fråga: vad erfordras utöver avtalet för att från säljaren till köparen överflytta äganderätten? Denna behandlas i den följande uppsatsen, »Publicitetsprincipen», och svaret blir det redan nämnda: för överlåtelse fordras besittningens överlämnande eller vissa publikationsåtgärder.

För att rätt förstå Fehrs framställning och överhuvud den åsikt, som anser ett fasthållande vid avtalsprincipen oförenligt med lösöreköpsförordningens stadganden¹, torde det vara nödvändigt att bringa i erinran de olika åsikterna om

mellanvarandets olika karaktär på olika stadier. Realiserandet av köpeavtalets syfte bör ha fortskridit till en viss punkt för att tredjeman skall vara skyldig respektera köparens anspråk på godset. Såsom gränsmärke sätter U. avtalets fullgörande å endera sidan; äganderätten övergår således genom att antingen godset utgives till köparen eller ock denne erlägger köpeskillingen (se Torps kritik härav i Dansk Tingsret, 1882, s. 333 ff. och i TfR 1894 s. 1 ff.). E. Møller har väsentligen anslutit sig till Ussings uppfattning (Forudsætninger s. 96 ff. och TfR 1896 s. 85 ff., 129 ff.).

Det behöver knappast sägas, att förespråkarna för dessa teorier alla åberopa praxis till stöd för sina resp. ståndpunkter.

Vad som f. n. skall anses vara gällande rätt är ej lätt att avgöra. Med visshet kan dock sägas, att fysiskt överlämnande ej erfordras (se t. ex. beträffande norsk rättspraxis NR 1909 s. 334; 1910 s. 231; 1912 s. 263). Allmänt erkänt är ock, att köp »i Sikringsøiemed» utan sådant överlämnande gentemot säljarens borgenärer ej medför annan verkan än en pantförskrivning (härom se framförallt Lassen, Kunstig Kreditorbegunstigelse i TfR 1917 s. 45—120). Från den av oss för den svenska rättens del hävdade avtalsprincipen skiljer sig kontraktsteorien huvudsakligen därigenom, att den, åtminstone teoretiskt, strängt upprätthåller kravet på en särskild »Overdragelsesretshandel» vid sidan av själva köpeavtalet såsom en blott obligatorisk överenskommelse (häremot C. Ussing i TfR 1890 s. 187 ff. och 1893 s. 342 ff. samt E. Møller, Forudsætninger s. 97 ff.). Svensk rättsuppfattning — liksom fransk (Hagerup i NR 1884 s. 715 f.) — torde vara främmande för ett sådant krav (jfr dock Hammarskjöld i TfR 1893 s. 105 ff.).

¹ JustR Sjögren uttalar sig i ett särskilt yttrande, återgivet i NJA 1912 s. 158 ff., sålunda: »Så långt lösöreköpsförordningens tillämpningsområde öfver huvud sträcker sig, medför sålunda köpeaftalet i och för sig icke rättsskydd mot säljarens borgenärer. Den viktiga grundsatsen om tradition såsom villkor för äganderättens öfvergång vid köp af lösöre har såtillvida, närmast i anledning af lösöreköpsförordningens tillämpning, vun-

skillnaden mellan sakrätt och obligationsrätt¹. I den romerska rätten gick nämnda skillnad helt och hållet tillbaka till olikheten mellan de processuella hjälpmedel, som stodo innehavaren av rättigheten till buds: allteftersom denna gjordes gällande genom en *actio in rem* eller en *actio in personam* såges rättigheten hava varit av sakrättslig, resp. obligatorisk natur. Den praktiska betydelsen av denna olikhet var, att sakrättshavaren kunde hävda sin rätt mot envar utomstående, medan fordringshavaren endast hade gäldenären att hålla sig till. Då man med tillämpning på modärn rätt talar om det romerska sakrättsbegreppet, är det denna skillnad i giltigheten mot tredjeman man bygger på. I svensk som överhuvud i germansk rätt saknas helt och hållet den processuella grunden för en sådan åtskillnad. Förmögenhetsrättigheternas uppdelning har här i stället skett efter objekt, och med sakrätt har man förstått en sådan rätt, som till (omedelbart) föremål har en sak. Somliga ha stannat härvid, medan andra sökt kombinera denna indelning med den praktiskt betydelsefulla indelningen efter rättsskydd. Att man icke alldeles släppt den förra indelningsgrunden har berott på vissa stadganden i den positiva rätten. Medan man efter behag kan välja en bestämning av sakrätten, som utesluter exempelvis lån- eller legotagarens rätt, kan det icke komma ifråga att för något fall utesluta äganderätten, den typiska sakrätten. Befinnes det, att denna i viktiga avseenden icke är skyddad mot tredjeman, så kan redan av denna anledning ett visst högre mått av rättsskydd icke uppställas såsom väsentligt för sakrättskategorien. Vad nu beträffar svensk rätt, ha inskränkningar i äganderätts-

nit insteg äfven hos oss.» Sjögren synes anse traditionsprincipen såsom ett riktigt uttryck för vår rätts ståndpunkt även för vad angår tiden före 1907 års ändring av K. F. 1845. I det i NJA 1912 s. 334 ref. rättsfallet, där köpet var ingånget och utmätningen verkställd före den $\frac{1}{4}$ 1908, yttrar Sjögren, att köparen icke förvärvat äganderätt till den utmäta lösegendomen, enär han icke fått densamma i sin besittning.

¹ Se den utförliga framställningen hos Fehr, Fordringspreskription s. 64—139, ävensom Bergman, Studier i svensk servitutsrätt (1909) I s. 3—8, Ekström s. 172—182, 218—223.

skyddet föranletts, förutom av grundsatsen om förvärv i god tro, framförallt av stadgandena rörande lösöreköp. På grund av dessa stadganden, sådana de tedde sig före ändringen 1907, var ju läget det, att köparen genom avtalet förvärvade en äganderätt, som icke var skyddad mot säljarens utmätnings-sökande borgenärer, alltså i förhållande till dem icke sakrättslig, bedömd efter det romerska sakrättsbegreppet. Att under sådana omständigheter inplantera detta sakrättsbegrepp i vårt rättssystem var givetvis, som Fehr anmärker, ett vanskligt företag¹. Uppenbart är, att dessa vanskligheter efter den förändring, lösöreköpsförordningen undergått genom lagen den 14/6 1907, blivit än större, därest man anser äganderätten fortfarande övergå genom blotta avtalet, medan förhållandet är det rakt motsatta, om man antager, att 1907 års lag betecknar ett övergivande av avtalsprincipen. Fehr är, som bekant, en lika varm som talangfull förespråkare för det romerska sakrättsbegreppet och den första av ovannämnda båda uppsatser synes i främsta rummet avse att bana väg för detta sakrättsbegrepps upptagande i svensk rättsvetenskap.

Men det är alldeles klart, att svaret på frågan, när enligt gällande rätt äganderätten övergår från säljare till köpare, icke kan härledas ur ett a priori uppställt äganderätts- eller sakrättsbegrepp. I stället för att den positiva rätten i någon yttring skulle bestämmas genom deduktion ur ett sådant rättsbegrepp bör tvärtom, såsom Fehr riktigt anmärker, rättsbegreppet uppställas »för att gifva en lämplig sammanfattning af vissa sammanhängande moment af det faktiska rättstillståndet»². Vi kunna emellertid icke finna annat än att Fehrs egen undersökning står i strid med denna regel. Formellt har den visserligen iakttagits, i det undersökningen utförts efter en metod, som synes indifferent vis å vis olika sakrättsbegrepp — men också endast formellt.

Det rätta tillvägagångssättet finner Fehr innefatta »först och främst en förutsättningslös undersökning af köpeaftalets

¹ Fehr anf. arb. s. 133.

² Fehr, Två spörsmål s. 19 f.

positiva verkningar i hvar och ett af de hänseenden, hvaraf äganderätten röner inflytande, eller med andra ord en uppdelning af de särskilda funktioner, som tillsammans bilda äganderätten, och en undersökning, hvilkendera af de aftalande denna funktion efter blotta aftalet tillkommer; därefter erfordras en hopsummering af å ena sidan de funktioner, som tyda på att köparen är ägare, och å andra sidan dem, som tyda på att säljaren bibehållit äganderätten. Befinnes det då, att alla funktioner af äganderätten tillkomma endera, så erbjuder afgörandet gifvetvis ingen svårighet; visar det sig däremot att endast en del af dessa behörigheter tillkommer någondera, så bör den af kontrahenterna, hvars slutsumma är större, tillerkännas äganderätten, och det, som ej tillkommer honom, betraktas såsom inskränkningar däri»¹.

Med användande av denna metod undersökes så, huru efter avtalet förhåller sig med besittnings- och nyttjanderätt, rätt till avkastning, faran för godset, köparens möjlighet att rättsligt förfoga över saken samt hans rättsskydd mot säljarens borgenärer och annan tredjeman. Vid därefter verkställd sammanräkning befinnes säljaren ha den högre poängsiffran och förklaras han förty vara ägare.

Det är intressant att iakttaga, att medan tidigare äganderättens övergång var det centrala, den fasta punkt, från vilken rättsverkningar, lätt härledda ur äganderättens begrepp, i olika riktningar utgingo, så är förhållandet nu det rakt motsatta: ur den efter andra grunder fastställda fördelningen av de äganderättsliga funktionerna härleder man äganderättens läge².

Denna metod synes först och främst förutsätta, att funktionsfördelningen är klar på alla punkter, så att man för att avgöra, om köparens rätt till godset i visst fall åtnjuter skydd mot tredjeman, icke behöver falla tillbaka på äganderättsfrågan. Men denna förutsättning är, såvitt vi kunna se, icke för handen. Om säljaren t. ex. lagt bort den sålda saken till en person, som saknar vëtskap om köpeavtalet, så lär man icke

¹ Fehr s. 19.

² Jfr E. Møller i Tfr 1896 s. 97, 129 ff.

kunna besvara frågan om köparens rätt mot legotagaren utan att först ha avgjort äganderätsfrågan¹. Har köparen genom avtalet blivit ägare, så kan han utan vidare fordra saken utlämnad²; är hans rätt däremot blott obligatorisk, kan den icke göras gällande mot legotagaren, som antages vara i god tro.

En tillämpning av Fehrs metod skulle visserligen kunna tänkas ske på det sätt, att man utgår från den rätt, som gällde före 1908, då köparen otvivelaktigt ansågs förvärva äganderätt genom blotta avtalet och följaktligen också utan vidare ägde avfordra legotagaren saken. Därefter tillser man, om senare något moment tillkommit, som kan föranleda ett annat avgörande av vindikationsfrågan. Den nya faktorn skulle då vara lagen den $14/6$ 1907 om ändring i lösöreköpsförordningen. Men denna förordning berör ju endast förhållandet mellan köparen och säljarens borgenärer och kan ej gärna ha försämrat köparens rätt mot annan tredjeman. Mot legotagaren i vårt exempel skulle köparen alltså fortfarande kunna vända sig direkt. Men från den gällande rättens ståndpunkt lär denna köparens befogenhet icke kunna förklaras annorlunda än såsom ett utslag av hans äganderätt, förvärvad omedelbart genom köpeavtalet. Hela detta resonemang synes emellertid endast vara en onödig och tämligen intetsägende omskrivning för ett kortare, där man på lösöreköpsförordningens karaktär

¹ Detsamma gäller, då säljaren lånat bort saken, och över huvud vid bedömande av förhållandet mellan köparen och en godtroende innehavare, som icke åtnjuter skydd enligt reglerna om förvärv i god tro. Vidare är man hänvisad till äganderätsfrågan för att avgöra, huruvida köparens rätt att av en ondtroende besittare fordra saken utlämnad kan göras gällande jämväl mot dennes borgenärer. Fehr s. 30 f. besvarar denna fråga nekande; visserligen anser han den ondtroende besittaren (en senare köpare) obligatoriskt förpliktad utgiva saken till förste köparen, men »det rättsskydd, som förste köparen åtnjuter mot den senares borgenärer, är icke större än det, som åtnöts mot säljarens». Då lösöreköpsförordningen väl icke rimligen kan åberopas av den senare köparens borgenärer, måste detta avgörande grundas därpå, att köparens rätt på grund av avtalet är blott obligatorisk — men det är ju just vad som skulle bevisas.

² Trygger s. 247 f., Björling s. 138, Hasselrot, Juridik och Politik II s. 32 f.

av undantagslag direkt grundar påståendet, att förordningen icke ändrat regeln om äganderättens övergång genom blotta avtalet ¹.

Det är ej lätt att komma till full klarhet beträffande den tanke, som ligger bakom Fehrs metod, sådan han beskrivit den i ovan citerade yttrande. Närmast måste man få det intrycket, att författaren förutsätter ett slags kvantitativt äganderättsbegrepp, men av den följande framställningen finner man, att han ansluter sig till den gängse uppfattningen av äganderätten såsom »en i större eller mindre mån inskränkt, men dock hufvudsaklig och till sin tendens oinskränkt rätt till en sak» ². Man plägar såsom utmärkande för äganderätten framhålla elasticiteten, den expansiva tendensen. Ägaren kan vara berövad hur många som helst av de särskilda befogenheter eller funktioner, som normalt åtfölja äganderätten, utan att därför upphöra att vara ägare, så länge blott hans rätt till saken är sådan, att de olika funktionerna automatiskt återfalla till honom, då inskränkningarna upphöra. Å andra sidan kan ett konglomerat av särskilda befogenheter aldrig bilda äganderätt ³. Men med denna uppfattning av äganderätten synes en sådan metod för utrönande av dess läge som den av Fehr beskrivna ej förenlig.

Man torde böra hålla isär äganderättens begrepp och äganderättens innehåll. Det förra anger det karaktäristiska hos den rätt, vi kalla äganderätt, hänför sig till denna rätts

¹ Se nedan s. 96. Ett användande av Fehrs metod på fall, sådana som det nu nämnda, skulle tydligen leda därtill, att så snart man på grund av köpeavtalet nödgades tillerkänna köparen någon befogenhet, som icke låter sig härleda ur hans obligatoriska rätt mot säljaren, så måste man anse honom genom avtalet ha förvärvat äganderätt till godset, oavsett hur med andra äganderättsliga funktioner må förhålla sig. Det möter intet hinder att antaga mycket långt gående inskränkningar i äganderätts-skyddet, under det vår rätt icke erbjuder någon hållpunkt för en exceptionell utvidgning av fordringsrättsskyddet. Redan av detta skäl kriteriet på äganderättens övergång icke kunna ligga däri, att huvudparten av de äganderättsliga funktionerna skulle vara överförd till köparen.

² Fehr s. 21

³ Bergman, anf. arb. s. 10 f.

kvalitet. Äganderättens innehåll åter anger summan av de befogenheter, som tillkomma eller kunna tillkomma ägaren, hänför sig till äganderättens kvantitativa sida. Till sin kvalitet är äganderätten alltid densamma, till sitt innehåll åter kan den, sett från ägarens synpunkt, växla från full, oinskränkt rådighet utåt och inåt ner till den punkt, där, i ett givet ögonblick, nära nog intet av detta innehåll tillkommer ägaren. Ett fastställande av äganderättens läge vid fördelning av dess innehåll på olika händer lär därför icke kunna ske genom att se efter, vem som har »mest»¹.

Men det är måhända onödigt att närmare utföra kritiken av denna metod, ty såvitt vi kunna se gör Fehr i själva verket intet allvar av den. Av framställningen i dess helhet synes nämligen oförtydbart framgå, att rättsskyddet mot tredjeman anses vara den avgörande faktorn, medan äganderättens inre sida icke tillmätas någon nämnvärd betydelse². Uppenbarligen är det förhållandet till tredjeman, författaren åsyftar, då han framhåller, att det kommer an på »de viktigaste och för äganderätten mest karakteristiska funktionerna»³. Än tydligare träder denna framställningens huvudtanke i dagen, då det i resumén, med hänsyftning i främsta rummet på lösöreköpsförordningen, heter, att den som alltjämt ville fasthålla vid uppfattningen, att köparen genom blotta avtalet förvärvar äganderätt, därmed skulle »bekänna sig till ett äganderättsbegrepp, som i de viktigaste hänseendena saknade sakrättslig karaktär»⁴. Ja, för såvitt man såsom för sakrätten väsentligt uppställer rättsskydd i viss utsträckning mot tredjeman, och icke nöjer sig med den positivrättsliga satsen, att sådant rättsskydd enligt svensk rätt principiellt tillkommer äganderätten. Men huruvida man kan uppställa ett sådant sakrättsbegrepp som det Fehr här utgår ifrån beror på, bl. a., just tidpunkten för äganderättens övergång vid köp av lösöre. Skulle vår rätt befinnas alltjämt stå på avtalsprin-

¹ Jfr till det sagda Bergman l. c.

² Fehr s. 20, 23—26, 29, 40—41, 47 ff.

³ Fehr s. 20.

⁴ Fehr s. 40.

cipens grund, måste sakrättsbegreppet bestämmas så, att det inrymmer jämväl den rätt, köparen efter avtalet men före avlämnandet äger. Trots Fehrs förklaring, att svaret på frågan om tidpunkten för äganderättens övergång icke bör härledas genom deduktion ur ett på förhand uppställt äganderätts- eller sakrättsbegrepp — metoden att undersöka »köpeaftalets positiva verkningar i hvart och ett af de hänseenden, hvaraf äganderätten röner inflytande» torde ha avsett att göra rättvisa åt denna riktiga tanke — har förkärleken för det romerska sakrättsbegreppet helt och hållet satt sin prägel på författarens värdesättning av dessa positiva rättsverkningar. Närmare besett har det väl även varit nödvändigt att tillgripa ett slags värdeskala för att få fram något resultat ur den använda metoden. Det är ej lätt att inse, hur man annars skulle kunna avgöra, vilkendera slutsumman är störst, säljarens eller köparens, ty det gäller ju inkommensurabla storheter. I själva verket har Fehr också graderat de olika funktionerna genom att uppställa rättsskydd mot tredjeman såsom den för sakrätten och därmed för äganderätten karaktäristiska egenskapen. Men med denna skala reduceras de funktioner, som röra äganderättens inre sida, ända till betydelselöshet¹. Därmed är emellertid metoden att ur funktionsfördelningen i dess helhet härleda äganderättens läge i realiteten uppgiven och ersatt med en annan, som går ut på undersökning av köpe-

¹ För fördelningen av dessa funktioner har iakttagandet av lösöre- köpsförordningens föreskrifter ingen betydelse. Enligt Fehr bör köparen, därest han ifölje formaliteternas iakttagande åtnjuter rättsskydd mot säljarens borgenärer, anses såsom ägare, *trots att* enligt avtalet säljaren skall ha rätt att nyttja godset, ha rätt till avkastningen och själv stå faran, medan omvänt, därest köparens rätt ej är skyddad mot säljarens borgenärer, denne bör anses fortfarande vara ägare, *trots att* alla sådana äganderättsliga funktioner, som bero enbart av parternas överenskommelse, överförts till köparen. Men då sålunda köparens slutsumma förklaras vara större resp. mindre än säljarens, allteftersom däri ingår, resp. icke ingår, rättsskydd mot dennes borgenärer, så är hänsynstagandet till övriga funktioner rent skenbart; man räknar med dem på papperet men ser noga till, att de inte förrycka det resultat, som skulle ha uppstått, om de utelämnats.

avtalets verkningar endast i förhållande till tredjeman, framför allt säljarens borgenärer; är köparens rätt till godset skyddad, så bör han betraktas såsom ägare, medan i motsatt fall äganderätten anses vara kvar hos säljaren. Men bakom en dylik metod ligger tydligen uppfattningen om sakrätten såsom »en sådan rätt till individuellt bestämd sak, som gäller mot personer, hvilka icke medverkat vid rättighetens uppkomst, men stå hindrande i vägen för dess utövning»¹. Och så är man inne på den förbjudna vägen att härleda gällande rätt ur ett på förhand uppställt sakrättsbegrepp.

Med hänsyn till dessa anmärkningar mot den använda undersökningsmetoden anse vi ej nödigt att i detalj granska Fehrs framställning av funktionsfördelningen² utan stanna vid frågan om köparens rättsskydd mot tredjeman, vilken Fehr ju ock finner vara den viktigaste. Vi äro ense med författaren, då han betonar, att ett visst samband förefinnes mellan rättsskyddsfrågan och äganderätsfrågan, men medan Fehr synes grunda sambandet därpå, att rättsskyddet skulle

¹ Fehr s. 45.

² En allmän anmärkning må dock antydas. Uppdelningen utgår ifrån, att en viss funktion, ett visst moment i äganderättens innehåll, skall tillkomma antingen säljaren eller köparen. Men en viss inskränkning i köparens rättsskydd mot tredjeman får en helt olika betydelse för äganderätsfrågan, allteftersom den tillkommit i säljarens intresse, så att motsvarande funktion, genom lag eller avtal, tillagts honom (jfr C. Ussing i TfR 1890 s. 194 ff., Torp-Grundtvig s. 362 vid not 87—89, Hammar-skjöld i TfR 1893 s. 110, E. Møller, Forudsætninger s. 101 not 5; se även NJA 1908 s. 449 och Almén § 28 not 129), eller inskränkningen föranletts blott och bart av hänsyn till tredjeman. I senare fallet behöver inskränkningen alls icke antyda äganderätt för säljaren. Även om man tänkte sig lika långt gående inskränkningar i långivarens rättsskydd som dem köparen är underkastad (jfr Cc 2279 och reputed ownership clause i engelsk rätt), så skulle det väl icke därför falla någon in att anse låntagaren såsom ägare. Skyddet för tredjeman motsvaras icke av någon befogenhet å låntagarens sida. Men förhållandet synes vara alldeles desamma vid köp. Beträffande tvesalu exempelvis kan man säga, att en viss befogenhet är berövad köparen utan att vara tillagd säljaren; detta framgår såväl av dennes skadeståndsskyldighet som av ansvarsbestämmelserna (Str. I. 22: 13, event. 22: 11; se NJA 1908 s. 541 [HovR:n och min. i H. D.]).

vara ett väsentligt moment i äganderättens (sakrättens) begrepp, anse vi det endast vara en följd av den i svensk rätt otvivelaktigt gällande satsen, att ägaren principiellt åtnjuter sådant rättsskydd. Skillnaden mellan dessa båda ståndpunkter är uppenbar. Under det den förra leder därtill, att en person icke kan anses vara ägare, därest han i större utsträckning — gränsen torde vara svår att draga — saknar rättsskydd för sitt anspråk på saken, innebär den senare endast, att det fordras stöd av en positiv regel för att på en eller annan punkt inskränka rättsskyddet. I den mån en inskränkning bygger på en dylik regel — sådana äro lösöreköpsförordningen och grundsatsen om förvärv i god tro — utgör den intet indicium mot att anse personen ifråga såsom ägare. Skulle det däremot visa sig, att praxis i fall, där nämnda förordning eller grundsats eller annan särskild bestämmelse¹ ej ansetts tillämplig, fränkänt köparen rättsskydd, så torde man vara berättigad att uppfatta dessa avgöranden så, att domstolarna ansett köparen icke vara ägare. Något sådant fall ha vi oss icke bekant, såvitt rör köp av bestämt gods.

Vad härefter angår de olika konfliktsfallen mellan köparen och tredjeman, må ifråga om tvesalu endast anmärkas, att om lösningsrätt tillerkännes förste köparen, grunden härtill icke gärna kan vara någon annan än hans tidigare äganderätt², medan å andra sidan frånvaron av lösningsrätt icke behöver innebära, att det första köpet haft blott obligatorisk verkan³. Detta är i och för sig klart och belyses ytterligare därav, att om man såsom Fehr fränkänner köparen av lös sak lösningsrätt⁴, sådan rätt väl även måste fränkännas en

¹ T. ex. U. L. § 69; jfr NJA 1912 s. 37.

² Så också Fehr s. 36 f. Det vill synas, som om Fehr skulle ha funnit sig nödsakad att stanna vid avtalsprincipen, därest lösningsrätt verkligen tillkomme förste köparen (jfr ovan s. 88 not 1). Hur står detta tillsammans med den ovan s. 85 f. framställda metoden?

³ Chydenius s. 2 vid not 4; jfr Sjöf. § 165 p. 2, Cc 1141, beträffande fast egendom lagfartsförordningen § 12.

Fehr s. 35; så även Björling s. 64, 72 f. (men Exstinktiva fång s. 159 not 1 och s. 172). Annorlunda Nordling, Allmän civilrätt s. 288 f.,

aktieköpare¹, ehuru avtalsprincipen här lämnats obestridd, och väl även en lösöreköpare, då kungörelseförfarandet icke kan anses utesluta god tro hos en senare köpare². Beträffande praxis hänvisas till Fehrs framställning³. Denna synes oss närmast tala emot författarens åsikt, att den senare köparens rätt skulle vara ovillkorlig, därest han är i god tro och erhållit besittningen. Något stöd för denna åsikt torde det av Fehr åberopade fallet i NJA 1912 s. 238⁴ icke utgöra. Bedömd med utgångspunkt från reglerna för tvesalu synes H. D:s dom innebära, att äganderätten tillerkänts *förste* köparen; jordägarnas rätt torde nämligen böra anses ha uppkommit — såsom eventuell — redan med nyttjanderättsupplåtelsen, således före motpartens köp, och icke först med förverkande-fristens utgång. Då den »senare» köparen förklaras icke hava erhållit besittning, är målets utgång självfallen; man märke, att ingenting är direkt utsagt om jordägarnas besittning, vilket uppenbarligen varit den avgörande punkten, därest de varit att jämställa med en senare köpare.

Övergå vi härefter till frågan om köparens rättsskydd mot säljarens borgenärer, så lider det väl intet tvivel, att enligt den före K. F. 1835 gällande rätten köparens i och med avtalet förvärvade äganderätt åtnjöt sådant rättsskydd⁵. Detta var den betydelsefullaste konsekvensen av avtalsprincipen. Så kom nämnda förordning med föreskriften, att därest godset tillåtits kvarbliva i säljarens vård, det utan hinder av köpet

Almén, Rubriken vid not 83, Hasselrot, Juridik och Politik II s. 8, Chydenius s. 2 f. och Kontraktsrätt s. 97 f.

¹ Jfr Hasselrot, Juridik och Politik II s. 50 vid not 6.

² Jfr Sjögren i Tfr 1914 s. 294; annorlunda Schrevelius II s. 101.

³ Fehr s. 33—36.

⁴ Jfr NJA 1912 A n:r 415.

⁵ Se Lundstedt s. 29 ff. Att H. B. 17:2, till vilken U. B. 7:1 hänvisar, i sin i övrigt så omsorgsfulla uppräknings ej omnämner försålt gods, åberopas av Broomé i hans argumentering för traditionsprincipen; se Juridiska Föreningens tidskrift Bd 16 s. 160. Det har även påpekats, att då uppräknningen endast avser föremål, vilka såsom annans tillhörighet kommit i gäldenärens besittning, uttrycket »annat dylikt» ej skulle kunna syfta på sålt men ej traderat gods.

kunde utmätas för säljarens gäld, med mindre vissa formaliteter iakttagits. Huruvida stadgandet i enlighet med sin ordalydelse borde anses tillämpligt endast vid utmätning eller det, trots sin karaktär av undantagsföreskrift, borde analogt tillämpas jämväl vid konkurs, har varit föremål för delade meningar. Åtskilliga av doktrinen representanter ha antagit det senare¹ och skälen för denna ståndpunkt äga en alldeles förkrossande tyngd, därest man utgår ifrån att det varit ett huvudsyfte med förordningen att förekomma borgenärernas vilseledande genom gäldenärens innehav av försåld egendom, att skapa publicitet alltså. Orimligheten i att under sådana omständigheter fordra kungörelseförfarande för godsets fre-

¹ Broomé, Naumann och Nordling; se litteraturhänvisningarna hos Lundstedt s. 12 not 1, som även biträder denna mening. Denna samstämmighet i resultatet är emellertid föga upplysande; utgångspunkterna äro nämligen helt olika. Nordling utgår (s. 66 f.) ifrån att lösöreköpsförordningen alls icke gäller verkliga köp — vid dessa vinner köparen alltså rättsskydd med blotta avtalet — utan endast hypotekariska pantsättningar, vilka den avsett att legalisera. Då detta lagstiftarens syfte endast skulle till hälften realiseras, därest förordningen begränsades till utmättningsfall, förordar N. den vidsträcktare tolkningen. — Naumanns utgångspunkt är den rakt motsatta: han anser äganderätten övergå först med traditionen, från vilken regel lösöreköpsförordningen, som endast gäller verkliga köp, stadgar undantag (jfr Lundstedt s. 17). Förordningen har alltså medfört en *utvidgning* av köpets rättsverkningar, och det är till *köparens* fördel, att den är tillämplig jämväl vid konkurs. Detsamma gäller om Broomés uppfattning. Jfr Schrevelius II s. 100 f., som likaledes hävdar traditionsprincipen och från denna utgångspunkt anser äganderätten övergå med publicitetsföreskrifternas iakttagande. — Lundstedt åter utgår ifrån att lösöreköpsförordningen i borgenärernas intresse verkat restriktande på köpets rättsverkningar — annat än verkliga köp är det icke fråga om — och finner det fördenskull med nödvändighet påkallat, att den tillämpas jämväl vid säljarens konkurs, då förordningen eljest vore så gott som fullkomligt förfelad; den vidsträcktare tolkningen blir här alltså till köparens nackdel. — Mot denna tolkning ha uttalat sig Schmidt, JA Bd 13 s. 277 f., Ask, Om formaliteter vid kontrakt enligt romersk och svensk förmögenhetsrätt II, Lund 1887, s. 101 f., Hultgren s. 23, Hasselrot, s. 27 f., Trygger, 1:sta uppl. s. 221 f.; jfr Alméns uttalande i 1:sta uppl. Rubriken not 84, Fehr s. 16 not 26. Vid sådant förhållande synes Lundstedts uttalande, att »den egentliga doktrinen» tillåtit sig den vidsträcktare tolkningen, knappast riktigt.

dande vid utmätning men icke vid konkurs är så uppenbar, att den ej gärna kunnat undgå lagstiftaren¹. Att förordningen icke desto mindre endast omnämner utmätning synes oss under sådana omständigheter utgöra ett skäl mot antagandet, att publiciteten varit ett huvudsyfte. Vad praxis angår, slog den mycket snart in på och vidhöll sedermera konsekvent den tolkning, enligt vilken förordningen kunde åberopas endast av utmätningssökande borgenär². Och då en lag lever endast på det sätt och i den mån den tillämpas, så måste under det med utgången av år 1907 avslutade skedet vår rätt på denna punkt sägas ha haft det innehåll, att köpare av lös sak genom blotta avtalet förvärvade äganderätt, skyddad även mot säljarens borgenärer utom i det särskilda fall, att godset utmättes för säljarens gäld och lösöreköpsförordningen var å köpet tillämplig. Sett från borgenärernas synpunkt innebar detta ett undantag från regeln, att deras »beslagsrätt» — för att använda detta Kohlers uttryck — omfattade endast gäldenärens tillhörig egendom³.

Genom lagen den ¹⁴/₆ 1907, som trädde i kraft den ¹/₁ 1908, utsträcktes lösöreköpsförordningen till att gälla jämväl för fall av säljarens konkurs. Härom anmärka vi tills vidare endast, att om förordningen i sitt ursprungliga skick ansågs lämna regeln om äganderättens övergång genom avtalet oberörd, i det den blott för visst fall stadgade en inskränkning i rättsskyddet,

¹ Härom se Lundstedt s. 10 ff. (samma synpunkter ha framhållits redan vid en diskussion i Juristföreningen för Skåne och Blekinge, omnämnd i NT 1881 s. 622, och av en motionär vid 1882 års riksdag, motion i F. K. n:r 26).

² Se av Lundstedt s. 12 not 2 omnämnda rättsfall. L. erinrar, s. 14 f., om att den rättsanalogiska tolkningen ej alldeles saknar stöd i praxis (H. D:s dom den 5 dec. 1842, JA Bd 13 s. 270) och förmodar, att omsvängningen hade ett väsentligt stöd bl. a. i den argumentering mot riktigheten av denna dom, som fördes av hovrättsrådet Carl Schmidt i hans Juridiskt Arkiv (Bd 13 s. 277 f.). Det bör med anledning härav erinras om att H. D i en tidigare dom funnit K. F. 1835 icke tillämplig, då köparen kommit i konkurs (H. D:s dom den 23 juni 1841; Backmans handbok s. 286 f.).

³ Jfr Trygger s. 239.

så synes det ligga närmast till hands att bedöma 1907 års lag på samma sätt.

De grunder, på vilka Fehr bygger sin åsikt, att köpare av lös sak icke kan anses redan genom avtalet förvärva äganderätt, synas oss således icke hållbara. Tvärtom tala vägande skäl emot denna åsikt.

Först och främst förordningens erkända karaktär av undantagslag. Utgångspunkten för förordningen såväl som 1907 års lagändring är uppenbarligen den, att vid speciesköp överlåtelsen kommer till stånd i och med avtalet. Från de konsekvenser, som med hänsyn till vår rätts allmänna principer härav följa, stadgar förordningen det undantag, att beträffande köp, som falla inom dess giltighetsområde, köparens äganderätt icke skall utgöra hinder för säljarens borgenärer att söka gottgörelse i godset. I alla andra avseenden består det förutvarande rättstillståndet. Visserligen är det i och för sig icke uteslutet, att ett stadgande, som från början framträtt såsom ett klart undantag, småningom kan komma att helt undantränga den förutvarande regeln. Denna utveckling är tvärtom mycket sannolik, då den princip, åt vilken det speciella stadgandet ger uttryck, är mera livskraftig och utvecklingsduglig än den gamla regeln¹. Någon erövrande makt har lösöreköpsförordningen emellertid icke visat sig besitta. Alla hävda, att den bör tolkas restriktivt; det har till och med uttalats beklaganden av att förordningens formulering icke medger att från dess tillämplighetsområde utesluta rena omsättningsköp². Den har ej heller förmått ändra vår rätts ståndpunkt

¹ Så t. ex. torde sjörätten på flera punkter ha tjänstgjort som pioniär åt civilrätten. Åtskilliga principer, vilka numera erkännas såsom allmänna, ha först framträtt såsom undantag, gällande endast sjörättsliga förhållanden. Detta är för flera rättssystemens vidkommande fallet med stoppningsrätten, och det förefaller med tanke på de säregna förhållandena vid sjöförsändelser sannolikt, att även det handelsbruk, varur stoppningsinstitutet framgått, först uppkommit vid dylika försändelser. (Detta är uppenbarligen icke detsamma som att anknyta stoppningsrättens uppkomst till utvecklingen av konnossementet och dess sakrättsliga verkningar; härom se ovan s. 28 not 1:2).

² Fehr s. 54, Sjögren i Tfr 1914 s. 308 f. (även i NJA 1912 s. 159).

till frågan om giltigheten av äganderättsförbehåll, ehuru denna ståndpunkt måste anses oförenlig med »publicitetsprincipen»; och man synes vara ense därom, att vid köp av annan lös egendom än lösa saker rättsskydd mot säljarens borgenärer inträder med blotta avtalet¹. Slutligen torde det ha varit på grund av lösöreköpsförordningens undantagsnatur, som praxis före 1907 konsekvent förklarar den ej tillämplig, då säljaren kommit i konkurs. Om förordningens karaktär av undantagslag synas meningarna således ej vara delade. Det bör även anmärkas, att de många decennier, under vilka lösöreköpsförordningen haft tid att verka, långt ifrån att hava bragt någon ändring i detta förhållande, snarare befast det². Då förordningens ledande tanke — antaget att denna varit publicitet i modärn mening — ej ens förmått göra sig gällande på fullt analoga eller närmast angränsande fall³, synes det så mycket mindre kunna vara tal om att den i andra avseenden skulle ha verkat restrangerande på köpeavtalets rättsverkningar⁴. Man torde sålunda alltjämt få anse blotta avtalet tillräckligt för att överföra äganderätten.

Ur dogmatisk synpunkt förtjänar denna uppfattning, som

¹ Winroth s. 16 inräknar bland lösören även bevishandlingar av värdepappers natur.

² Jfr vacklandet i frågan om förordningens tillämplighet vid konkurs, ovan s. 95 not 2.

³ Utvidgningen till konkursfall genom 1907 års lagändring torde — bortsett från de speciella motiven — allmänt ha uppfattats blott och bart såsom rättelse av en anomal. Enligt deras mening, som ansågo förordningen redan dessförinnan gälla även detta fall, skulle någon verklig rättsändring icke ha skett; se Lundstedt s. 15 f.

⁴ Stadgandet i 5 § av K. F. 1845, att de föreskrivna åtgärderna skulle vidtagas även ifråga om äldre köpeavhandlingar, »så framt de skola fortfarande att äga gällande kraft mot andra, än köpare och säljare sinsemellan», synes icke kunna åberopas till stöd för åsikten, att förordningen vore tillämplig jämväl vid konkurs (så dock Nordling s. 73 och Lundstedt s. 13 f.). Antingen torde man böra förstå stadgandet efter orden (så Broomé, Juridiska Föreningens tidskrift Bd 16 s. 160; jfr Schrevelius II s. 101), i vilket fall lösöreköpsförordningen skulle inskränka köpeavtalets rättsverkningar även mot annan tredjeman än säljarens borgenärer, eller ock begränsa det i enlighet med huvudbestämmelserna; det senare synes vara det enda, som rimligen kan komma ifråga.

alltjämt är den allmänna¹, avgjort företräde. Såvida man icke generellt hävdar traditionsprincipen (eller publicitetsprincipen) hamnar man eljest i den ohållbara mellanställningen att för vissa köp tillerkänna avtalet sakrättslig, för andra blott obligatorisk verkan. Någon rimlig grund till att den, som köper en post aktier jämte det kassaskåp, vari de förvaras, skulle bli ägare till aktierna omedelbart men till kassaskåpet först då det levererats, lär ej kunna angivas. Att de båda köpeobjekten i säljarens konkurs möjligen bli att behandla olika är måhända ej heller välgrundat, men härom har man ju uttrycklig lag. Om vi ett ögonblick tillåta oss den angenäma tanken, att lösöreköpsförordningens saga en dag vore all, så skulle detta, sett från den här företrädde ståndpunkten, endast betyda bortfallandet av den nu gällande inskränkningen i rättsskyddet för köparens genom avtalet förvärvade äganderätt².

Det riktiga och erkännansvärda i Fehrs framställning synes oss ligga i framhållandet av att köparens rättsställning efter avtalet, så långt lösöreköpsförordningen gäller, i viktiga avseenden är densamma, som om han blott vunnit en obligatorisk rätt³. Om det alltså gällde att med användande av lagstiftning rörande äganderättens övergång såsom tekniskt medel fixera denna rättsställning, så skulle avtalsprincipen givetvis icke komma ifråga utan i stället publicitetsprincipen eller något dityd. Men härav följer icke, att denna princip nu

¹ Av uttalanden från tiden efter 1907 må nämnas Almén, Tillägg till § 14 m. fl. ställen (se även Rubriken not 84), Björling s. 62 ff., Trygger s. 213, Lundstedt, genomgående.

² Man torde vara berättigad att hoppas, att vi beträffande säkerhetsköpen inte därmed skulle ha kommit tillbaka till det rättstillstånd, som bestod för 1835.

³ Det är dock icke utan praktisk betydelse, att köparen omedelbart blir ägare. Exempelvis må nämnas: straffrättsligt skydd enligt Str.l. 22: 13 (Thyrén, Principerna II s. 69), event. 22: 11 (NJA 1908 s. 541 [HovR:n och min. i H. D.], 1917 B n:r 285 [HR:n]); lösningsrätt mot senare godtroende förvärvare; vindikationsrätt mot annan besittare och dennes borgenärer; köparens anspråk på godset preskriberas icke (Almén § 26 not 62; Fehr, Fordringspreskription s. 186 f., anser även obligatoriskt anspråk på bestämmd sak impreskriptibelt).

gäller. Ty tekniskt sett kan frågan om köparens ställning mot säljarens borgenärer regleras antingen genom en bestämmelse om tidpunkten för äganderättens övergång eller ock genom ett särskilt stadgande, som icke avgör något annat än just denna fråga. Vår lagstiftare har valt den förra utvägen som regel, den senare för att härifrån stadga ett undantag.

Ehuru vi på grund av det ovan anförda anse bestämmelserna i lösöreköpsförordningen ej föranleda därtill, att den svenska rätten borde anses hava övergivit avtalsprincipen, vilja vi dock icke helt förbigå den fråga, på vars besvarande i viss riktning den motsatta åsikten helt och hållet vilar, nämligen frågan om lösöreköpsförordningens tillämpningsområde. Fehr utgår ifrån, att förordningen gäller varje köp av lös sak, där det köpta, likgiltigt av vilken anledning, kvarstannar i säljarens besittning¹. Denna uppfattning torde ock vara den i litteraturen förhärskande². Då förordningens betydelse för äganderättsspörsmålet är direkt beroende på riktigheten av denna uppfattning, torde det kunna anses försvärsligt, att vi i det följande i huvudsak begränsa oss till frågan: gäller förordningen varje fall av godsets kvarblivande i säljarens besittning? Ty skulle svaret på denna fråga bli nekande, så faller utan vidare den på förordningen byggda argu-

¹ Fehr s. 16, 53 f.

² Trygger s. 242, Björling s. 64 f., Sjögren i TfR 1914 s. 309 f., Undén, Panträtt i rättigheter, s. 105, Lundstedt s. 102 ff. — Hasselrot s. 22—34 berör ej frågan; förklaringen å s. 22, att man »för det fall, att det sålda kvarlemnas i säljarens vård *med rättighet för honom att begagna det*, funnit sig föranlåten stadga vissa föreskrifter, som skola iakttagas för att hindra egendomens tagande i mät för säljarens gäld», lär väl icke få tagas som uttryck för den meningen, att säljarens rätt att använda godset skulle vara av väsentlig betydelse. Jfr JustR Marks v. Württembergs särskilda yttrande i NJA 1909 s. 469 ff. — Visserligen har ingen av ovan nämnda förff. uttalat sig med den bestämdhet, som skett i texten. Man har i allmänhet inskränkt sig till att framhålla, att förordningen är tillämplig även å köp, som icke tillkommit i säkerhetssyfte. Härmed är givetvis icke utsagt, att varje fall av godsets kvarblivande i säljarens besittning (se nedan i texten) skulle falla under förordningen. Detta torde dock få antagas vara meningen, då ingen antydning finnes om en begränsning.

menteringen i äganderättsfrågan. Vi avse alltså icke att utreda, vilka köp förordningen verkligen gäller, utan komma endast att anföra de skäl, som synas oss tala emot uppfattningen, att den skulle gälla alla. Klarhet på denna punkt är ju första villkoret för en undersökning rörande förordningens positiva innehåll, en undersökning, som skulle föra oss alltför långt bort från vårt ämne. Vi förbise icke, att ett visst samband kan förefinnas mellan de båda frågorna, i det en i och för sig önskvärd begränsning skulle kunna tänkas vara så svår att genomföra, att den av praktikabilitetshänsyn måste uppgivas. Härom ett par anmärkningar i det följande.

Vi vilja först se till, huruvida den gängse uppfattningen har stöd i förordningens ordalydelse, vid vilken man, då det gäller en undantagslag, mer än eljest måste lägga vikt. Detta innebär visserligen icke något krav på slavisk underkastelse under lagens bokstav, men väl fordran på att dess genom avfattningen givna område icke utan synnerligen starka reala skäl överskrides.

Förordningen är tillämplig, då någon *»tillhandlar sig lösören och tillåter, att desamma få i säljarens vård kvarbliva»*. Att denna lydelse ej omfattar varje fall av godsets kvarblivande i säljarens besittning belyses bäst av ett exempel. K. kommer till S. för att köpa en häst, som denne har stående i sitt stall. Affären göres upp och köpeskillingen betalas. K. har omedelbart behov av hästen, och det bestämmes för den skull, att han skall ta den med sig, när han far. Väl affären är uppgjord, ångrar sig emellertid S. och vägrar under varjehanda undanflykter att utlämna hästen. K. ser sig ingen annan utväg än att efter stämning yrka åläggande för S. att fullgöra köpet. Under rättegången har S. blivit försatt i konkurs. Kan det nu vara riktigt, att domstolen i tvisten mellan K. och S:s konkursbo, som inträtt såsom svarandepart i processen, ogillar käromålet med den motiveringen, att föreskrifterna i lösöreköpsförordningen ej iakttagits? Bortsett från det orimliga i att parterna vid en affär som denna skulle starta en lösöreköpsprocedur, så föreligger alls icke det fall, lagen handlar om. Det har ju aldrig varit tal om att hästen skulle

kvarstanna i säljarens vård. Förhållandet är tvärtom det, att säljaren rättsstridigt vägrar att lämna ut den. Vilken betydelse man än vill inlägga i ordet »tillåter», bör åtminstone den vara utesluten, enligt vilken det även skulle omfatta säljarens *rättsstridiga* kvarhållande av godset¹.

Ändra vi exemplet därhän, att K. hemställer till S., att hästen skall få stanna kvar hos honom en månad för att K. under tiden skall hinna anskaffa stallrum, måste lösöreköpsförordningen, enligt sin ordalydelse, lika fullt anses otillämplig. Man kan icke säga, att K. »tillåtit» hästens kvarstannande i S:s besittning. En tillåtelse förutsätter rent språkligt en tyst eller uttrycklig anhållan, som genom tillåtelsen villfares². Från K:s sida är det emellertid så litet tal om någon tillåtelse, att i stället raka motsatsen föreligger, en begäran, att hästen skall få stanna kvar. Såvida man icke alldeles avstår från att tillerkänna ordet »tillåter» någon betydelse för förordningens tolkning, synes denna böra läsas så som lydde 1 §: »Vill den, som tillhandlar sig lösören och, *på säljarens begäran*, tillåter, att desamma få i dennes vård kvarbliva, att . . .» Genom inskjutandet av de kursiverade orden har endast tydligare framhävts, vad som ändå måste ligga i ordet »tillåter»; någon »förvanskning» sker icke därigenom.

¹ Lundstedt omnämner å s. 105 förordningens ordalydelse men finner, att även ett strängt hållande på bokstaven knappast behöver lägga hinder i vägen för den mera omfattande tolkningen. »Ty äfven om köparen ej vid aftalets ingående haft för afsikt att låta det köpta tillsvidare kvarblifva hos säljaren, så kan han dock, därigenom att han *afstår från att afhämta detsamma* (här kurs.), i viss mening sägas hafva 'tillåtit', att detsamma tillsvidare kvarblefve hos säljaren». Köparen kan dock icke egenmäktigt sätta sig i besittning av godset, om säljaren vägrar att utlämna det. Och hur vid försändningsköp? Eller menar L., att i dessa fall köparens blotta krav på godsets avlämnande skulle vara tillräckligt för att flytta köpet utanför lösöreköpsförordningen? — Fehr finner (s. 53), att det från gällande rätts ståndpunkt säkerligen skulle »vara alltför djärft att med framhållande af ordet 'tillåter' från det af lösöreköpsförordningen uppställda kravet på besittningens öfverlämnande undantaga de fall, då kvarlämnandet i säljarens vård efter för handen varande omständigheter vid ett objektivt bedömande ter sig såsom verkställt icke i säljarens, utan i köparens intresse».

² Almén, Rubriken not 84 i. f.

Vidare kan erinras om den grupp av fall, då säljaren har att avsända godset eller avlämna det hos köparen. Om säljaren på grund av sjukdom, naturhinder eller annan av hans vilja oberoende omständighet icke genast kan fullgöra denna sin skyldighet, så kvarbliver godset i säljarens besittning utan att köparen kan sägas hava tillåtitt det. Detsamma gäller icke blott då köparen har att avhämta godset, men detta omöjliggöres av yttre omständigheter, utan även eljest, då godset hålles redo (t. ex. auktionsinrop).

Det är således ingen svårighet att finna fall, där förordningen enligt sin ordalydelse icke bör vara tillämplig. Innan vi gå till frågan, huruvida ratio legis kan anses lägga hinder i vägen för en begränsning av dess tillämpningsområde, vilja vi se till om en begränsning i och för sig är önskvärd.

Att köparen bör ha möjlighet att, då hans intresse så kräver, med full trygghet mot säljarens borgenärer kvarlämna godset i dennes besittning¹ torde av ingen bestridas. Det kan ju ock sägas vara erkänt i lösöreköpsförordningen. Men den däri anvisade utvägen kan av köparen anlitas endast i det fall, då ett egentligt lösöreköp, tillkommet blott för att bereda köparen säkerhet, föreligger, alltså just i de fall, då det med skäl kan ifrågasättas, huruvida antydda möjlighet bör hållas öppen. För övriga fall har köparen intet gagn av lösöreköpsförordningen. Detta är utan vidare klart beträffande de köp, då godset endast någon kortare tid kommer att kvarstanna i säljarens besittning; skyddet mot dennes borgenärer inträder ju först 30 dagar efter det avhandlingen inregistrerats. Här saknas alltså, om den vidare tolkningen antages, envar möjlighet för köparen att före avlämnandet vinna rättsskydd mot säljarens borgenärer. Praktiskt sett gäller emellertid detsamma vid varje omsättningsköp. Av allmänheten uppfattas ett förfarande enligt lösöreköpsförordningen alltid, och på goda grunder, som en säljarens insolvensförklaring. På grund härav lär en säljare, som icke är på obestånd, icke vara villig att gå med på en försäljning i lösöreköpets former. Skulle

¹ Björling s. 65.

åter en oroväckande försämring i säljarens ställning inträda efter köpet och köparen på den grund önska företaga en lösöreköpsprocedur, så är han härför helt och hållet beroende av säljarens frivilliga medverkan; denne är icke skyldig underteckna någon lösöreköpsavhandling. För övrigt är det väl i sådant fall blott alltför sannolikt, att utmätning eller konkurs kommer emellan, innan rättsskyddet ifölje formaliteterna hinner inträda. Erfarenheten visar ju ock, att dessa aldrig komma till användning annat än vid typiska lösöreköp¹.

Det är uppenbart, att den här bestridda tolkningen av lösöreköpsförordningen för den legitima, eller låt oss säga normala, varuomsättningen medför betydande olägenheter. Nog måste det anses otillfredsställande, att den, som köper ett möblemang, icke utan att stå risken för säljarens solvens kan lämna det kvar i möbelaffären, tills han får tillträda sin våning, eller att den, som köpt ett parti trävaror och icke hinner utskeppa det före vinterns inträde, icke utan samma risk kan låta det ligga kvar på säljarens mark till nästa år. Med den vidare tolkningen träffar förordningen på ett hänsynslöst sätt den normala varuomsättningen, medan dess omständliga formföreskrifter bereda ett i många fall oförtjänt skydd åt varje-handa transaktioner, ofta just av den typ, man med densamma velat förebygga. Det är bättre sörjt för att mot säljarens borgenärer skydda den, som köper av en insolvent person, än den, som förhandlar med en solid säljare. Läger man så härtill, att förordningens erkända karaktär av undantagslag indicerar en restriktiv tolkning, så bör det krävas synnerligen starka skäl för att avböja den begränsning, som enligt det föregående av förordningens ordalydelse om icke direkt antydes så i varje fall möjliggöres.

Och vilka äro nu de tvingande skäl, som motivera detta avböjande? Jo, det skulle först och främst vara den legislativa grunden. »Den särskilda garanti, som genom den nya lagstiftningen skulle beredas säljarens borgenärer mot deras

¹ Sjögren (TfR 1914 s. 304) framhåller, att just iakttagandet av lösöreköpsförordningens formföreskrifter ger vid handen, att säkerhetsköp föreligger.

vilseledande genom skenet af tillgångar, som i själfva verket ej voro gäldenärens, och mot svikligt förfarande från säljarens sida, fordrar för sin effektivitet, att köparens rätt äfven i nu förutsatta fall af brist på publicitetsåtgärdernas vidtagande får vika för borgenärernas anspråk på den sålda egendomen»¹.

Vad först beträffar de rena skenköpen, så är det otvivelaktigt, att deras förebyggande varit ej blott ett viktigt syfte, utan, som vi i det följande skola söka visa, det huvudsakliga och för lagstiftningens gestaltning bestämmande². Men detta syfte kan icke motivera en extensiv tolkning³. Det är ju här fråga om fall, där gäldenären såsom försålt uppger gods, vilket han aldrig avhänt sig. Med en pålitlig medbrottsling har en köpeavhandling upprättats endast för skens skull i syfte att undandraga borgenärerna egendomen. Svikligt undandragande av egendom kan emellertid ske på många olika sätt och sker väl oftast genom egendomens undanskaffande eller undandöljande. Mot bedrägeri av detta slag gentemot *konkursborgenärer* erbjöd gäldenärens edsplikt redan vid tillkomsten av K. F. 1835 ett generellt skydd. Någon anledning att särskilt uppmärksamma den speciella form, som skenköpet utgör — och detta därtill endast för det fall, att godset finnes kvar i säljarens besittning⁴ — förelåg icke. Detta torde vara grunden till förordningens begränsning till utmätning. Vinsten ur nu förevarande synpunkt av den vidsträcktare tolkningen skulle vara den, att köparen alltid kunde åläggas gå den i förordningens 4 § föreskrivna ed. Då förordningen emellertid även efter en på ett eller annat sätt genomförd begränsning — exempelvis till köp, där godsets kvarstannande sker i säljarens intresse — alltså vore tillämplig å de fall, som före-

¹ Lundstedt s. 104.

² Hasselrot s. 22 nämner såsom grund till lösöreköpsförordningens stadganden endast »lagstiftarens bemödande att förekomma skenköp till förfång för säljarens fordringsegare».

³ Detta redan av den anledningen, att skenavtalen i verkligheten torde utgöra ett försvinnande fåtal; så ock Sjögren i TfR 1914 s. 301.

⁴ Motionären vid 1828—30 års riksdag påyrkade edsplikt för både köpare och säljare även då den förre avhämtat godset; se nedan s. 106.

trädesvis kunna misstänkas vara skenköp, så torde det angivna syftet icke utgöra något hinder för en inskränkande tolkning. Det synes överhuvud icke rimligt att spänna in alla köp i en tvångströja endast för att bättre kunna komma åt en speciell form av bedrägligt undandragande av egendom från borgenärer.

Efter utmätningssedens införande i vår rätt — genom lag den 18/5 1921 — har varje skäl att på lösöreköpsförordningens syfte beträffande skenköp grunda en utvidgande tolkning bortfallit. I själva verket torde den för köparen stadgade edsplikten endast hava utgjort en ersättning på en praktiskt viktig punkt för den brist i vår rätt, som bestod däri, att utmätningborgenären saknade möjlighet att få på ett betryggande sätt konstaterat, att gäldenären verkligen uppgav samtliga tillgångar vid utmätningen¹. Sedan denna brist numera afhjälpts, har köparens edsplikt så tillvida blivit obehövlig, liksom den tidigare ansågs vara det vid konkurs.

Det vägande skälet för den vidsträcktare tolkningen är givetvis icke det nu omhandlade, ehuru även det kastats med i vågskålen, utan kreditskyddssynpunkten, »den särskilda garanti, som genom den nya lagstiftningen skulle beredas säljarens borgenärer mot deras vilseledande genom skenet af tillgångar, som i själva verket ej voro gäldenärens». Detta syfte kräver, att de föreskrivna publicitetsåtgärderna alltid iakttagas, så snart egendomen, likgiltigt av vilken anledning, är kvar i säljarens besittning. Ett studium av ifrågavarande lagstiftnings tillkomsthistoria synes emellertid giva vid handen, att nämnda syfte spelat en ganska blygsam roll.

Den första motionen i ämnet, väckt av Insulin vid riksdagen 1828—30², tar uteslutande sikte på det förhållandet, att personer för att undvika betalning av ostridiga och fastställda skulder »företagit sig att genom chimeriqua afhandlingar öfverlåta och ordentligen försälja all sin egendom, med rättighet att den, emot en viss hyresafgift, bibehålla. De er-

¹ Jfr L. U:s betänkande vid riksdagen 1844—45, återgivet nedan s. 112.

² Bondest. prot. I s. 609 f., Nordling s. 30.

hålla då måhända en motförbindelse, att köpet efter öfverstånden fara skall återgå, och qvittera derföre köpeskillingen, så att äfwen den är oåtkomlig». Till förhindrande av detta bedrägeri föreslog motionären förbud mot »slik handel» eller, om sådant ej ansågs lämpligt, utfärdandet av bestämmelse därom, att köparen skulle vara pliktig genast avhämta det köpta och därutöver såväl säljaren som köparen vara skyldiga »med Ed styrka handlingens sannfärdighet». Av motionen i dess helhet framgår otvetydbart, att motionären endast avsett åtgärder mot skenköp¹. En annan sak är, att dessa åtgärder enligt det senare alternativet voro av den art, att de jämväl kommit att tjäna kreditskyddssynpunkten. Men detta synes man icke ens ha tänkt på, än mindre däri sett ett självständigt intresse. Lagutskottet avstyrkte bestämmelser i båda de av motionären antydda riktningarna, förslaget om tradition med den motiveringen, att »det skulle innebära inskränkning i den frihet, hvar och en bör ega, att efter behag förfara med sin egendom, och således kunna, huru länge och på hvad villkor han för godt finner, låta köpt egendom förblifva i säljarens vård»². Att denna frihet av hänsyn till säljarens borgenärer möjligen borde inskränkas eller knytas till viss publicitet är en tanke, som synes hava varit utskottet fullkomligt främmande. I stället för de av motionären ifrågasatta åtgärderna föreslog utskottet³ vissa ändringar i U. B. 7:3, vilka bl. a. avsågo att förekomma skenköp men på intet sätt inneburo något beaktande av kreditskyddssynpunkten. Icke desto mindre fann motionären lagutskottets förslag, som gillades av ständerna, »mycket närma sig» hans önskan⁴. Ej heller i riksdagsförhandlingarna eller riksdagens skrivelse till Kungl. Maj:t⁵ förekommer någon antydning om att man haft något annat syfte än att förekomma skenköp. Detta förhållande för-

¹ Jfr Insulins förnyade framställning vid riksdagen 1834—35, Bondest. prot I s. 292.

² L. U:s betänkande n:r 4, Nordling s. 31.

³ Nordling s. 32 f.

⁴ Bondest. prot. III s. 710, Insulins anf.

⁵ Bih. 10 saml. n:r 229.

tjänar uppmärksammas, ty den inriktning på skenköp, som kännetecknar detta riksdagens första åtgörande i saken, har satt sin prägel på den följande lagstiftningen.

Riksdagens förslag vann icke Kungl. Maj:ts bifall. I svaret till ständerna den 1 mars 1830¹ uttalar regeringen, att den anser ett verksamt medel mot missbruket med diktade köpe-avhandlingar erhållas genom »stiftandet af en Lag, som skulle stadga att, om någon tillhandlar sig lösören och tillåter, att desamma få i säljarens vård qwarblifwa², han bör inom viss tid från köpslutet derom göra anmälan hos Domaren eller Konungens Befallningshafvande, så framt han vill såsom egare till den ifrågavarande lösegendomen anses. Genom en sådan anmälan, hvilken genast borde inprotocolleras, *skulle eganderättens genom köpet skedda öfverflyttning från säljare till köpare blifva mera allmänt känd, och allt tvifvelsmål om rätta förhållandet förekommas.*»

Det kunde tyckas, att man här får klart besked om den föreslagna publicitetens syfte. De kursiverade orden peka ju med all önskvärd tydlighet på kreditskyddssynpunkten. Rörande denna punkt anmärka vi här endast, att regeringen i allt fall föreslagit inprotokolleringen såsom ett verksamt medel mot skenköp. Detta skulle vara dess huvudsakliga uppgift, den, för vilken den tillskapats, sannolikt i tanke att bedragaren icke skulle våga träda inför myndighetens argus-ögon. Därjämte torde regeringen ha velat peka på en ytterligare fördel av den föreslagna anordningen — ehuru formuleringen kommit den att framstå såsom den förnämsta — nämligen att »eganderättens genom köpet skedda öfverflyttning från säljare till köpare» bleve mera allmänt känd³.

Vid riksdagen 1834—35 återupptogs frågan av åtskilliga motionärer, alla med det enda syftet för ögonen att förekomma

¹ Bih. 1 saml. 3 bd n:r 95 s. 12—17, Nordling s. 35 f.

² Här förekomma för första gången de ord, som senare städse gått igen.

³ Förstår man ej regeringens uttalande på sätt här skett, torde det ej vara lätt att utfinna den tanke, som ligger bakom detsamma. Det var ju fråga om *skenköp*, vadan någon äganderätt aldrig öfverflyttades.

skenköp¹. Åtlydande vinken från Kungl. Maj:t föreslog lagutskottet offentlighet genom inregistrering vid domstol. De föreslagna åtgärderna motiverade utskottet därmed, »att dels några serdeles olägenheter af antedaterade köpeafhandlingar ej må vara att befara, dels ock den, som innehar löseghedom, hvilken han till annan person afytrat, ej må kunna, genom sådane skenbara tillgångar, bereda sig en credit, som han icke vunnit i händelse borgenären egt tillfälle förvissa sig om rätta förhållandet»². Som synes innehåller denna motivering intet, som låter inprotokolleringen framstå såsom särskilt ägnad att avslöja eller förebygga fingerade köp. Men detta har dock otvivelaktigt varit syftet därmed³. De motioner, som föranledde lagutskottets förslag, påkallade endast åtgärder mot missbruket med diktade avhandlingar och under riksdagsförhandlingarna förekom intet, som antyder, att man uppfattat förslaget såsom syftande till något annat eller mera. Man ägnade alls ingen uppmärksamhet åt dess värde ur modärn publicitetssynpunkt. För försvaret såväl som kritiken var frågan blott den: är förslaget ägnat att bereda ett verksamt medel mot sveket? Man förmodade, att det skulle fylla denna uppgift och därför antogs det. Grunden för denna förmodan torde ha varit den ovan angivna: offentligheten skulle verka avskräckande på alla, som voro stadda i olovliga ärenden. Att man därjämte inte varit blind för att den även erbjöde en fördel vid verkliga köp, är ganska naturligt. Men detta var något rent sekundärt, endast en värdefull biprodukt. Detta framgår med större tydlighet av den ifrågavarande lagstiftningens vidare öden. Redan här må emellertid en omstän-

¹ Adelsst. prot. 3 saml. s. 87 och Bondest. prot. 1 saml. s. 292, 358, 447 och 470.

² L. U:s betänkande n:r 53 s. 33, Nordling s. 39.

³ Detta framgår bl. a. av ingressen till K. F. 1835: »Wi Carl Johan . . . göre weterligt: att, sedan Rikets Ständer i underdånighet hos Oss framställt angelägenheten deraf, att söka förebygga sådana swekfulla tillställningar, som, förmedelst diktade köpeafhandlingar, om gäldenärs löseghedom, för att undandraga densamma utmätning, skola ägt rum; så hafwe Wi, med bifall till hwad Rikets Ständer jemwäl i detta afseende föreslagit, i Nåder stadgat: att den, som tillhandlar sig lösören . . . »

dighet påpekas, som med den ovan hävdade uppfattningen av publicitetsåtgärdernas syfte är fullt förklarlig, men som eljest framstår som en anomali.

Lagutskottets ovannämnda förslag, som gillades av riksdagen och Kungl. Maj:t och genom Kungl. förordningen den 9 maj 1835 blev till efterrättelse kungjort, stadgade kungörelseplikt endast för egendomens fredande vid utmätning för säljarens gäld, däremot icke för fall av konkurs¹. Hade de föreslagna publicitetsåtgärderna inneburit ett beaktande av kreditskyddssynpunkten, så måste de ju med nödvändighet i lika mån ha bort iakttagas för egendomens fredande vid konkurs. Var däremot deras huvudsakliga syfte att förekomma skenköp, så voro de för detta fall mindre behöfliga, ty mot dylikt bedrägligt undandragande av egendom från borgenärerna ansågs gäldenärens konkursed utgöra tillräckligt skydd.

K. F. 1835 visade sig emellertid alldeles förfela sitt mål, i vad detta varit att förhindra skenköp. Den allmänna besvikelsen tog sig redan vid nästföljande riksdag (1840—41) uttryck i ett stort antal motioner om ändring i eller upphävande av förordningen. I en av dessa heter det vid kritiken av 1835 års förordning bl. a.: »Förutgången lagsökning erindrar gäldenären när tid är inne att upprätta, låta bevittna och hos offentlig myndighet förete afhandlingen, och, när sådant skett, *har Borgenären intet annat medel öfrigt, än att låta sanningens utrönande ankomma på gäldenärens egen ed, aftvungen efter förutgången ansökan, att han må sin egendom afstå till sina Borgenärsers förnöjande*; ty ehuru på några ställen så praktiserats, lærer ed likväl icke lagligen annorlunda kunna åläggas gäldenären»². Detta uttalande synes bekräfta

¹ Att förslaget vid riksdagen 1828—30 gällde även konkurs, berodde antagligen därpå, att detta förslag hade en långt större räckvidd än K. F. 1835. Det förra gällde nämligen varje fall, då någon »söker tillägna sig gods, som i gäldenärens bo finnes»; K. F. 1835 avsåg däremot endast det fall, att någon »tillhandlar sig lösören och tillåter, att desamma få i säljarens vård qvarblifva».

² Bondest. prot. 1 saml. s. 206 (Peter Mårtenssons motion). Samma tanke framträder i en annan motion (Johannes Christofferssons), se anf. saml. s. 147 f.

vår förmodan rörande anledningen till förordningens begränsning till utmätning. Endast tvenne av de tio motionerna utgå från en klar insikt om att det är två helt olika önskemål, som från borgenärernas sida kunna framställas, nämligen dels kravet på åtgärder mot rent svikligt undandragande av egendom genom *föregivna* köp, och dels kravet på publicitet vid *verkliga* köp. De övriga motionerna stanna vid den första punkten.

Lagutskottet¹ fann det vara av högsta behov påkallat, att K. F. 1835 upphävdes, då »de missbruk, som till Författningen gifvit anledning, ingalunda kunnat derigenom minskas, än mindre förekommas». Det är påfallande, att utskottet ej ens ifrågasätter att bibehålla förordningen för att tjäna kredit-skyddssynpunkten. Detta synes till fullo ådagalägga, att syftet med densamma i första hand varit att förhindra svek, och att således kungörelseförfarandet anordnats för detta ändamål, icke för att skapa publicitet i modärn mening. Till vinande av förstnämnda syfte föreslog utskottet bestämmelser i den riktning, att »i rättegång, angående giltigheten af köpeafhandling om lös egendom, icke köparens och säljarens blotta erkännande deraf skulle vara tillräckligt för att förringa fordringsegarens rätt, utan, *i likhet med hvad för concursmål är stadgat*, annan laga bevisning erfordras, eller köparen med sjelf sins ed betyga, att afhandlingen icke är falskeligen till annans förfång uppgjord, vid påföljd, att det föregifna köpet ej hindrar egendomens utmätande». Förslaget avsåg endast egendomens fredande vid utmätning; för konkursfall ansågs frågan om bevisningen vid separation tydligen tillfredsställande ordnad.

Förslaget antogs av ständerna och gillades, såvitt synes, i princip av Kungl. Maj:t², ehuru det innebar upphävande av 1835 års, på Kungl. Maj:ts föranledande tillkomna förordning och således helt och hållet slopade den publicitetsgrund-

¹ L. U:s betänkande n:r 122, Nordling s. 41 f.

² K. M:ts skrivelse n:r 3 s. 32 f. (Bih. till riksst. prot. 1840—41 1 saml.), Nordling s. 43. Att förslaget ej bifölls berodde på varjehanda mindre anmärkningar.

sats, man därur velat utläsa — åter ett stöd för antagandet, att nämnda förordning icke infört någon sådan grundsats. Beräkningen med inprotokolleringen var en helt annan; när denna beräkning visade sig slå fel, lät man »publiciteten» fara.

Även vid riksdagen 1844—45 väcktes ett stort antal motioner i ämnet. Lagutskottet¹ föreslog ånyo upphävande av K. F. 1835, vilken utskottet ansåg ej hava gjort annat gagn än att antedaterade köpeavhandlingar ej vidare kunde lända till förfång för tredjemans rätt men i stället hava medfört den olägenheten, att nästan alla i laglig form upprättade och offentliggjorda avhandlingar godkändes enär de »måste, i öfverensstämmelse med författningen, på sätt den jemväl blifvit tillämpad, antagas såsom bevisning² om skedt köp, intill dess motsatsen ådagalägges». Med anledning av förslag om grundligare offentliggörande yttrade utskottet: »Man har visserligen trott, att olägenheterna skulle afhjelpas, derest en större offentlighet gäfves åt afhandlingarna, medelst deras kungörande i tidningarne samt från predikstolarne och uppspikande vid domstolarna och andra offentliga samlingsrum, dels emedan det vore att förmoda, att *personer, som icke afhållas från svekfulla aftal* genom den *redan påbjudna* offentligheten skulle *frukta för ett allmänt kungörande* af åtgärder, om hvilkas ärlighet skäliga misstankar förefunnes, dels ock enär sådane aftal äfven derigenom skulle i betydlig mån *försvåras*».

Om publicitetens värde ur kreditskyddssynpunkt yttrade utskottet: »Såsom en fördel af författningen har jemväl blifvit räknadt: att den, som innehar lös egendom, den han till annan person afyttrat, ej skulle kunna genom en sådan skenbar tillgång bereda sig en kredit, som han icke vunnit, i händelse borgenären kännit verkliga förhållandet; men om än detta skäl

¹ L. U:s betänkande nr 69, Nordling s. 47—51.

² Detta lösöreköpsförordningens syfte att, såvitt rörde förhållandet till säljarens utmätningssökande borgenärer, stadga viss form för bevisningen sammanhänger givetvis på det närmaste med syftet ifråga om skenköp. Se Kungl Maj:ts ovannämnda skrivelse den 1 mars 1830 (anf. av Nordling s. 35 f.).

förtjänar någon uppmärksamhet, bör dock icke förgätas, att en gäldenär kan innehafva annans gods, såsom lån, såsom anförtrodt, såsom lagt m. m. utan att sådant behöfver offentliggöras, och dymedelst tillnarra sig kredit samt att, så vidt förekommande deraf varit författningens syftemål, detsamma blott till en obetydlig del vunnits. Dessutom torde härvid böra tagas i betraktande, att, på sätt redan blifvit anmärkt, lösegendom enligt lag ej medför någon säkerhet för fordran, så framt den ej blifvit såsom pant till borgenären öfverlemnad, och att densamma, såsom kreditmedel, ej annorlunda erkännes af lagstiftaren, hvilken vid bedömande af förevarande fråga, synes böra fästa sitt ögonmärke på *egentliga afsikten med författningen, som varit att förekomma, det gäldenärer, genom diktade afhandlingar, afyttra sin lösa egendom, med förbehåll att densamma få innehafva, för att undanhålla egendomen från utmätning och att såmedelst afhjelpa en brist i lagstiftningen*». Jämte en befogad erinran om att kredit-skyddssynpunkten sträcker sig långt utanför köpets område och att därför ett rigoröst tillgodoseende av densamma i detta fall men fullständiga ignorering av den i andra är en mycket svag ståndpunkt, innehåller detta uttalande ett klart angivande av att K. F. 1835 icke avsett att införa någon publicitetsgrundsats.

Utskottets förslag gick ut på införande av åtskilliga bestämmelser om bevisningen och det närmare förfarandet i övrigt, då någon söker vid utmätning få undantaga gods, samt innehöll bl. a. det stadgandet, att domstolen ägde ålägga sökanden »med ed intyga, det han redeligen samt på god tro och ej till veterligt förfång för vederparten sin rätt åtkommit». De föreslagna bestämmelserna skulle tillämpas jämväl »i de fall, då tvist uppstår om gods, som i afträdt bo finnes, men uppgifves tillhöra annan än gäldenären». — Någon publicitet var det icke tal om, ehuru förslaget syftade att, om ock med andra medel, tillgodose samma intressen som K. F. 1835.

Mot utskottets förslag reserverade sig Günther m. fl., till dels på den grund, att förslaget icke kunde väntas vinna regeringens bifall. Reservationen, på vilken K. F. 1845 väsent-

ligen är byggd, gick ut på bibehållandet av K. F. 1835 med tillägg av edsplikt för köparen, fullständigare kungörande, kungörelseprocedurens upprepande vart tredje år och förordningens tillämplighet även å konkurs. Sedan reservanten framhållit, att en tidpunkt av allmän och stor penningeförlägenhet icke vore passande för att helt och hållet betaga de kreditbehövande den utväg att skaffa sig kredit, som lösörköpen utgjorde, förklarar han sig icke kunna biträda utskottets förslag, enär detsamma »medgifvit köpeafhandlingarna laga verkan emot tredjeman, utan något offentliggörande, och sålunda lagt hela kontrollen i den efterföljande rättegången och den edgång, som dervid blifvit föreskrifven. Härigenom äro väl vådorna af diktade eller antedaterade afhandlingar sannolikt på ett tillräckligt sätt undanröjde, men äfventyret af det svek, hvarigenom samma egendom pantsattes eller försäljes till flere, äfvensom utvägarne för innehafvaren af en betydlig, men i hemlighet graverad löseegendom, att genom skenet af en vederhäftighet, som han icke har, tillnarra sig en kredit, som han icke förtjänar, kvarstå oförminskade». Reservanten föreslår kungörelse både i kyrkan och i allmänna tidningarna. Det förra »skulle icke allenast betaga honom (gäldenären) tillfälle att utsträcka sin kredit längre, än hans verkliga tillgångar räcka, utan äfven på ett verksamt sätt *afhålla personer från att låna sig, i egenskap af köpare, till svikliga handlingar af ifrågavarande art.* Det senare, eller kungörelsen i tidningarne, skulle deremot *genom den omgång och de kostnader*, som dermed äro förenade, åtminstone bland allmogen i någon mån *hejda bruket af den slags pantsättning*, hvaröfver i synnerhet hos Bonde-Ståndet så mycken klagan blifvit förd». Även i reservantens förslag, som dock starkt betoner kreditkyddssynpunkten, har alltså kungörelseförfarandet avsetts att verka avskräckande, inriktats på skenköpen och ej blott på publicitetssyftet.

Vid riksdagens skärskådande av dessa båda förslag, utskottets och reservantens, vann det senare störst anslutning. Att ur de otaliga riksdagsanförandenas virrvarr utläsa något förord för någon ledande princip, varpå den blivande lagstift-

ningen borde uppbyggas, är ej möjligt. Majoriteten för remiss av utskottsbetänkandet var mer än vanligt heterogen: somliga hade mot utskottets förslag intet annat att anmärka än att det icke kunde väntas vinna Kungl. Maj:ts bifall, ett mycket stort antal fann sig särdeles tilltalat av reservationens femte punkt, vilken innehöll bestämmelser om redan upprättade lösöreköp, andra togo främst fasta på att reservationen uttryckligen tillät de med pantförskrivning likvärdiga lösöreköpen, till dels i samband härmed betonade många reservationens krav på grundligt kungörande, medan andra främst hade offentliggörandets prohibitiva verkan i tankarna. Där emot ägnade man ingen uppmärksamhet åt den punkt i reservationen, att vad som stadgats rörande fredande av gods från utmätning även borde gälla för separationsrätt i konkurs. Då utskottet ansåg sig böra utarbета nytt förslag¹ i huvudsaklig överensstämmelse med reservationen, bibehölls den gamla förordningens begränsning till utmätningstillfälle. Någon anmärkning häremot framställdes icke i riksdagen², som biföll förslaget, vilket jämväl vann Kungl. Maj:ts gillande, varefter den nya förordningen i ämnet utfärdades den 20 nov. 1845.

Den föregående framställningen torde hava givit vid handen, att publicitetsprincipen ingalunda kan sägas hava varit den ledande tanken i lösöreköpslagstiftningen, sådan denna tedde sig före 1907. Vid tillskapandet av 1835 års förordning hade man uteslutande för ögonen att förekomma missbruket med diktade köpeavhandlingar. Denna förordning hade emellertid icke den beräknade effekten, men fick i stället en annan, icke beräknad, i det den kom att verka som ett legaliserande av det förut endast undantagsvis praktiserade bruket att genom försäljning med bibehållen brukningsrätt använda löseegendom som kreditunderlag. Günther visade sig ha klar blick för att frågan därmed kommit i ett annat läge vid 1844—45 års riksdag än tio år tidigare. Då man nu gick att utfinna nya och mera effektiva åtgärder mot de rena sken-

¹ L. U:s betänkande n:r 102.

² Günther reserverade sig däremot även mot detta förslag.

köpen, kunde man icke lämna ur räkningen den utomordentliga spridning, säkerhetsköpen erhållit. Antingen måste man helt och hållet frångå dessa köp giltighet mot säljarens borgenärer, eller ock genom »ytterligare kontroller» söka förbygga de därmed förenade olägenheter. Den förra utvägen ansåg reservanten i dessa penningknappa tider ej tillräddig, sedan folket nu vant sig vid denna form för kredit. Men just därför att Günther fullt medvetet tillägger lösöreköpslagstiftningen även ett positivt kreditfrämjande syfte¹, är det naturligt, att han kommer att lägga starkare vikt vid publiciteten såsom ett nödvändigt komplement till denna kreditform. Denna tanke framträder tydligt i hans reservation. »Det hörer nämligen», heter det i hans försvar för kungörelseförfarandet, »väsentligen till all sådan pantsättning, der panten fortfar att innehafvas af gäldenären, att pantförskrifningen offentliggöres, dels för att förekomma sveket medelst antedaterade pantebref, eller samma egendoms pantsättning hos flere, dels ock för att betaga egendomens innehavare skenet af att äga större tillgångar, än han i sjelfva verket har». Men härmed är ock, såsom av detta yttrande framgår, publicitetstanken på det närmaste anknuten till säkerhetsköpen².

Medan Günther sålunda visar sig beakta denna lösöreköpslagstiftningens dubbla uppgift, riktar lagutskottet utslutande sin uppmärksamhet på den ursprungliga, negativa uppgiften, den att förhindra egendoms undandragande genom uppvisandet av diktade köpeavhandlingar. Denna utskottets ståndpunkt är fullt tydlig i dess först avgivna be-

¹ Jfr Sjögren (TfR 1914 s. 306), som framhåller, att lösöreköpslagstiftningen »vore tämligen meningslös, om den icke avsåge att bereda skydd åt de typiska lösöreköpen».

² Jfr beslutet vid 1859—60 års riksdag om upphävande av 1845 års förordning och införande av underpantsinstitutionen. Kravet på publicitet skulle därmed begränsas till pantförskrivning, medan vid köp rättsskydd mot säljarens borgenärer skulle inträda med blotta avtalet. Se L. U:s betänkande n:r 35, 36 och 59 samt riksdagens skrivelse n:r 201, vari Betonas det oegentliga i att ett köp för att kunna göras gällande mot säljarens borgenärer skall »ej allenast upprättas *skriftligen* utan äfven på flera sätt *offentliggöras*».

tänkande, vilket icke föreslog någon offentlighet och för övrigt ej särskilt omnämnde köp. Vad åter angår utskottets senare förslag, varmed K. F. 1845 ordagrant överensstämmer, så fortgår det på den 1835 inslagna vägen, och det har ovan visats, att utskottet i denna förordnings kungörelseförfarande i första hand sett ett medel mot svekfulla och bedrägliga köpeavtal, medan publiciteten ansetts komma i andra rummet. Man torde få antaga, att utskottet fasthållit vid denna ståndpunkt, då det nu själv föreslår offentlighet. Det torde vara svårt att eljest förklara begränsningen till utmätningstillfälle. Nordlings antagande, att den berott på ett förbiseende¹, synes ha lika litet fog för sig som den av Fehr antydda möjligheten, att trots ordet utmätning även konkurs avsetts². Såväl Günthers reservation, förnyad vid det senare betänkandet, som utskottets första betänkande föreslog uttryckligen lika bestämmelser för konkurs som för utmätning. Det är då inte troligt, att man förbisett konkursfallet, eller att man nu ansett mindre nödigt att omnämna detta fall, därest man önskat det inbegripet under förslagets bestämmelser. Men är begränsningen till utmätningstillfälle avsiktlig, så kan publiciteten icke hava varit något huvudsyfte.

Emellertid visade erfarenheten, att offentliggörandet icke verkade avskräckande, såsom avsetts. Därmed var dess huvudsakliga syfte förfelat, under det vad som ursprungligen betraktats som en värdefull biprodukt, upplysningen till tredje man om gäldenärens ekonomiska ställning, blev dess förnämsta värde, jämte en viss hämning på frekvensen med lösöreköp överhuvud. Men med denna förskjutning måste förordningens begränsning till utmätningstillfälle framstå såsom oegentlig.

Icke desto mindre fortbestod detta rättstillstånd ända till 1907, då i samband med lagstiftningen angående nyttjanderätt till fast egendom ändring åvägabragtes, närmast för att bereda jordägare och hyresvärd skydd för dem tillkommande för-

¹ Nordling s. 72 f.

² Fehr s. 16 not 26.

månsrätt i viss legotagaren tillhörig löseegendom¹. Visserligen uttalar Lagberedningen, att med det syfte, som ligger till grund för ifrågavarande förordning, synes instämma, att påföljden av underlåtenhet att iakttaga de i 1 § omförmälda föreskrifter bör inträda icke blott vid utmätning för säljarens skuld utan även då han försättes i konkurs. Men Beredningen har ej ansett nödigt omnämna, vilket syfte den betraktat såsom grundläggande. Det är möjligt, att Beredningen främst haft kreditskyddssynpunkten i tankarna. Emellertid pekar dess förslag, att egendomen, därest utmätning eller konkurs inträffar inom 30 dagar från inregistreringen, utan vidare må kunna tagas i anspråk av borgenärerna, i annan riktning. Detta förslag har uppenbarligen tillkommit främst med tanke på att lösöreköpsförordningen fyller ungefär samma uppgift som en lag om underpant i lösöre; 30-dagarsfristen för borgenärerna att bevaka sin rätt ansågs erforderlig för att bereda ett verksamt skydd mot obehörigt förfarande från säljarens sida. Den synpunkt, från vilken Beredningen utgått, synes oss alldeles riktig för säkerhetsköpens vidkommande, då dessa avse att säkerställa en redan förhandenvarande fordran; har köpet åter upprättats i samband med en av säljaren begärd försträckning, torde bestämmelsen föranleda därtill, att försträckningen icke lämnas, d. v. s. köpeskillingen icke betalas, förrän de 30 dagarna utgått².

Däremot är stadgandet icke försvarligt såsom en för köp

¹ Se Lagberedningens förslag till JB I s. 322—23, 319—20; jfr Almén § 36 not 51 a.

² Då förutsättningarna för återvinning enligt kkl. §§ 29 och 32 vid lösöreköp ofta torde vara för handen, lär köparen numera sällan kunna känna sig säker, förrän sextio dagar efter avtalets ingående — om ens då. Ty i flertalet fall synes 34 § försätta lösöreköparen i en ovisshetsställning, som gör den eftersträfvade tryggheten skäligen illusorisk (om den ändring, förslaget på Lagrådets hemställan undergick, se NJA II 1921 s. 460). »Avsikt» att tillskynda borgenärerna skada lär väl få anses föreligga, så snart gäldenären haft insikt om att sådan skada skulle följa, en insikt, som vid lösöreköp tämligen regelbundet torde vara för handen både hos säljaren och köparen. Det skall bli av synnerligt intresse att erfara, hur stadgandet kommer att tillämpas i praxis.

i allmänhet gällande regel. Ser man till, vilka inskränkningar i avtalsfriheten billig hänsyn till säljarens borgenärer¹ kan anses föranleda, torde man icke kunna komma längre än till att fordra publicitet. Ville man såsom ytterligare betingelse för sakrättsligt skydd mot borgenärerna uppställa fordran på att viss tid skall ha hunnit förlöpa, borde denna fordran vara generell och sålunda gälla även traderat gods. En sådan ståndpunkt, till grund för vilken skulle ligga en presumtio juris et de jure för omständigheter, som motivera återvinning, har den svenska rätten icke intagit. Den fordrar beträffande köp alltid bevis för att återvinningsgrund föreligger. Det synes oss vara fullständigt i strid med denna grundprincip att låta lösöreköpsförordningens 30-dagarsfrist gälla alla köp. För säkerhetsköpen är denna frist av ovan angivna skäl väl motiverad, oavsett återvinningsgrundsatsen. Men dessa skäl passa alls icke in på omsättningsköpen.

Överhuvud kan sägas, att 1907 års ändring av lösöreköpsförordningen kommit grundfelet i denna unika lagstiftningsprodukt att framträda ännu tydligare än förut. Detta fel ligger enligt vår tanke däri, att lagstiftaren anvisat köpet såsom kreditmedel utan att ens göra ett försök att skilja mellan köp i säkerhetssyfte och omsättningsköp. Därigenom kom han till den orimliga anordningen att föreskriva gemensamma regler för avtal, som till sitt ekonomiska syfte² såväl som till hela

¹ Att enligt vår uppfattning detta icke bör vara den avgörande synpunkten, se nedan s. 121 ff.

² Lundstedt s. 42 ff. hävdar, att det ekonomiska syftet icke kan spela någon roll vid rättshandelns karaktärisering och han torde anse, att det ej heller bör tagas i betraktande vid bedömandet av dess rättsverkningar. Utan att ingå på detta ämne vilja vi framhålla, att man i allt fall vid lösöreköpsförordningens tillämpning icke torde kunna helt och hållet bortse från parternas syfte. Det är väl otvivelaktigt, att de köp, å vilka förordningen är tillämplig, icke kunna flyttas utanför dess område genom att köparen under en helt kort tid tar godset i besittning och därefter återställer det till säljaren för nyttjande eller säljer det tillbaka till honom under äganderättsförbehåll (se t. ex. Larsen, Samlede Skrifter II: 1 s. 289 f.). Antoge man icke detta, skulle förordningen vara så gott som värdelös. Om, efter det S till K försålt vissa möbler på vanliga lösöreköpsvillkor och utan annan likvid än att K gått i borgen för S,

sitt avvecklingsförlopp äro till den grad olika, att de knappast ha annat gemensamt än namnet. Omsättningsköpen kräva största möjliga frihet, säkerhetsköpen däremot kunna utan olägenhet underkastas stränga bestämmelser¹. Det var därför en olöslig uppgift att utfinna regler, som passade båda slagen av köp. Resultatet blev också regler, som icke passade någotdera. Strävandet att förebygga de menliga följderna av säkerhetsköpens giltighet mot säljarens borgenärer ledde till stadganden, som voro fullständigt oanvändbara för vanliga köp, den utan jämförelse största och betydelsefullaste gruppen. Å andra sidan föranledde hänsynen till att det dock var fråga om *köp* sådana avprutningar på vad som till vinnande av nämnda syfte varit erforderligt, att stadgandena även för säkerhetsköpens vidkommande blevo högeligen otillfredsställande. I syfte att avhjälpa denna senare brist² lämnade 1907 års lagstiftare helt och hållet å sido hänsyn till omsättningsköpen. Ändringen innebär ett starkt betonde av förordningens karaktär av surrogat för en lag om underpant i lösöre. Men med den förskjutning, lösöreköpsförordningen så-

K kör hem möblerna, behåller dem någon dag och därefter lämnar dem till S för förvaring med rätt för S att — såsom gottgörelse — nyttja dem, så kan det väl icke vara någon tvekan om att detta spegelfäktari icke befriar K från att iakttaga lösöreköpsförordningens föreskrifter. Men lika litet kan det väl vara någon tvekan om att förordningen, även med den vidare tolkningen, *icke* skulle vara tillämplig, därest ett vanligt köp förelegat och inlaget skett efter det K:s bostad härjats av eld. Men hur motivera den olika behandlingen av dessa båda fall annorledes än genom en hänvisning till det uppenbara syftet med den förra transaktionen och dennas företagande för att kringgå K. F. 1845?

¹ Jfr Torp-Grundtvig s. 347 f.

² Att emellertid regleringen av säkerhetsköpen alltjämt är otillfredsställande, är allmänt erkänt. Oavsett de olägenheter, som följa av att de i allo måste behandlas såsom köp (härom se Sjögren i TFR 1914 s. 306 ff.), måste det betecknas som en stor brist, att det ej finns något lättillgängligt register över registrerade lösöreköp; det är ju hart när omöjligt att ta reda på om en person för längre tid sedan gjort lösöreköp om sin egendom. Vid frånvaron av sådant register synes, som hade konsekvensen av att fordra kungörelse vid köpets upprättande bort föranleda krav på förnyelse efter viss tids förlopp (så Günther) eller i allt fall, då säljaren med egendomen flyttar till annan ort.

lunda undergått i syfte att den må bättre fylla sin uppgift ifråga om de typiska lösöreköpen, synes det oss än mera angeläget att draga en gräns för dess giltighet ifråga om andra köp. Sammankopplingen blir mera ohållbar ju mer reglerna domineras av säkerhetsköpen. Den betyder praktiskt taget, att för skydd mot borgenärerna fordras fysiskt överlämnande vid omsättningsköp men icke vid säkerhetsköp — en i sanning underlig ståndpunkt.

Kreditskyddssynpunkten¹ kommer som redan nämnt ej direkt till synes i motiven till 1907 års lag. Medgivet emellertid, att den varit en av de faktorer, som spelat in vid lösöreköpslagstiftningen, så kunna vi likväl icke inse nödvändigheten av att låta denna synpunkt behärska hela det område, som kan betecknas såsom köp av lösöre. Ställer man, såsom plägar ske, på detta område upp emot varandra avtalsfrihetens princip och kreditskyddssynpunkten, så kan den intressekollision, som genom motsatsen dem emellan kommer till uttryck, åtminstone icke a priori väntas få en tillfredsställande lösning genom ett generellt företräde för den ena eller andra av dessa principer. Den styrka, varmed de bakomliggande intressena i olika fall göra sig gällande, är nämligen väsentligt olika. Och det är dessa intressen, som äro det reala, icke principerna. En närmare granskning, varpå vi här icke kunna ingå, synes oss utfalla så, att de intressen, som ligga bakom avtalsfrihetens princip, för omsättningsköpens vidkommande göra sig gällande med vida större styrka än då

¹ Såsom av framställningen framgår, betecknar kreditskyddssynpunkten endast en viss sida av den mera omfattande publicitetsprincipen, nämligen förhållandet till överlåtarens (innehavarens) borgenärer. Fehr anmärker s. 49, att svensk rätt med avseende å förvärvarens intresse åtminstone i viss utsträckning hyllar publicitetsprincipen. Men detta gäller endast den förvärvare, som erhållit besittning; på samma sätt är ju ock den borgenär skyddad, som har saken i handom (pant). Det hade förtjänat att skarpare framhållas, att förvärvaren före besittningstagandet icke är skyddad mot sakens ägare, vad publicitetsprincipen väl egentligen borde fordra. För att markera denna betydelsefulla skillnad i publicitetsprincipens genomförande gentemot å ena sidan förvärvare av saken, å andra sidan innehavarens borgenärer, använda vi uttrycket kreditskyddssynpunkten.

fråga är om köp i säkerhetssyfte, medan förhållandet är det rakt motsatta med de intressen, som representeras av kredit-skyddssynpunkten. Även ut från det här antydda betraktelsesättet synes därför en inskränkande tolkning av lösoreköps-förordningen försvarlig; denna betecknar ju ändock ett värdefullt framsteg i förhållande till det tidigare rättstillståndet.

Emellertid är efter vår uppfattning det resonemang, som ligger bakom kredit-skyddssynpunkten, förfelat. Man utgår ifrån det antagandet, att en person kan förskaffa sig personlig kredit väsentligen på den grund, att han ser ut att vara ägare till viss i hans besittning varande lösegendom¹ och hävdar vidare, att denna borgenärernas kreditförmåga är synnerligen förtjänt av skydd. Konsekvent genomförd skulle kredit-skyddssynpunkten leda därhän, att borgenärerna borde äga till gottgörelse för sina fordringar hålla sig till egendomen, ehuru denna icke tillhör gäldenären². Så långt har emellertid varken vårt eller något annat rättssystem gått³. I svensk rätt fordras icke, att ägaren av lånt, lagt, pantsatt, förtrott eller i kommission lämnat gods skall vidtaga några publicitetsåtgärder vid risk att låntagarens etc. borgenärer äga söka gott-

¹ Mot riktigheten av detta antagande uttalar sig flertalet danska och norska förff.; se Torp, 10 NJMF Bil. VI s. 11, Scheel, samma förh. s. 151, Torp-Grundtvig s. 324, 336 f., Hagerup, NR 1884 s. 749 f.

Bedömandet av en persons kreditvärdighet sker med beaktande av en mängd faktorer, såsom hans duglighet, skötsamhet, beloppet av hans skulder, hans inkomster, framtidsutsikter, hans i tidigare affärer ådagalagda redlighet och strävan att göra rätt för sig, hans omdöme i ekonomiska ting o. s. v. Om personen ifråga därjämte synes vara ägare av vissa förmögenhetsobjekt, komma dessa givetvis också i betraktande, men den väsentliga skillnaden mellan personalkredit och realkredit står dock kvar. Även i nu nämnda fall måste, på grund av gäldenärens dispositionsfrihet över sina tillgångar (se nedan i texten), en personlig kredit vara grundad på personligt förtroende. Har borgenären ej den förvisningen, att gäldenären skall så handhava sin ekonomi, att denna ej försämrats, lär han kräva real säkerhet; därigenom gör han sig oberoende av gäldenärens dispositionsfrihet. Kredit-skyddssynpunkten innebär i viss mån ett utplånande av skillnaden mellan de båda kreditformerna.

² Fehr s. 57.

³ Längst går den engelska rätten med sin lära om »reputed ownership»; se ovan s. 20 not 1.

görelse ur egendomen¹. Redan härmed är givet, att det icke kan vara tal om något konsekvent genomförande av kredit-skyddssynpunkten. Ännu allvarligare avsteg från densamma innebär erkännandet av full giltighet åt äganderättsförbehåll till försåld och överlämnad lösegendom². Överhuvud kan fastslås, att vår rätt icke erkänner kredit-skyddssynpunkten för hela den grupp av fall, som utmärkes därav, att gods såsom annans tillhörighet kommit i en persons besittning. Återstå så de fall, då tredjeman genom avtal förvärvat äganderätt till gods, som vid överlåtelsen är i överlåtarens besittning och även framdeles innehaves av denne. Det är uppenbart, att den bärande grunden för att här med stränghet urgera kredit-skyddssynpunkten bortfallit med de föregående medgivandena³; de, som överväga kreditavtal med säljaren — om vi nu hålla oss till köp — kunna ju likväl icke med trygghet utgå ifrån, att den egendom, denne innehar och ser ut att äga, kan påräknas till deras förnöjande.

Vi vilja se till i vad mån påståendet, att den inskränktare tolkningen av lösöreköpsförordningen skulle för säljaren möjliggöra tillnarrandet av kredit på skenet av redan försåld egendom, är berättigat.

Vad först angår alla de borgenärer, vilkas fordringar uppkommit *före* försäljningen, så kan man här icke tala om något förledande till kredit genom skenbara tillgångar. Gäldenären ägde ju egendomen ifråga, då krediten beviljades. Att han sedermera avhänt sig densamma är ingenting annat än borgenärerna hade att räkna med. De kunna dock icke rimligen säga, att de ingått kreditavtalet ej blott i tro, att gäldenären då var ägare, utan desslikes i förhoppning, att han ännu vid den tidpunkt, då deras fordringar förfalla till betalning, eller, riktigtare, vid exekutionen, alltjämt skulle vara ägare. Någon fast förbindelse mellan en borgenärs fordran och gäldenärens

¹ Förslag i denna riktning har emellertid väckts i samband med lösöreköpslagstiftningen; se t. ex. L. U:s betänkande n:r 69 vid 1844—45 års riksdag.

² Jfr Torp i TfR 1894 s. 30.

³ Jfr Almén i 10 NJMF s. 155 f.

vid kreditavtalets ingående innehavda egendom kan aldrig etableras. Borgenären måste således vara beredd på att gäldenären på ett eller annat sätt gör av med viss egendom, och ofta är det ju alldeles en händelse, om försålt gods vid exekutionstillfället ännu icke avhämtats eller avsänts. Ingen anledning finnes att låta borgenären profitera härav.

Till förmån för den nu nämnda borgenärsgruppen kan kreditskyddssynpunkten således icke åberopas. Den måste alltså gälla fordringar, tillkomna efter det gäldenären försålt egendomen, och av dessa endast dem, där borgenären saknat vetskap om försäljningen. Endast denne borgenär kan med något berättigande säga, att han beviljat krediten på den grund, att gäldenären såsom innehavare av egendomen haft sken av att äga större tillgångar än han i själva verket haft. Men gäldenärens blotta innehav av godset kan icke ensamt för sig hava föranlett krediten. Har borgenären icke på förhand övertygat sig om att godset tidigare tillhört gäldenären, så har han ej heller haft anledning att tillmäta innehavet någon större betydelse vid bedömandet av gäldenärens kreditvärdighet. Men även om borgenären utrönt, att godset icke såsom annans tillhörighet inkommit i gäldenärens besittning, har han ju måst taga i beräkning, att gäldenären har full dispositionsfrihet över sin egendom. Den personliga krediten utmärkes bl. a. just därav, att borgenären på grund av sitt förtroende till gäldenären tar den risk, dennes dispositionsfrihet innebär. Men varför då avlyfta denna risk från borgenären och vältra den över på köparen? Borgenären bedömer kreditvärdigheten i eget intresse; ingen synes vara närmare än han själv att bära olägenheterna av en felbedömning. Ju längre kredittiden är, desto mindre anledning måste borgenären ha att räkna med att gäldenären ännu vid denna tids utgång har kvar godset. Just på grund av gäldenärens dispositionsfrihet kan denne borgenär icke sägas vara i en ställning, som är väsentligt olika eller mera förtjänt av skydd än den borgenärs, vars fordran uppkommit medan gäldenären ännu var ägare till godset.

Visar sig således även i nu nämnda fall borgenärens åbe-

ropande av att krediten grundats på gäldenärens innehav av försålt gods utgöra en mycket svag grund för anspråk på skydd, så sviker denna grund helt och hållet, då borgenären haft vetskap om försäljningen. Icke desto mindre är hans rätt att hålla sig till den försålda egendomen oberoende av god tro. Särskilt efter lagändringen 1907 kunna dessa fall, som stå i rak strid med kreditskyddssynpunkten, lätt tänkas förekomma. Fordringar, som uppkommit efter kungörandet, äga samma anspråk på gottgörelse ur den försålda egendomen som andra. Här faller klart i ögonen vad som gäller även för övriga fall: *borgenären skyddas icke därför, att han hyst befogad kredittillit, utan han hyser denna tillit därför att han vet, att lagstiftaren skyddar honom.* Man rör sig således fullständigt i en cirkel, då man förklarar lösöreköpsförordningen hava tillkommit för att skydda borgenärernas kredittillit. Man utgår från den felaktiga uppfattningen, att nämnda tillit är för handen oberoende av om den skyddas och menar förden skull frågan vara den, huruvida borgenärerna böra offras till förmån för köparen. I stället ligger frågan uppenbarligen så: bör man genom att fordra tradition eller formaliteter uppväcka kredittillit hos tredjeman och således öka gäldenärens möjligheter att vinna personlig kredit¹? Från en allmän synpunkt kan frågan uttryckas sålunda: hur skulle den personliga krediten påverkas av olika bestämmelser om köparens rättsskydd mot säljarens borgenärer? Den enklaste eftertanke säger och erfarenheten bekräftar, att upprätthållandet av en undantagslös avtalsprincip i längden skulle betänkligt undergräva den personliga krediten, till skada för omsättningen. Och faran skulle komma från försäljningarna i säkerhetssyfte. Därför bör vid dessa blotta avtalet icke bereda köparen rättsskydd. Å andra sidan visar erfarenheten från

¹ Lika klart som det är, att den personliga krediten är nödvändig i ett modärnt samhälle, lika klart är ock, att det icke kan vara något samhällsintresse, att den enskilde sättes i stånd att till det yttersta uttänja möjligheten att skuldsätta sig. Lagstiftaren har därför heller ingen anledning att — på bekostnad av andra intressen — skydda en lättsinnig kreditgivning.

ett stort antal länder (Danmark, Norge, Finland, Frankrike, England, Förenta Staterna m. fl.), att den personliga krediten låter sig i önskvärd utsträckning väl upprätthålla utan att den egentliga varuomsättningens krav på frihet behöver åsidosättas. Vid sådant förhållande finnes ingen anledning att låta »hänsyn till säljarens borgenärer» föranleda fordran på tradition eller annan publicitet vid omsättningsköp. Av samma anledning bör äganderättsförbehållet medgivas giltighet, så länge det ej vållar olägenheter för krediten eller dessa i allt fall måste anses mindre än de uppenbara fördelar för omsättningen, sådana förbehåll medföra.

Att kravet på tradition eller annan publicitet så gott som uteslutande gjorts gällande endast ifråga om egendom, som en person avhänt sig men fortfarande innehar — däremot icke ifråga om annan i hans besittning varande, tredjeman tillhörig egendom — pekar alldeles tydligt på att nämnda krav icke väsentligen grundas på hänsyn till att innehavarens borgenärer måhända oriktigt bedöma dennes kreditvärdighet. Grunden torde i stället vara det skydd mot skenavtal ävensom mot en borgenärs gynnande på de övrigas bekostnad, som kravet på tradition ansetts lämna — och i viss utsträckning otvivelaktigt även lämna¹. Vad man med nämnda krav velat tillgodose, är alltså borgenärernas befogade anspråk på att gäldenärens tillgångar verkligen komma dem till godo och att detta sker på ett sätt, som överensstämmer med deras lika-berättigade ställning. Om skenavtal ha vi ovan (s. 104 f.) yttrat oss. Vad åter angår obehörigt gynnande av borgenär, erbjuder återvinningsinstitutet, okänt i vår rätt vid tiden för lösöre-köpsförordningens tillkomst, ett långt mera effektivt och smidigt anpassat skydd än traditionen. Ser man saken på sätt här skett, synes det uppenbart, att borgenärerna, bortsett från

¹ Då detta skydd ligger däri, att säljaren måste underkasta sig en viss uppoffring genom att lämna godset ifrån sig och således ej lika beredvilligt lär tillmötesgå en borgenärs begäran om dylik säkerhet som om detta kunde ske genom ett blott avtal — utan olägenhet för säljaren men väl för hans övriga borgenärer — så är det klart, att traditionen i nu angivna avseende icke kan ersättas med annan publicitet.

återvinningsfall, icke kunna hava något som helst anspråk på genom ett vanligt omsättningsköp försåld, ehuru ännu i säljarens besittning varande egendom.

Med det ovan sagda ha vi sökt visa, att varken ordalydelsen eller den legislativa grunden tvingar till den vidsträcktare tolkningen av lösöreköpsförordningen. Vi ha därjämte erinrat om att beaktansvärda skäl tala emot denna tolkning. Den enda grund att icke desto mindre vidhålla densamma, som härefter kunde återstå, synes oss vara svårigheten att uppdraga en gränslinje. Att vanskligheter härvid möta skall icke förnekas. Men vi kunna icke finna det vara en riktig metod att tillämpa en lag på stora grupper av fall, som man anser klarligen böra falla utanför densamma, endast av den anledningen, att det kan vara svårt att avgöra, huruvida vissa andra fall, de alltid vanskliga gränssfallen, falla innanför eller utanför lagens giltighetsområde.

Beträffande lösöreköpsförordningens avgränsning gentemot andra köp än de typiska lösöreköpen¹ måste vi här inskränka oss till följande antydningar. Man finner omedelbart, att man icke kan hålla sig till den rent bokstavlīga betydelsen av ordet »tillåter». Om någon i en urmakeriaffär köper ett ur, som kvarlämnas för justering, kan det givetvis icke komma ifråga att med hänsyn till lösöreköpsförordningens tillämplighet bedöma fallet olika, allteftersom det är köparen, som anhaller att få uret justerat eller säljaren, som för att vinna kundens bevågenhet begär att få behålla uret för justering. Är förordningen icke tillämplig i förra fallet, bör den icke heller

¹ För en sådan avgränsning ha uttalat sig Nordling (se ovan s. 94 not 1), Hultgren, s. 23 f., som anser, att förordningen »åtminstone ej är tillämplig, då köparen ej haft för afsigt att låta varorna kvarblifva utan af någon orsak ej kommit att afhämta dem», och framför allt Almén, Rubriken not 84, som förklarar sig vara bestämd motståndare till den tolkning, enligt vilken förordningen skulle gälla även de typiska köpeavtalen, varmed han förstår sådana, med vilka kontrahenterna icke haft för avsikt att bereda den s. k. köparen säkerhet eller betalning för någon hans fordran hos säljaren, utan där det varit köparens eget intresse, som föranlett, att godset kvarlämnats hos säljaren.

vara det i det senare, även om rent bokstavligt sett köparen »tillåtit», att det köpta får kvarbliva hos säljaren.

Å andra sidan lär man även med en inskränkande tolkning icke kunna undgå att tillämpa förordningen å fall, där någon tillåtelse i egentlig mening icke kan sägas föreligga. Förordningens ordalydelse synes vald uteslutande med det fallet för ögonen, att köparen är berättigad omedelbart påkalla godsets utgivande men av hänsyn till säljaren underlåter att göra bruk av sin rätt. Detta är ju också regelbundet fallet vid typiska lösöreköp, där köparen förklarar sig medgiva, att godset »tills vidare» får kvarbliva i säljarens vård. Är enligt avtalet köparen icke berättigad att genast komma i besittning av godset, skulle en tolkning efter bokstaven leda till att förordningen ej vore tillämplig före leveranstidens inträde. Om godset den $\frac{1}{5}$ säljes att levereras den $\frac{1}{10}$, så kan man inte säga, att köparen tillåtit, att det under denna tid får kvarbliva i säljarens vård. Före den $\frac{1}{10}$ har köparen alls ingen rätt att få komma i besittning av godset och säljaren är således för att behålla det på intet sätt beroende av hans tillåtelse. Ordalagen gå alldeles på sidan om detta fall. Men uppenbarligen kan man icke därför låta alla köp med framskjuten leveranstid falla utanför förordningen. För kontrahenterna i de typiska lösöreköpen skulle det sällan vara förenat med någon olägenhet att utbyta »tills vidare» mot en klar bestämmelse om att godset skall avlämnas å viss dag, tillräckligt framskjuten för att en befarad konkurs eller utmätning skall infalla tidigare.

Men vi tro icke, att man därför måste alldeles avstå från att söka någon ledning i ordet »tillåter». Mellan att strängt hålla sig till dess rent språkliga innebörd och att helt lämna det å sido vid tolkningen finnes en medelväg, nämligen att begränsa förordningens tillämplighetsområde efter en real synpunkt, som tillika i vidast möjliga utsträckning gör rättvisa åt dess ordalydelse. Den synpunkt, som då närmast erbjuder sig, torde vara att se efter, i vems intresse godset alltjämt befinner sig i säljarens besittning. Endast om det är i säljarens intresse viss ännu ej inträffad leveranstid fastställts eller eljest

av hänsyn till honom godset ej avlämnats bör förordningen anses tillämplig.

Rationell är denna uppdelning visserligen icke. Den bygger på ett visst moment, som ofta — men långt ifrån alltid — utgör ett indicium på att köpet är simulerat eller tillkommit i säkerhetssyfte, och kan såtillvida sägas vara en av den givna lagen betingad grov approximation av metoden med individuell prövning av huruvida säkerhetsköp föreligger. Men att på lösöreköpsförordningens grund komma till ett fullt tillfredsställande resultat torde ej vara möjligt. Det gäller att välja mellan två onda ting.

Att i det särskilda fallet avgöra, huruvida det är av hänsyn till säljaren eller köparen godset allttjämt befinner sig i den förres besittning, bör i allmänhet ej vara nämnvärt svårare än att fastställa, om en viss bestämmelse i avtalet tillkommit i säljarens eller köparens intresse; jfr köpl. §§ 13 och 66.

Det framgår av det sagda, att vi de lege ferenda icke vilja förorda att stanna på nu angivna punkt. Den enda rationella lösningen synes oss vara att skilja mellan omsättningsköp och säkerhetsköp¹ och vi tro, att utvecklingen kommer att gå i denna riktning. Den viktigaste invändningen häremot, svårigheten — enligt somliga omöjligheten — att utröna parternas syfte, torde alltmer förlora i styrka². Framförallt må härvid erinras om den individualiserande tendensen i nutida rättsskipning, där man på ett helt annat sätt än förr tar hänsyn till sakläget i dess helhet, en tendens, som står i nära samband med den friare bevisningen och som tvivelsutan kommer att kraftigt befordras av en ny processlagstiftning med muntlighet som grundläggande princip³.

Vad slutligen *praxis* angår, ha vi oss icke bekant något fall, där högsta domstolen haft att taga ställning till frågan

¹ Jfr Chydenius, Säkerhetsöfverlåtelse (1916), Kontraktsrätt s. 37—41.

² Uppgiften att pröva, huruvida ett köp tillkommit för att bereda köparen säkerhet eller betalning, föreligger även vid återvinning; se t. ex. NJA 1918 A n:r 241.

³ Se Kallenbergs intressanta uppsats om »Modärn rättsskipning» i SvJT 1922 s. 290—308, särskilt s. 305—307.

om lösöreköpsförordningens tillämplighet på rena omsättningsköp¹. Från de lägre domstolarnas praxis må följande fall anmärkas. A köpte den ¹⁵/₁₂ 1920 en motorcykelbil av J. Då A icke genast hade plats för bilen, bad han att den skulle få stå kvar hos J någon tid. Den ²²/₁₂ s. å. blev bilen utmätt för en J:s skuld till T. Såsom på grund av köpet ägare till bilen yrkade A vid RR:n i Malmö utmätningens upphävande. T invände, att verkligt köp ej föreläge och att i allt fall föreskrifterna i lösöreköpsförordningen ej iakttagits. RR:n biföll (i utslag den ²⁸/₉ 1921) käromålet: »Enär i målet får anses utrett, att äganderätten till ifrågavarande cykelbil före verkställda utmätningen övergått å A, prövar RR:n, utan avseende å vad från T:s sida i målet invänts, lagligt undanröja utmätningen». HovR:n över Skåne och Blekinge, vars dom (¹⁰/₃ 1922) vann laga kraft, yttrade däremot, att enär, även om mot T:s bestridande finge antagas, att mellan A och J slutits verkligt köp om ifrågavarande motorcykelbil, densamma efter köpet kvarstannat i J:s besittning; alltså och då med köpet icke så förfarit som i K. F. 1845 sägs, prövade HovR:n rättvist att, med upphävande av RR:ns utslag, ogilla A:s i målet förda talan². Av RR:ns motivering, vilken synes något knapp-

¹ I det i NJA 1911 A n:r 344 omnämnda rättsfallet hade, enligt RR:ns dom, Aktiebolaget Sjöexpress enligt kontrakt d. ¹¹/₁ 1906 åtagit sig att för B:s räkning förfärdiga en motorbåt av närmare angiven beskaffenhet att fortast möjligt tillhandahållas mot skyldighet för B att i betalning erlagga vad motorbåten enligt av bolaget företedda »timlappar och ackordspriser samt räkningar för material och så vidare» kostade bolaget, ostridigt uppgående till 16,300 kr. RR:n fann, att då bolaget blivit till fullo gottgjort för arbetskostnaden för båtens byggande och de därtill av bolaget anskaffade materialier, båten måste anses som B:s tillhörlighet. Beträffande HovR:ns av H. D. fastställda dom hänvisas till NJA. — K. F. 1845 har tydligen ej ansetts tillämplig i målet. Enligt vår åsikt bör det särskilda sätt, varpå köpeskillingen blivit bestämd, icke föranleda, att beställningen vore att bedöma annorlunda än såsom köp. Därest domstolarna betraktat saken på samma sätt, synes rättsfallet vara ett uttryck för uppfattningen, att lösöreköpsförordningen icke är tillämplig å varje fall, då sålt gods befinner sig i säljarens besittning.

² För kännedom om rättsfallet står jag i tacksamhetsskuld till hovrättsassessorn Hugo Ericsson.

händig — även HovR:n torde ha ansett, att äganderätten övergått — framgår icke, huruvida lösöreköpsförordningens otillämplighet grundats på att säkerhetssyfte ansetts uteslutet eller därpå, att köparen ej »tillåtit» godsets kvarstannande¹.

Det i är detta sammanhang av intresse att se till, huru praxis ställer sig till frågan om genusköparens rättsskydd mot säljarens borgenärer. Denna fråga är av praktisk betydelse särskilt vid kontrakt om leverans av trävaror. Dylika kontrakt innehålla nämligen ofta en bestämmelse av innehåll, att om den försålda myckenheten eller en del därav ej före viss tid av köparen avhämtats, säljaren skall äga indraga approximativa fakturabeloppet, varjämte trävarorna skola avskiljas och för köparens räkning och risk kvarligga under säljarens vård. Om man nu antar, att ett sådant avskiljande, därest det skett på ett för säljaren bindande sätt, överför äganderätten, så bör godset vara fredat från att utmätas för hans gäld eller indragas i hans konkurs, försåvitt nämligen lösöreköpsförordningen ej anses tillämplig. Ett intressant rättsfall i ämnet finnes refererat i NJA 1914 s. 209. Ett norskt bolag inköpte enligt ett den 4 mars 1909 med ett svenskt trävarubolag upprättat kontrakt ett parti trävaror att levereras fritt vid fartygs sida i Ångermanälven. För trävaror ej avhämtade före den 15 juli skulle säljaren äga indraga

¹ Att domstolarna icke äro främmande för tanken att tillägga ordet »tillåter» viss betydelse för frågan om förordningens tillämplighet, synes framgå av NJA 1910 A n:r 319 (maj. i H. D.): »Ehuru genom återopade köpeafhandling O. A. Söderström och hans hustru till skdna försålt den i saken omförmälda hemmansdel med omstämda å fastigheten befintliga lösören; likväl och då skdnas påstående, att tillträde af fastigheten genast ägt rum, icke blifvit behörigen styrkt; samt vid sådant förhållande O. A. Söderström, som alltifrån köpslutet intill utmätningstillfället kvarbott å fastigheten, måste anses under nämnda tid haft ifrågakomna å fastigheten kvarvarande lösören i sin besittning; ty och som här af och af öfriga omständigheter i saken framginge, att skdna såsom köpare af berörda lösören tillåtit, att desamma fått kvarblifva i säljarens vård; alltså och då föreskrifterna i K. F. ^{20/11} 45 icke blifvit i förevarande fall iakttagna och ifrågakomna lösören följaktligen icke vore fredade från utmätning för O. A. Söderströms gäld . . . » Jfr även NJA 1912 s. 528 (maj. i H. D.), 1922 s. 399 (HR och HovR).

approximativa fakturabeloppet, varefter varorna skulle hyresfritt få kvarligga för köparens räkning och risk under säljarens vård. Under skeppningstiden 1909 uppsände köparen en ångare för de köpta trävarornas avhämtande. Då ångaren icke kunde inlasta hela trävarupartiet, återfördes en del från pråmarna till trävarubolagets lastageplats samt upplades där för köparens räkning i särskilt utmärkta staplar. Efter det trävarubolaget den 20 april 1910 försatts i konkurs, yrkade köparen, att konkursboet måtte åläggas utlämna berörda trävaror eller, om någon del därav blivit efter konkursens början försåld, gottgöra köparen värdet därav. HR:n fann, att ifrågavarande trävaror, för vilka betalning erlagts och som jämväl avlämnats till köparen men sedermera återförts till trävarubolagets område och för köparens räkning upplagts i särskilda staplar, måste anses härigenom hava blivit köparens tillhörighet; då de vid sådant förhållande ej kunde ingå bland konkursboets tillgångar, förpliktades boet utlämna trävarorna. HovR:n kom till samma resultat; dess dom upptager ej, att varorna blivit avlämnade, utan synes HovR:n ha grundat äganderättens övergång uteslutande på att godset blivit behörigen individualiserat. N. Rev:n hemställde om fastställelse av HovR:ns dom. H. D. (4 JustR) yttrade däremot, att som ifrågavarande trävaror icke blivit till fullgörande av det ingångna leveransavtalet avlämnade, samt vad i målet förekommit icke föranledde, att leveransavtalet kunde anses hava ifråga om berörda virkesparti förändrats till ett köpeavtal om bestämt gods, alltså och då vid nu angivna förhållanden köparen ej vore att anse såsom ägare av ifrågavarande virkesparti, ogillades köparens i målet förda talan. Två JustR fastställde HovR:ns dom, då trävarorna med hänsyn till köparens rätt att hyresfritt förfoga över upplagsplatsen icke kunde anses hava varit i trävarubolagets besittning vid konkursens början ¹.

Som synes har lösöreköpsförordningen ej ens nämnts i

¹ De två dissentierande JustR:s ståndpunkt torde få betecknas som en nödfallsutväg för att avvärja biintervenientens (en banks) invändning om panträtt.

målet¹. Man torde kunna utgå ifrån, att underdomstolarna och N. Rev. ansett förordningen ej tillämplig². Med en sådan uppfattning synes ej väl instämma att låta förordningen omfatta varje köp av bestämt gods; det vore ju egendomligt, om för vinnande av rättsskydd mot säljarens borgenärer skulle ställas strängare fordringar vid speciesköp än vid leveransavtal.

B. Leveransavtal.

Under det ett livligt intresse städse ägnats frågan om tidpunkten för äganderättens övergång vid speciesköp, har endast ringa uppmärksamhet kommit samma fråga vid leveransavtalet till del. Vår juridiska litteraturs bidrag till dess besvarande äro mycket knapphändiga. Detta torde bero dels på att den grundläggande frågan om traditionens nödvändighet klarast framträder vid speciesköp, dels, vad de äldre författarna³ angår, på den övervägande betydelse för omsättningen, som i äldre tider tillkom dessa köp, dels ock på att

¹ Att konkursboet möjligen ej framställt invändning om att föreskrifterna i K. F. 1845 ej iakttagits, torde vara utan betydelse; jfr NJA 1912 s. 334.

² Jfr med detta rättsfall NJA 1915 A n:r 145, där, av notisen att döma, förhållandet synes hava varit snarlikt. Även här förpliktade HR och HovR leveranssäljarens konkursbo att till köparen utlämna till avtalets fullgörande avskilt gods. H. D. däremot ogillade köparens talan, »enär ifrågavarande kolparti icke blivit av trävarubolaget till fullgörande av leveransavtalet avlämnat, samt kolpartiet, såvitt visats, icke ens (jfr N.Rev.) blivit för köparens räkning på det sätt avskilt, att leveransavtalet kunde anses hava i fråga om kolpartiet förändrats till ett köpeavtal om bestämt gods». Ett JustR fann, att köparen, även om sistnämnda villkor uppfyllts, icke ägde att mot säljarens konkursbo göra gällande någon rätt till godset, enär detta kvarblivit i säljarens besittning utan att föreskrifterna i K. F. 1845 iakttagits. Det är möjligt, att maj:s signifikativa »icke ens» bör förstås så, att även om leveransavtalet kunde anses hava förändrats till ett speciesköp, köparens talan likväl skulle hava ogillats på grund av K. F. 1845.

³ I allmänhet anmärkes endast, att vid köp av varor, som skola vägas, mätas eller räknas, äganderätten ej övergår, förrän detta skett (Nehrman s. 278, § 25, Tengwall s. 123 f., § 11). Jfr med denna bestämning H. B. 1:7 och ang. detta lagrum L. K. mot. s. 167, som

frågan om äganderättens övergång vid dem i och för sig har större praktisk betydelse, då den här är aktuell redan i och med köpslutet. De flesta tvister om äganderätten till sålt gods¹ avse ju sådant, som ännu är i säljarens besittning, och referera sig följaktligen till ett stadium i köpets fullgörande, då det vid genusköp i allmänhet icke ens kan vara tal om någon äganderätt för köparen.

Lika litet som ifråga om speciesköp innehåller vår rätt ifråga om genusköp något lagstadgande, som direkt berör frågan om äganderättens övergång². Köplagens bestämmelser om avlämnandet, om faran för godset och om rätten till avkastningen kunna visserligen icke utan vidare lämnas ur räkningen vid en undersökning av spörsmålet, men de giva åtminstone icke något direkt svar på detsamma.

Mellan speciesköpet och genusköpet måste i förevarande avseende alltid ett visst samband bestå såtillvida, som man icke kan ställa ringare fordringar för äganderättens övergång vid det senare än vid det förra. Då å andra sidan även för leveransavtalets del en senare tidpunkt än traditionen icke gärna kan komma ifråga, bör i rättssystem, som hylla traditionsprincipen, tidpunkten för äganderättens övergång bli densamma, vare sig köpet avser bestämt gods eller allenast viss myckenhet av angivet slag. Ty med traditionen är i allmänhet den tvistefråga löst, som på ett tidigare stadium vållar så stora vanskligheter, nämligen den om leveransavtalets koncentration på ett visst species³.

Annorlunda efter ett rättssystem, vilket såsom vårt står på avtalsprincipens grund. Det ligger här i sakens natur, att särskilda regler måste uppställas ifråga om leveransavtal, då

anser det innehålla en bestämmelse om äganderättens övergång (jfr JA 26 s. 355). Så ock Hammarskjöld i TfR 1893 s. 109 vid not 3, Chydenius, Kontraktsrätt s. 66; annorlunda Almén § 17 vid not 16.

¹ Spörsmålet kan givetvis ha betydelse för andra tvister än dem, som direkt röra äganderätten. Så har det i engelsk rätt livligt uppmärksamats på grund av reglerna om stoppningsrätten och faran för godset.

² Annorlunda lagförslag; se L. K. och L. B., H. B. 1:4, NLB § 57.

³ Jfr JustR Sjögrens särskilda yttrande i NJA 1910 s. 220.

för äganderättens övergång under alla omständigheter måste krävas individualisering av köpeobjektet. Dessförinnan föreligger ju icke något särskilt gods, till vilket köparens äganderätt skulle kunna hänföra sig. Å andra sidan torde man inte böra fordra mer än individualisering; det synes vara en omedelbar konsekvens av avtalsprincipen, att genusköparen därmed blir ägare¹. Att besittningen icke bör tilläggas större betydelse än vid speciesköp är tydligt. Något köparens godkännande — accepterande — av förvärvet torde för de fall, varom här är tal, nämligen då ett köpeavtal gått förut, icke vara av nöden². Köparens förvärvsvilja har däri fått tillräckligt uttryck. Ej heller synes godkännande av godsets kontraktusenlighet böra uppställas som villkor för äganderättens övergång³. Därest man fordrade ett definitivt godkännande, uteslutande rätt för köparen att avvisa godset, skulle hans förvärv ofta komma att framskjutas till en avlägsen tidpunkt, då ju det preliminära godkännande, som ligger däri, att han efter vid godsets mottagande verkställd besiktning behåller det, icke utesluter rätt för honom att på grund av fel, som framdeles kunna yppas, avvisa det. Nöjer man sig åter med nämnda preliminära godkännande⁴, så är det ej lätt att inse, varför den alltjämt öppna möjligheten av godsets framtida avvisande mindre skulle utgöra hinder för äganderättens övergång än samma möjlighet före godsets mottagande. Särskilt då köparen mottagit konnossement å godset, torde man hos oss som annorstädes anse honom därmed hava vunnit äganderätt, oavsett att godset före framkomsten icke kunnat besiktigas och godkännas⁵.

¹ NLB mot. s. 73.

² Hammarskjöld i Tfr 1893 s. 116, Heckscher s. 66 f.; jfr däremot Hindenburg s. 41 f., 72 ff.

³ Så däremot Hasselrot s. 47 ff. Denna uppfattning spåras i åtskilliga rättsfall, t. ex. JA 18 s. 339 (JustR Stråle); 18 s. 345 (KämnR); 24 s. 78; NT 1869 s. 86 (RR). Jfr även Zimmermann i Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, 19 s. 414.

⁴ Så Hindenburg s. 80.

⁵ Ekeberg s. 8 f. kritiserar främst med tanke på detta fall Hasselrots ståndpunkt.

Man skulle ock, utan att kräva godkännande, kunna tänka sig frågan om godsets kontraktsenlighet beaktad på det sätt, att individualiseringen överförde äganderätten endast om godset vore kontraktsenligt. För vår del anse vi emellertid ej heller denna restriktion berättigad. Det bör bemärkas, att köparen icke har någon olägenhet av att anses såsom ägare även då godset icke är leveransgillt; hans obligatoriska ställning försämras icke därigenom. Och i sakrättsligt avseende är det för honom en påtaglig fördel att ha vunnit äganderätt, särskilt för fall av säljarens insolvens. Åtminstone om köpeskillingen är betald eller av säljaren sedermera diskonterad växel därför lämnad, torde köparen i allmänhet finna det förmånligare att mottaga en även icke leveransgill vara än att återsöka det erlagda beloppet. I varje fall bör det vara hans sak att välja¹; det bör icke lända säljaren eller hans borgenärer till fördel, att godset är behäftat med fel. Slutligen bör erinras om att vid speciesköp godsets bristande kontraktsenlighet icke utgör hinder för att äganderätten som vanligt övergår med avtalet².

Lika litet som fel i godset bör förhandenvaron av andra omständigheter, vilka berättiga köparen att avvisa detsamma, vara av betydelse för äganderättsövergången. Om köparen emellertid på sådan grund avvisar godset, återfaller äganderätten till säljaren³.

Givetvis måste individualiseringen ha skett på sådant sätt, att säljaren icke är berättigad att godtyckligt upphäva den och sätta annat gods i stället; hans jus variandi måste hava upphört. Detta har man städse plägat framhålla⁴, men svå-

¹ Jfr ifråga om avlämnat gods köpl. § 49.

² NLB mot. s. 73 f. Annorlunda engelsk rätt, se ovan s. 21, Prochownick II s. 313, Benjamin s. 400.

³ Samma verkan har givetvis ett obehörigt avvisande, därest det av säljaren godkännes. I sådant fall föreligger emellertid ett avtal om köpets återgång; jfr NJA 1875 s. 579. Dylika återgångsavtal träffas stundom, då köparen ser sig ur stånd att betala köpeskillingen. Återvinningsreglerna äro här tillämpliga, se t. ex. NJA 1909 s. 118; UfR 1908 s. 760.

⁴ Hagerup, Konkurs s. 183: »Ved generisk bestemte præstationer vil en fuldbyrdet eiendomsoverdragelse først foreligge, naar skyldneren

righeten är just att avgöra, när en sådan individualisering skall anses föreligga.

Det enkla och klara fallet är det, då godsets utväljande sker genom båda parternas samverkan, eller överenskommelse eljest träffas om att leveransen skall fullgöras med ett visst bestämt parti¹. Vare sig man håller före, att leveransavtalet härigenom förändras till ett köpeavtal om bestämt gods², eller man anser den sålunda skedda individualiseringen principiellt ej vara av annan art än den, som vid varje genusköp förr eller senare måste inträda, bör dess verkan i sakrättsligt avseende vara densamma. Även en ensidig förklaring från säljarens sida, att han utövat sin valrätt, bör anses för honom bindande³; köparen bör kunna taga fasta på en sådan förklaring och inrätta sig därefter⁴.

Kommer så den vanskliga frågan, när för övriga fall förpliktelsen enligt avtalet förlorar sin generiska bestämdhet — eller kanske rättare obestämdhet — och koncentreras å visst gods. Frågan är uppenbarligen av rent obligationsrättslig na-

paa en for sig ligeoverfor erhververen bindende maade har foretaget en individualisation af de til opfyldelse bestemte gjenstande»; Gjelsvik s. 246.

¹ Ex. intumning av timmer.

² Så Almén § 17 vid not 48—49; jfr NJA 1914 s. 209 och 1915 A n:r 145 (H. D.) samt NLB mot s. 49, Hasselrot 2 uppl. s. 86, Hagerup s. 80, Lassen II § 80 efter not 49, Staub Vorbem. vor. § 373 A. 70 a. Såvida meningen är, att avtalet efter utväljandet i alla avseenden — och ej blott ifråga om faran — skulle bedömas såsom köp av bestämt gods, känna vi oss icke övertygade om dess riktighet. Naturligtvis kan det gemensamma utväljandet ha förstnämnda innebörd, men utan särskilda skäl synes oss detta icke böra antagas. Det är oss nämligen ej klart, varför köparens före avlämnandet givna godkännande av visst gods mera än hans godkännande av redan avlämnat gods skulle anses innebära ett avstående från att i de fall, då sådant enl. köpl. är honom medgivet, framdeles åberopa säljarens generiska leveransplikt. Särskilt då säljaren förfarit svikligt eller obehörigen förfogat över det avskilda godset synes det oss oegentligt, att köparen icke skulle äga fordra annat gods.

³ Att så är fallet vid alternativa köp är väl otvivelaktigt.

⁴ Att ett dylikt meddelande kan vara av betydelse i olika avseenden, se NJA 1919 s. 115; UFR 1916 s. 523, 598; jfr NJA 1920 A n:r 523.

tur¹. Den är ett specialfall av den allmänna frågan: när konkretiseras ett anspråk, som är generiskt bestämt?

Om säljaren helt och hållet uppfyllt sin förpliktelse enligt avtalet, måste hans valrätt därmed anses konsumerad². Detta är alldeles klart, därest man till ett fullständigt uppfyllande å säljarens sida även räknar förskaffande av äganderätt åt köparen. Men i sådant fall är för besvarandet av frågan om äganderättens övergång heller ingenting vunnet med en hänvisning till uppfyllandet. Detta uttryck kan emellertid tagas även i en mera begränsad betydelse. Säljarens förpliktelse går i allmänhet ut på att förskaffa köparen dels äganderätt till godset, dels besittningen till detsamma. Det senare är den egentliga leveransplikten. Givetvis kan den förra förpliktelsen vara uppfylld, medan den senare är oupp-

¹ I tysk doktrin är denna fråga livligt uppmärksammas. BGB 243 stadgar: »Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten. — Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche gethan, so beschränkt sich das Schuldverhältniss auf diese Sache». Vid försändningsköp, det mest praktiska fallet, inträder i följd av detta stadgande koncentrationen med godsets överlämnande till fraktförare eller speditör (Planck § 243 Erl. 4, Staub Vorbem. vor § 373 A. 70 b). Den sålunda åvägabragta koncentrationen är principiellt oåterkallelig; säljaren äger ej sätta annat gods i stället (Planck § 243 Erl. 5, Staub l. c., Dernburg II:1 § 12:II, Kipp i Windscheid II § 255:2 not 3 c, Fischer i IJ 51 s. 202 ff., Brodmann i Handbuch des ges. Handelsrechts, herausg. von Ehrenberg, IV:2 (Leipzig 1918) s. 218 ff., Oertmann § 243 Erl. 5 b). Från denna regel medgiva ovannämnda förff. — utom Fischer och Brodmann — undantag, då köparen utan grund vägrar att mottaga det erbjudna godset (Annahmeverzug) och han inte har något intresse av att erhålla just detta i stället för annat, som av säljaren erbjuds; stundom har man för detta fall i köparens förhållande velat se »ein Verzicht auf die ihm aus der Konkretisierung des Schuldverhältnisses zustehenden Rechte» (se Planck l. c.). Planck och Oertmann anse köparen även i andra fall än det nu nämnda ej berättigad vägra mottaga annat av säljaren erbjudet gods, då köparens vägran skulle strida mot Treu und Glauben.

² Det synes i så fall oegentligt att säga, att säljarens förpliktelse koncentrerats å visst gods; förpliktelsen har ju genom uppfyllandet upphört att finnas till. Jfr Planck § 243 Erl. 4.

fylld, liksom förhållandet kan vara det omvända. Då vi i det följande tala om att säljaren uppfyllt sin förpliktelse, avse vi därmed endast leveransplikten. Om denna innehåller köplagen åtskilliga stadganden; ofta är den även reglerad i själva avtalet. Då vidare fullgörandet av denna plikt måste ske med ett visst species, kan det förtjäna undersökas, om icke på denna väg ett för säljaren bindande val låter sig fastställa.

När föreligger då uppfyllelse? Ser man saken från köparens synpunkt, ligger det nära till hands att anse uppfyllelse föreligga i och med att denne mottager godset¹. Då emellertid fordringen endast är gäldenärens förpliktelse, sedd från borgenärssidan, kan man ock säga, att uppfyllelse föreligger, när säljaren fullgjort den handling, vartill han är förpliktad. Ofta är detta endast två olika sätt att uttrycka samma sak, nämligen då säljarens fullgörande av prestationen sammanfaller med köparens mottagande av densamma. Men det kan också förekomma, att säljaren har avslutat sin prestationsverksamhet, fullgjort vad honom i sådant avseende åligger, utan att godset kommit i köparens besittning. Detta kan särskilt vara fallet vid distansköp, i det säljarens förpliktelse då ofta endast går ut på att avsända godset, vilket av köparen mottages först vid dess framkomst till bestämmelseorten. Bestämmer man uppfyllandet såsom borgenärens mottagande av den honom tillkommande prestationen, så föreligger detta här först med godsets utgivande till köparen, under det man, med utgångspunkt från säljarens förpliktelse, måste komma till avsändandet såsom tidpunkten för obligationens upphörande. Då emellertid någon obligatorisk rätt för borgenären icke kan tänkas utan motsvarande förpliktelse för gäldenären, men dennes förpliktelse i ifrågavarande fall är uppfylld i och med avsändandet, synes oss den uppfattning missvisande, som förlägger obligationens upphörande till en senare tidpunkt och sålunda tillägger borgenären en obligatorisk rätt, som icke motsvaras av någon förpliktelse å gäldenärens sida. En sådan låter sig endast framkonstruera genom att såsom en upp-

¹ Jfr Lassen I § 61 not 2.

fyllelseplikt eller såsom ett komplement till denna framhålla gäldenärens skyldighet att icke genom senare ingripande göra uppfyllandet ogjort¹. Men en dylik uppfattning synes oss icke naturlig utan endast ägnad att sudda ut gränsskillnaden mellan de fall, då gäldenärens prestation är fullgjord först genom att borgenären verkligen mottagit densamma, och dem, då gäldenären, innan detta resultat uppnåtts, i allo fullgjort vad honom åligger. Riktigare och mera överensstämmande med verkliga förhållandet torde vara, att vid formuleringen av huvudregeln icke låta det avsedda resultatet, vilket naturligtvis är borgenärens bekommande och tillgodonjutande av prestationen, komma i betraktande. Borgenären har aldrig betingat sig mera än godsets avsändande, detta uppenbarligen på den grund, att det avsedda resultatet genom kommunikationsverkens mellankomst för normala fall ändock kan med visshet förväntas inträda. Och skulle denna beräkning slå fel, bör det givetvis vara borgenärens ensak; detta torde vara förklaringen till att köparen står risken för transporten. Det bör alltså fasthållas, att fordringsrätten i angivna fall icke sträcker sig utöver avsändandet². Därigenom erhålles den rent begreppsmässigt nödvändiga kongruensen mellan fordran och förpliktelse. Otivelaktigt synes vara, att 1905 års lag står på denna standpunkt.

Då gäldenärens uppfyllande av sin förpliktelse sammanfaller med borgenärens mottagande av prestationens objekt, kunna meningarna väl ej vara delade därom, att borgenärens rätt därmed konkretiseras. Detsamma torde emellertid anses böra gälla, då uppfyllandet sker tidigare. Med dettas egenskap att frigöra gäldenären synes ej förenligt, att denne alltjämt skulle vara befogad att disponera över prestationsobjektet³. Man invänder kanske, att gäldenären endast blir

¹ Jfr Oertmann § 241 Erl. 2 c, § 243 Erl. 5 a.

² Så ock Björling s. 227, Lassen I § 61:1, E. Møller i Tfr. 1896 s. 133, Hindenburg s. 37 f.

³ Jfr BGB 378, enligt vilken gäldenären befrias genom deposition, såvida återtagande är uteslutet. Se Jaeger § 17 A. 10; jfr Lassen I § 62 vid not 41 a—41 c, Hagerup s. 161 ff.

villkorligt fri, avsändandet — för att nu hålla oss till detta fall — innebär endast en villkorlig uppfyllelse, och villkoret skulle vara, att gäldenären icke genom senare ingripande gör uppfyllandet ogjort, i vilket fall hans generiska prestationsplikt skulle leva upp igen. Mot detta sätt att uttrycka saken är i och för sig ingenting att invända, såvida man därmed blott vill framhålla, att gäldenären på grund av sin faktiska dispositionsmöjlighet *kan* ingripa¹ och att, *om* han gör det, påföljden blir den nämnda². Men därmed är icke sagt, att gäldenären gentemot borgenären har någon *rätt* att ingripa. Även vid ett speciesköp, vilket säljaren genom avsändandet fullgör, har denne ju samma faktiska möjlighet att förfoga över godset, men ingen vill väl därför påstå, att han har juridisk rätt därtill. Ingen giltig grund torde heller kunna angivas, varför gäldenären, sedan han beslutat sig för att prestera och även satt detta sitt beslut i verket, skulle äga en ovillkorlig rätt att godtyckligt göra sin uppfyllelse om intet³. Endast i det fall, att gäldenären på grund av ömsesidigt avtal har krav på vederlag för sin prestation och detta vederlagskrav påkallar skydd, synes en rätt för honom att ingripa motiverad⁴. Men för detta fall är dylik rätt också uttryckligen stadgad.

Vi anse alltså, att gäldenären vid generiskt bestämd prestation i och med prestationspliktens fullgörande definitivt utövat sin valrätt. Därmed förlorar han ock dispositionsrätten över prestationsobjektet, i den mån sådan rätt ej är honom uttryckligen tillerkänd⁵.

¹ Att detta icke utgör något hinder för att anse köparen såsom ägare framhålles av Gjelsvik s. 246; jfr Hindenburg s. 58 f., Heckscher s. 85 f., 95 ff.

² Jfr Winroth s. 41; NJA 1917 A n:r 693; 1919 A n:r 513.

³ Jfr Hammarskjöld i Tfr 1893 s. 120, Hagerup s. 51 f., 105. Heckscher framhåller (s. 69), med hänseftning på avsändandet vid distansköp, att »selve den Akt, hvorved Sælgeren sætter sin Overdragelse i Værk, er en indispensabel Kjendsgjerning for at betragte Overdragelsen som realiseret».

⁴ Så ock E. Møller i Tfr 1896 s. 137.

⁵ Så ock Hindenburg s. 37 f., 62, 77. Almén har ingenstädes

Nästa uppgift blir alltså att konkret bestämma, när säljarens leveransplikt är att anse såsom uppfylld. Det måste betraktas såsom en av de mera framträdande förtjänsterna hos 1905 års lag, att den giver ett klart svar på denna fråga. Enligt nämnda lag torde nämligen säljaren böra anses ha fullgjort sin leveransplikt, då han avlämnat godset. Att avlämnandet har denna innebörd är visserligen icke direkt utsagt i lagen¹, men det synes oss otvetydigt framgå av alla de stadganden, som reglera de vittgående påföljderna av att avlämnande sker eller icke sker². Härav avlämnandets centrala plats i köpets legislativa reglering.

Det nu sagda föranleder ett förnyat beaktande av frågan om fel i godset eller annat kontraktsbrott å säljarens sida³. Vi ha ju grundat vår uppfattning om uppfyllelsen såsom individualiserande moment på dess egenskap att bringa säljarens förpliktelse att upphöra. Men, invänder man kanske, detta gäller ju endast ett *kontraktsenligt* fullgörande. Det är emellertid här inte fråga om ett absolut fullgörande, som skulle befria säljaren från varje vidare anspråk på grund av köpeavtalet. Man torde böra skilja mellan säljarens primära för-

direkt uttalat sig om detta spörsmål, men av spridda uttalanden (§ 17 vid not 174 a, § 37 not 31) synes framgå, att A. anser säljaren efter avlämnandet ej äga någon dispositionsrätt utom för det fall, att avlämnandet skett så tidigt, att säljaren före leveranstidens utgång kan skicka iväg annat varuparti. För vår del kunna vi ej finna detta undantag grundat. En annan sak är, att ett obehörigt förfogande för säljaren ofta icke torde medföra någon civilrättslig påföljd. Ansvar enligt Str. 1. 22: 11 eller 13 torde däremot icke vara uteslutet (jfr tvesalu vid speciësköp, där säljaren återköper saken av köparen n:r 2 och å avtalad tid levererar den till köparen n:r 1; jfr Almén § 28 not 58, Prochownick II s. 149).

¹ Jfr de danska och norska texterna, som använda uttrycket »Levering» i stället för den svenska textens »avlämnande». Jfr även rättsfall före köplagens tillkomst, t. ex. NJA 1910 A n:r 127.

² Se ock Almén i Tfr 1904 s. 387, 415, Björling s. 227, Winroth s. 40. Att avlämnandet medför en för säljaren bindande individualisering synes hava varit kommitterades mening, se mot. till köpl. s. 70.

³ Ovan har endast framhållits, att om individualisering föreligger, äganderätten därmed bör anses övergå oavsett godsets bristande kontraktsenlighet.

pliktelse, som är att leverera, och de sekundära förpliktelser, som ifölje leveransens bristande överensstämmelse med avtalet kunna uppkomma. För individualiseringen torde det vara tillräckligt, att förstnämnda förpliktelse uppfyllts, vilket kan ske även genom en icke kontraktsenlig leverans¹. Detta är utan vidare klart, då avvikelserna är ringa och köparen följaktligen icke på grund därav äger häva avtalet eller avvisa godset. Likaså då köparen trots väsentligt kontraktsbrott mottar godset; naturligtvis kan han inte därefter ånya kräva leverans utan är inskränkt till de sekundära befogenheterna på grund av kontraktsbrottet (skadestånd, prisminskning). Men även då köparen icke är sinnad att betrakta leveransen såsom ett fullgörande av säljarens huvudförpliktelse, visar sig betydelsen av att säljaren dock har uppfyllt. För att betaga den kontraktsstridiga leveransen dess frigörande verkan måste köparen uttryckligen förklara, att han icke vill låta den gälla såsom ett fullgörande av avtalet; detta sker genom godsets avvisande, vare sig köparen därigenom häver avtalet eller han kräver gillt gods. Till dess köparen avgivit sådan förklaring, är säljarens leveransplikt att anse såsom fullgjord. Köparen kan icke på grund av kontraktsstridigheten betrakta leveransen såsom sig ovidkommande²; han kan icke göra gällande sin rätt till leverans utan att först avvisa det redan levererade, även om detta icke kommit honom till handa.

Då således även en kontraktsstridig leverans innebär ett fullgörande *quoad hoc* av säljarens förpliktelse enligt avtalet, bör i överensstämmelse med vad förut yttrats faran därmed

¹ Annorlunda, såvitt rör godsets kontraktsenlighet, engelsk rätt, se ovan s. 21 ff. — Chydenius, Utkast §§ 5 och 6, gör äganderättens övergång beroende ej blott av godsets kontraktsenlighet utan även av att leveransen i övriga avseenden är i överensstämmelse med avtalet (mot. s. 27). Denna ståndpunkt torde bero på att farans övergång antages alltid sammanfalla med äganderättens. — Individualisering enligt BGB 243 förutsätter, att godset är »von mittlerer Art und Güte» men synes för övrigt icke uteslutas av fel i godset.

² Såvida icke avvikelserna från avtalet är så väsentliga, att det icke kan antagas, att säljaren med detta gods velat fullgöra sin leveransskyldighet; jfr Almén, Rubriken till §§ 42—44 not 44.

övergå å köparen. Så sker ock. Riktigheten härav har veterligen icke ifrågasatts för det fall, att leveransen så oväsentligt avviker från avtalet, att köparen icke äger avvisa godset¹. Däremot finner man ofta uttalat, att säljaren jämväl efter avlämnandet står faran, då på grund av kontraktsbrott å hans sida köparen äger häva avtalet. Såvitt vi kunna se, är denna mening icke riktig. Stadgandet i § 17 köplagen, varav indirekt framgår, att köparen efter avlämnandet står faran, gäller även i förevarande fall.

Då man med stöd av de auktoritativa uttalandena i motsatt riktning² möjligen kunde vilja i farans förblivande å säljaren se ett indicium mot riktigheten av vår åsikt, att även en kontraktsstridig leverans innebär ett uppfyllande å säljarens sida, skola vi söka närmare utveckla vår uppfattning.

Av 57 § köplagen framgår, att köparens rätt att häva avtalet är beroende av att han återställer godset väsentligen oförändrat och oförminskat. Härifrån stadgar 58 § undantag för bl. a. det fall, att »godset är av våda förstört, försämrat eller minskat»³. Köparen äger alltså i nu angivna fall *häva avtalet* — och tvevelsutän även kräva gillt gods⁴ — utan hinder av att han icke kan återställa godset på sätt 57 § föreskriver. Men att uttrycka detta förhållande med att säga, att säljaren står faran, synes oss missvisande. Almén har själv erinrat om det fall, att köparen i anledning av säljarens underrättelse om att godset för sent avlämnats underlåter att reklamera (t. ex.

¹ Detsamma gäller, då köparen enligt avtal (eller handelsbruk; UfR 1915 s. 431, 931) icke äger avvisa godset, ehuru väsentligt kontraktsbrott föreligger; jfr Henrik Almstrand i SvJT 1919 s. 377—379, Hindenburg s. 78, Lassen-Ussing § 87 not 35.

² Mot. till köpl. s. 70, Almén § 17 vid not 81 och § 58 vid not 5—21, Hasselrot 2 uppl. s. 206, 374, 376 samt Juridiska Skrifter, 1923 s. 226, 228, Winroth s. 310, Lassen-Ussing § 81 vid not 49.

³ Övriga i 58 § omnämnda fall avse ej godsets förändring genom våldlig händelse och torde därför ej kunna bringas under synpunkten att säljaren står faran.

⁴ Almén § 58 vid not 4, Hasselrot 2 uppl. s. 380 i. f., Winroth s. 314 f. Vad nedan i texten yttras om köparens hävningsrätt äger därför motsvarande tillämpning på befogenheten att kräva gillt gods.

därför att priset stigit och dröjsmålet inte vållar honom någon olägenhet); omedelbart efter avsändandet går godset under eller skadas väsentligt, varom köparen emellertid får kunskap först efter det reklamationstiden i anledning av dröjsmålet gått till ända. Han måste då betala fulla köpeskillingen, ehuru förstörelsen eller försämringen inträffat, medan han i anledning av dröjsmålet hade hävningsrätt¹. Det är vid ett sådant förhållande uppenbarligen oegentligt att påstå, att säljaren står faran.

Innebörden av att faran vilar å säljaren har man med rätta angivit så, att köparen, då godset av våda förstöres, försämras eller minskas, äger göra gällande de befogenheter, som i anledning av dröjsmål å säljarens sida, fel eller brist i godset tillerkänns honom² (köpl. §§ 21, 42, 43 och 50). Då enligt den här bestridda uppfattningen säljaren på grund av köparens hävningsrätt även efter avlämnandet står faran, borde följaktligen, därest förstörelsen etc. inträffat före godsets framkomst till bestämmelseorten, samma befogenheter stå köparen till buds, som om godset skolat avlämnas å sagda ort³ (65 § köpl.). Detta är emellertid för ingen del fallet. På godsets kasuella undergång eller försämring *kan köparen icke grunda någon som helst befogenhet*; han kan varken häva avtalet eller yrka skadestånd eller minskning i priset. Endast rent negativt kommer honom stadgandet i 58 § till godo på det sätt, att därest hävningsrätt av annan grund tillkommer honom, omöjligheten att återställa godset såsom i 57 § sägs icke utgör hinder för hävningsrättens utövning⁴.

Förhållandet synes oss alltså vara det, att köparen efter avlämnandet står faran jämväl då rätt att häva avtalet före-

¹ Almén § 27 vid not 22—23; se även Tillägg till §§ 21—27 vid not 71—74. Jfr NJA 1912 s. 213, där emellertid, såvitt ref. utmärker, säljaren ej gjort invändning om att reklamation och hävande icke skett i rätt tid och denna fråga därför ej utretts; 58 § köpl. har ej omnämnts.

² Almén § 17 vid not 143 a, Hasselrot 2 uppl. s. 80.

³ Jfr Almén § 10 vid not 24.

⁴ Köparen äger således häva avtalet *icke på grund av* att säljaren står faran för förstörelsen eller försämringen utan *i trots av* att nämnda fara vilar å honom själv.

ligger, men lagen öppnar en möjlighet för honom att vältra olägenheten härav över på säljaren ^{1, 2}, nämligen genom avtalets hävande ³ på grund av det ursprungliga kontraktsbrottet. Att denna möjlighet kan av köparen utnyttjas till att undgå den förlust, som följer av att han står faran, ligger i öppen dag; reellt, ekonomiskt sett, häver han ofta avtalet just på grund av att godset gått under eller försämrats och icke på grund av det in casu måhända alldeles oskadliga kontraktsbrottet ⁴. Men juridiskt sett är det alltid detta senare som är hävningsgrund; det är följaktligen de för detsamma gällande reklimations- och hävningstider, som av köparen måste iakttagas. Meningen med 58 § har icke varit att på något sätt gynna köparen utan endast att förebygga den hårdhet mot honom, som det skulle innebära, om hans rätt att på grund av säljarens kontraktsbrott häva avtalet skulle gå förlorad genom godsets kasuella undergång etc., varigenom säljaren ju skulle vinna en alldeles oförtjänt förmån, i det han befriades från den väsentligaste påföljden av sitt kontraktsbrott ⁵. Ekonomiskt sett blir resultatet av stadgandet i viss mån detsamma, som om säljaren stode faran, men juridiskt sett ter sig saken, såsom av det sagda torde framgå, annorlunda. Vill man icke desto mindre återge innebörden av 58 § med att säljaren står faran, är häremot ingenting annat att invända, än att det synes

¹ Att detta icke innebär, att säljaren står faran, framträder särskilt tydligt, då skada drabbar godset, medan köparen befinner sig i mora accipiendi, men denne sedermera på grund av säljarens efterföljande mora häver avtalet; jfr Almén § 58 not 6 a, Winroth s. 310.

² Däremot icke att vinna de särskilda fördelar, som skulle ha följt av att säljaren stått faran. Det kan sålunda icke ifrågakomma att framskjuta den i 44 § köpl. för avgörandet av om fel vidlåder godset fastställda tidpunkten (jfr § 7).

³ Men också endast på detta sätt (eller genom att kräva giltigt gods). Om den kasuella skadan är så obetydlig, att köparen finner det fördelaktigare att mottaga eller behålla godset, kan han icke — genom prisminskning, event. skadestånd — föra förlusten över på säljaren.

⁴ Förhållandet är alldeles detsamma som då säljaren eller köparen begagnar ett i och för sig oskadligt kontraktsbrott av medkontrahenten för att komma ifrån en på grund av konjunkturväxling oförmånlig affär.

⁵ Mot. till köpl. s. 119.

olämpligt att använda ett tekniskt uttryck i en icke-teknisk betydelse utan att klart angiva detta.

Det skulle kunna ifrågasättas att låta avlämnandets individualiserande verkan inträda först genom att köparen därom erhöle underrättelse (t. ex. genom faktura). Dessförinnan borde den i avlämnandet uttryckta avsikten att leverera detta gods ej vara för säljaren bindande; med ett i dansk litteratur vanligt uttryck kunde man säga, att hos köparen ännu icke väckts någon berättigad förväntan att erhålla det avlämnade godset¹. Så kan emellertid mycket väl vara fallet, exempelvis då avtalet innehåller, att leverans skall ske å viss dag eller att godset skall sändas med visst fartyg eller viss lägenhet. Köparen äger då givetvis utgå ifrån att så sker och någon särskild underrättelse, att godset avsänts, behövs icke för att väcka hans »förväntan» och föranleda honom att inrätta sig därefter² (t. ex. taga försäkring eller sluta avtal om vidareförsäljning). Detsamma gäller i fall, som avses i 12 eller 13 § köplagen, efter det endera kontrahenten lämnat order eller meddelande, varigenom leveranstiden närmare bestämts³. Skulle köparen vara sämre ställd, om godset skickas någon dag senare än avtalat? Oavsett det nu sagda synes emellertid av skäl, som ovan anförts rörande uppfyllandets betydelse, säljaren böra anses bunden av avlämnandet. Särskilt märkes, att avlämnandet med alla dess av köplagen reglerade rättsverkningar, bl. a. farans övergång⁴, inträder utan att underrättelse är erforderlig. I engelsk och fransk rätt gäller det samma jämväl beträffande äganderättens övergång⁵.

¹ Se Heckscher s. 66 ff. med där anf. litteratur.

² Så ock Heckscher s. 68.

³ Jfr Torp-Grundtvig s. 342.

⁴ Almén § 17 vid not 70. Vore säljaren icke med avlämnandet berövad dispositionsrätten, skulle han, såsom Lassen II § 80 not 23 anmärker, ha »i sin Magt, dersom Varerne gaa til Grunde, at gjøre gjældende, at de vare tiltænkte Kjøberen, saa att denne maa bære Tabet, og dersom de komme uskade frem, at give dem anden Adresse.» Jfr Lord Stowell i rättsfallet *The Constantia* (Blackburn s. 157 f.).

⁵ Se även Heckscher s. 67. Individualisering enligt BGB 243 synes icke förutsätta underrättelse till borgenären.

Resultatet av utredningen blir alltså, att vid leveransavtal äganderätten i allmänhet övergår med avlämnandet ^{1,2}. Detta på teoretisk väg vunna resultat, vilket på det närmaste överensstämmer med vad vi funnit gälla i engelsk och fransk rätt, synes oss även praktiskt tillfredsställande ³. Att köparen med avlämnandet vinner rättsskydd mot säljarens borgenärer, även då godset ännu icke kommit i hans besittning, torde icke föranleda någon anmärkning. Gentemot annan tredjeman, som på senare avtal med säljaren grundar rätt till godset, synes förhållandet böra bedömas på samma sätt som om ett speciesköp förelegat ⁴. Mot obehöriga dispositioner av säljaren åtnjuter köparen straffrättsligt skydd enligt Str. 1. 22: 11, event. 22: 13 ⁵.

Regeln om äganderättens övergång med individualiseringen bör givetvis även gälla då godset försändes sjöledes under sådana omständigheter, att konnossement därå utfärdas. Är avsändningsorten att anse såsom leveransort (köpl. §§ 10, 62—64), förvärvar köparen alltså äganderätt i och med att godset bringas ombord, oavsett att han ännu icke erhållit konnossement ⁶. Hur betydelsefullt konnossementsinnehavet än må vara för köparens möjlighet att förfoga över godset även som för hans förhållande till tredjeman ⁷, synes det dock lika

¹ Så NLB § 57, vars förslag på denna punkt gillas av Lassen (TfR 1898 s. 106). Åsikten att vid distansköp äganderätten övergår med avsändandet omfattas av Ekeberg s. 8, Heckscher (såvitt rör kreditköp) s. 51—104, särskilt s. 84—85, 88, 94—95, Hagerup i NR 1884 s. 731—733, 784, E. Møller i TfR 1896 s. 101 f., 133 f., Bugge i TfR 1902 s. 228, Gjelsvik s. 246 samt, då avlämnandet är avtalsenligt, Chydenius, Utkast §§ 5 och 6. Annorlunda i viss mån Torp-Grundtvig s. 342.

² Beträffande köplagens bestämmelser om avlämnandet (§§ 9—11, 62—65) hänvisas till annan litteratur, särskilt Almén.

³ Jfr Heckscher s. 88—97.

⁴ Att fungibla ting ej intaga någon särställning i vindikationsavseende, se Björling, Exstinktiva fång s. 26.

⁵ Jfr NJA 1908 s. 541 (HovR och min. i H. D.); 1917 B nr 285 (HR).

⁶ Se rättsfall i UfR 1906 A s. 215. Annorlunda Heckscher s. 88, 145.

⁷ Det synes huvudsakligen vara för detta fall konnossementet har

litet som i övriga fall besittningen böra tillerkännas någon principiell betydelse för äganderättsfrågan. Skall godset avlämnas på bestämmelseorten (köpl. § 65), inträder den så att säga legala individualiseringen icke förrän godset framkommit till denna ort¹. Har konnossement ej dessförinnan kommit köparen till handa, har det även här sitt förblivande vid den allmänna regeln, enligt vilken äganderätten övergår med avlämnandet. Om det ock är mindre vanligt, att konnossement vid nu omhandlade köp före godsets framkomst utlämnas till köparen, kunna fall, där så sker, dock förekomma. Man torde vara tämligen allmänt ense om att köparen i sådan händelse vinner äganderätt redan med konnossementets mottagande, vare sig man sedan grundar denna åsikt på att konnossementet överför besittningen eller man i dess överlämnande ser ett uttryck för säljarens »Overdragelsesvilje»². För egen del anse vi köparens äganderättsförvärv vid angivna tidpunkt inträda såsom en följd av att säljaren definitivt utövat sin valrätt. Konnossementets översändande före avlämnandet synes i nu omhandlade hänseende icke böra tilläggas annan betydelse än vilken som helst annan bindande förklaring från säljaren, att han kommer att fullgöra leveransen med visst gods³.

någon sakrättslig betydelse; se Hambro s. 190 f., 193, Chydenius, Kontraktsrätt s. 61, Lang s. 417, Knøph i TfR 1922 s. 347—349.

¹ Godsets avsändande till leveransorten torde icke kunna anses innebära en för säljaren bindande individualisering, även om någon vidare åtgärd från hans sida ej erfordras för att bringa godset i köparens besittning (annorlunda E. Møller i TfR 1896 s. 133 f.). Ej heller torde sådan verkan kunna tilläggas godsets avskiljande i fall, som avses i 37 § köpl. (enligt Chydenius, Utkast § 22 sista st., jfrd med § 5, övergår i angivna fall äganderätten till köparen; C. synes antaga, att samma regel gäller i svensk rätt, se mot. s. 48).

² Jfr Hagerup i NR 1884 s. 737 och 1885 s. 584, Konkurs s. 183.

³ Jfr Torp-Grundtvig s. 343, Scheel s. 354 f. — Lassen anser överlämnande av konnossement i angivna fall icke föranleda, att godset blir individuellt bestämt (Lassen-Ussing § 90 not 52). — Då gods samtidigt avsändes för flera köparens räkning utan att de olika partierna avskiljts från varandra, torde köparna böra betraktas såsom samägare, därest godset är att anse såsom avlämnat (härom se Almén § 17 not 69) eller konnossement (eller »delivery-order»; jfr NJA 1921 s. 326) å resp. kvantiteter till dem överlämnats. Se beträffande

Enligt det föregående är principen för äganderättens övergång densamma för alla köp, speciesköp såväl som leveransavtal, i det ifrågavarande rättsverkan inträder, så snart säljarens obligatoriska förpliktelse koncentrerat sig på visst gods. Vid speciesköp är denna förutsättning för handen redan med avtalet, vid andra köp inträder den senare ¹.

Vad *praxis* angår, är det näppeligen möjligt att ur tillgängliga rättsfall utläsa någon bestämd regel rörande äganderättens övergång vid leveransavtal, då domstolarna i allmänhet sträva att undvika principiella uttalanden. Föga upplysning är att hämta ur en motivering som denna: »enär icke blivit lagligen styrkt, att köparen förvärvat äganderätt till någon del av det virke, som . . .» ². Stundom refereras huvudpunkterna av utredningen, varefter det heter, att köparen med hänsyn till vad sålunda i målet förekommit måste anses ha vunnit äganderätt till godset ³. Emellertid ha vi icke funnit något rättsfall, som talar emot den här hävdade uppfattningen om individualiseringen såsom det avgörande momentet. Tvärtom kunna flera rättsfall åberopas till stöd för densamma ⁴.

tyisk rätt Staub § 363 A. 38. RG 93 s. 168: »Freilich bewirke die Einladung der Waare in das Schiff, wenn diese ungesondert für mehrere Teilkäufer bestimmt sei, allein noch nicht den Gefahrübergang; es müsse dann noch die Konzentration der Waarenmenge auf die einzelnen Abnehmer hinzukommen. Hierzu genüge die Zusendung einer Verladeanzeige an jeden Teilkäufer, die dadurch das Miteigenthum an der ganzen Ladung zum entsprechenden Bruchteil erlangten».

¹ Vid alternativa köp torde äganderätten således övergå genom att den kontrahent, valrätten tillkommer (i regel säljaren; se Almén § 3 not 19 och där anf. litteratur), på ett bindande sätt utövat sin valrätt.

² NJA 1908 s. 541 (HR:ns av H. D. fastställda dom).

³ NJA 1914 s. 209 (HR och HovR).

⁴ NJA 1881 s. 8 (HovR, N. Rev. och H. D.; RR:n synes ej ha bedömt fallet såsom genusköp); 1908 s. 541 (HovR. och min. i H. D.); 1911 s. 407 och A n:r 346 (HovR; det framgår dock ej med full tydlighet, huruvida leveransavtal eller speciesköp förelegat); 1914 s. 209 (HovR och N. Rev.); 1917 B n:r 285 (HovR).

För avlämnandet, vilket enligt vår åsikt är det normala sättet för individualiseringens inträde, såsom avgörande tala följande fall: JA 18 s. 345 (RR); 24 s. 86 (KämnarsR och RR); NJA 1896 s. 99 (JustR

III. Förhållandet mellan köpeavtalets obligatoriska och sakrättsliga verkningar.

A. Köplagen § 28.

I det föregående har frågan om äganderättens övergång avhandlats utan att uppmärksamhet ägnats däråt, i vad mån det är av betydelse, att köparen ännu icke betalt köpeskillingen eller fullgjort övriga honom enligt avtalet eventuellt åliggande skyldigheter. Indirekt framgår sålunda av det redan sagda, att vi ej anse denna senare omständighet vara av principiell betydelse för frågan om köparen vunnit äganderätt till godset. Å andra sidan skola vi i det följande söka visa, att det sakrättsliga läget ingalunda lämnas opåverkat av parternas obligatoriska mellanvarande utan att tvärtom i berörda avseende ett intimt samband förefinnes. Detta innebär ingen motsägelse. Förhållandet är det, att utvecklingen från avtalets ingående till inträdandet av köparens definitiva rätt till godset försiggår eller åtminstone kan försiggå stegvis. Äganderättens övergång betyder endast den punkt på denna utvecklingslinje, där sakrättsliga verkningar först uppstå. Huruvida redan på denna punkt alla sakrättsliga spørsmål äro slutgiltigt ordnade kan tänkas bero bl. a. av om köpeskillingen är erlagd med flera till det obligatoriska mellanvarandet hänförliga omständigheter.

Ovan har erinrats, att med köparens förvärv av äganderätt principiellt följer rättsskydd mot tredjeman. Men för uppkomsten av sådant skydd synes betalningen ej böra vara av

Afzelius); 1900 s. 322; 1910 A n:r 127 (HovR:ns av H. D. fastställda dom); 1914 s. 209 (maj. i H. D. och sannolikt även HR:n; här sammanföllo icke avlämnande och mottagande); 1915 A n:r 145 (N. Rev. och H. D.)

I NJA 1890 s. 512 ogillades tvänne köpares yrkanden att av säljarens konkursbo utbekomma köpta järnpartier, enär köparna icke styrkt, den ene, att de 3060 c. järn, som vid konkursens inträffande ostridigt funnits upplagda å viss plats, varit för hans räkning då *mottagna* i stället för det till honom sålda järn, och den andre, att begärda partiet varit särskilt *avlagt* för hans räkning och såsom hans tillhörighet. Det är ej lätt att inse, varför mottagandet i ena fallet skulle ha större betydelse än i det andra.

avgörande betydelse¹. Vad åter angår förhållandet till säljaren, har, såsom tidigare framhållits, innebörden av äganderättens övergång ofta ansetts vara den, att köparen får en absolut rätt till godset. Med denna uppfattning har säljaren givetvis det största intresse av att ett visst samband upprätthålles mellan köparens äganderättsförvärv och hans fullgörande av betalningsskyldigheten. Så var också fallet i den romerska rätten, vars reglering av detta ämne satt så djupa spår i den följande utvecklingen. Den romerska regeln om betalning eller kreditering såsom villkor för äganderättens övergång har i senare tid fått en friare formulering i satsen om parternas och här framför allt säljarens vilja såsom den avgörande faktorn.

Då denna vilja emellertid sällan får något direkt uttryck, har man sökt utläsa densamma ur övriga avtalsbestämmelser. Särskild betydelse har därvid tillagts den omständigheten, huruvida kontantköp eller kreditköp föreligger. I förra fallet anses säljaren hava givit uttryck åt sin avsikt, att betalningsskyldighetens fullgörande skall vara villkor för köparens rätt till godset. Medan enligt den romerska rätten äganderätten icke övergick, förrän villkoret uppfyllts², har man senare i allmänhet sett saken så, att köparen vinner en av köpeskillingens erläggande villkorad äganderätt. På denna väg har man beträffande kontantköp kommit ifrån de icke önskvärda konsekvenserna av äganderättens övergång. Medger säljaren däremot anstånd, har man däri sett ett eftergivande av det vid kontantköp underförstådda villkoret för äganderättens övergång. Frågan om kontantköparen även efter godsets utgivande, då detta skett utan att betalning erlagts, alltjämt endast har en av köpesummans gäldande villkorad äganderätt blir

¹ Se 10 NJMF s. 137 ff. och Bil. VI s. 20 ff., Torp-Grundtvig s. 351 ff., 357 f., 360 f. Annorlunda Scheel s. 341 ff., Gjelsvik s. 246; denna senare uppfattning sammanhänger med benägenheten i norsk doktrin att vägra rättsskydd åt en event. äganderätt, då den aktuella ägaren sitter inne med saken.

² Jfr SGA sect. 18 r. 1 och 5, sect. 19 r. 1.

beroende av huruvida utgivandet är att betrakta såsom ett beviljande av kredit ¹.

För den svenska rättens del synes denna uppfattning ej antaglig. Skillnaden mellan kontantköp och kreditköp hänförs sig endast till frågan, om betalningens erläggande skall vara villkor för köparens rätt att komma i besittning av godset. Det är en fiktion att däri inlägga något förbehåll, resp. eftergivande från säljarens sida ifråga om äganderättens övergång. De sakrättsliga spörsmålen äro av alltför abstrakt och omtvistlig natur för att parterna i allmänhet skulle kunna antagas om dem ha någon bestämd mening. De regler, lagstiftaren därom uppställer, bygga på ett avvägande av ett flertal synpunkter; hänsynen till parternas vilja tar sig endast uttryck däri, att reglerna — åtminstone inom vissa gränser — göras dispositiva.

Stadgandet i 14 § köplagen, att säljaren äger hålla godset inne, tills köpeskillingen gäldas (retineringsrätt), lämnar besked endast för de normala fallen, då köpet verkligen fullgöres och allt går i ordning, men säger ingenting om förhållandets avveckling i övriga fall. Om köparen ej fullgör sin betalningsskyldighet, så kan säljaren naturligtvis inte vara hjälpt med att hålla godset inne. Han måste kunna få ett slut på förhållandet. Här kunna olika möjligheter ifrågakomma och på arten av den eller de utvägar, ett rättssystem ställer till säljarens förfogande, beror huruvida konstruktionen om kontantköparens blott villkorliga äganderätt är användbar. Den svenska rättens stadganden om köparens mora solvendi innehållas i 28 § köplagen, enligt vilken säljaren har valrätt mellan att häva köpet och att kräva dess fullgörande. Väljer han den förre utvägen, betyder det, att han behåller godset för egen räkning; köparen förlorar all rätt till detsamma. Då säljarens befogenhet att häva avtalet bortfaller först med godsets utgivande, men icke beröres av att köparen vunnit äganderätt, så kan denna äganderätt före utgivandet icke vara definitiv; den

¹ Jfr Hagerup i NR 1884 s. 780 ff., Heckscher s. 57 ff., 70, 72 ff., Torp-Grundtvig s. 335 ff., Chydenius s. 47 f. och Kontraktsrätt s. 2 f.

är betingad av att något sådant förhållande icke inträffar, som berättigar säljaren att häva köpet. Villkorligheten i kontantköparens äganderätt beror således på hävningsrätten, icke på retineringsrätten¹.

Men möjligheten att häva avtalet står säljaren till buds även då han beviljat köparen anstånd. Därmed har han endast avstått från retineringsrätten, vilket emellertid saknar betydelse, så snart han äger undandraga sig avtalets fullgörande. Avhängighetsförhållandet mellan prestationerna är vid kreditköp lossat men — före utgivandet — icke upplöst. Även kreditköparen förvärvar därför endast en villkorlig äganderätt; ovillkorlig blir den först, då den icke längre beröres av kontraktsbrott å hans sida².

Rörande förutsättningarna för säljarens hävningsrätt, vilket ämne finnes utförligt behandlat i obligationsrättsliga arbeten, anmärka vi här endast, att köplagen icke nämner någon annan hävningsgrund än köparens mora solvendi. Att gälda köpeskillingen är ju också köparens förnämsta och ofta enda skyldighet ifölje köpet. Emellertid kunna även andra plikter åvila honom. Huruvida dessa i likhet med betalningsskyldig-

¹ En jämförelse mellan säljarens ställning i engelsk och svensk rätt är härutinnan belysande. Enligt den förra utgör köparens mora solvendi principiellt icke hävningsgrund (SGA sect. 10 r. 1, Blackburn s. 217 f., 339 ff., 483—490). Säljaren äger endast hålla godset inne (lien) och under närmare angivna förutsättningar (SGA sect. 48 r. 3; jfr sv. köpl. §§ 34—35) sälja det för köparens räkning; uppstår därvid överskott, tillfaller detta köparen. Däremot kan säljaren icke behålla godset för egen räkning, således icke själv återvinna äganderätt till det samma. Här kan man icke göra gällande, att säljaren ens vid kontantköp — trots retineringsrätten — har kvar en villkorlig äganderätt till godset. Hans befogenhet att på visst sätt förfoga däröver för att såmedelst säkra sitt krav på köpeskillingen synes närmast kunna betecknas som en legal panträtt i godset (Blackburn s. 495).

² Detta framhålles även av Ekeberg s. 11 not 2 och Almén, Tillägg till § 14 not 7, men hos båda dessa förf. förekomma i texten uttalanden, som tillägga kontantbestämmelsen särskild betydelse; se Ekeberg s. 6—8 och Almén, Tillägg till § 14 vid not 5 a, § 17 vid not 10 a, § 28 vid not 137—138 m. fl. ställen ävensom 10 NJMF s. 157. — Jfr Lundstedt s. 40 f.

heten avse vederlagsprestationer, kan stundom vara svårt att avgöra¹. Om så emellertid är fallet, synes deras åsidosättande böra berättiga säljaren att göra gällande samma befogenheter som vid dröjsmål med köpeskillingens erläggande, sålunda jämväl att häva avtalet. Men detsamma torde gälla även om ifrågavarande plikter icke avse något, som kan betraktas som vederlag². Att köplagen ej avsett att uttömmande reglera påföljderna av kontraktsbrott å vare sig säljarens eller köparens sida är klart redan därav, att en mängd kontraktsbrott ej ens äro omnämnda i lagen; det kan naturligtvis icke ha varit lagstiftarens mening, att dessa skulle sakna all betydelse. Men vid sådant förhållande lär man ej heller kunna utgå ifrån, att hävningsgrunderna äro uttömmande angivna³. Man har därför med rätta tagit till ledning den köplagen genomgående principen att göra skillnad mellan väsentliga och icke väsentliga kontraktsbrott och ansett de förra berättiga säljaren att häva avtalet⁴, förutsatt att hävningsrätten icke är utesluten på grund av stadgandet i § 28 st. 2. För att annat köparens kontraktsbrott än mora solvendi skall utgöra hävningsgrund måste emellertid fordras, dels att fullgörandet av köparens ifrågavarande skyldighet för säljaren är av väsentlig betydelse^{5, 6} och

¹ Jfr Henry Ussing, *Bristende Forudsætninger* (1918) s. 137 f., 148.

² Sammalunda Henry Ussing l. c. I ett danskt rättsfall (UfR 1916 s. 957) ansågs säljaren, då han hade verklig grund till misstanke om vidareförsäljning, berättigad häva köpet ifråga om en vara, som han endast mot garanti ang. dess vidareförsäljning kunde få in i landet.

³ Jfr Lassen-Ussing § 79 vid not 14 a.

⁴ Almén, Rubriken till §§ 28—37 vid not 2 a—4, Tillägg till §§ 21—27 VI, § 33 vid not 28, Komm. till avtalslagen s. 36 f., Winroth s. 144 f.

⁵ NJA 1920 A n:r 496.

⁶ Detta anses i svensk rätt alltid vara fallet med köpeskillingens erläggande i rätt tid. Annorlunda engelsk rätt, se ovan s. 153 not 1. — Vad den rena mora accipiendi beträffar, må anmärkas, att om köparen anses hava en verklig plikt att befria säljaren från godset (härom se Almén § 33 vid not 1—29, Helge Klaestad i NR 1921 s. 625—636), fullgörandet av denna plikt enligt vår rätt åtminstone icke i allmänhet anses vara av den väsentliga vikt, att dess åsidosättande berättigar säljaren att häva avtalet. Annorlunda NLB § 32 och Cc 1657.

dels att köparen väsentligen eftersatt denna skyldighet. Äro dessa fordringar uppfyllda, kan hävningsrätt stå säljaren öppen oaktat köpeskillingen är betald¹. Det är dock mindre vanligt, att avtalet ålägger säljaren dylika biförpliktelser och för de flesta fall gäller därför, att om köparen redan vunnit äganderätt, denna genom köpeskillingens erläggande blir definitiv.

Emellertid bortfaller, såsom redan erinrats, enligt § 28 st. 2 säljarens hävningsrätt även därigenom, att godset kommer i köparens besittning. Denna regel gäller enligt svensk rätt även kontantköp. Med hänsyn till dessa köp angives grunden till ifrågavarande princip vara den, att säljaren genom godsets utlämnande utan betalning givit uttryck åt sin avsikt att definitivt avstå från detsamma; i överensstämmelse med den ovan antydda uppfattningen om kreditmedgivandets betydelse uttryckes detta ofta så, att säljaren anses hava medgivit kredit².

Lundstedt har närmare utvecklat denna tanke och därvid jämväl anfört de övriga skäl, på vilka stadgandet i § 28 st. 2 enligt hans åsikt vilar. Hans argumentering är följande³. Vid ömsesidiga avtal bör den omständigheten, att ena kontrahenten redan fullgjort sin prestation, i och för sig icke föranleda därtill, att han skulle vara berövad rätten att på grund av medkontrahentens kontraktsbrott häva avtalet och återfordra vad han erlagt, såvida icke fullgörandet måste betraktas såsom uttryck för ett definitivt avstående från hävningsrätten. »Skall på grund af särskild bestämmelse i aftalet eller på grund af aftalstypens natur ett samtidigt utbyte af prestationer ej äga rum, utan har den ena kontrahenten att prestera, innan den andres förpliktelse till motprestation inträder, så torde den förre ej vara befogad att häfva aftalet och återfordra, hvad han utgifvit, därför att medkontrahenten sedermera ej behöri-

¹ Chydenius, Utkast § 22 st. 3, jfrd med mot. s. 44, synes icke vilja medgiva säljaren att häva avtalet efter det betalning till fullo erlagts.

² Mot. till köpl. s. 91, NLB mot. s. 54 f., Nordling i NT 1875 s. 660 f., Almén 10 NJMF s. 158—159. Köp § 28 vid not 120, Lundstedt (se nedan i texten), Chydenius s. 47 f., Scheel s. 352 f.

³ Lundstedt, Två föreläsningar i civilrätt och internationell privaträtt (1913) s. 21—26.

gen fullgör sin förpliktelse.» Hävningsrättens förlust i dessa fall motiveras därmed, att den, som förbundit sig att prestera först, bör antagas ha haft för avsikt att låta prestationen definitivt komma medkontrahenten till godo, ävensom därmed, att kontrahenten ifråga genom att prestera endast fullgjort det, vartill han enligt avtalet förpliktat sig. Ett betydelsefullt stöd för riktigheten av denna åsikt finner Lundstedt beträffande köp i 28 § 2 st. köplagen. Detta stadgande gäller emellertid även kontantköp, där någon plikt att prestera på förhand ej åligger säljaren. Här blir synpunkten om avstående från hävningsmöjligheten av betydelse. »Den omständigheten, att motprestationen, som A (c: säljaren) i det i 28 § förutsatta fall hade rätt att fordra, utgöres af en betalningsprestation, hvilken ju med största lätthet kunde utväxlas samtidigt med A:s fullgörande af sin skyldighet, åstadkommer presumtion för att A genom sitt fullgörande trots motprestationens uteblifvande gifvit uttryck åt, att han nu tillsvidare meddelade kredit och sålunda afstode från att göra häfningsrätt gällande.» Jämväl motiven till ifrågavarande stadgande¹, enligt vilka kontantsäljaren genom att låta köparen utan betalning komma i besittning av godset bör anses hava definitivt uppgivit sin rätt att hålla godset inne och sålunda ej sedermera bör kunna kräva godset tillbaka, åberopas till stöd för riktigheten av den givna förklaringen. Visserligen kunde denna motivering i lika mån sägas tala för att ej heller köparen, om han presterat först, skulle äga häva avtalet, men, framhåller Lundstedt, det är att märka, att det vid 28 § är fråga om ett innehållande från en *säljares* sida, att alltså penningbetalning är *förutsatt* såsom motprestation.

Denna framställning av grunderna till stadgandet i 28 § 2 st. köplagen har enligt vår tanke åtskilligt emot sig². Den påstådda presumtionen för kontantsäljarens avsikt att tillsvi-

¹ Mot. till köpl. s. 91.

² Den synes bl. a. tala emot att medgiva säljaren återkravsrätt enl. köpl. § 41. Från den angivna utgångspunkten måste väl denna befogenhet anses vila på ett tyst förbehåll (jfr Chydenius s. 47 f.), som för tanken på den gamla läran om *clausula rebus sic stantibus*. Varför

dare lämna kredit måste ofta framstå såsom ogrundad. Särskilt vid försändningsköp är säljaren ej sällan så gott som nödsakad att låta köparen utan betalning komma i besittning av godset, då det kan vara förenat med betydande praktiska svårigheter att träffa någon anordning, som tillgodoser säljarens rätt att förhindra godsets utgivande på samma gång som den lämnar köparen tillfälle att undersöka godset¹. Detta kan i allmänhet icke ske utan att säljaren ordnat med ombud på bestämmelseorten, vilket i praktiken ingalunda alltid är så enkelt; ofta är denna utväg ifölje säljarens obekantskap med förhållandena å nämnda ort eller vid mindre försändelser de oproportionerligt stora kostnader, den skulle medföra, så gott som utesluten. Då godset under sådana omständigheter försändes, och säljaren måhända uttryckligen förklarar sig strängt vidhålla kravet på kontant betalning, vore det en fiktion att låtsa, som om detta krav uppgivits. I ännu högre grad gäller detta, då säljaren har för avsikt att göra bruk av den honom i 15 § köplagen tillförsäkrade rätten att förhindra utgivandet och jämväl vidtar åtgärder i sådant syfte men av någon anledning misslyckas härutinnan. Utan tvivel är hävningsrätten icke desto mindre förlorad, såvida icke köparens besittningstagande grundas på en rättsstridig handling (t. ex. egenmäktigt förfarande eller bedrägeri)². Det är emellertid endast en terminologisk fråga, om man åt begreppet kreditköp vill giva en så vidsträckt omfattning, att kontantköpet i dessa fall anses övergå till ett kreditköp. I varje fall bör det vara uteslutet, att vid en sådan »kreditering» grunda hävningsrättens förlust på säljarens avsikt³.

Då Lundstedt så starkt betonar, att eftersom köparens förpliktelse går ut på en betalningsprestation, det för säljaren »med största lätthet» låter sig göra att utväxla prestationerna, säljaren skulle antagas vara så blygsam, att han gör förbehåll endast för det fall, att köparen vid utgivandet är i konkurs och icke jämväl för fall av annan insolvens, är ej klart.

¹ Jfr slutorden i 33 § köpl., Winroth s. 179 f.

² Winroth s. 157.

³ Scheel s. 352 f. Jfr beträffande 41 § köpl. Almén § 41 vid not 26—28.

medan motsatsen tydligen menas vara förhållandet beträffande köparen, så är detta att ställa saken på huvudet. Raka motsatsen synes vara fallet. Hur pass lätt eller besvärlig utväxlingen av prestationerna ställer sig från ena kontrahentens synpunkt, beror icke — i varje fall icke enbart — på motprestationen utan på arten av den ifrågavarande kontrahentens egen prestation. Besvärligheterna framkomma nämligen däri-genom, att kontrahenten, då motprestationen icke omedelbart och godvilligt fullgöres, måste själv taga hand om och ordna med sin egen prestation. Det har ovan påpekats, att detta för säljaren, särskilt då godset försänts, kan vara en vanskelig sak. Däremot har köparen det synnerligen bekvämt ställt i nu före-varande avseende. Han infinner sig med köpeskillingen för att betala och mottaga godset. Skulle detta ej behörigen till-handahållas honom, behåller han pengarna så länge. *Det* bör kunna ske med betydligt större lätthet än för säljaren att i det omvända fallet ta hand om godset.

När Lundstedt som avslutning på sitt ovan återgivna resonemang yttrar: »Allt tvifvel angående öfverensstämmelsen mellan 28 § och de här gjorda påståendena torde för öfrigt försvinna, när man erinrar sig 57 § samt beaktar, att 28 § i förevarande afseende ej erhållit någon motsvarighet i fråga om *köparens* häfningsrätt»¹, så måste vi bekänna, att denna erin-ran, med hänsyn till vad nyss anförts, gjorde det fullt klart för oss, att den påstådda överensstämmelsen *icke* var för han-den. Ty om det vore så, att kontantsäljarens förlust av häv-ningsrätten vilade på den betraktelsen, att han på grund av lättheten för honom att vid utväxlingen bevaka sin rätt borde anses genom underlåtenhet att detta göra hava avsett att lämna kredit och sålunda avstå från att göra häfningsrätt gällande, så vore det svärförklarligt, varför icke ett motsvarande stad-gande funnes för köparens del, ty berörda synpunkt synes med än större styrka tala för att i dennes erläggande av köpeskil-lingen inlägga en dylik avsikt.

Överhuvud förefaller det ganska godtyckligt, då man de-

¹ Lundstedt, Två föreläsningar s. 26.

kreterar, att säljaren »bör anses» men köparen icke anses genom fullgörandet ha avsett att uppgiva sin hävningsrätt. Olikheten i kontrahenternas ställning betingas av reala synpunkter¹, vilka endast undanskymmas av strävan att till varje pris söka härleda rättsreglerna ur parternas presumerade vilja. Det är dessutom svårt att inse, huru man med utgångspunkt från säljarens förmodade avsikt kunde komma till köparens *besittningstagande* såsom den avgörande tidpunkten. Såsom sådan borde väl hava antagits antingen själva köpet, om kreditmedgivandet ingått såsom ett led i detta. Eller också, om man såge avsikten tydligt objektiverad först i säljarens fullgörande av hans prestationsplikt, tidpunkten för fullgörandet. Men denna tidpunkt sammanfaller, såsom ovan erinrats, ingalunda alltid med utgivandet. Då vid försändningsköp, exempelvis ett fobköp, säljaren inlastat godset på det av köparen anvisade fartyget och även till denne översänt konnossement, måste väl den påstådda avsikten att definitivt avstå från godset hava framträtt så tydligt som den överhuvud kommer att göra. Ur någon senare åtgärd kan den icke framgå, då säljaren ingenting mer har att företaga. Från den angivna utgångspunkten borde därför, synes det, säljaren redan före utgivandet anses förlustig all rätt till godset. Ur köparens *besittningstagande*, en säljaren ofta alldeles obekant tidpunkt, kan i dessa fall ingenting utläsas om säljarens avsikter.

Bakom argumenteringen för att kontantsäljaren genom fullgörandet bör anses ha givit uttryck åt sin avsikt att lämna köparen kredit ligger antagandet av den satsen såsom given, att kreditmedgivandet innebär ett säljarens avstående från all rätt till godset. Denna sats torde vara att föra tillbaka till den romerska rätten². Då enligt denna, tradition förutsatt, kreditmedgivandet ovillkorligen överförde äganderätten, så låg det nära till hands att säga, att kreditmedgivandet var uttryck för säljarens avsikt att låta godset definitivt tillkomma köparen. Ty å ena sidan övergick äganderätten icke och förlorade säljaren således icke heller godset, förrän han beviljat anstånd

¹ Se nedan s. 162 f.

² Jfr Chydenius, Kontraktsrätt s. 2 f.

med betalningen, och å andra sidan ägde säljaren aldrig, efter det äganderätten övergått till köparen, göra någon rätt till godset gällande. Men det är att märka, att det var med äganderättens övergång som mellanled, kreditmedgivandet fick sagda betydelse. När man sedermera småningom mildrade det stränga traditionskravet, stod man dock, såsom i den historiska inledningen visats, kvar på den romerska ståndpunkten angående betydelsen av äganderättens övergång. Då denna ståndpunkt för fall av köparens insolvens (konkurs) ansågs föra till obilliga resultat, sköt man till säljarens skydd in stoppningsrätten (*droit de suite*). Efter denna rubbning i det förutvarande systemet förlorade säljaren ej längre genom kreditmedgivandet all rätt till godset, och det var därför ej heller riktigt att säga, att sagda medgivande innebure ett säljarens definitiva avstående från godset, ty hur skulle man då kunnat ge honom stoppnings-(återkravs-)rätt? Men då denna rätt antingen härleddes ur köparens dolus, ifölje vilken kreditmedgivandet förklarades ogiltigt, eller ock betraktades som en »singularitet», som stod direkt i strid med allmänna rättsprinciper, så bekymrade man sig icke om denna motsägelse; den hörde till »singulariteten». Alltjämt bestod därför uppfattningen, att creditsäljaren — bortsett från stoppningsfallet — förlorade rätten till godset, *emedan* han genom att bevilja anstånd givit uttryck åt sin avsikt att låta det definitivt tillkomma köparen. När vi nu i vår rätt upplöst sambandet mellan äganderättens övergång och frågan om anstånd beviljats samt övergivit dogmen om äganderättens absoluthet och medgivit säljaren att utan hinder av köparens redan vunna äganderätt häva avtalet även i andra fall än köparens insolvens, så har det mellanled bortfallit, som tidigare givit ett visst berättigande åt satsen om kreditmedgivandet såsom ett säljarens definitiva avstående från godset.

Förut har framhållits, att hävningsrätt kan tillkomma säljaren av annan grund än köparens mora solvendi. Stadgandet i § 28 st. 2 utesluter efter orden (»efter ty nu är sagt») hävningsrätten endast såvitt denna grundas på § 28 st. 1. Det lider emellertid intet tvivel, att säljaren efter godsets utgivande

ej heller kan häva avtalet. på grund av något annat köparens kontraktsbrott. Detta kan icke gärna förklaras med en hänvisning till kreditmedgivandet. Ty detta hänför sig endast till köpeskillingen, men en eftergift med hänsyn till dess erläggande såsom villkor för äganderättens definitiva övergång kan icke utan vidare anses i sig innesluta en eftergift ifråga om andra villkor. Med vår uppfattning, att det är köparens besittningstagande i och för sig, som med hänsyn till de intressen, vilka därtill anknyttas, definitivt avklipper bandet mellan säljaren och godset, tarva dessa fall ingen särskild förklaring¹.

Enligt vår tanke har stadgandet i § 28 st. 2 intet att göra med frågan om kontant- eller kreditköp föreligger², och det

¹ För det fall, att blott en del av godset utgivits, synes den här bestridda uppfattningen föra därtill, att köparens mora solvendi eller annat kontraktsbrott beträffande det utgivna godset icke skulle av säljaren kunna åberopas som grund för att häva avtalet ifråga om det icke utgivna. Om vi rätt fattat innebörden i berörda uppfattning, bör säljaren nämligen genom fullgörandet i förening med kreditmedgivandet anses hava avsiktligt upplöst avhängighetsförhållandet mellan prestationerna. De till hans köpeskillingskrav i denna dess egenskap knutna särskilda kvalifikationerna skulle ha bortfallit och nämnda krav i följd härav ha förvandlats till en vanlig penningfordran, vars gäldande utan dröjsmål icke kunde vara villkor för säljarens bundenhet av avtalet i övrigt. Att så emellertid är fallet och detta vare sig kontant- eller kreditköp föreligger, anse vi otvivelaktigt (så ock Almén § 28 not 117 — jfr emellertid § 39 not 145 och nedan s. 176 not 2; Winroth s. 159; jfr NJA 1916 A n:r 676; 1920 s. 1, 593). Godsets utgivande till köparen kan, såvitt rör påföljderna av kontraktsbrott å dennes sida, icke anses hava någon annan betydelse, än att hävningsrätten ifråga om det utgivna partiet är förlorad. I alla andra avseenden medför kontraktsbrottet samma befogenheter för säljaren, som om intet utgivande skett; denne kan icke anses hava eftergivit någonting.

² Rättsfallet i NJA 1916 s. 32 kunde synas vara uttryck för en annan uppfattning. Maj:s i H. D. tillägg till HovR:s motivering torde emellertid endast ha avsett att avvärja säljarens invändning om att köparen obehörigen kommit i besittning av godset (jfr ovan s. 157 vid not 2, Almén § 41 not 9 a och § 28 not 119). Tanken i maj:s yttrande lär alltså ha varit denna: då godset avlämnats genom avsändandet och kredit medgivits, har säljaren icke haft någon befogenhet att hindra utgivandet; köparens besittningstagande vore därför ej rättsstridigt, även om det skett utan säljarens bemyndigande. Att denna senare punkt varit

kan därför såsom betydelselöst lämnas därhän, huruvida i kontantsäljarens utgivande av godset bör inläggas ett tyst kreditmedgivande. Vare sig ett sådant är för handen eller ej, är hävningsrätten utesluten. Skälen för denna ståndpunkt kunna vara mångahanda¹.

För den uppfattning, som räknar med kreditskyddssynpunkten såsom en faktor av vikt², bör utgivandet av den anledningen vara avgörande, att köparens kreditvärdighet i tredjemans ögon väsentligen växer med hans besittningstagande av en värdefull varupost. Vår uppfattning rörande värdet av denna synpunkt har tidigare berörts. Huruvida tredjeman vid ifrågasatt kredit tar ett av gäldenären inköpt och till honom utgivet varuparti med i beräkningen, beror väl bl. a. just på om lagstiftaren tillåter den obetalte säljaren att återtaga godset. Men dessutom, om hänsynen till köparens borgenärer vore en omständighet av sådan betydelse, att lagstiftaren på den grund offrade säljarens intresse, så borde det icke få stå kontrahenterna fritt att till skada för borgenärerna bereda säljaren vidsträcktare skydd. Äganderättsförbehåll borde icke mot dem tillerkännas giltighet. Att så icke desto mindre sker, tyder onekligen på att hänsyn av angivna art icke utgöra den huvudsakliga grunden till stadgandet i § 28 st. 2.

För vår del tro vi, att ifrågavarande princip bör anses väsentligen vila på omsättningshänsyn. För varuutbytet, det ekonomiska tillgodogörandet av nyttigheter, är det av yttersta vikt, att omsättningen sker så snabbt och fritt som möjligt.

den avgörande är direkt utsagt i JustR Wedbergs votum, vilket endast därutinnan skiljer sig från maj:s domsmötiivering — sådan vi uppfattat dess innebörd — att det ej närmare angiver, varför säljarens ovanberörda invändning ej förtjänade avseende.

¹ Winroth¹ s. 157 finner dess förklaring »i rent praktisk hänsyn, nämligen till svårigheterna att efter godsets utgivande till köparen bringa parternas förhållanden tillbaka till deras skick före avtalets ingående, då kravet härpå icke framställles av köparen under godsets tillhandahållande i väsentligen oförändrat och oförminskat skick». Jfr även, ang. de allmänna grunderna för traditionsteorien, Hammarskjöld i TfR 1893 s. 106.

² Winroth s. 200; jfr Almén § 41 före not 17.

Förutsättningen för godsets bästa möjliga utnyttjande, för dess kommande till användning på det sätt och den tid, det bäst behövs, är dess frihet, vilket här vill säga att köparen äger fritt förfoga över godset och att tredjeman tryggt kan inlåta sig i avtal med honom om detsamma. Därför bör köparen i och med att han får godset i sin besittning principiellt och i regel ha fri dispositionsrätt däröver¹. Med tillgodoseendet av dessa synpunkter, vilka i lika mån tjäna omsättningen och godsets bästa nationalekonomiska användning, låter sig en säljarens² hävningsrätt ifråga om utgivets gods i allmänhet icke förena. Den i de italienska handelsstäderna med handelsns stigande utveckling allt vanligare krediteringen torde ha berott därpå, att köparen, som icke alltid omedelbart vid godsets mottagande kunde betala köpeskillingen, för godsets vidareförsäljning behövde full dispositionsfrihet, d. v. s. äganderätt, och denna vann han genom att utverka kredit³. Så blev krediteringen det juridiskt-tekniska medel, varigenom omsättningens krav på godsets frihet tillgodosågs. Den tanken ligger nära, att man i den modärna ståndpunkten att med godsets utgivande anse hävningsrätten utesluten eller i allt fall begränsad till kort tid, har att se en eftergift för berörda krav. Strävandet att bringa denna ståndpunkt i överensstämmelse med de grunder, på vilka den äldre regeln vilade, tar sig uttryck i benägenheten att ur utgivandet — resp. kort tids passivitet från säljarens sida — pressa fram ett kreditmedgivande.

Men är intresset av godsets frihet den väsentliga grunden till stadgandet i § 28 st. 2, så låter sig giltigheten av äganderättsförbehåll därmed väl förena⁴. Dessa komma av helt

¹ Jfr E. Møller i Tfr 1896 s. 94.

² Betänkligheter av angivna art göra sig däremot icke gällande mot en köparens hävningsrätt. Dennes anspråk går alltid ut på en penningbetalning, vare sig det är fråga om hävningsrätt, skadestånd eller återbärade av köpeskillingen helt (jfr romerska rättens *condictio indebiti*) eller delvis (prisminskning).

³ Jfr Chydenius s. 48: »Krediteringen sker för att säljaren må kunna förfoga över varan innan han nödgas betala priset.»

⁴ Jfr E. Møller i Tfr 1896 s. 94.

naturliga skäl faktiskt att begränsas till fall, där nämnda omsättningshänsyn icke alls eller endast i ringa mån göra sig gällande, nämligen till »Brugsting», som köparen anskaffar för eget användande och icke för försäljning (möbler, symaskiner, pianon, cyklar, böcker o. s. v.). Sett från kredit-skyddssynpunkten åter äger det egendomliga förhållandet rum, att undantagen från vad denna synpunkt kräver träffa just de fall, där skydd borde vara som mest påkallat.

Det har redan antytts, att säljaren enligt § 28 st. 2 äger genom förbehåll förvara åt sig rätt att även efter det godset kommit i köparens besittning häva avtalet. Undantagslöst göres sådant förbehåll ej i den form, lagen genom sitt uttrycks-sätt antyder, d. v. s. såsom ett enkelt hävningsförbehåll utan i form av ett äganderättsförbehåll. Olika meningar hava uppstått därom, vilken betydelse bör tilläggas ett förbehåll av förstnämnda slag. Spörsmålet är av föga praktiskt intresse, men en undersökning därav synes väl ägnad att belysa förhållandet mellan köpets obligatoriska och dess sakrättsliga verkningar.

Almén framhåller, att ett förbehåll enligt § 28 st. 2 kan tänkas vara av blott obligatorisk natur, innebärande befogenhet för säljaren att av köparen — men ej av dennes borgenärer — kräva godset åter; denna betydelse torde Almén tillägga ett enkelt hävningsförbehåll¹. Vanligen förbehåller säljaren sig emellertid äganderätten till godset, intill dess köpeskillingen blivit till fullo erlagd (*pactum reservati dominii*)². Huruvida ett förbehåll av ena eller andra slaget äger giltighet mot köparens borgenärer är en fråga, som § 28 ej haft till uppgift att besvara. Enligt svensk rätt tillkommer emellertid sådan giltighet otvivelaktigt förbehåll av senare slaget, äganderättsförbehåll. Förhållandet bör enligt Almén uppfattas så, »att den villkorliga äganderätt, som i allmänhet förvärvas genom avtal om köp av bestämt gods mot kontant betalning och upphör genom godsets utgivande, här äger bestånd, oaktat

¹ Almén § 28 vid not 126—127 a, Tillägg och rättelser till första delen, § 41 not 9.

² Almén § 28 vid not 128—130 och i föreg. not anm. tillägg.

godset kommit i köparens besittning och anstånd med köpeskillingens erläggande medgivits»¹.

Lundstedt, som anser, att ett äganderättsförbehåll i samband med ett verkligt köpeavtal, vilket å säljarens sida fullgjorts, icke bör tillerkännas annat än obligatorisk effekt², anmärker mot Almén följande³. Om en kontantsäljare — »av hänsyn till möjliga svårigheter vid utövande av retineringsrätten enligt 15 § i köpelagen»⁴ — gjort ett enkelt hävningsförbehåll på grund av § 28 st. 2, så måste detta, sett från Alméns ståndpunkt, ha till följd, att köparen även efter godsets utgivande endast har »en av köpeskillingens erläggande villkorad äganderätt». Läget är alltså alldeles detsamma som efter ett uttryckligt äganderättsförbehåll. Att emellertid ett förbehåll av förstnämnda art icke kan i köparens konkurs göras gällande — vilket Almén ej heller synes vilja påstå⁵ — finner Lundstedt med hänsyn till 41 § köplagen knappast kunna vara föremål för tvivel⁶. Men då bör givetvis ej heller ett äganderättsförbehåll kunna åberopas mot borgenärerna. »Hos Almén torde felet bottna i utgångssatsen, att vid kontantköp både köpare och säljare ha (villkorad) äganderätt till godset. På denna sats grundar han den sakrättsliga verkan av *pactum reservati dominii*, men han förbiser samtidigt, att satsen måste leda till att varje tyst eller uttryckligt hävningsförbehåll erhöle samma verkan och att det med nämnda ut-

¹ Almén § 28 vid not 137—138, Almén & Eklund, Avbetalningsköp § 1 Anm. 10.

² Lundstedt, Byggnadsborgenärernas rättsliga ställning, s. 23 f. Ej heller Nordling (NT 1875 s. 660 f.) vill tillerkänna äganderättsförbehållet giltighet mot borgenärerna, då ett sådant förbehåll »icke kan antagas för annat än ett betingande af panträtt i det lemnade godset för medkontrahentens på rättshandlingen grundade fordran». Jfr även Afzelius, 5 NJMF Bil. II s. 18, Lamm, Bidrag till läran om enkla bolag och handelsbolag enligt svensk rätt, I s. 92 not 1, Fehr s. 54 f.

³ Lundstedt anf. arb. s. 24 not 1.

⁴ Jfr ovan s. 156.

⁵ Almén, Tillägg och rättelser till första delen, § 41 not 9.

⁶ Här om se nedan s. 170 f.

gångspunkt är logiskt uteslutet att räkna med möjligheten, att sådant förbehåll stundom hade 'allenast den verkan, att säljaren skall hava en fordringsrätt gent emot köparen'. Med detta förbiseende sammanhänger motsägelsen i en ståndpunkt, som låter fullt identiska rättslägen hava än sakrättslig än blott obligatorisk natur».

Denna Lundstedts kritik av Alméns ståndpunkt synes oss i visst avseende berättigad¹. I de slutsatser, vartill Lundstedt kommer, kunna vi emellertid icke instämma. Under det Lundstedt från det enkla hävningsförbehålls ogiltighet mot köparens borgenärer sluter till, eller åtminstone däri finner ett stöd för åsikten, att ej heller det uttryckliga äganderättsförbehållet bör äga sakrättslig giltighet, komma vi tvärtom till det resultatet, att även förstnämnda förbehåll bör tillerkännas sakrättslig verkan².

Av köplagen framgår endast, att den hävningsrätt, som enligt 1 st. i 28 § står säljaren till buds, på grund av förbehåll må göras gällande jämväl efter det godset kommit i köparens besittning. Ingenstädes finnes utsagt, att hävningsrätten enligt § 28 st. 1 — då äganderätten redan övergått till köparen — gäller mot dennes borgenärer. Att den detta gör har emellertid ej varit föremål för tvivel; det är ock förutsatt i 39—41 §§. Men varpå beror denna hävningsrätts verkan mot borgenärerna? Varför icke även här fordra äganderättsförbehåll?

¹ Lundstedts påstående l. c., att situationen efter ett enkelt hävningsförbehåll — och även efter ett pact. res. dom. — är alldeles densamma, som om säljaren blott misslyckats i sitt för köparen kända bemödande att utöva retineringsrätten å destinationsorten, torde ej vara riktigt. Lundstedt synes förbise, att förbehållet, vare sig det har den ena eller andra formen, är en avtalsbestämmelse, på vilken köparen ingått (jfr Winroth s. 158). Säljaren kan inte ensidigt med för köparen bindande verkan göra ett sådant förbehåll. Lundstedts anmärkning är emellertid riktad mot Almén och synes mot denne äga ett visst berättigande, då Almén ställer köparens blott villkorliga äganderätt i samband med retineringsrätten. I det omhandlade fallet har säljaren ej velat avstå från denna rätt och följaktligen, kunde man säga, ej heller från sin villkorliga äganderätt.

² Detta torde även vara Hasselrots mening, 2 uppl. s. 172.

Dessa frågor synas oss föra till kärnpunkten i problemet om sambandet mellan köpets sakrättsliga och dess obligatoriska verkningar. Svaret är, såvitt vi kunna finna, följande. Genom säljarens hävande av avtalet bortfaller detta helt och hållet och därmed alla på dess uppfyllelsesyfte grundade rättigheter, dess rättighetsproducerande kraft försvinner¹: säljaren kan icke längre fordra köpeskillingen, köparen icke godset. Avtalet utgör emellertid enligt svensk rätt — i motsats till romersk rätt och på densamma vilande rättssystem — den gemensamma grunden för köpets sakrättsliga såväl som dess obligatoriska rättsverkningar. Bortfaller grunden, bortfalla även *båda* dessa slag av rättsverkningar. Då köparens äganderätt vilar på köpeavtalet såsom ett laga fång, så är det naturligt, att nämnda äganderätt står och faller med avtalet. Därmed är också grunden angiven till att det rörliga obligatoriska spelet mellan kontrahenterna kan leda till sakrättsliga konsekvenser. I vilken utsträckning äganderättsfrågan avhänger av de obligatoriska förpliktelserna och dessas fullgörande är likaledes av det sagda klart: endast i den mån en obligatorisk förpliktelse går till roten av avtalet, sätter dettas vara eller icke-vara på spel, berör den det sakrättsliga läget, ty det är endast på grund av eftersättandet av en sådan plikt, säljaren äger häva avtalet.

Om hävandet tillåtes även efter köparens besittningstagande, har det givetvis då samma innebörd. Besittningstagandet är ingen rättsgrund. Köparens äganderätt vilar efter denna tidpunkt — åtminstone i regel² — ej mindre än dessförrinnan på köpeavtalet. Men då denna grund genom hävandet bort-

¹ Att säljaren till grund för sin skadeståndstalan kan lägga sitt uppfyllelseintresse, berör icke denna punkt. Han har alltid rättighet att ställa sig så, som vore något avtal aldrig ingånget. Jfr Almén § 34 vid not 45. Om det terminologiska spörsmålet, se Almén § 21 not 152—157.

² Läget kan bli ett annat på grund av specifikation, sammanblandning eller föremålets införlivande med fastighet. Om sistnämnda fall, se NJA 1918 s. 441 samt Almén i SvJT 1918 s. 5—22, Lundstedt, Byggnadsborgernärernas rättsliga ställning, s. 18—26, Sjögren i Tfr 1916 s. 353—356, Undén i Tfr 1921 s. 14—18.

faller, så faller också köparens äganderätt¹. Det synes därför för vanliga fall uteslutet att såsom Almén tala om ett hävande, som endast skulle ge säljaren en obligatorisk rätt att återbekomma godset². Har han blott denna befogenhet, så måste ju avtalet alltså bestå och alltså icke vara hävt, ty varpå skulle köparen eljest grunda sin äganderätt? Såvitt rör den sakrättsliga frågan synes läget kunna jämföras med det, som uppkommer, då ett köpeavtal, vilket från säljarens sida fullgjorts, sedermera visas vara ogiltigt på grund av tvång, svek eller ocker. Lika litet som säljaren i dessa fall skulle ha en blott obligatorisk rätt mot köparen — denne har ju aldrig förvärvat någon äganderätt, då ett giltigt avtal ej förelegat — lika litet är detta händelsen i nu omhandlade fall.

Av det sagda följer, att om säljaren på grund av ett enkelt hävningsförbehåll hävt avtalet, *innan* köparen kommit i kon-

¹ Det om hävandets innebörd i texten sagda synes lämna en tillfredsställande teoretisk grund för stadgandet i 57 § 1 st. köpl.; jfr 2 st. av 166 § SjöL. i dess ursprungliga lydelse och C de com 576 i. f., i vad rör gjorda avbetalningar; Baudry n:r 556 ff.

² Annorlunda tysk rätt; jfr ovan s. 56, 61—63, Almén § 57 vid not 15. — Vad Almén § 57 vid not 14—17 anför om hävande av bytesavtal synes ej stå väl tillsammans med antagandet av blott obligatorisk giltighet av ett enkelt hävningsförbehåll. I övrigt må beträffande byte en anmärkning göras. Man synes allmänt antaga, att § 28 st. 2 köpl. icke är tillämplig å byte (Almén l. c. och § 1 före not 56, Hasselrot 2 uppl. s. 368, Lassen-Ussing § 96 not 14). Det är dock svårt att inse, varför den som till sin medkontrahent utgivit bortbytt gods skulle äga återfordra detta, om det tillbytta godset icke behörigen avlämnas eller är behäftat med fel, då han icke skulle haft denna befogenhet, om vederlaget varit penningar (köp). Grunden till stadgandet i § 28 — vare sig man anser den vara omsättningshänsyn, kreditryddssynpunkten, praktiska svårigheter vid restitutionen eller ännu andra hänsyn — anknyter givetvis till beskaffenheten av säljarens prestation, icke till köparens. Men vid byte har ju vardera prestationen samma karaktär som säljarens vid köp. Särskilt då bytesobjektet är generiskt bestämt synes den olika behandlingen av köp och byte obefogad. Till märkliga resultat leder ovanberörda uppfattning vid s. k. blandat byte (jfr även ett sådant fall som det i NJA 1922 A n:r 404, där ena kontrahenten hade valrätt mellan att som vederlag lämna penningar eller varor).

kurs, boet utan vidare är skyldigt utlämna godset¹. Men härmed är icke avgjort, att säljaren äger häva avtalet jämväl efter det konkurs inträtt. I den formella klarhetens intresse må först framhållas, att frågan icke bör ställas så, huruvida säljaren, då han efter konkursens inträde häver avtalet, kan göra sin rätt till godset gällande mot konkursboet. Ty *äger* säljaren häva avtalet, så är det, såsom nyss erinrats, för normala fall uteslutet, att boet skulle kunna påstå någon rätt till godset.

Lundstedt framhåller, att det enkla hävningsförbehållet icke kan antagas från säljarens sida innebära mera, än det utsäger². Naturligtvis, men frågan är just, vad ett sådant förbehåll egentligen utsäger. Då säljaren — enligt § 28 st. 1 — häver avtalet, exempelvis på grund av köparens underlåtenhet att behörigen ställa rembours eller lämna växelaccept, synes ställningen i intet avseende vara annorlunda, än om fullgörandet av denna köparens förpliktelse i avtalet uttryckligen förklarats vara villkor för säljarens bundenhet. Ur samma synpunkt av legala villkor³ kunna samtliga de omständigheter betraktas, vilka enligt lag berättiga säljaren⁴ att häva avtalet, dock med den restriktionen att godset icke får ha kommit i köparens besittning. Genom nu omhandlade stadgande i 2 st. av 28 § har lagstiftaren öppnat möjlighet för säljaren att eludera besittningstagandets verkan att utesluta hävningsrätten. Det i hävningsförbehållet uppställda villkoret äger alltså bestånd. Någon grund, varför ett dylikt villkor icke skulle kunna i samma utsträckning, som om det knutits till ett äganderättsförbehåll, göras gällande mot medkontrahentens konkursborgenärer, synes ej förefinnas⁵. På ett vill-

¹ Jfr Lyon-Caen VIII n:r 835 samt, för det fall att köparen före konkursen hävt avtalet, Winroth s. 261.

² Lundstedt, Byggnadsborgenärernas rättsliga ställning, s. 24 not 1.

³ Jfr Konkurslagstiftningskommitténs betänkande (1911) s. 216 nederst samt Sjöf. § 166 gamla lydelsen, Cc 1183, 1184, Nederländernas borg. lagbok 1302.

⁴ Naturligtvis gäller detsamma om de hävningsgrunder, som kunna åberopas av köparen.

⁵ Jfr Lassen I § 17: I, II.

korligt avtal bör köparens konkursbo lika litet som köparen själv kunna grunda någon ovillkorlig rätt. Det vore i sanning egendomligt, om ett av säljaren för köparens förvärv av äganderätt uppställt villkor skulle gentemot dennes borgenärer äga giltighet, men icke ett villkor för hela köpeavtalets bestånd¹; ett villkor av sistnämnda slag måste uppenbarligen anses i sig innesluta villkorlighet för samtliga på avtalet grundade rättigheter, incl. äganderätten². Man torde kunna säga, att det vanliga äganderättsförbehållet endast är ett i sakrättslig dräkt klätt hävningsförbehåll^{3, 4}.

Såsom skäl för att fränkänna det enkla hävningsförbehållet verkan mot köparens konkursborgenärer åberopar Lundstedt lydelsen av 41 § köplagen⁵. Vi kunna dock icke

¹ Med uppfattningen, att ett enkelt hävningsförbehåll har blott obligatorisk giltighet, saknade stadgandet i § 28 st. 2 om dylikt förbehåll praktiskt taget all betydelse. Ty å ena sidan vore ett sådant förbehåll av så ringa värde, att en säljare knappast kunde väntas ha något intresse av att betinga sig det, men å andra sidan skulle det väl heller aldrig ha fallit någon in att betvivla, att kontrahenterna ägde göra en så oskyldig överenskommelse; den träder verkligen ingens rätt för när.

² Till stöd för den här förfäktade meningen, att ett förbehåll enligt § 28 st. 2 äger giltighet mot köparens konkursborgenärer, även om det icke formulerats såsom äganderättsförbehåll, synes kunna åberopas NJA 1922 A n:r 151. H. D:s dom omnämner icke, såsom eljest alltid plägar ske, att enligt avtalet äganderätten ej skulle övergå, förrän betalning till fullo erlagts.

³ Lassen anser, att ett enkelt hävningsförbehåll (*lex commissoria*) i allmänhet åtnjuter sakrättsligt skydd, »dog med mindre Modstandskraft mod eksstinktiv Godtroserhvervelse end Ejendomsforbeholdet» (*Lassen-Ussing* § 92. I. 2. a). — Att ett äganderättsförbehåll ej utesluter äganderättens villkorliga övergång är allmänt erkänt; se *Almén* § 128 vid not 138, *Lassen-Ussing* § 92 vid not 16—17, *Torp-Grundtvig* s. 341.

⁴ Förhållandet synes nämligen icke böra uppfattas så, som skulle äganderättsförbehållet endast ha den negativa betydelsen att undanröja det hinder för avtalets hävande, som köparens ovillkorliga äganderätt eljest skulle utgöra. Föreligger intet förbehåll om hävningsrätt, torde sådan rätt efter utgivandet ej tillkomma säljaren, även om köparen icke blivit ägare (t. ex. därför att säljaren ej haft äganderätt och köparen varit i ond tro).

⁵ *Lundstedt*, *Byggnadsborgenärernas rättsliga ställning*, s. 24 not 1.

inse, att i berörda avseende några som helst slutsatser kunna dragas från nämnda lagrum. Om meningen är att på satsen »efter det köparen kommit i konkurstillstånd» grunda ett contrarieslut, så borde väl detta få det innehåll, att intet som helst förbehåll berörde borgenärernas rätt till gods, som före konkursens början kommit i köparens besittning. Då en sådan slutsats för den gällande rättens del vore uppenbart oriktig¹, måste frågan om verkan av förbehåll överhuvudtaget anses vara helt och hållet lämnad öppen vid avfattningen av 41 §.

Den sakliga kärnan i den här använda konstruktionen är, såsom av det föregående framgår, den, att äganderätten till godset, efter det den enligt de allmänna reglerna redan övergått till köparen, kan för viss eventualitet oinskränkt återgå till säljaren. I konstruktionen ligger därjämte, att säljarens hävningsbefogenhet afficierar köparens äganderätt, ej blott hans obligatoriska rätt till godset. Detta kan även uttryckas så, att säljaren har en sakrättsligt skyddad befogenhet att vid väsentligt kontraktsbrott å köparens sida återvinna full äganderätt till godset. Skulle så icke vara fallet utan befogenheten vara av blott obligatorisk natur, är konstruktionen ej användbar².

I övrigt ansluta vi oss till Alméns uppfattning, att såväl säljaren som köparen har äganderätt till godset; den förres är resolutivt, den senares suspensivt betingad av att omständigheter icke inträffa, som berättiga säljaren att häva avtalet. Varderas äganderätt åtnjuter sakrättsligt skydd mot den andres borgenärer³.

¹ Förhållandet vore alldeles detsamma, som om man för tiden före köpl. på 38 § kkl:n velat grunda en sådan uppfattning; jfr Hammar-skjöld i TFR 1893 s. 110 not 1, Afzelius, 5 NJMF Bil. II s. 18.

² Ej heller om säljaren — såsom i engelsk rätt — endast har en legal panträtt men ej äger behålla godset för egen räkning. Jfr ovan s. 153 not 1. Almén (10 NJMF s. 156) synes anse denna skillnad oväsentlig.

³ Se närmare härom Almén & Eklund, Avbetalningsköp, § 1 Anm. 10—13. Jfr Torp-Grundtvig s. 129 ff. — Om avbetalningsköparens rätt, innan betalningsskyldigheten fullgjorts, se SvJT 1922 Rf s. 62; HovR:s dom torde vara uttryck för i texten angivna uppfattning.

Det inbördes förhållandet mellan kontrahenterna beröres endast i ringa mån av äganderättens (villkorliga) övergång¹. Det synes därför fåfångt att spana efter någon säljarens vilja i denna punkt — utöver den som ligger i själva köpeavtalet. Säljaren kommer icke i sämre ställning därför att köparen blivit ägare och någon grund att antaga, att säljaren, så länge köpeskillingen icke är betald, ej »har villet skille sig ved Eighedsretten»², synes ej förefinnas. Vad säljaren genom ett bevarande av äganderätten framförallt kunde åsyfta, nämligen ett tryggande av sin ställning med hänsyn till vederlaget, är honom ändå tillförsäkrat. Av denna anledning ha vi ansett, att äganderätten övergår vid speciesköp med avtalet och vid leveransavtal med individualiseringen, utan att någon säljarens överlåtelse i en eller annan form härför är av nöden. Detta utesluter givetvis icke, att ett speciesköp kan ha blott obligatorisk verkan³. Så är fallet bl. a. vid försäljning av en res futura, av en sak, som säljaren skall framdeles förvärva eller av saker, som utgöra tillbehör till fast egendom. På de spörsmål, som särskilt sistnämnda fall erbjuder, skola vi här icke ingå. Att äganderätt i dessa fall för köparen icke uppkommer med blotta avtalet beror emellertid icke på säljarens vilja.

B. Köplagen §§ 39—41.

Med vad förut anförts rörande de till köparens besittningstagande anknutna intressen är den ram given, inom vilken vid väsentligt kontraktsbrott å köparens sida hävningsrätt står säljaren till buds. Inom denna ram har säljaren ock beretts skydd mot följderna av köparens obestånd. Fäster man sig huvudsakligen vid säljarens intresse av att i godset äga en viss säkerhet för köpeskillingens utfående, kunde man vilja anse obeståndet i första hand endast påkalla befogenhet för honom att förhindra, att mellanvarandets utveckling fortskrider till

¹ Jfr ovan s. 98 not 3.

² Hagerup s. 80, 166 f.; jfr Torp-Grundtvig s. 343 f.

³ Jfr Chydenius s. 1, 12 f., Kontraktsrätt s. 4 f., Hammarskjöld i Tfr 1893 s. 105 ff., Björling i SvJT 1918 s. 26.

den punkt, där nämnda säkerhet upphör, alltså till utgivandet. Detta sammanfaller vid platsköp i regel¹ med avlämnandet. Detsamma gäller vid köp enligt 65 § köplagen. Rätt att förhindra utgivandet blir därför i dessa fall liktydig med rätt att underlåta att avlämna godset (= att hålla det inne). Föreligger åter distansköp enligt 10 eller 62—64 §§ falla avlämnande och utgivande i sär.

Ett fasthållande vid ovannämnda minimikrav för säljarens skydd skulle för sistnämnda fall föra till att denne trots köparens obestånd icke ägde undandraga sig att avlämna (avsända) godset². Att lagstiftaren vid det principiella bedömandet av situationen lagt huvudvikten på säkerhetssynpunkten synes antagligt därav, att 39 § endast handlar om kreditköp³. Kontantsäljaren är ju aldrig skyldig att låta köparen komma i besittning av godset annorledes än mot betalning. Ur nämnda synpunkt äro särskilda bestämmelser därför ej av nöden för det fall, att köparen kommit på obestånd. Begränsningen till kreditköp vore givetvis alldeles riktig, såvida obeståndet ej ansåges böra föranleda någon vidaregående befogenhet för säljaren än att förhindra utgivandet. I den mån man går längre, saknas däremot all anledning att göra skillnad mellan kreditköp och kontantköp⁴. Ty den gynnsammare ställning, säljaren vid de senare intager, kommer till synes först vid godsets utgivande; enligt 15 § äger kontantsäljaren ju icke vid försändningsköp undandraga sig avsändandet.

Nu har lagstiftaren emellertid icke stannat vid att säljaren endast skulle äga hindra utgivandet utan gått ett steg längre och tillerkänt honom rätt att jämväl hålla godset inne. Grun-

¹ Men ej alltid, härom se Almén I s. 107—108.

² Det kan därför ingalunda sägas vara så alldeles klart, som man ofta antager (se t. ex. Almén § 39 not 17. Bugge i Tfr 1902 s. 236; jfr Heckscher s. 187, Lassen-Ussing § 85 not 18), att säljaren, därför att han äger hindra utgivandet, även skulle ha rätt att hålla godset inne; jfr § 15 köpl.

³ Se även mot. till köpl. s. 98. Annorlunda de danska och norska lagarna; Lassen-Ussing § 85 not 15.

⁴ Ävensom mellan köp enl. 10 eller 62—64 §§ köpl. och köp enl. 65 §.

den till att creditsäljaren sålunda vid köparens obestånd tilllagts längre gående befogenheter än som enligt 15 § tillkomma kontantsäljaren har angivits ligga däri, »att det i här förutsatta fall är anledning antaga, att köpeskillingen ej varder rätteligen erlagd, och att man då ansett det vara hårt, om säljaren skulle vara tvungen att, vid äventyr att eljes själv göra sig skyldig till kontraktsbrott gent emot köparen, skicka i väg godset till bestämmelseorten med risk att där behöva vidtaga särskilda anstalter för att förhindra dess utgivande och omhändertagade samma utan att kunna påräkna att få sina kostnader här för ersatta»¹. Denna tanke kan icke sägas ha erhållit ett tillfredsställande uttryck i lagtexten. Dels har nämligen rätt att hålla godset inne — då det ej är nödvändigt för att hindra köparens besittningstagande — stadgats endast för kreditköp, dels tar avfattningen icke hänsyn till köp enligt 65 §, vid vilka avlämnandet försiggår å bestämmelseorten och säljaren följaktligen icke, vare sig kontant- eller kreditköp föreligger, skulle äga underlåta att avsända godset².

Vad förstnämnda fall beträffar, kan ingen tvekan råda därom, att man har att analogt tillämpa 39 §³; det vore ej rimligt, att säljaren i nu förevarande avseende skulle vara sämre ställd därför att han lämnat köparen anstånd. Vad åter angår köp enligt 65 §, är det väl sant, att alldeles samma skäl, som tala för att säljaren vid andra distansköp ej skall behöva avsända godset, även här göra sig gällande. Icke desto mindre anse vi betänkligheter möta mot den uppfattning, enligt vilken säljaren jämväl vid nu omhandlade köp skulle äga undandraga sig godsets avsändande⁴. Man går nämligen

¹ Almén § 39 vid not 101; mot. till köpl. s. 101, Winroth s. 206. Jfr Heckscher s. 128 f.

² Detta under förutsättning, att uttrycket »hålla godset inne» är liktydigt med »underlåta att avlämna». Att emellertid berörda uttryck har denna innebörd synes framgå av 14 och 15 §§; Almén § 14 vid not 35, § 39 not 100; NJA II 1906 n:r 1 s. 71.

³ Så Almén § 39 vid not 103, Hasselrot 2 uppl s. 227, Winroth s. 210.

⁴ För denna uppfattning Almén § 39 not 100, Winroth s. 206.

därmed väsentligt utöver vad lagtexten angiver, och det är ej lätt att förebringa giltiga skäl, varför säljaren i detta fall mer än åtskilliga andra skulle utan uttryckligt stöd i lag äga göra ställandet av säkerhet till villkor för vidtagandet av åtgärder, som endast avse att förbereda och möjliggöra avlämnandet. Än mera betänksam måste man bli vid besvarandet av frågan, huruvida säljaren, om fordrad säkerhet uteblir, äger häva avtalet. Andra punkten i 39 § gör nämligen denna befogenhet uttryckligen beroende av att tiden för godsets avlämnande är inne. Mot denna direkta föreskrift synes hävningsrätt före nämnda tid ej böra medgivas. Å andra sidan kan man näppligen göra skillnad mellan första och andra punkten och sålunda tillåta säljaren att undandraga sig avsändandet men ej att häva avtalet ¹.

Att retinerings- eller stoppningsrätten bör upphöra, då betryggande säkerhet ställes för köpeskillings behöriga gäldande, är klart. Grunden till nämnda rätt är egentligen icke köparens insolvens i och för sig utan den fara för säljarens vederlagskrav, som genom insolvensen uppenbaras. Härav synes följa, att om vederlagskravet trots insolvensen icke är hotat, säljaren icke bör kunna åberopa stadgandena om köparens obestånd. Denna situation föreligger exempelvis, då säljaren redan vid avtalets ingående erhållit pant eller borgen ².

Emellertid har det icke lämnats köparen (hans konkursbo) full frihet att efter behag ställa säkerhet och sålunda utfå godset eller avvakta köpeskillings förfallotid och då mot betalning begära godsets avlämnande eller utgivande. Säljarens ställning skulle vara högeligen ogynnsam, om han, då köparen eller konkursboet icke i eget intresse ställer säkerhet för att utbekomma godset, skulle vara nödsakad avvakta kredittidens utgång för att få förhållandet avvecklat. Särskilt gäller detta, då godset är av lättfördärlig art eller underkas-

¹ Detta synes dock vara Lassens mening (Lassen-Ussing § 85 not 23). Almén torde däremot, att döma av § 39 not 170, anse rätten att häva avtalet gå hand i hand med rätten att kräva säkerhet.

² Annorlunda Winroth s. 201 (jfr dock s. 204, 208); se även Almén § 41 vid not 30.

tat hastigt prisfall (säsongvaror); den säkerhet, innehavet av godset erbjuder, skulle ju i dessa fall relativt fort minskas¹. Säljaren har därför i andra punkten av 39 § tillerkänts rätt att *fordra* säkerhet och, om sådan ej ofördröjligen ställes, häva avtalet.

Retineringsrätten såväl som stoppningsrätten är endast av dilatorisk natur. Att skyddet för säljaren fått denna karaktär beror på tvänne omständigheter. Den ena är den, att säljarens befogenhet att falla tillbaka på godset även för dessa fall — bortsett från 41 § — ansetts böra hållas inom den ram, som angives i 28 § 2 st. Gränspunkten för nämnda befogenhet är i 39 § angiven på alldeles samma sätt som i 28 §; i och med att godset kommer i köparens besittning, är säljaren förlustig all rätt därtill². Vad förut utvecklats i anslutning till sistnämnda lagrum har därför samma giltighet ifråga om 39 §. Särskilt må erinras därom, att det är besittningstagan- det i och för sig det kommer an på, och att det följaktligen saknar betydelse, huruvida ur utgivandet kan utläsas någon säljarens avsikt att definitivt avstå från godset³. Även om säljaren gör allt vad i hans förmåga står för att hindra utgi- vandet, är, därest han misslyckas i sina strävanden, rätten för honom att åberopa 39 § utesluten⁴. Här såväl som vid 28 §

¹ Mot. till köpl. s. 100, Almén § 39 vid not 162. Däremot synes spekulationsmöjligheten för konkursboet tillräckligt förebyggd genom skyldigheten för boet att giva besked, huruvida det vill tillträda köpet. 40 § handlar visserligen endast om det fall, att ingendera kontrahentens handlingstid ännu är kommen, men desto mera klart bör det vara, att säljaren efter leveranstidens inträde äger kräva sådant besked; så även Almén § 39 not 172.

² Har godset till en del utgivits, kan denna del icke med stöd av 39 § krävas tillbaka. Är den mening riktig, som ovan s. 161 not 1 uttalats rörande säljarens hävningsrätt, då godset delvis utgivits, torde säljaren jämväl i nu förevarande fall äga häva avtalet beträffande den återstående delen, med mindre säkerhet ställes för köpeskillingen i dess helhet. Så ock Ekeberg s. 29; annorlunda Almén § 39 not 145 och Hasselrot 2 uppl. s. 232 f.

³ Jfr å ena sidan NJA 1916 s. 32, å andra sidan NJA 1889 s. 12.

⁴ Så ock Almén § 39 vid not 90 b—90 c, Winroth s. 205, 213, Ekeberg s. 29 f., Lassen-Ussing § 85 vid not 26—30 e.

synes man böra komma till annat resultat, därest man grundar besittningstagandets betydelse icke på hänsyn till därtill anknytna intressen utan på säljarens presumerade avsikt. Enligt denna mening borde hinder för honom icke möta att kräva tillbaka godset, därest han blott lagt i dagen sin önskan att göra bruk av stoppningsrätten, exempelvis genom en icke åtydd order till fraktföraren¹. En sådan tolkning synes dock oförenlig med lydelsen av 39 §, varförutom någon skillnad i förevarande avseende ej lär kunna göras mellan 28 och 39 §§; tillåter man den säljare, som förgäves sökt stoppa godset, att återtaga detsamma, så måste man väl även anse kontantsäljaren, som ej lyckats förhindra godsets utgivande, berättigad att häva köpet. Att sådan rätt emellertid icke torde kunna medgivnas, har tidigare framhållits.

Nu berörda omständighet, att besittningstagandet här som vid 28 § är avgörande, är emellertid icke ensamt för sig tillräcklig att göra en dilatorisk rätt sådan som stoppningsrätten behöfvig. Även då säljaren enligt 28 § häver köpet efter godsets avsändande, kan han sägas stoppa godset i den meningen, att han förhindrar dess utgivande² (jfr 15 § köpl.). Men detta stoppande — ordet användes naturligtvis här ej i teknisk betydelse — är i allmänhet ej av samma art som i 39 §:s fall, utan innebär, såsom en självfallen följd av köpets hävande, säljarens definitiva återtagande och köparens definitiva förlust av godset³. Köparens insolvens har emellertid icke ansetts böra berättiga säljaren att utan vidare häva avtalet, även om leveranstiden är inne. Denna befogenhet har nämligen gjorts beroende av att köparen icke på anmaning ställer säkerhet. Men knyter man hävningsrätten till ett sådant vill-

¹ Jfr betr. engelsk rätt ovan s. 35 vid not 3.

² Detta är dock intet villkor för hävandets rättsverkan; jfr NJA 1875 s. 579.

³ Likheten med stoppningsrätten är dock påfallande, då säljaren vid civilt köp gör bruk av retineringsrätten enl. 15 § köpl. Visserligen torde i sådana fall även ett kortvarigt dröjsmål med köpeskillingens gäldande i regel få anses såsom väsentligt, men förhållandena kunna dock vara sådana, att säljaren någon tid måste avvakta betalning, innan han häver avtalet.

kor, måste man givetvis förläna säljaren ett medel att förhindra besittningstagandet. Detta medel är stoppnings-(retinerings-)rätten.

Genom stoppningsåtgärden inträder ett ovisshetstillstånd, varunder mellanvarandets vidare utveckling avstannar ¹. Den innebär ingen avveckling av förhållandet utan detta hålles in suspenso, tills antingen godset utgives, eller säljaren gör bruk av sin rätt att häva avtalet. Att säljaren äger stoppa godset innebär i och för sig endast, att han icke genom att så förfara utsätter sig för de morapåföljder, en dylik åtgärd eljest skulle medföra ². Stoppningsrättens huvudsakliga uppgift torde kunna sägas vara att förvara säljaren vid hans hävningsrätt ³, vare sig han vill utöva den genast eller avvakta köpeskillingens förfallotid; stoppandet betecknar alltså en i detta syfte till säljarens säkerhet stadgad provisorisk åtgärd ⁴. Att man gått längre och tillerkänt säljaren rätt att hålla godset inne även vid försändningsköp, då innehållandet icke är av nöden för att bevara hävningsrätten, innebär en kombination med en annan synpunkt, den nämligen, att då förutsättningen för avtalets hävande sannolikt kommer att inträda, det vore obilligt fordra, att säljaren för avtalets fullgörande vidtager åtgärder, vilka endast skulle förorsaka honom utgifter, som han icke kan vänta att få ersatta ⁵. Man anteciperar avtalets hävande och ställer därför säljaren i väsentliga avseenden i samma läge, som om hävningsgrund redan vore för handen ⁶. Genom att denna senare synpunkt endast delvis beaktats, har 1905 års lag på denna punkt kommit att lida av en viss halvhet, som

¹ Almén § 39 vid not 157 a.

² Almén § 39 vid not 155—156; jfr Lassen-Ussing § 85 vid not 16—17.

³ Winroth s. 206 anser stoppningsrätten närmast vara ett maktmedel för att tvinga köparen eller hans konkursbo att ställa säkerhet.

⁴ Det ligger därför, såsom Almén § 41 vid not 34 framhåller, »i sakens natur, att den egentliga (s. k. passiva) stoppningsrätten förlorar i betydelse och värde för säljaren i samma mån som återkravs rätt (s. k. aktiv stoppningsrätt) erkännes».

⁵ Almén § 39 vid not 101.

⁶ Jfr Winroth s. 206, 210.

ej blott teoretiskt knappast låter sig försvara utan även praktiskt leder till otillfredsställande resultat, varom mera nedan.

Av de båda säljaren i 39 § tillerkända befogenheterna är retinerings- eller stoppningsrätten en för insolvensfallet specifik anordning, för vars uppgift och rättsliga natur vi just redogjort. Bestämmelsen om hävningsrätt åter är endast en speciell tillämpning av den allmänna princip, varpå 28 § vilar¹. Vi återkomma senare till denna fråga.

Ställandet av säkerhet i 39 §:s fall ger icke köparen ovillkorlig äganderätt. Det föranleder endast, att säljaren ej längre äger hålla godset inne eller hindra dess utgivande eller på grund av vad som redan förekommit häva avtalet, men utesluter icke, att han på grund av senare inträffande omständigheter må åberopa 28 eller 39 §. Skulle den ställda säkerheten utan säljarens förvållande gå förlorad eller så väsentligt minskas, att den är uppenbart otillräcklig, äger säljaren otvivelaktigt, såvida godset ännu ej kommit i köparens besittning, ånyo göra gällande sina rättigheter enligt 39 §. Därest ett kontantköp föreligger och säkerhet blivit ställd för godsets avsändande, är säljaren icke därigenom förlustig sin rätt att enligt 15 § förhindra godsets utgivande annorledes än mot betalning²; vid väsentligt dröjsmål med köpeskillingsens erläggande äger han häva avtalet enligt den allmänna regeln i 28 §.

Enligt 166 § sjölagen första punkten äger stadgandet i 39 § köplagen om rätt för säljaren att hindra godsets utgivande tillämpning, ändå att konnossement å godset blivit till köparen överlämnat. Bestämmelsen har, enligt vad motiven upplysa, tillkommit »till förebyggande af det missförstånd, som möjligen kunde uppstå i följd af konnossementets egenskap att — såsom förhållandet plägar uttryckas — representera varan»³. Hur än besittningsförhållandet vid konnossement i

¹ Almén § 39 vid not 166, Ekeberg s. 27 not 1; annorlunda Hasselrot 2 uppl. s. 225.

² Almén § 39 vid not 103 a, Hasselrot 2 uppl. s. 227.

³ Mot. till köpl. s. 134. Lassen finner »Udtalelsen heraf overfor Bestemmelserne i Kbl. ganske overflødig» (Lassen-Ussing § 85 not 56).

andra avseenden bör bedömas¹, anses för köparen i allt fall besittning av sådan styrka ej hava uppkommit, att den motiverar säljarens uteslutande från allt anspråk på godset².

166 § sjölagen talar endast om rätt att hindra godsets utgivande eller i visst fall kräva det åter. Däremot omnämnas ej rätten att häva avtalet. Att denna rätt emellertid är för handen i samma utsträckning som eljest är uppenbart. Enligt andra punkten bortfalla samtliga dessa befogenheter, då tredjeman i god tro erhållit konnossement på sig överlåtet. Sakrättsligt uttryckt betyder detta, att säljarens trots konnossementets utgivande till köparen fortbestående villkorliga äganderätt exstingveras.

Ett betydelsefullt undantag från regeln om besittningsförhållandet såsom avgörande innehålles i 41 § köplagen, enligt vilken, då godset utgivits efter det köparen kommit i konkurs-tillstånd, säljaren äger kräva det åter, med mindre boet giver köpeskillingen ut eller, så framit den ej är till betalning förfallen, förklarar sig vilja den gälda och ställer betryggande säkerhet, där sådan av säljaren äskas. Grunden till detta undantag, som har sin motsvarighet i nästan alla främmande lagar utom Englands, kan angivas på olika sätt, beroende på vilken man anser vara den egentliga grunden till den regel, från vilken undantaget göres. Nu är emellertid saken den, att de olika, från skilda uppfattningar stammande skäl, som kunna anföras till stöd för huvudregeln, samtliga äro av den art, att de icke alls, eller i varje fall med långt mindre styrka göra sig gällande, då godsets utgivande skett efter det köparen kommit i konkurs.

Grundas huvudregeln väsentligen på kreditskyddssynpunkten, är undantaget i 41 § självfallet. Den allmänna in-

¹ Se Almén § 10 not 11—13 och där anf. litteratur ävensom Winroth s. 41, Chydenius s. 49, 51 och Kontraktsrätt s. 60, Knoph i TfR 1922 s. 349—351.

² Det synes ej finnas någon reell grund, varför köparens mottagande av annan handling än konnossement (t. ex. en warrant), gällande i innehavarens hand, skulle utesluta stoppningsrätten; så dock Almén § 39 vid not 117.

vändingen mot återtagande av utgivet gods, nämligen att tredjeman av gäldenärens innehav kan ha föranletts att lämna kredit, bortfaller ju här.

Från den synpunkt, vi för vår del äro böjda att anlägga på stadgandet i 28 § 2 st., låter sig berörda undantag ävenledes väl motivera. De allmänna omsättningshänsyn, som principiellt betinga godsets frihet i köparens hand, göra sig här icke gällande; realisationen av ett konkursbos tillgångar är ekonomiskt vida skild från det tillgodogörande i skiftande former av en saks värde, varpå huvudregeln bygger och för vars skull den erfordras.

Oavsett vilken grund man antager för principen i § 28 st. 2, låter sig dessutom alltid säga, att det just i dessa fall gentemot säljaren skulle »verka i hög grad obilligt, om den omständigheten, att konkursboet lyckats sätta sig i besittning av varan, skulle medföra den för honom ödesdigra påföljden, att han måste åtnöjas med att i konkursen bevaka sitt anspråk på köpeskillingen»¹. Billigheten² kan väl sägas i lika mån tala för återkravs rätt till före konkursen men efter insolvensen utgivet gods, men medan ett hänsynstagande till billigheten i dessa fall skulle strida mot omsättningens intresse, är detta här ej händelsen. Därför kan billigheten med skäl åberopas till stöd för 41 §.

Säljarens framställning till konkursboet om godsets återlämnande innebär ett hävande av avtalet. Detta hävande har emellertid ej, såsom eljest enligt köplagen — 49 § undantagen — ovillkorlig verkan, utan är betingat av att konkursboet icke fullgör vad 41 § föreskriver för dess rätt att tillträda köpet³.

Den i tysk litteratur så livligt omdebatterade frågan, huruvida äganderätten genom återkravet omedelbart återfaller till säljaren (eventuellt bör betraktas såsom aldrig överförd från honom) eller om han endast får ett obligatoriskt krav på »Rückübertragung»⁴, är i svensk rätt lätt att besvara. Då åter-

¹ Almén § 41 före not 17.

² Jfr nedan s. 186 f.

³ Almén § 41 vid not 45, Winroth s. 214 ff.

⁴ Se ovan s. 61—63.

kravet betyder ett hävande av avtalet, bortfaller, såsom tidigare utvecklats, den grund, varpå köparen grundar sin äganderätt och konkursboet sin rätt att indraga godset bland boets tillgångar. Genom konkursboets underlåtenhet att uppfylla de i 41 § uppställda villkor återvinner säljaren full äganderätt till godset. Om konkursförvaltaren därefter förfogar över det samma, uppkommer för boet skyldighet att ersätta säljaren godsets värde, vilket kan vara högre än den avtalade köpeskillingen¹. Det lär väl även kunna ifrågasättas, huruvida icke förvaltaren genom ett sådant förfarande gör sig förfallen till ansvar för förskingring.

För den, som finner vår tidigare framställning om sambandet mellan köpets obligatoriska och dess sakrättsliga verkningar i princip riktig, torde det utan vidare vara klart, att de säljaren vid köparens obestånd tillerkända befogenheter icke på något sätt stå i strid med reglerna om äganderättens övergång. Hävningsrätten utgör i dessa fall lika litet som enligt 28 § något avsteg från eller något brott mot konsekvenserna av dessa regler. Stoppningsrätten åter, befogenheten att hindra godsets utgivande, är, såsom ovan utvecklats, endast en provisorisk anordning, nödvändiggjord därav, att hävningsrättens utövning gjorts beroende av att köparen icke på anmaning ställer säkerhet.

Någon närmare utredning erfordras ej därom, att stadgandena rörande stoppningsrätten ej äro av mindre betydelse för det fall, att säljaren ännu är ägare. Naturligtvis kan han inte på den grund godtyckligt underlåta att genom avlämnandet fullgöra sin obligatoriska förpliktelse, eller, om detta redan skett, hindra godsets utgivande. Att denna praktiskt orimliga och teoretiskt ohållbara ståndpunkt dock i representativa kretsar omfattats, finner man av motiven till Lagkommitténs förslag till handelsbalk. I argumenteringen för åsikten att speciesköparen bör anses i och med avtalet förvärva äganderätt heter det bl. a.: »Förkastades denna mening och ansåges äganderätten ännu, och intill dess tradition skett, wara hwi-

¹ Almén § 41 vid not 38 a, Hasselrot 2 uppl. s. 237, 239.

lande hos säljaren, så skulle deraf följa, att denne senare, när som helst, kunde lagligen föryttra den sålda egendomen till annan man, eller ock egenwilligt häfwa köpet. Alle afhandlingar om köp, der verklig tradition ej i och med det samma skett, skulle då blifwa ogiltige och utan all werkan, och således omöjlige i alla de fall, då det som säljes, icke kan genast öfwerlemnas till köparen, emedan det ofta finnes å aflägsen ort ifrån det ställe, der köpet sker»¹.

En svag återklang av dessa toner tycker man sig förnimma i vissa uttalanden från tiden närmast före köplagens tillkomst, vilka gå ut på att säljaren »i kraft af sin alltjämt fortbestående äganderätt»² skulle kunna hålla godset inne. Meningen lär väl dock — trots ordalagen — icke ha varit den, att säljarens äganderätt skulle vara grunden till hans ifrågasvarande befogenhet, utan det citerade yttrandet bör väl förstås så, att rättsgrunden till stoppningsrätten även i dessa fall är köparens insolvens. Äganderätten framdrages i så fall endast för att giva uttryck åt, att det hinder för stoppningsrättens utövning, som köparens redan vunna ovillkorliga äganderätt kunnat utgöra, icke föreligger. Vare sig meningen varit den ena eller den andra, vila uttalandena ifråga på en oriktig uppfattning om förhållandet mellan köpeavtalets obligatoriska och dess sakrättsliga verkningar. Huruvida köparen vunnit en ovillkorlig äganderätt, beror just på omfattningen av säljarens obligatoriska befogenheter.

Vi ha i det föregående sökt giva en framställning av stoppningsinstitutets utveckling genom tiderna fram till vår nu gällande köplag. Det ligger nära till hands att även kasta en blick framåt och ägna någon uppmärksamhet åt frågan om stoppningsinstitutets vidare utvecklingsmöjligheter i vår rätt. Detta blir väsentligen detsamma som att fråga: är köplagens reglering av detta ämne fullt rationell och, varom icke, vilka anmärkningar kunna framställas däremot?

¹ L. K. mot. s. 164; jfr Heckscher s. 81 ff.

² Ekeberg s. 9; jfr Hasselrot s. 47. Härtill Almén § 39 vid not 26—32.

I det föregående har antytts, att regleringen av säljarens ställning ifölje köparens insolvens kan tänkas ske ut från tvänne väsentligen olika synpunkter. Antingen kan man se saken så, att då insolvensen i och för sig icke är något kontraktsbrott, säljaren ej bör kunna göra anspråk på längre gående befogenheter än som erfordras för att skydda hans vederlagskrav. Detta sker genom att han berättigas förhindra godsets utgivande annorledes än mot säkerhet och, om sådan ej ställes, häva avtalet. Tanken skulle alltså vara den, att säljaren bör skyddas mot följderna av kreditmedgivandet men ej tilläggas en bättre ställning än den, som i allmänhet tillkommer en kontantsäljare. Med denna uppfattning lär man ej kunna komma till någon rätt för säljaren att hålla godset inne, då avlämnandet kan ske utan att godset kommer i köparens besittning.

Eller också kan man anlägga den synpunkten, att då köparens insolvens endast är att betrakta såsom en särskild form av anteciperad mora solvendi, och väsentlig sådan mora enligt vår rätt i samma utsträckning som aktuell mora utgör hävningsgrund, så bör säljaren jämväl i nu förevarande fall äga omedelbar hävningsrätt. Då emellertid köparen icke lagt i dagen någon avsikt att icke betala och grunden till hävningsrätten egentligen är den fara för säljarens vederlagskrav, som genom insolvensen uppenbaras, så bör det givetvis stå köparen öppet att undanröja hävningsgrunden. Detta sker genom ställande av betryggande säkerhet för köpeskillingens behöriga gäldande. Sådan säkerhet synes böra ställas opåmint efter det säljaren meddelat, att han på grund av insolvensen häver avtalet. Hävandet blir alltså endast villkorligt, dess verkan är betingad av att säkerhet icke ställes.

Köplagens reglering av ämnet ansluter sig närmast till det förra av dessa båda alternativ men innebär därjämte ett visst beaktande jämväl av synpunkter, som ligga till grund för det senare. Det synes oss emellertid de lege ferenda kunna ifrågasättas, huruvida icke en ytterligare förskjutning i denna riktning vore befogad ¹.

¹ Se Chydenius, Utkast § 22, mot. s. 45 f.; jfr, beträffande köparens hävningsrätt vid säljarens obestånd, § 14 och mot. s. 19 f.

Så som Almén visat¹, torde den ledande tanken i det senare alternativet, nämligen insolvensens bedömande såsom en särskild form av anteciperad mora solvendi, få anses accepterad av lagstiftaren, då han såsom det för situationen i 39 §:s fall karaktäristiska framhåller, att »det måste antagas, att köpeskillingen ej varder rätteligen erlagd». Men man frågar sig då, om säljarens intresse av att omedelbart äga häva avtalet här är mindre framträdande än eljest vid anteciperad mora, eller medkontrahenten här kan anses förtjänt av en mera skonsam behandling. Intetdera synes vara fallet.

Det säregna i den situation, som uppkommer i och med köparens insolvens, är knappast tillräckligt angivet med subsumtionen under anteciperad mora. Lagtextens ord, att »det måste antagas, att köpeskillingen ej varder rätteligen erlagd», äro fullt på sin plats endast om de hänföras till vad som kunde förväntas inträffa, därest säljaren i överensstämmelse med avtalets innehåll vore pliktig låta godset utgivas utan betalning. Men då nu säljaren i första punkten av 39 § tillerkänts rätt att förhindra utgivandet, så minskas därmed i avsevärd grad sannolikheten för att köpeskillingen icke skall å förfallotiden gäldas. Motiverar man säljarens hävningsrätt enligt 39 § med en hänvisning till köparens anteciperade mora solvendi, lär man få bestämma detta begrepp annorlunda än såsom »objektiv visshet eller till visshet gränsande sannolikhet» för att dröjsmål kommer att inträda².

Betraktar man situationen sådan den föreligger i och med stoppningsåtgärden och spörjer efter sannolikheten för att betalning ej skall komma att rätteligen erläggas, så torde man finna, att därom i allmänhet ingenting låter sig säga. Det torde nämligen förhålla sig så, att avgörandet ifråga om köpets behöriga fullgörande, resp. vid konkurs boets tillträde, mindre bestämmes av om köparens ställning är bättre eller sämre än därav, om avtalet, bedömt vid denna tid, ter sig förmånligt

¹ Almén § 39 vid not 2. Jfr Winroth s. 210.

² Almén § 21 vid not 1 b och 6.

för honom ¹. Är så fallet, lär väl i allmänhet betalning komma att erläggas (tillträde att ske), även om köparens ställning är relativt dålig, medan, om affären ter sig förlustbringande, betalning torde utebli (tillträde ej ske), även om köparens ställning skulle vara relativt god. Att i senare fallet fullgöra vad som erfordras för godsets utbekommande skulle ju innebära, att köparen eller konkursboet toge på sig hela förlusten, medan ett motsatt förfarande — vare sig avtalet av säljaren häves eller ej — är ett medel att överföra större eller mindre del av denna förlust på säljaren. Grunden till att säljaren enligt nu gällande lag redan vid leveranstidens inträde äger häva avtalet, så snart fordrad säkerhet ej ställes, torde således egentligen icke ligga i att »det måste antagas, att köpeskillingen ej varder rätteligen erlagd» — därom kan man av nyss angivna skäl ingenting veta vid nämnda tid — utan däri, att situationen eljest skulle utveckla sig på säljarens risk: betalning komme antagligen att erläggas endast om priset stigit, så att köparen (hans konkursbo) toge en event. vinst, medan säljaren finge — helt eller delvis — bära en event. förlust.

Men det synes ligga i öppen dag, att tillbörlig hänsyn till nu berörda förhållande icke kan anses tagen därmed, att säljarens handlingsfrihet inträder vid leveranstiden. Ty läget är ju alldeles detsamma under tiden från insolvensens inträffande till leveranstidens inträde.

Den synpunkt, som ligger till grund för köplagens bestämmelser i denna del, är enligt Almén den, att man ansett det icke billigtvis kunna begäras av en köpare, att han, när helst någon säljare sådant fordrar och innan han själv ännu är berättigad att komma i besittning av godset, skall ställa säkerhet för köpeskillingens gäldande ². Det är alltså billighets-skäl, som föranlett, att den teoretiskt riktiga och med den utsträckning, vari vår rätt eljest erkänner anteciperad mora solvendi såsom hävningsgrund, överensstämmande reglering av hävningsrätten, som här förordas, icke lagts till grund för köp-

¹ Nu angivna omständighet saknade däremot betydelse, om godset redan vore utgivet.

² Almén § 39 vid not 171.

lagens stadganden i ämnet¹. Men det lär väl kunna ifrågasättas, om det är riktigt att reglera hävningsrätten i här omhandlade fall med billigheten som norm. Såsom Lundstedt med rätta framhållit², kan billigheten, med allt erkännande åt dess stora roll i rättslivet, icke tillerkännas rangen av en faktor i första planet, då det gäller att reglera omsättningen. Alldeles särskilt gäller detta ifråga om den egentliga varuomsättningen, handeln. Här måste förvisso omsättningens intresse vara den ledande synpunkten. Att detta också är den genomgående principen i köplagen faller genast i ögonen. De stränga bestämmelserna om hävningsrätt, oberoende av subjektiva omständigheter på den felande partens sida, utgöra det starkast möjliga tillgodoseende av omsättningens intresse på bekostnad av billighetshänsyn. Ett inblandande av dessa senare synes här ej befogat och säkerligen skulle köpmännen, med klar insikt om att billigheten är ett tveeggat svärd, som lika ofta komme att vändas emot dem som det skyddade dem, vara de första att undanbedja sig denna skonsamhet. De av handelns män före köplagen utbildade stränga reglerna äro främmande för billighetssynpunkter. Endast i den mån ett avvägande efter billighet icke strider mot omsättningshänsyn kan den komma i betraktande vid intresseavvägningen. Till dessa på varuomsättningens område sällsynta fall hör icke det nu förevarande. De synpunkter, som betinga hävningsrätt för säljaren vid aktuell mora solvendi såväl som vid andra slag av anteciperad mora än köparens insolvens, göra sig med icke mindre styrka gällande i sistnämnda fall. Tvärtom kan det här sägas vara mera angeläget för säljaren att genom avtalets omedelbara hävande sättas i tillfälle att förfoga över godset, då den ökade förlust, som följer av uppskov, i detta fall åtminstone delvis får bäras av honom själv.

¹ Det är intressant att iakttaga, att medan säljarens stoppningsrätt tidigare motiverats såsom ett på billighet vilande, till *säljarens* förmån uppställt undantag från allmänna rättsprinciper, läget nu är det omvända, att en inskränkning i säljarens hävningsrätt, i förhållande till vad nu erkända rättsprinciper skulle föranleda, motiveras med billighet mot *köparen*.

² Lundstedt i SvJT 1921 s. 329.

Handeln kräver snabbhet och säkerhet. Framför allt söker man undvika långa ovisshetstillstånd, vilka vanligen medföra möjlighet för ena parten att spekulera på den andres bekostnad. Detta syftemål tjänar den omfattande reklamationssplikten. Den omsorg, varmed man i köplagen sett denna synpunkt till godo, låter sig ej väl förena med det sätt, varpå man i 39 § reglerat säljarens ställning vid köparens obestånd.

Olägenheterna för säljaren av att han icke före leveranstidens inträde äger fordra säkerhet äro påtagliga. Alldeles särskilt gäller detta vid beställning. Trots köparens obestånd måste säljaren, vid risk att anses såsom den där brutit avtalet, vidtaga alla åtgärder för att ha beställningen färdig å leveranstiden. Nära nog värdelöst blir skyddet enligt 39 §, då beställningen avser föremål, som skola tillverkas enligt beställarens särskilda föreskrifter och som hava ett i förhållande till köpeskillingen ringa värde på marknaden. Som exempel nämner Almén beställning av en servis för en restaurant, vars namn skall inbrännas på varje pjäs¹. Andra exempel äro beställningar av maskiner av ovanlig storlek eller av särskild konstruktion². Det är klart, att säljaren är föga betjänt med rätten att häva avtalet efter det beställningen är färdig, då han näppeligen torde kunna finna avsättning för godset på annat håll. Såvida köparens ställning icke är alltför miserabel, lär säljaren se sig nödsakad att utlämna godset, ehuru säkerhet ej ställes, då den utdelning, han kan påräkna i konkursen, kan väntas uppgå till högre belopp än godsets marknadsvärde (jfr säsongvaror). Vetskapen härom kan utnyttjas av köparen eller hans konkursbo, så att de, även om de livligt åstunda att erhålla det beställda, ändock icke ställa fordrad säkerhet, då de kunna påräkna att ändock erhålla godset. För att undgå dessa olägenheter ifrågasätter Almén en analogisk användning av 39 § på det sätt, att i sådana fall som de nämnda tillverkaren anses berättigad att göra ställandet av säkerhet till villkor för beställningens utförande³. Hur tilltalande detta resul-

¹ Almén § 39 vid not 170.

² Se t. ex. NJA 1922 A n:r 145 (kassaskåpslås).

³ Almén § 39 not 170.

tat än vore, synes oss en sådan analogi dock alltför djärv. Oavsett att man sätter sig över lagens uttryckliga fordran för avtalets hävande, nämligen att leveranstiden är inne, vore det vanskligt att avgöra, huruvida i det särskilda fallet omständigheterna äro sådana, att säkerhet bör kunna fordras före leveranstiden, och denna ovisshet ginge ut över säljaren, ty skulle vid en senare tvist domstolarna ej dela hans uppfattning, ansåges han själv hava gjort sig skyldig till kontraktsbrott.

Av särskilt intresse är, att detta exempel så tydligt visar, att insolvensen i och för sig är en anteciperad mora och att denna icke kan anses vara för handen först därmed, att säkerhet icke ställes. Med den anteciperade moran inträder säljarens intresse av att kunna häva avtalet. Detta intresse är ibland större, ibland mindre. Fallet med beställningen av egenartade föremål skiljer sig på intet annat sätt från varje annan beställning eller annat köp än att säljarens hävningsintresse är särskilt i ögonen fallande. Men vår rätt är främmande för den synpunkten, att hävningsrätten skulle vara beroende av om i det konkreta fallet den hävande parten verkligen lidit någon skada genom dröjsmålet. I en mängd fall, då köparen på grund av någon dags försening med avlämnandet eller säljaren på grund av ett helt kort dröjsmål med betalningen häver köpet, har den hävande parten icke lidit någon som helst skada utan är tvärtom mycket belåten med dröjsmålet — som då oftast varit ofrivilligt — enär det ger honom möjlighet att komma ifrån ett oförmånligt avtal. Frapperad av den uppenbara obillighet mot säljaren, som i nu berörda fall den på billighet mot köparen vilande inskränkningen i säljarens hävningsrätt skulle innebära, har Almén för detta speciella fall i stället velat taga billigheten i anspråk för säljarens räkning. Men omsättningen kräver fasta och bestämda regler, medan billigheten talar till förmån än för den ene, än för den andre och därför synes oduglig som ledande synpunkt. Almén, som så energiskt bekämpat den gamla, djupt rotade uppfattningen av stoppningsrätten såsom en på billighet vilande undantagsbestämmelse, går således icke själv helt fri

från anmärkningen att i detta ämne röra sig med billighets-synpunkter.

Jämväl i andra fall än det nu nämnda synas omsättnings-hänsyn med styrka påkalla omedelbar hävningsrätt för säljaren. Den viktigaste synpunkten synes oss vara den förut berörda, att köparen och hans borgenärer eljest kunna spekulera på säljarens bekostnad. Den har givetvis samma giltighet även då kontantköp eller prenumerationsköp föreligger.

Till stöd för stoppningsrätten finner man i litteraturen ofta det skälet anført, att om sådan rätt icke erkändes, en person, som finner sig vara på obestånd, skulle kunna från andra orter, där hans läge ännu icke vore känt, inköpa stora varumängder för att därmed gynna sina härvarande borgenärer på de avlägset boende säljarnas bekostnad. Men en liknande situation kan med framgång skapa^s inom köplagens ram, då en köpman, som förutser, att han snart skall komma på obestånd, avslutar kontrakt om leverans av betydande varumängder. Den insolvente köparen har nu en lysande chans. Stiga priserna, har det visserligen ingen fara för säljarna, vare sig köparen fullgör sin betalningsskyldighet eller ej. Men antagligen gör han det. Att skaffa pengar efterhand som leveranstiden för de olika avtalen inträder bör i allmänhet ej falla sig svårt; hans borgenärer ha ju all anledning att vara honom behjälpliga härmed. Köparen har gjort en god affär. Falla åter priserna, så stå säljarna där med sitt gods plus ett värdelöst skadeståndsanspråk. Ehuru priserna måhända hela tiden varit i fallande, ha de ingen möjlighet att skydda sig — annan än den att själva spekulera i fortsatt prisfall och rättsstridigt bryta avtalet¹. En sådan sakernas ordning synes lika litet stämma med omsättningens krav som med billighet och rättvisa.

Alméns ovan återgivna yttrande, att man ansett det icke billigtvis kunna fordras av en köpare, som kommit på obestånd, att han, närhelst någon säljare sådant fordrar och innan han själv ännu är berättigad att komma i besittning av godset,

¹ Jfr Winroth s. 207.

skall ställa säkerhet för köpeskillings gäldande, föranleder ytterligare ett par anmärkningar. Först och främst må framhållas, att skyldigheten för köparen att ställa säkerhet och rätten för honom att å avtalad tid komma i besittning av godset icke synas stå i det samband med varandra, att han kan ha något anspråk på att dröja med den förra, tills han mottager godset. Man lägger för ensidigt vikten på att säljarens vederlagskrav är, eller icke är, i fara; ty gör man det, måste man helt naturligt även komma att lägga vikten på säkerhet för köparen såsom skyddsmedel. Men omsättningen har för länge sedan gått utöver denna synpunkt. Då säljaren enligt 28 § eller köparen enligt 21 § köplagen tillerkänts rätt att häva avtalet på grund av väsentligt dröjsmål å medkontrahentens sida, kan detta naturligtvis icke försvaras ur säkerhetssynpunkt.

Det behöver icke föreligga den ringaste fara för att icke köparen skall erhålla godset eller säljaren köpeskillingen, därför att en dags dröjsmål förelupit. Detta är särskilt uppenbart, då dröjsmålet berott på förbiseende, glömska, sjukdom eller något yttre hinder. Är medkontrahentens solvent, kan den oskyldige parten ju dessutom alltid rättsligen tilltvinga sig sin rätt. Ser man således endast på faran för vederlaget med det därav föranledda säkerhetsintresset, så synes hävningsrätt på grund av dröjsmål icke böra tillkomma säljaren, såvida köparen är solvent, eller köparen, såvida säljaren kan rättsligen tvingas att fullgöra avtalet. Säkerhetssynpunkten är för primitiv, den rör sig endast med de båda primfaktorerna, godset och köpeskillingen, men lämnar utan beaktande andra faktorer, som för omsättningen äro av största vikt. Dessa andra faktorer äro de, som sammanhånga med omsättningens krav på snabbhet och säkerhet. Värde för en kontrahent i ett ömsesidigt förpliktande avtal av den honom gentemot medkontrahentens tillkommande obligatoriska rättigheten är väsentligen beroende av att gäldenären punktligt fullgör sin skyldighet. Rättigheten står väl kvar även efter det dröjsmål inträtt, men dess ekonomiska värde, omsättningsvärde, är högst väsentligt minskat. Den planerade användningen av prestationen är

ofta omöjliggjord, den ena åtgärden griper in i och hänger samman med den andra i en ändlös kedja; klickar det på en punkt, brister hela kedjan. Detta förhållande, som sammanhänger med att i nutidens rörliga ekonomiska liv en oöverskådlig mängd olika möjligheter för ekonomiskt tillgodogörande av varor eller anskaffande av varor så att säga i varje ögonblick står öppen, påkallar full frihet för den oskyldige kontrahenten att gå ifrån avtalet, så snart det visar sig, att motprestationen ej behörigen fullgöres. Därmed får han frihet att gripa någon annan möjlighet, medan hans bundenhet under lång tid efter dröjsmålets inträdande skulle ekonomiskt klavbinda honom. Dessa synpunkter och flera därtill är vad som ligger bakom uttrycket omsättningsens intresse. Det är utan vidare klart, att hävningsrätten av nu antydda skäl är minst lika nödvändig vid anteciperad mora.

De gjorda antydningarna torde vara tillräckliga för att visa, att säkerhetssynpunkten (faran för vederlaget) vid reglering av hävningsrätten endast är en subsidiär synpunkt. Det yttrande av Almén, vartill dessa anmärkningar anknutits, synes innebära ett förbiseende av detta förhållande. Säkerhetssynpunkten kan i 39 §:s fall ej mer än vid andra fall av mora solvendi ensamt vara avgörande.

Köplagen har, såsom tidigare framhållits, heller icke stannat vid denna synpunkt. Vid distansköp är säljaren, åtminstone om avsändningsorten är leveransort, ej ens skyldig avsända godset, förrän säkerhet blivit ställd. Men mellan avsändandet och köparens besittningstagande kan förflyta lång tid. Härunder har säljaren i allmänhet oinskränkt faktisk — men enligt vår mening icke rättslig — dispositionsbefogenhet över godset.

Man kunde, då man nu icke ansåg säljaren böra omedelbart på grund av insolvensen äga fordra säkerhet, tänkt sig den synpunkten anlagd, att plikten att ställa säkerhet inträdde först då köparen erhöles besittningen av godset eller åtminstone kontrollen däröver (t. ex. genom konnossement), så att han kunde utnyttja godset för anskaffande av säkerhet. En dylik anordning, som skulle tillgodose säkerhetssynpunkten — men icke omsätt-

ningens intresse — kunde ha ansetts motiverad därmed, att köparen just med hänsyn till sitt obestånd kan antagas ha svårt för att anskaffa erforderlig säkerhet och fördenskull utan en sådan reglering ofta måste låta förmånliga avtal gå sig ur händerna. Att denna synpunkt icke varit den för lagstiftaren ledande ligger i öppen dag; säljaren kan fordra säkerhet, innan han avsänder godset, huru han även därefter har faktisk dispositionsmöjlighet däröver.

Att en rätt för säljaren att omedelbart på grund av insolvensen fordra säkerhet skulle te sig obekvämt för köparen, är naturligtvis riktigt, men detta synes icke vara tillräckligt skäl för att fränkänna säljaren denna rätt. Detta betyder nämligen endast, att situationens ekonomiska vanskligheter, i främsta rummet risken för prisfall, skjutas över på säljaren. Man kan icke vara mild mot köparen utan att vara hård mot säljaren. Här som eljest på köplagens område bör frågan om vem som har att bära risken av en ogynnsam händelse avgöras efter ett övervägande av situationen i dess helhet och med beaktande av omsättningens intresse. Att man därigenom kommer till ett annat resultat än köplagen ha vi i det föregående sökt visa. Men även bedömt ur ren billighetssynpunkt: är det, då vanskligheterna härflyta ur köparens insolvens, obilligt, att han framför säljaren bör bära olägenheterna därav? Vi ha visat, att resultatet av billigheten mot köparen endast är att denne på säljarens bekostnad tämligen riskfritt kan spekulera i stigande priser. Den ömsinte svarar: med den här föreslagna regleringen skulle köparen, så snart hans insolvens bleve bekant, ex. genom betalningsinställelse, bli överlupen med brev och telegram, däri säljarna med åberopande av insolvensen förklarade sig häva ingångna köpeavtal. Köparen kunde icke genast skaffa säkerhet och förlorade därmed sin rätt. Härom må följande anmärkas.

I fråga om de avtal, som vid tidpunkten för säljarens hävande visa sig förlustbringande för köparen (på grund av att priset efter köpslutet fallit) eller åtminstone icke vinstgivande (priset oförändrat) lider denne ju ingen skada genom hävandet på annat sätt än att han icke kan spekulera i prisstegring till leveranstiden. Vad åter beträffar de avtal, som

äro förmånliga för köparen, lär denne i de flesta fall finna utvägar att skaffa säkerhet. Han kan sälja sin rätt på grund av avtalet och därvid uppnå, att köparen ställer säkerhet, eller pantsätta samma rätt. Den närmaste utvägen synes emellertid vara, att hans borgenärer äro honom behjälpliga med anskaffande av den erforderliga säkerheten. Dessa äro ju de i realiteten närmast intresserade av att köparens rätt enligt förmånliga avtal bevaras. Invändningen att, då säkerhet skall ställas ofördröjligen — i överensstämmelse med 40 § kunde man för dessa fall, då leveranstiden ännu icke är inne, förlänga fristen till »utan oskäligt uppehåll» — medverkan av borgenärer ej kan medhinnas, tar ej hänsyn till det faktiska läget, som ju är det, att köparen är medveten om sitt obestånd längre eller kortare tid, innan detta blir känt för utomstående, varför han mycket väl kan på förhand ha ordnat med säkerhet för de avtal, han anser förmånliga ¹. Invänder man åter, att köparen godtyckligt kan offra borgenärernas intresse genom att icke underrätta dem eller icke ge dem tillfälle att komma sig till hjälp, så erinras om att den möjligheten har säljaren alltid. Enklarest kan han ställa borgenärerna utanför genom att blott underrätta säljaren om sitt obestånd och att han därför icke ser i stånd att fullgöra sin betalningsskyldighet.

Med detta sista påpekande ha vi berört en svag punkt i den gällande rätten, såvida Alméns framställning får anses såsom ett riktigt uttryck för densamma. Enligt Almén äger nämligen säljaren, enligt allmänna rättsgrundsatser om anteciperad mora, utan vidare, d. v. s. utan att avvakta leveranstiden eller fordra säkerhet, häva avtalet, därest han av meddelande från köparen själv erfar dennes oförmåga att fullgöra avtalet, »till exempel i sammanhang med ett av köparen framställt förslag till ackord under hand» ². Detta Alméns exempel ådagalägger enligt vår mening det otillfredsställande i att göra skillnad mellan det allmänna insolvensfallet och det nu nämnda. Kan det anses befogat att behandla den köpare, som årligt underrättar säljaren om sitt obestånd, sämre är den,

¹ Jfr Winroth s. 207.

² Almén § 39 not 171; jfr vid not 4—5 och § 28 vid not 25—29.

som icke visar denna lojalitet mot sin medkontrahent, eller, riktigare uttryckt, kan det vara befogat att ställa den senare gynnsammare än den förre? Att »det måste antagas, att köpeskillingen ej varder rätteligen erlagd», beror ju på insolvensen och detta antagande blir icke mer befogat därför att köparen meddelar säljaren sitt läge. Möjligen menar man, att i under rättelsen bör inläggas en tyst förklaring om att köparen ej heller anser sig kunna ställa säkerhet. Detta framgår dock icke av Alméns uttalanden. För övrigt gör detta knappast någon ändring. Vi skulle tro, att med de stränga åsikter om lojalitet och fair play, som äro rådande inom köpmannakretsar, en köpman, som ser sig ur stånd att fullgöra ingångna förbindelser, han må vara köpare eller säljare, anser sig pliktig därom underrätta sina medkontrahenter. Köparen är givetvis på det klara med, att han icke kan eller icke vill åt sig säkra alla de ouppfyllda avtalen. Den lojale köpmannen torde som nämnt lämna meddelande härom till ifrågavarande säljare, på det dessa icke må lida ytterligare förluster genom att nödgas passivt avvakta leveranstiden, förluster, vilka köparen vet sig icke kunna ersätta. Åt den mindre nogräknade erbjuder lagen tillfälle att spekulera i sin egen misär.

Ännu tydligare framträder det otillfredsställande i köplagens reglering av detta ämne, om, såsom väl är sannolikt, säljaren, som fått kännedom om köparens insolvens, men icke hört något ifrån honom, söker komma ur ovissheten genom en förfrågan till köparen, om denne ämnar ställa säkerhet eller tror sig kunna göra det. Gentemot den, som ärligt svarar, att han icke kommer att ställa säkerhet, vare sig därför att han icke kan eller icke vill det, äger nu säljaren häva avtalet. Den köpare åter, som, ehuru han är på det klara med, hur han ämnar ställa sig, icke besvarar förfrågningen, eller finner det förmånligare avvakta leveranstiden för att göra sitt beslut beroende av dåvarande prisläge, behåller sin chans.

Med det sagda anse vi oss ha anfört vägande skäl för att den reglering av säljarens ställning vid köparens insolvens, vi framhållit såsom teoretiskt riktig, även praktiskt är att före-

draga framför köplagens, vilken strider icke blott mot omsättningens krav utan även mot billighet. Då enligt vår uppfattning köparens insolvens bör berättiga säljaren att omedelbart häva avtalet, med rätt för köparen eller hans konkursbo att genom ställande av säkerhet bevara sin rätt, blir stoppningsrätten obehövlig. Säljarens rätt att hålla godset inne eller hindra dess utgivande eller vid beställning underlåta att vidtaga förberedelser blir en omedelbar följd av hävningsrätten, alldeles som enligt 28 §. Säljaren har således ej längre behov av någon dilatorisk rättsåtgärd. De med stoppningsrättens utövande förbundna praktiska svårigheterna, härflytande bl. a. ur skillnaden mellan materiell stoppningsbefogenhet och säljarens legitimation mot fraktföraren, försvinna. I och med att säljaren meddelar köparen, att han på grund av dennes insolvens häver avtalet, kan köparen, även om godset därefter före konkursen kommer i hans besittning, icke annorledes än genom ställande av säkerhet bevara sin rätt till godset. Förhållandet blir alldeles detsamma, som då säljaren enligt 28 § häver avtalet ifråga om avsänt gods, som därefter utgives till köparen; denne förvärvar icke genom utgivandet någon rätt därtill.

Så skulle, med här skisserade lösning, den sista fasen i den egentliga stoppningsrättens historia vara — dess försvinnande. Den uppgår i de allmänna stadgandena om påföljderna av mora, å köparens sida. Därmed har t. o. m. skymten av »singularitet» försvunnit.

Återkravsrätten enligt 41 § köplagen beröres tydligen icke av det sagda.
