

III.

OBLIGATIONSBEGREPPET

FÖRRA DELEN:

FAKTA OCH FIKTIONER

AV

A. V. LUNDSTEDT

Professor i civilrätt vid Uppsala Universitet



UPPSALA

A.-B. L. NORBLADS BOKHANDEL

INNEHÅLLSÖVERSIKT ÖFVER VÄRDA BOKAR AV OBLIGATIONSRETTEN

III.

OBLIGATIONSRETTEN

YORRA DELEN

FAKTA OCH FIKTIONER

AV

A. N. LUNDSTEDT

Professor i juridik vid Uppsala Universitet



UPPSALA

UPPSALA 1929. WRETMANS BOKTRYCKERI A.-B.

30888

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>

INNEHÅLL.

Inledning s. 1—8.

1 §. Allmänt om förhållandet mellan nutida jurisprudence och romersk rätt i ämnet s. 9—41.

Obligatio såsom ett *iuris vinculum, nexum, astringi* och *obstringi* belyses genom jämförelse med *dominium* och däri inneslutna rätten att besitta, s. 8—16 (nutida rättsskyddsanspråk obegripligt för en romare, s. 14; lösningsmöjligheten det karakteristiska i avseende å obligationsmakten, s. 15 f.). — *Obligatio* var rätten att besitta gäldenärens person, s. 16—18. — *Obligatio*, ett i sig bestående maktförhållande mellan borgenär och gäldenär, jämföres med nutida obligationsföreställningar, s. 18—24. — Den romanistiska rättsvetenskapens felaktiga metoder belyses, s. 24—41, i anslutning till begreppen *oportere*, s. 25—27, *ius* och *iustus*, s. 27—31, *debere*, s. 32—36. — Vissa uttalanden av *Siber*, vilande på den falska föreställningen, att romarnes *obligatio* involverade en gäldenärens plikt s. 37 ff.

2 §. Jurisprudensens ståndpunkt i belysning av fakta s. 42—67.

Borgenärens rättsmakt över gäldenären visas med hänvisning till faktiska situationer vara rent chimärisk, s. 42—48. — Motsättningen mellan romanister och germanister beroende av de chimäriska obligationsföreställningarna, s. 48—50. — Obligationssituationen, karakteriserad blott av ett visst hypotetiskt betalningstvång å en person, är principiellt icke att skilja från allehanda »orättsliga» situationer, s. 50—56. — Min ståndpunkt utan all släktskap med jurisprudencens läror, s. 53 f. samt s. 56—67.

3 §. Den logiska omöjligheten av jurisprudencens ståndpunkt s. 68—86.

Jurisprudencen inskjuter begreppen rättighet och rättsplikt mellan faktum och rättsföljd, s. 68 f. — Kritik av rättighetsbegreppet hos *Windscheid*, s. 69—72; hos *Nordling*, s. 72—77; hos *Trygger*, s. 77—80; hos *Sjögren*, s. 80. — Allmänt om rättighetsbegreppet i nutida skandinavisk litteratur, s. 80—83. — Allmänt om förklaringen till att träffande invändningar mot rättighetschimären icke framställts, s. 84—86.

4 §. *Jherings* rättighetsbegrepp s. 87—106.

Jherings rättighetsbegrepp förutsätter tron på objektiva värden; rättighetsmystiken densamma som hos *Windscheid*, s. 87—92. — Ohållbarheten i *Jherings* rättighetsekvation lätt att visa, s. 92 f. — Grundfelet gemensamt för *Jhering* och jurisprudencen i övrigt: en närsynt betraktelse av det enskilda fallet, utan förståelse för dettas inställning i hela rättsmaskineriet, s. 93—101. — Intressanta motsägelser i *Jherings* rättighetslära, s. 101—106.

5 §. Realiteterna bakom rättighetsföreställningen s. 107—127.

Äganderätten blott en beteckning för vissa riskfria handlingsmöjligheter för en person jämte förmånen för honom av skadeståndstväng och restitutionstväng, allt utgörande blott en annan sida av en mängd reglers i det hela konsekventa uppehållande medelst statligt tvång, s. 107 f. — Saken belyses i samband med förklaring av regeln om ersättning för exproprierad mark, s. 109—118 — Innehörden av »laga fång», s. 118 f. — Realiteterna bakom begreppet »fordringsrätt», s. 119—122. — Betonandet av rättsskydd såsom väsentligt för »rättigheten» är en meningslös upp- och nedvändning av den äldre rättsskolastikens åsikt, s. 122 ff.

6 §. Vilje- och tillitsteorierna s. 128—161.

Viljeteoriens ologiskhet, s. 128—131. — Nordisk tillitsteori in-
volverar viljeteorien, s. 131—133. — Det för tillitsteorien specifika
grundlaget, s. 133 f. — Förklaringen till ett löftes s. k. rättsliga giltig-
het, s. 135—138. — *Björlings* antikritik, s. 139—154. — *Schlossmanns*
ståndpunkt belyses, s. 133 f. samt s. 154—160. — Vissa exempel på
tillitsteoriens ohållbarhet, s. 160 f.

7 §. Kompletterande anmärkningar s. 162—234.

Vissa antydningar meddelas om konsekvenser av de utvecklade
tankarne för rättstillämpning och lagstiftning. Figuren »negativt
kontraktssintresse» faller bort, s. 163 f. — Ingen principiell skillnad
mellan skadestånd vid kontrakt och skadestånd i »utomobligatoriska»
förhållanden, s. 164. — Om kvittningsläran, s. 165 f. — Om »cession
av fordran», s. 166 f. — Om förklaringen till löftesmans regress, s. 167
—176 (om »obehörig vinst», s. 168 n. 2; om förklaringen till givares och
långivares frihet från »hemulsskyldighet» och annat skadeståndstväng
samt läntagares s. k. ansvar för casus, s. 170 n. 1; vissa *Ussings* uttalan-
den om grunden till löftesmans regress, s. 173—176). — Om *mora cre-
ditoris*, s. 176 f. — Om tredjemansavtalet, s. 177—230. Här behandlas:

Accepts beydelse, s. 177—179. — Typen »avtal till förmån för
tredjeman», s. 180—185. — Affärsborgenärers rättsställning gentemot
övertagare av affären: vissa synpunkter, s. 185—187; schweizisk
rätt och doktrin, s. 187—195 (det orkeslösa i talet om affärs-
borgenärernas intresse såsom grund för övertagarens ansvar, s.
192—195; att i verkligheten varken tredjemans eller parts intresse
är bestämmande utvecklas å s. 220—223); tysk rätt och doktrin,
s. 195—204; nordisk jurisprudens, s. 204—209. — Insättares rätts-
ställning gentemot övertagare av bankrörelse (N. J. A. 1924 not.
A n:r 277—280), s. 210—216. — Inteckningshavares rättsställning
gentemot köpare av fastigheten, s. 216—230 (N. J. A. 1926 not. A
n:r 357 å s. 227—230).

Konsekvenser i avscende å straffrätt m. m. samt »folk rätt», s.
230—233.

INLEDNING.

Föreliggande tredje del i min föreläsningsserie över valda delar av obligationsrätten har föregåtts av två huvudsakligen straffrättsliga undersökningar: »Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar», 1920; samt »Till frågan om rätten och samhället. Svar till professor Thyré», 1921. Den senare av dessa skrifter motiverade sig själv, såsom utgörande svar på angrepp. Att jag överhuvud tillät mig inleda en obligationsrättslig framställningsserie med vissa straffrättsliga studier har jag motiverat i min »Principinledning etc.» s. 5 f. De därefter gångna årens erfarenhet synes mig visa, att metoden medfört en viss nytta också i andra avseenden, än jag på förhand kunde angiva. Genom att min straffrättskritik tilldrog sig den bekante kriminalisten *Thyréns* uppmärksamhet och föranledde denne att på viktiga punkter uttömma den rådande jurisprudentens argumentationsresurser, fick man ett särskilt gott tillfälle till inblick i den verkliga arten av vissa för straff- och civilrättsjuridiken gemensamma grundåskådningar. De straffrättsliga frågornas indragande i diskussionen synes också ha ökat intresset för de tankar, som jag sedermera fört fram inom obligationsrätten. Jag vill vidare nämna, att de studier och diskussioner, vartill jag just utifrån min straffrättsliga kritik föranleddes i förbudsfrågan,¹ varit av vikt för fördjupad inblick i vissa frågor av betydelse icke mindre för civilrätten än för straffrätten.

Efter mina båda avhandlingar i det senare ämnet har jag

¹ Se mina skrifter *Förbudsfrågan ur rättslig synpunkt*, 1920, samt *Varför får totalförbud ej införas?*, 1922.

publicerat en del juridiska skrifter, företrädesvis inom skadeståndsrätten. Innan jag i denna serie framlägger ett resultat av mina studier inom nämnda del av obligationsrätten, anser jag det emellertid vara lämpligt att ha en utredning angående obligationsbegreppet att tillgå. Jag publicerar därför nu först mina föreläsningar angående detta begrepp. Liksom jag gjort det i min undervisning, har jag även här, i den tryckta framställningen, i samband med obligationsbegreppet behandlat de s. k. vilje- och tillitsteorierna. Behandlas dessa överhuvud inom obligationsrätten — en sak som i min undervisning visat sig nödvändig — torde den plats, jag givit dem, låta motivera sig.

Å ena sidan behovet för studenternas examensstudier att snarast möjligt ha en läsbar framställning i nämnda grenar av ämnet, å andra sidan av mellankommande offentligt uppdrag förorsakat hinder för att nu av trycket utgiva ifrågavarande föreläsningar i sin helhet, har nödgat mig att dela på framställningen och nu omedelbart publicera blott Förra delen. I Senare delen, som redan är väsentligen utarbetad och torde kunna utkomma under året, konfronterar jag min ståndpunkt angående obligationen, rättigheten och vad, som därmed omedelbart sammanhänger, med diverse rättsteorier, särskilt sådana, vilka utgiva sig för att vara befriade från naturrättslig åskådning eller överhuvud oförnuftig begreppsjuridik. Efter att ha berört den historiska skolan ägnar jag särskild uppmärksamhet åt den historiska positivismen (huvudrepresentant *Bergbohm*), den sociologiska positivismen (*Duguit*), frirättsliga skolan, *Ritchie*, *Pound*, skandinavien *Hoel* m. fl. Nutida svenska rättslärda tyckas ha en allmän rättsåskådning, som skulle kunna betecknas såsom en kombination av historisk positivism och — endast skenbart egendomligt — historiska skolans av den förra bekämpade rättsmedvetande. Såsom mest pronocerad positivist framträder kanske *Undén*. Han hör också till de få i vårt land, som sär-

skilt intresserat sig för rättighetsbegreppet. I samband med min framställning av den historiska positivismen tager jag därför i Senare delen upp *Undéns* uttalanden angående rättighetsbegreppet till granskning. I den del, som nu utgives, hava flera hänvisningar gjorts till Senare delen, och det är förden skull beklagligt, att jag nödgats dela på framställningen.¹

I nu föreliggande skrift söker jag visa, att det icke finns några rättigheter. Under hänvisning till *Hägerströms* undersökningar (ävensom vissa mina egna skrifter) konstaterar jag, att jämväl rättsplikten är ett överkligt begrepp. Vet man emellertid vad av realiteter, som ligger bakom sådana begrepp, så kan man begagna dem såsom blott och bart **b e t e c k n i n g a r** för korthetens skull. Det gäller endast att icke använda dem som utgångspunkter för slutledningar utan att ha fullt klart för sig, vilka realiteter som i varje särskilt fall föreligga. Språket skulle bli alltför tungt och besvärligt, om man icke begagnade sig av dessa och andra liknande **b e t e c k n i n g a r** såsom »fordring», »skuld», »ansvarighet», »egen-dom», »förmögenhet», »aktiva», »passiva» o. s. v. När dessa uttryckssätt möta läsaren i förevarande arbete, torde han icke kunna misstaga sig på min mening, såvitt han tager hänsyn till de undersökningar, som här gjorts. — Det blir vidare givetvis nästan oundvikligt att använda sådana termer som »rättsordning», »rättsregel», »gällande rätt» m. m. Dylika begrepp kunna ofta bli vilseledande, enär vad man i allmänhet föreställer sig med dem avviker från verkligheten. I Senare delen söker jag, i samband med framställningen av den historiska positivismen, med ledning av *Hägerströms* utredningar klargöra hithörande frågor så pass mycket, att miss-

¹ Det var först straxt före påbörjandet av tryckningen, som jag insåg omöjligheten att nu under riksdagperioden kunna utgiva arbetet i sin helhet. Vad, som utgives, har därför, bortsett från vissa av uppdelningen föranledda smärre redaktionella ändringar, en utformning, som vilar på förut-sättningen, att hela arbetet publicerades i ett sammanhang.

förståelse av min användning av uttryckssätten i fråga förbygges.

Till sist vill jag också nämna, att jag i Senare delen meddelar vissa synpunkter på det s. k. rättsmedvetandet. Redan här tillåter jag mig emellertid i detta avseende nämna ett par saker. Det kan nästan regelmässigt påvisas, att människornas allmänna omdömen — mindre ofta att deras uppfattning *in concreto* — av vad som är rättfärdigt och rättvist, visserligen i blott mycket grova drag, sammanfaller med den i det stora hela rådande uppfattningen av de nyttigheter, som genom det mänskliga samlivet kunna realiserars. Rättsmedvetandets inställning på antytt sätt i överensstämmelse med samhällsnyttiga intressen har olika förmedlingslänkar. Dels försiggår här en särskild psykologisk process. Det är i rättsmedvetandet icke fråga om ett reflekterat hänsynstagande till det för människorna nyttiga. Utan det är känslolivet, som enligt vissa psykologiska lagar indirekt därav påverkats. Dels äro dessa lagar sådana, att den i stort sett rådande enhetligheten i människornas ifrågavarande känsloliv, som giver detta dess karaktär av »allmänna rättsmedvetandet», förutsätter uppehållet av ett regelsystem. Utan detta uppehållande skulle rättsmedvetandet sakna all styrsel och flyta ut i känslöstämningar, bestämda av intet annat än individens primitivaste egoism; den rena anarkien sålunda. Kort och i allra högsta grad schematiskt skulle det allmänna rättsmedvetandets inställning i samhället kunna uttryckas på följande sätt: vissa samhällsnyttiga intressen sätta sin prägel på rättsordningen, som i sin tur leder och uppehåller rättsmedvetandet; och denna rättsordningens betydelse för rättsmedvetandet är i längden och i det stora hela just beroende av att rättsordningen är bestämd av vad som enligt förhärskande värdering är nyttigt för det allmänna.

Rättsmedvetandet innesluter emellertid nu i sig bl. a. t. ex. föreställningar om rättfärdiga och orättfärdiga ting och om rät-

tigheter och skyldigheter. Rättsmedvetandet räknar med dylikt såsom faktiskt förhandenvarande. Det är sålunda i rättsmedvetandet alls icke endast fråga om vissa känsloriktningar, om också känslorna genom rättsmedvetandet t. o. m. kunna erhålla en särskild, rent fanatisk kraft och om också, omvänt, rättsmedvetandets egen utformning i den ena eller andra riktningen förorsakats av vissa känslor (t. ex. sociala hämndkänslor). Då man sålunda i rättsmedvetandet även rör sig med föreställningar om förmenta fakta, är det klart, att detta föreställningssätt jämväl skall binda tanken, när det gäller utformandet av rättsregler och dessas tillämpning. De fakta, som rättsmedvetandet specifikt laborerar med, äro emellertid överkliga. På detta sätt bliva deduktionerna ur rättsmedvetandets dogmer bestämda av vissa falska föreställningar i stället för av hänsynen till den allmänna nyttan. Det kan visserligen stundom se ut, som om dessa deduktioner med logisk nödvändighet framginge ur obestriddigen allmännyttiga abstrakta grundtankar eller dogmer. Detta är emellertid blott en synvilla. Betydelsen av den abstrakta rättsföreställningen i rättsmedvetandet ligger nämligen i dess förmåga att framkalla känslor i överensstämmelse med dess innehåll. Saknas denna förmåga hos rättsföreställningen, förlorar den all mening. D. v. s. rättsmedvetandet har just det karakteristiska till skillnad från det teoretiska medvetandet, att detsamma förfaller och blir tomma ord, så att man icke längre ens kan tro på realiteten av det, som man säger, om icke känslorna äro med.

Det kan nu förhålla sig så, att en abstrakt generell föreställning i rättsmedvetandet väcker rättskänslorna till liv, under det att deduktionen ur denna föreställning i avseende å ett visst fall lämnar känslorna oberörda. Jag kan anföra ett par exempel. I rättsmedvetandet ingå sådana allmänna — och förvisso samhällsnyttiga — satsar, som att »avtal måste hållas» och »annans egendom får icke skadas utan bör väl

aktas». Dylika föreställningar väcka också rättskänslorna till liv. Men detta hindrar icke, att rättskänslan stundom kan mycket starkt reagera e m o t t. ex. att en fattig löftesgivare eller skadegörare skall kunna bringas till sin och sin familjs ruin för löftets fullgörande, resp. skadeståndets utbetalande. I dylika fall är deduktionen av det speciella ur det allmänna¹ i c k e uttrycket för en logisk nödvändighet. Och förklaringen därtill är den, att det är något särskilt med begreppen rätt och orätt, som gör logiken oanvändbar. Denna särskilda karaktär hos rättsmedvetandets föreställningar är den, som jag nyss antydde, nämligen att o r d e n, huru väl de än sammanfogas, icke få någon mening, om icke k ä n s l o r n a följa med. Genomskådas nu icke denna karaktär hos rättsmedvetandets grundföreställningar, då kan följden bli, att man inbillar sig kunna företaga logiska deduktioner ur vissa rättsmedvetandets abstrakta grundföreställningar. Sådana deduktioners giltighet ha ingen annan grund, än att de synas följa ur de o r d , som ingingo i grundtanken hos rättsmedvetandet, vilka ord dock i brist på åtföljande rättskänslor äro den rena intigheten. Härav kan man förstå, att sådana rättsvetenskapliga deduktioner kunna leda till uppställande av rättssatser, som gå emot rättsmedvetandet eller åtminstone icke har sitt stöd i detta.

De båda exempel, jag nyss gav, illustrera det sagda. Går man till rättsmedvetandets bedömande av dylika fall, så blir resultatet, att löftesgivaren icke bleve bunden eller att skadegöraren sluppe betala skadestånd. När jurisprudencen kommer till motsatt resultat, som förvisso är det enda acceptabla, så beror detta omedelbart på, att den tagit rättsmedvetandets a l l m ä n n a g r u n d f ö r e s t ä l l n i n g i de båda ämnena på o r d e n, förbiseende att rättskänslan icke är med. Samtidigt synes man förstå, att dessa ord utan samband med rättskänslan äro meningslösa, ty man för in moment, vilka om de

¹ D. v. s. att jämväl i det föreliggande fallet löftet, resp. den skadbringande handlingen bör leda till betalningstvång.

vore faktiska, skulle väcka rättskänslan till liv. Man säger att även en fattig löftesgivare, som icke infriar löftet, dock åsidosätter en förpliktelse, som han själv åtagit sig, eller att han kränker annans berättigade tillit, samt att även den fatige skadegöraren med sitt handlingssätt dock handlat pliktvidrigt och rättsstridigt, vilket nu måste sonas med skadestånd. Detta oakttat följer i de antydda exemplen rättskänslan icke med, och jurisprudentens deduktion här av det speciella ur det allmänna saknar all logik. Icke förty kommer jurisprudenten i just dessa fall till acceptabla resultat. Att den via sådana irrationella synpunkter når acceptabla resultat beror på det tryck, som i form av ansvar gentemot det samhälle, i vilket jurisprudenten är verksam, vilar å densamma och tvingar den, trots de odugliga medlen, att syfta till samhällets bästa.¹ Men det inträffar naturligtvis också mycket lätt, att jurisprudentens deduktioner ur rättsmedvetandet gå fram utan tillräcklig hänsyn eller utan någon hänsyn alls till vad som är nyttigt för det allmänna. Jag kan i sådant avseende hänvisa till stora partier av skadeståndsläran, till hela läget av läran om tredjemansavtalet, den gängse doktrinen angående »realavtalen» o. s. v. Här verkar bundenheten vid vissa ord i någon rättsmedvetandets grundsats, icke blott att man tror sig verkligen ha logiskt deducerat fram någonting, utan även att denna tro hämmar trycket av ansvaret gentemot samhället.

Vad man sålunda bör märka är, att jurisprudenten, vare sig den i sina deduktioner från rättsmedvetandets grundföreställningar kommer till ur samhällsnyttans synpunkt acceptabla resultat eller icke, saknar hållbara grunder för sina resonemang.

Föreliggande del av arbetet avslutas med »Kompletterande anmärkningar», i vilka jag vill ådagalägga, att det icke låter sig göra att visa från sig, vad jag sökt hävda, med den moti-

¹ Se min »Superstition or rationality in action for peace? ... A criticism of jurisprudence», London 1925, s. 133 ff.

veringen, att detta skulle sakna praktisk betydelse för juridiken. Det till synes oproportionerligt stora utrymme, som i paragrafen ifråga lämnats åt tredjemansavtalet, beror på detta ämnes beskaffenhet. Jag har faktiskt sökt begränsa mig till det för undvikande av missuppfattning angående min åsikt nödvändiga.

OBLIGATIONSBEGREPPET.

Fakta och Fiktioner.

1 §.

Allmänt om förhållandet mellan nutida jurisprudence och romersk rätt i ämnet.

I den romerska rätten beskrives *obligatio* såsom ett *iuris vinculum quo necessitate astringimur alicuius solvendæ rei secundum nostræ civitatis iura* (I. 3, 13 pr.). Vidare bör märkas *senatus-consultum Velleianum*, som använder uttrycket *obligationibus obstringi*: att bindas genom obligationer (D. 16, 1, 2, 1). Och på det kanske mest omdebatterade (ehuru möjligen oäkta) stället säges obligationens *substantia* ligga däri, att densamma *alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum* (D. 44, 73 pr.). Av här använda uttryckssätt — *iuris vinculum*, *obligatio*, *astringi* och *obstringi* — framgår, att gäldenären var b u n d e n på något sätt vid borgenären. Samma tanke kommer ju också starkt till synes i begreppet *nexum*, det bundna, namnet på den sannolikt äldsta obligationsgrundande akten i Rom. Hur detta band enligt romarnes sätt att se var beskaffat, har först helt nyligen blivit utrett.¹ Obligationen grundade som bekant en *actio in personam*. Men för att kunna förstå denna uppfattning hos romarne är det av vikt att också beakta sådana rätts-

¹ Av *Hägerström* i arbetet *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Uppsala 1927.

situationer, som föranledde en *actio in rem*, situationer motsvarande vad vi pläga kalla sakrätter. Detta är så mycket mera påkallat, som bl. a. dels *mancipatio*, den sakrättsliga förvärvsakten enligt de 12 tavlornas lag, icke mindre än dessas obligationsaffär inneslöt begreppet *nexum* såsom utmärkande ett bindande (sakens bindande vid mottagaren), dels ordet *obligatio* ursprungligen användes om bandet (vid pantförhållandet) mellan person och sak, och dels ända in i den klassiska tiden personens förhållande till *res obligata* betecknades såsom ett *vinculum*.¹

Dominium, den makt, som *dominus* genom tingets (eller slavens) bundenhet vid honom hade över detsamma, och som han vid *mancipatio* vunnit genom vissa magiska handlingars utförande, kunde nu inskränkas genom annan persons rätt att besitta tinget. Vi ha en sådan urgammal besittningsrätt i institutet *ductio iussu prætoris*. Hade en slav tillfogat annan skada, och slavens ägare underlät att ingå i svaromål, så fick den skadade rätt att taga slaven med sig. *Dominium* över slaven kvarblev alltjämt hos den forne ägaren. Den skadades *ductio* av slaven var blott uttryck för en rätt att besitta denne. Slaven var såsom *ductus* i den skadades *bonis*. Man har trott, att denna s. k. bonitariska äganderätt låg utanför *ius civile*. Av *Hägerströms* utredningar förstår man, att — låt vara att annan hade den civila äganderätten — den bonitariske »ägaren» likväl hade just en civil rätt att besitta egendomen.² — En annan urgammal inskränkning i den civila äganderätten förelåg vid den fasta provinsegendomen, *prædia stipendiaria* eller *tributaria*. Innehavet betecknades här med ett *habere possidere uti frui liceat*. Verkligt *dominium* hade här det romerska folket eller kejsaren. Detta *dominium* i civilrättens högsta mening var emellertid fullkomligt innehållslöst, lika innehållslöst som den

¹ Se *Hägerström* a. a. s. 25 ff.

² A. a. s. 70 ff. samt noten å s. 75 ff.

äganderätt, vilken nutida engelska jurister tillskriva »the Crown», förklarande de enskilda ägarna blott vara »tenants».¹

För att kunna fatta denna romarnas syn på saken måste med några ord deras possessionslära beröras. Den i romarnas ögon verkliga besittningen, *possessio civilis*, skiljer sig skarpt från den blott kroppsliga besittningen — *possessio naturalis*, den blotta *detentio* — som endast till skenet är en besittning. Den verkliga besittningen är en makt över tingets väsen, dess inre enhet, *species*. Enligt urgammalt animistiskt föreställningssätt var detta tingets väsen eller *species* tänkt som en ande, som besjälade tinget och gjorde detta till just det ting, som det var.² Den *species* hos tinget, som vid *possessio* kom ifråga, ansågs emellertid icke vara tingets allra högsta, av tingets materiella substans, oberoende väsen utan s. a. s. av lägre grad och i m m a n e n t i tinget.³ Herraväldet över tingets *species* måste därför vid civil *possessio* förenas med makt över den fysiska kroppen. Den verklige besittaren måste alltså possidera såväl *animo* som *corpore*. *Possessio civilis* — ursprungligen tänkt såsom en makt över tingets (lägre) själ — har sitt egentliga säte i besittarens själ (*animo possidere*), ehuru den omedelbart försvinner i och med förlusten av den kroppsliga makten över tinget. *Possessio civilis* skiljer sig från *dominium* och från r ä t t e n att possidera därigenom, att den är knuten vid kroppslig makt. *Possessio civilis* som sådan — d. v. s. jämväl om den icke innebär utövandet av en r ä t t att besitta — innesluter likväl ett rättselement, nämligen herraväldet över tingets *species*. Av antytt skäl ansågs emellertid det ifrågavarande herraväldet över *species* förutsätta jämväl den fysiska makten över tinget. — Emellertid kunde man i vissa fall civilt besitta stundom *solo animo* (pantgivaren) och stundom *animo et corpore*, fastän man uppenbar-

¹ A. a. s. 81 ff.

² A. a. 10 och 11 §§.

³ A. a. särskilt s. 274, 296 samt 346 ff.

ligen icke hade någon korporalmakt (legogivaren, långgivaren, deponenten). Hur sådant kunde gå ihop med att *possessio civilis* förutsätter kroppslig makt är alltför komplicerat för att här kunna utredas. *Hägerström* visar emellertid, att de romerska juristerna likväl med allehanda skolastik drevo det därhän, att kroppslig makt över tinget här blev av betydelse. I förra fallet var den emellertid, märkvärdigt nog, icke ifrågavarande possessors egen kroppsliga makt utan panthavarens.¹ I senare fallen krystade man till det så, att legogivarens, långgivarens och deponentens egen kraft kunde sägas komma till utövning vid legotagarens etc. korporalbesittning.²

I motsats till *possessio* var *dominium* en översinnlig makt över tinget, som karakteriserades därav, att föremålet för makten ansågs vara tingets väsen, *species*, inre enhet, *spiritus* eller *animus* — hur man nu vill uttrycka det — i en särskild betydelse. *Dominus* innehade nämligen tingets *species* i högsta mening, såsom tingets högsta väsen frigjort från imanens i tinget. Därför kunde den i *dominium* inneslutna makten över tinget — till skillnad från possessionsmakten — existera oberoende av all vare sig verklig eller inbillad fysisk makt däröver. Å andra sidan är det ju helt naturligt, att *dominus* såsom innehavare av tingets allra högsta *species* måste ha en särskild kraft att förvärva herraväldet jämväl över den i tinget immanenta själen. Denna kraft är rätten att besitta (naturligtvis icke själva *possessio*). Besittningsrätten var nämligen just förmågan att använda *dominus*' översinnliga makt över tingets högsta *species*, så att man också fysiskt, genom herraväldet över dess immanenta *species*, behärskade tinget självt. Rätten att besitta är sålunda rätten att praktiskt använda äganderätten. Därför kan den förra också skiljas från den senare. En person kan ha ägan-

¹ Se a. a. särskilt 9 §.

² Se a. a. 5—7 §§.

derätten, en annan kan använda hans äganderätt. Så var det bl. a. vid den bonitariska äganderätten, vid den fasta provinsegendomen, vid *bonorum possessio* o. s. v. Det oförnuftiga i detta manipulerande med äganderätten såsom en i sig själv given och på sig själv vilande storhet¹ genomskådas kanske icke så lätt ens av vår egen tids jurisprudens. Jag behöver endast erinra om den nutida statsrättsläran, som ju alldeles icke är främmande för sådana förnuftslösa distinktioner som exempelvis suveränitetens bärare (monarken eller folket) och dess utövare (domarena i den konstitutionella monarkien eller folkrepresentationen i den s. k. folksuveräna staten); eller t. ex. om statens äganderätt i motsättning till innehavarens ständiga besittningsrätt.

Av de givna romerska exemplen förstår man emellertid, hur detta *dominium* i all sin utomordentliga maktfullkomlighet kunde vara en *nudum ius Quiritium*, d. v. s. den rena rättigheten såsom sådan, rättigheten i sig själv, m. a. o. — det absoluta ingenting (av samma slag sålunda som t. ex. »monarkens rätt till domaremakten» i den konstitutionella staten eller »kronans äganderätt» till all engelsk jord). Men låt oss gå till det fall, att en sak stulits. Tjuven har nu visserligen *possessio civilis*. Han possiderar *animo et corpore*. Men han har givetvis icke rätten att possidera. Denna tillkommer här *dominius*, som i vårt fall ju icke skilt sig från den samma. Ägarens rätt att besitta är visserligen, blott såsom sådan, också det rena ingenting. Men den översinnliga makt, som *dominium*, inklusive rätten att besitta, innebär, kunde utvecklas till en högre potens gentemot tjuven (och andra som icke hade rätten att besitta), med påföljd att i äldre tider saken med våld kunde tagas från honom, i senare tider tjuven, om han icke utlämnade saken, tvangs att betala ersättning. Sådan aktualisering av den i *dominium* inneslutna makten skedde genom processen med dess judikat

¹ Jfr härom nedan 3—5 §§.

(resp. condemnation). Det rättselement, som genom tjuvens makt över tingets *species* ligger i hans *possessio civilis*, hämmar sålunda visserligen äganderätten, men dock icke längre än till dess judikatet inträffar. Genom processen och judikatet har äganderätten utvecklats, så att den undantränger det i tjuvens besittning liggande *ius*-momentet.

Här framträder något av den allra största vikt till belysning av hur fullkomligt annorlunda än vår tids jurisprudens romarna sågo på processens betydelse. Det moderna rättsskyddsanspråket har icke blott ingen motsvarighet i romarrätten utan var helt enkelt fullkomligt obegripligt för en romersk jurist. Processen hade i Rom ingalunda funktionen att, såsom våra jurister säga, fastställa och skydda en rättighet. Utan processen ansågs genom sina olika stadier — *actio*, *litis contestatio*, *iudicatio* etc. — gent emot motparten utveckla en rättighet till allt högre och högre aktualitet, tills den innebar sådan makt, att man fysiskt kunde utöva densamma.¹ Den äldsta vindikationsprocessen utvecklade sålunda det mystiska bandet, varmed tinget hölls, till en fysisk makt att taga till sig detsamma, resp. om det icke fanns hos svaranden, angripa den borgensman, som sakinnehavaren eventuellt måst ställa (*prædem litis et vindiciarum*). Denna åskådning betecknar en evolution i den romerska rättsuppfattningen. Före densamma hade man den råa självhjälpen. Med *ius* infördes s. a. s. en förfinad princip, som dock alltjämt inneslöt självhjälpstanken och stod fullt främmande för sådant som nutidens »rättsskyddsanspråk mot staten».

Jag har redan erinrat om att en persons makt över saken vid *dominium* och annan »sakrätt» var jämförlig med hans makt över annan person vid »obligationsrätt». I förra fallet höll man en sak vid sig med det där mystiska bandet; i senare fallet band man en person på samma sätt. Detta framträder också i de bekanta uttrycken: *actio in rem* och

¹ Hägerström a. a. s. 509 ff., särskilt noten å s. 525—527.

actio in personam. I förra fallet gick aktionen mot saken, i senare fallet mot personen. Detta åskådningssätt kommer till uttryck ännu hos Labeo (på Augustus' tid), som angående ett servitut säger: *hanc servitutem non hominem debere sed rem, denique licere domino rem derelinquere* (det är icke personen utan egendomen som är skyldig detta servitut, följaktligen kan ägaren derelinkvera saken [sc. utan att servitutet upphör att gälla]). Att personlig motpart kom med även vid *actio in rem* berodde därpå, att romarna naturligtvis icke kunde undgå att göra den erfarenheten, att det icke går att processa mot t. ex. ett stycke gods eller mark. När senare tidens jurisprudence har laborerat med skillnaden mellan rättigheter *in re* (ablativ) och *in personam* (ackusativ), så är detta därför blott ett uttryck för metoden att med sin egen tids ögon söka bedöma en förgången tids för dessa ögon fullkomligt främmande åskådning.

Romarnas nyss berörda erfarenhet av olikhet mellan ting och en fri person (såsom motsats till slav) ledde dock till en väsentlig olikhet mellan det vid »sakrätt» och »obligationsrätt» uppkomna bandet. I båda fallen var det fråga om en mystisk makt att besitta: saken, resp. personen. Men i förra fallet var makten — bortsett från pantfallet, *res obligata* — definitiv. I senare fallet var den underkastade (gäldenären) blott på det sätt bunden vid maktavaren (borgenären), att han genom viss prestation kunde lösa sig från bandet, en lösningsmöjlighet som i varje enskilt fall karakteriserade just det ifrågavarande bandet, den ifrågavarande obligationen. Det förefaller mig ganska sannolikt, att det just var lösningsmöjligheten, som bestämde terminologien på detta område. *Obligatio* kan icke ha använts blott för de fall, då en fri person hölls med ett band. Panten var ju en *res obligata*. Och *res sacræ* voro ju *religione obligatæ*. Liksom personen, så kunde även panten lösas från bandet. Och *res profanæ* voro *religione solutæ*, lösta från det band, varmed en gud höll *res sacræ*.

Därmed skulle vi då möjligen ha förklaringen till att »sokrätterna» — bortsett från pantfallet — icke veterligen betecknats med *obligatio* eller *iuris vinculum*.

Vid *obligatio* var makten emellertid nu icke ett *dominium* utan blott det moment däri, som innebar rätten att besitta. Och denna besittningsrätt var anpassad med hänsyn till att föremålet var en fri person. Löste denne sig icke från bandet, och aktualiserades makten över honom genom process, så kunde han visserligen inträda i fysisk slavställning, men aldrig i rättslig mening bli borgenärens slav. Såsom fri person behöll han alltid själv herraväldet över sitt eget väsen, sin egen *animus* i högsta mening. Borgenärens besittningsmakt var begränsad till det i personen immanenta väsendet i analogi med besittningsmakten såsom sådan över ett ting.

Denna rätt att besitta gäldenärens person — dock som nämnts på ett sådant sätt att denne själv hade herraväldet över sin högsta *animus* — var innehållet i personobligationen. Besittningsrätten framträdde emellertid i ytttervärlden blott såsom en borgenärens förmåga att — om gäldenären icke i rätt tid löste sig från bandet — efter magistratens anordning företaga en tvångsakt, *nexum per æs et libram*, mot honom. Genom denna tvångsakt fick borgenären aktuell rätt till fysisk makt över gäldenären. Borgenären kom i samma rättsliga ställning till gäldenären som den bonitariska ägaren till tinget. Processen *in iudicio* med judikatet såsom yttersta moment var icke en nödvändig förutsättning för magistratens ifrågasvarande anordning. Utan denna kunde vidtagas, jämväl om gäldenären *in iure* hade medgivit obligationsförhållandet eller vägrade att företaga de för *iudicium* och judikat nödiga akterna (t. ex. att ingå sakramentsöverenskommelsen). Den egentliga processen var sålunda icke absolut nödig för aktualisering av borgenärens rätt att besitta gäldenären. Aktualiseringen skedde processen förutan, dels när denna var uppenbart meningslös, och dels när den ej kunde åstadkommas.

Man ser här ett tydligt exempel på, hur rättsmystiken hos romarna — i likhet med rättsmystiken var den än uppträtt och uppträder — formade sig i enlighet med ett visst minimum av praktikabilitetshänsyn. Processen var emellertid alltid yttersta aktualiseringsmedlet, så snart gäldenären gjorde sådant motstånd mot borgenären, som var förenligt med förandet av process i för sådan gällande former.¹

Här skall nu endast tilläggas en erinran. Formerna för aktualiseringen av besittningsmakten över gäldenärens person mildrades som bekant under tidernas lopp, så att man till sist blott i särskilda fall kunde lägga beslag på hans kroppsliga person. Vad fick man göra i stället? Jo, taga hela hans förmögenhet i anspråk. Det var icke fråga om att blott tillgripa så mycket av förmögenheten, som fullt täckte fordringen, utan hela förmögenheten. Specialexekution var helt enkelt utesluten. Detta underliga fenomen hava romanisterna, såvitt jag kan finna, icke på tillfredsställande sätt kunnat förklara. Såsom man hittills sett på saken, fanns ingen anledning för romarne att låta tvånget på gäldenärens fysiska person efterträdas av ett beslagtagande av hans förmögenhet såsom en *universitas*. Genom Hägerströms undersökningar förstår men denna sak. Humanitetsskäl och allmännyttiga synpunkter ledde väl till att gäldenären fick behålla sin personliga frihet men förmådde likväl icke uttränga tanken på *obligatio* såsom en makt över gäldenärens person, hans enhet. Gäldenärens rättsliga person, varom här var fråga, ansågs numera representerad just av hans förmögenhet.

I belysning av vad som nu framställts, har man att se icke blott de tre först anförda källställena utan jämväl t. ex. ett sådant som D. 50, 16, 108, enligt vilket *debitor* betecknas såsom *is, a quo invito exigi pecunia potest*. Detta innebär alldeles detsamma, som i våra dagar uttryckes så, att borgenären kan ställa anspråk mot gäldenären, anspråk, som denne

¹ Se till det föregående Hägerström a. a. 12—14 §§.

också mot sin vilja måste underkasta sig. Varför? Naturligtvis därför att han var *obligatus* och sålunda i borgenärens m a k t.

Beaktas den förestående utredningen särskilt mot bakgrunden av de anförda källställes uttrycksätt, så framträder omedelbart något som är av utmordentligt intresse för vårt ämne. Romarne måste nämligen ha trott, att obligationen var något, som kunde bestämmas utan hänsyn till det i gång varande rättsmaskineriet, d. v. s. utan hänsyn till rättsreglers tvångsvisa uppehållande och det inflytande på människors handlingssätt, som åstadkommes genom det allmänna medvetandet om detta regelmässiga tvång. Det kan överhuvud icke utfinnas något uttalande i *corpus iuris*, av vilket skulle kunna framgå, att obligationens tillblivelse hade något med rättsordningens uppehållande att skaffa. Visserligen var obligationen ett r ä t t e n s band (*iuris vinculum*), som sålunda uppstod *secundum iura*. Men detta har intet med lagarnas uppehållande genom meddelande av *actiones* och dessas genomförande att skaffa. Ty *actio* f ö r u t s a t t e i hithörande fall en redan existerande *obligatio*. Och med *ius* avsågo romarna här först och främst icke några lagliga tvångsåtgärder och vidare icke ens sina lagar. *Ius* var vissa hemliga krafter, på vilka lagar och rättsliga förhållanden vilade.¹ Romarna ha alltså uppenbarligen betraktat obligationen såsom ett visserligen i kraft av rätten men likväl såtillvida i och för sig bestående maktförhållande mellan borgenär och gäldenär, att det existerade alldeles oberoende av allt yttre lagligt tvång. Med bortseende från all olikhet i övrigt mellan romarnes uppfattning av *ius* och nutida jurisprudents' sätt att betrakta »positiv rätt», kan man säga, att i nu berörda avseende romarnas föreställning om obligationen såsom grundad i *ius* är analog med nutida uppfattning om obligationen eller andra rättsförhållanden såsom grundade i »positiv rätt».²

¹ Se härom nedan s. 27 ff.

² Därom nedan s. 21 noten och där i slutet gjorda hänvisningar.

En sak hade t. ex. stulits eller skadats (eller annan *iniuria* begåtts) eller ett »giltigt» avtal (t. ex. *stipulatio*) hade ingåtts mellan två personer: romarne sågo nu saken så, att dylika händelser såsom sådana i kraft av rätten alstrade en viss, den ena personens (sakägarens i förra fallet, stipulatorns i det senare) makt över den andra. Detta maktförhållande — enligt romarnes sätt att se saken sålunda grundat i antydda händelser oberoende av rättsreglers tvångsvisa genomförande — omgärdades nu av vissa rättsregler, vilkas tillämpning avsåg att gradvis s. a. s. upphöja detta maktförhållande till högre och högre och slutligen högsta potens. Det maktförhållande, som enligt det sagda skulle ligga i bakgrunden, var emellertid något, som omöjligt kunde konstateras i verkligheten. Det kunde icke finnas till annorstädes än i fantasien. Det är nu visserligen sant, att det råder en väsentlig olikhet mellan de romerska juristernas och nu rådande jurisprudenters uppfattningar av rättsreglernas funktion med hänsyn till ett sådant maktförhållande.¹ Oaktat sådan divergens kan man emellertid säga, att jurisprudenten ännu den dag som är i väsentligt avseende betraktar och behandlar »obligationen» under inflytande av och i överensstämmelse med dessa romerska föreställningssätt. Blott må man särskilt märka, att jurisprudenten under trycket av germanska föreställningar i dessa uttryckssätt jämväl inlagt för romarne på den tiden all-

¹ De romerska juristernas åskådningssätt torde i detta avseende på visst sätt få anses mera praktiskt än nutidens. Romarne läto, som redan nämnts, rättsreglernas tillämpning leda till maktförhållandets aktualisering till något, som var användbart för praktiska livet. Vår tids rättsdoktrin talar däremot om ett realiserande av en obligation — med, såsom vi skola se, lika överklig karaktär som romarnes — genom rättsreglernas tillämpning, om ett borgenärens extra anspråk mot staten på rättsskydd för den genom skadegörelsen, avtalet etc. uppkomna »obligationen». D. v. s. denna doktrin tror på »realiserandet» av och statens »rättsskydd» för en i fantasien given obligation, som i verkligheten är det rena ingenting.

deles okända idéer om en å gäldenären vilande plikt.¹ Det framgår av snart sagt alla mer eller mindre vetenskapliga framställningar, som syssla med obligationsrätt, antingen direkt eller indirekt, att obligationen skall vara ett förhållande mellan två personer, som består däri att den ene, borgenären, har en viss rätt emot den andre, gäldenären, å vilken vilar en härmed korresponderande förpliktelse. Vad skall då denna »rätt» gå ut på? I allmänhet kan meningen sägas vara, att borgenären skall ha rätt att fordra antingen ett visst handlande av gäldenären eller också dennes underlåtenhet att handla på visst sätt.² Denna situation anses så i

¹ Angående frånvaro av pliktidéen i romarnes obligationsbegrepp, se nedan s. 25—36.

² Se t. ex. — för att nu helt godtyckligt välja bland mängden av ännu allmänt gångbar rättslitteratur — *Björling*, Lärobok i civilrätt, 1923, s. 107, samt Lärobok i rättskunskap för blivande landsfiskaler, 2 uppl., s. 141 ff., jfd med s. 55 ff.; *Serlachius*, Lärobok i obligationsrättens allmänna del, 1902, s. 1 ff.; *Lassen*, Haandbog 3 uppl., 1917, 1—2 §§; *Stang*, Norsk Formueret, I, 1911, s. 166; *Platou*, Forelaesninger over udvalgte emner af privatrettens almindelige del, 1914, s. 35, s. 56 ff.; *Holland*, Jurisprudence, 1924, s. 244; *Pollock*, Principles of contract 1911, s. 1 och s. 4 f.; *Chitty*, Treatise on the law of contracts (16 th. ed. by Wyatt Paine), 1911, Ch. I, 1; *Anson*, Principles of the English law of contract (13 th. ed. by Maurice L. Gwyer) 1912, Ch. I; *Salmond*, Jurisprudence, 1924, s. 165; *Goöby*, Introduction to the study of law, 1921, s. 284 (de engelska auktorerna, iiksom f. ö. även de franska, upptaga ofta mera direkt den romerska legaldefinitionen: obligatio = iuris vinculum etc.); *Korkunow*, General theory of law (översatt från ryska, delvis med hjälp av en fransk översättning, av W. G. Hastings) 1922, s. 192—207; *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, II, 250 §; *Dernburg*, Das bürgerliche Recht II, 1, 1899 1 §; *Endemann*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1900, 95 och 96 §§; *Cosack*, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, I, 1910, 19, 20 och 80 §§; *Siber*, Der Rechtszwang im Schuldverhältniss, 1903, särskilt 1—3, 12, 13 och 25 §§; (märk f. ö. angående tysk rätt 241 § i den av relativt sen datum varande B. G. B.); (angående schweizisk juridik behöver blott hänvisas till dess »modärna» obligationsrättsliga lag (av 1911), vilken uppenbarligen utgår från det ifrågasvarande obligationsbegreppet såsom något självfallet riktigt); *Krainz-Pfaff*

förening med vissa tillkomna fakta vara bestämmande för »rättsverkningar», d. v. s. föranleda tillämpning av hithörande rättsregler. Man har visserligen på månget håll funnit nyss givna bestämning av obligationen mindre träffande och föreslagit ändringar i densamma. Dessa ändringar äro emellertid lika litet träffande. De äro på samma sätt som den nyss an-

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II, 1, 1915, s. 1 f.; *Krasnopolski-Kafka*, Lehrbuch des österreichischen Privatrechts, III, 1910, s. 3 ff.; *Baudry-Lacantinerie-Barde*, Traité théorique et pratique de droit civil, I, s. 1—4; *Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, II, 1905, s. 55 ff.; *Capitant*, Introduction à l'étude du droit civil, 1925, s. 118; samt, särskilt att märka, den såsom en bland Frankrikes modärnaste rättsvetenskapsmän kände *Demogue*, Traité des obligations, I, 1923, s. 2—20, även s. 21 ff. Tydliggen med gillande erinrar Demogue om att alla moderna författare (åsyftande framför allt de franska) »reproduisent la définition des Institutes (»obligatio est iuris vinculum etc.») ou se contentent de la traduire», s. 3. Denna förteckning skulle lätteligen kunna mångdubbelt utökas. Att åtskilliga rättslärda, vilka göra anspråk på anseende för realistisk radikalism och fördomsfrihet och med vilkas läror det gängse obligationsbegreppet icke överensstämmer, likväl äro inne på ohållbara vägar, i månget fall ännu mera verklighetsfrämmande än den vanliga jurisprudentens, skall jag i Senare delen påvisa. — Till förekommande av vissa invändningar må redan här påpekas, att detta gängse obligationsbegrepp icke blir mera verklighetstroget, därigenom att man — såsom väl de flesta författare — antager, att »obligationens» uppkomst är grundad i positiv rätt. Ty vad som då avses med »positiv rätt» är det rena ingenting, jämförligt med de hemliga krafter, som inneslötos i romarnes ius. Man kan ju logiskt icke i detta sammanhang avse rättsreglers faktiska uppehållande, eftersom hela tanken är den, att det existerar normer i kraft av vilka ett visst faktum (avtal, skadegörelse o. s. v.) producerat »obligationen». Sådana normer existera emellertid icke. Se härom *Hägerström* »Är gällande rätt uttryck av vilja?» i Festskrift för Vitalis Norström, 1916; samt »Till den objektiva rättens begrepp», 1917. Saken skall emellertid i Senare delen behandlas. Men f. ö. kommer man icke verkligheten närmare, genom att betona »rättsskyddet» såsom väsentligt för obligationen (se t. ex. *Lassen*) eller överhuvud försöka hävda, att en obligation finge konsistens genom vissa rättsreglers faktiska uppehållande. Se härom nedan 4 och 5 §§ och beakta särskilt slutet av 5 §. Vidare får jag jämväl i detta avseende hänvisa till Senare delen.

givna bestämningen främmande för vad som här nedan skall visas vara de realiteter, som i medvetandet visserligen mycket dunkelt ligga bakom föreställningen om ett obligationsförhållande. Jag anser det vara gagnlöst att i min framställning närmare gå in på dessa avvikande bestämmingar av obligationsbegreppet, ehuru jag nedan får tillfälle att allmänt beröra den differentiering, som har det största intresset.¹ Också enligt nu antydda bestämmingar skall såsom något väsentligt i obligationen ingå en borgenärens rätt att fordra av gäldenären. Hur nu än definitionerna på rätt i subjektiv mening (rättighet) variera inom rättslitteraturen, så är dock den meningen allmän, att rättssubjektet skall ha förmåga att ställa anspråk

¹ Se nedan s. 48 ff., 56 f. Redan här må sägas, att frågan gäller det passiva ledet i obligationsförhållandet, särskilt huruvida gäldenärens »prestationsplikt» (hans »Leistensollen») kunde täcka hela det passiva ledet i obligationen, eller om icke detta fastmer innefattade jämte gäldenärens »prestationsplikt» jämväl hans »häftande». Den förra ståndpunkten var romanisternas under 1800-talet. En vändpunkt betecknas av namnen *Brinz* och *Bekker* (själva romanister), vilkas ståndpunkt av de s. k. germanisterna utbildades till teorien om »Schuld und Haftung», såsom tillsammans bildande det »Leisternmüssen», som skall täcka det »passiva ledet» i »obligationen». Denna lära, vilken vunnit stor terräng i Tyskland, det land där saken framför allt diskuterats, representeras av bl. a. *v. Amira*, Nordgermanisches Obligationenrecht I, 1882, s. 39 f.; II, 1895, s. 8; *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe I, 1877, s. 141 f.; *Gierke*, bl. a. i *Holtzendorff-Kohler*, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, I, 1915, s. 265 f.; *Puntschart*, Schuldvertrag und Treugelöbnis in sächsischem Recht des Mittelalters, 1896, s. 114, 204 f.; *v. Seuffert*, Jahrbuch der juristischen Gesellschaft, München 1898—1901, s. 236 ff.; *Staudingers* Kommentar till 222 § B. G. B., anm. 6 (⁵/₆ uppl.); *Ziebarth*, Die Realexécution und die Obligation etc. 1866, s. 40; *Strohal*, Jherings Jahrbuch 57, s. 274 ff.; *v. Schwerin*, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1911, samt *Schreiber*, Schuld und Haftung, 1914. — Se f. ö. angående den rättsvetenskapliga situationen exempelvis *Siber*, Rechtswang, 1 §; *Binder*, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912, s. 4 ff.; samt *v. Schwerin*, a. a., s. 1 ff. — Emot den germanistiska ståndpunkten har inom nordisk rätt uttalat sig *Serlachius*, Lärobok i obligationsrättens allmänna del, s. 2—5.

emot annan (jfr det romerska: *ab aliquo invito exigere*). Men bakom ett anspråk åter tror man, att det finnes m a k t.¹ Obligationen skall sålunda innebära en m a k t

¹ Det är naturligtvis betydelselöst, om en författare, som laborerar med rättighetsbegreppet, uttryckligen framhäver det i detsamma ingående maktmomentet eller icke. Att sålunda t. ex. *Undén*, som i 1 uppl. av sin *Pant-rätt i rättigheter*, 1917, s. 11, utgår från rättigheten såsom »en rättsligt skyddad makt», i 2 uppl. av detta arbete, 1923, underlåtit att använda detta uttryckssätt, förändrar i och för sig intet i den åskådning, som kommit honom att tro på existensen av rättigheter. Överhuvud måste sägas, att rättighetsbegreppets användande blir alldeles meningslöst, om det icke skall hän-syfta på en rättssubjektets maktställning. Förmågan att ställa anspråk och frånvaro av därför erforderlig makt är en *contradictio in adjecto*. Allt-ifrån sin ursprungliga användning i romersk rätt och därefter i senare rättssystem har rättigheten också hela tiden varit uttrycket just för en rättighetshavarens rättsliga makt gent emot annan. Den äldre germanska obligationsrätten lade, i motsats till den romerska, tonvikten icke på borgenärens makt utan på gäldenärens rättsliga pliktställning. Men härtill måste ju praktiskt såsom korrelat uppstå borgenärens makt över gäldenären. Icke blott att rättighetsbegreppets användande av jurisprudence skulle förlora all mening, utan ordet skulle jämväl förlora varje språklig betydelse, om maktmomentet bortelimineras. Att, såsom stundom sker, gent emot kritiken av rättighetsmetafysiken hävda rättighetsbegreppet men bestrida dess innebörd av en rättighetshavarens makt är därför en skolastisk halsstarrighet. Ett på detta sätt urvattnat rättighetsbegrepp kan icke heller av jurisprudence användas utan förvirrande motsägelser. Som exempel kan jag hänvisa till *Jhering* och *Undén* (se nedan s. 101 ff., 122 ff.; samt Senare delen). Maktbegreppet är nu visserligen metafysiskt, varhelst det uppträder, sålunda även utom juridiken. Min kritik av rättighetsbegreppet riktar sig emellertid icke blott emot maktmetafysiken (se s. 76 n. 2). — Att rättighetsmakten enligt vissa författare — såsom ju framgår redan av det i föregående not sagda angående motsättningen mellan germanister och romanister — skall sträcka sig ännu längre än att blott avse gäldenärens handlande är en sak, som i detta sammanhang kan lämnas därhän, enär den ej rubbar den kritik, som här skall framställas. Angående motsättningen mellan germanister och romanister må emellertid i förevarande avseende en anmärkning göras. De senare borde följdriktigt hävda, att den utöver gäldenärens handlande utvidgade makten icke inginge i »obligationen» utan vore en följd av »rättskyddet» för obligationen. (Hur man ser på denna fråga,

ö ver g ä l d e n ä r e n i visst avseende, i allmänhet tänkt såsom en makt över visst hans handlande. Och här ha vi så den gängse grundtanken, rätt nära anslutande sig till ordalydelsen i den romerska legaldifinitionen (I. 3, 13, pr.): obligationen såsom ett rättsligt band, med vilket gäldenären gent emot borgenären var b u n d e n till ett visst handlings-sätt.

Genom *Hägerströms* ovan berörda arbete över det romerska obligationsbegreppet har ådagalagts, att romarnes *obligatio* med sitt *iuris vinculum* helt och hållet var produkten av primitivt magiska föreställningar, oförenliga med nutida juristers åskådningssätt, hur verklighetsfrämmande än också detta förvisso är. Vad som härvid bragts i dagen av *Hägerström* har i det hela varit främmande t. o. m. för den modärna professionellt romerskrättsliga forskningen. Och jurisprudence i övrigt har givetvis icke haft någon känne-om om arten av det obligationsbegrepp, som utgör mönster för dess egen uppfattning om vad man kallar »obligationens natur». I grova drag kan situationen sägas ha utvecklats på följande sätt. Den romanistiska jurisprudence har under sekler bearbetat den romerska rätten med utgångspunkt från sin egen tids föreställningar om rätten och dess funktion, om rättigheter och plikter. Den har betraktat romarrätten med utgångspunkt från uppfattningen, att vad dess egen tid inlade i rättstermer och rättsbegrepp jämväl inginge i motsvarande

synes mig dock icke alltid fullt klart. Se t. ex. *Siber*, Rechtszwang, s. 255, som är synnerligen angelägen att hävda borgenärens »extra» makt såsom hörande till själva skuldförhållandet, ehuru dess privaträttsliga karaktär vore »im Regelfall unkenntlich».) För germanisterna, med deras Schuld und Haftung i själva obligationen, bör ju obligationen omfatta hela makten. Hur åter detta skall gå i hop med det jämväl bland dem hävdade »rätts-skyddsanspråket» vore mera gåtfullt, om man icke kände till de skolastiska metoderna, kännetecknade bl. a. av skillnad mellan materiell och formell rätt, berörd nedan s. 57, 66, 99 n. 1, 118 f. Angående *Schreibers* konstruktiva framställning i ämnet se nedan s. 58 ff.

termer och begrepp hos romarne. Hänvisande till åtskilliga av mina föregående skrifter¹ samt vad jag i föreliggande avhandling kommer att andraga, kan jag här inskränka mig till blotta konstaterandet, att också nutida rättsåskådning genomgående saknar hållbar grund. Man torde av det sagda vara berättigad till påståendet, att den romanistiska rättsvetenskapen utgör raka motsatsen till det, som man gemenligen avser med ordet vetenskap. Naturligtvis har denna olyckliga metod för undersökning av den romerska rätten befrämjats av den aktuella jurisprudentens — särskilt i Tyskland men även anorstädes — beroende av romerska rätten såsom källa till eller förebild för gällande rätt. Förklaringen till metoden är emellertid en sak, dess ödesdigra konsekvenser en annan. Den romerskrättsliga forskningen har — med saknad av varje djupare inblick i romerska rättens natur — blivit bestämd av den forskande tidens egna rättsliga åskådningar och till stor del endast blivit en avspiegling av den utveckling, dessa undergått. Den på detta sätt framgångna »romanistiska rättsvetenskapen» har i sin tur utgjort det förnämsta grundlaget för jurisprudenten i övrigt.

Såsom ett ganska belysande exempel kan tagas en så framstående författare som *Siber*. I sitt arbete »Rechtswang im Schuldverhältnis» vill han först, i 1 och 2 §§, för sin uppfattning om obligationen finna en grund i den romerska rätten. Såvitt källställen och doktrin angår är han förvisso fullkomligt hemmastadd. Men om romarnes verkliga åsikt rörande *obligatio* har han ingen kunskap. Detta blir genast uppenbart genom hans anslutning till uppfattningen om det sannolika i att överensstämmelse rått mellan den äldsta romerska och den gamla germanska obligationsrätten (s. 2). En sådan uppfattning förbiser, att romarne ända till långt in i den klassiska tiden icke i samband med frågan om obligationens

¹ Särskilt min »Superstition or rationality in action for peace? . . . A criticism of jurisprudence, London 1925.

karaktär hade någon tanke på pliktbegreppet, som dock utgjorde det främsta momentet i den germanska obligationsföreställningen. Vad som här understött en falsk syn på romerska rätten är icke minst den rådande uppfattningen om betydelsen av de i källorna ofta förekommande *oportere* och *debere*, vilka man tagit såsom uttryck för ett gäldenärens »böra», en å *debitor* vilande plikt, vars fullgörande eller åsidosättande vore bestämmande för den rättsliga situationen. Vidare hör givetvis hit den gängse uppfattningen om den objektiva rätten såsom utgörande pliktalstrande befallningar till människorna. Denna uppfattning applicerar man nu också på den romersk-rättsliga grundåskådningen. *Hägerström* har visat, att allt detta är misstag.¹ Med ledning av hans framställning skola här några synpunkter i ämnet givas.

Angående nu först *oportere* så har man att märka, att ordet användes i formler icke blott vid *actiones in personam* utan även vid *actiones in rem*, nämligen så vitt i dessa angives ett faktum, nödvändigt för uppkomsten av vad vi kalla sakrätt. Det är formlerna vid vissa s. k. *actiones fictitiae*, som åsyftas.² Dessa giva oss en särskild belysning av innebörden i det »böra», som ingår i *oportere*. Av ifrågavarande formler framgår, att *oportere* användes såsom uttryck för att ett visst rättsförhållande bör uppstå. Men »rättsförhållandets» uppkomst berodde för romarne på att vissa i rätten inneboende krafter voro verksamma. Följaktligen hänförde sig det i *oportere* liggande »börat» till dessa rättskrafter.

Utän tvivel hade *oportere* samma betydelse i alla formler, d. v. s. det däri inneslutna »börat» hänförde sig jämväl vid

¹ *Hägerström*, Obligationsbegriff, § 14, särskilt s. 593 ff., jfda med s. 531 ff., s. 539—587 samt s. 597 f.

² Se formeln vid *actio publiciana in rem*: »Si quem hominem... Aulus anno possedisset, tum si eum hominem quo de agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret...» samt vid *actio in rem* för en bonorum possessor: »Si Aulus L. Titio heres esset, tum si eum fundum, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret...»

actiones in personam till vissa rättens krafter. Man får icke låta vilseleda sig av ordställningen *Numerium dare facere oportere* i dessa aktioners *intentio*. Skulle innebörden vara den, att gäldenären vore rättsligen förpliktad, så skulle man stå fullkomligt frågande inför det förhållande — som strax skall påvisas — att det i hela den romerska rättsåskådningen vid tiden för formlernas tillkomst icke fanns rum för tanken på några rättsliga plikter. Man får emellertid förklaringen till uttrycket ifråga, om man erinrar sig, att obligationen var ett maktförhållande med möjlighet för gäldenären att lösa sig därifrån genom ett visst handlingssätt. Därför kan det här i formeln icke vara fråga om något annat *dare* eller *facere* än ett sådant *solvendi causa*. Det ifrågavarande uttryckssättet — att Numerius bör handla på visst sätt — är därför blott en förkortning för att det maktförhållande bör inträda, från vilket Numerius kunde lösa ut sig genom handlingssättet ifråga. »Om situationen är den, att Numerius bör betala 10000 sestertier till Aulus då, domare etc.» är en översättning av *intentio* vid *condictio certae pecuniae*, som icke kan ha någon motsvarighet i det till grund för formeln liggande tänkesättet. Utan denna *intentio* måste ha haft följande innebörd: Om situationen är den, att rättens kraft bör verka — d. v. s. om situationen är den, att det må vara rätt (*ius esto*) — att ett Aulus' maktförhållande över Numerius inträder, från vilket den senare kan utlösa sig genom att betala Aulus 10000 serstertier, då domare etc.» Det i *oportere* liggande »börat» är m. a. o. av samma innebörd som det romerska lagimperativet, d. v. s. *lagordens* befallning till rättens krafter (*ius*) att träda i funktion.

För att förstå det sist sagda är det nödvändigt att ha någon inblick i romarnes uppfattning av *ius*. På det rent rättsliga området var *ius* en kraft, genom vilken en lag skapades förmedelst uttalandet i behörig ordning av vissa ord.¹ Och de

¹ Hägerström, Obligationsbegriif, a. a. s. 576.

olika lagarna själva voro ursprungligen endast att fatta såsom den ordmagi, varigenom rättens hemliga krafter skulle framkallas och träda i funktion. Därmed blir det uteslutet att fatta romarnes *ius* såsom på något sätt innefattande rättsföreskrifter. Vår tids tal om rättens bud och befallningar voro romarna fullkomligt främmande, såvitt fråga är vare sig om *ius* eller egentlig *lex*. Det var endast vissa s. k. *leges imperfectæ* (och *minus quam perfectæ*), som hade imperativisk karaktär. Men dessa ha intet att göra med vare sig *ius* eller *lex* i egentlig mening.¹ Må man framförallt icke låta förleda sig av sådana imperativiska uttryckssätt som *ius esto*² (må rättens kraft verka, [så att det eller det maktförhållandet uppstår]), *iure cæsus esto* (må han i kraft av rätten vara dödad), *sacer esto* (må rättens kraft verka, att han varder vigd [åt gudarne såsom föremål för deras vrede], d. v. s. vare han förbannad), *damnas esto* (verke rätten så, att han med utlösningsmöjlighet varder hemfallen [åt borgenären], d. v. s. vare han obligerad). Dylika formuleringar i lagarna äro, som antytts, ingalunda att betrakta såsom uttryck för lagstiftarens (folkets o. s. v.) vilja³ utan såsom *lagordens* imperativ, icke till myndigheter eller enskilda människor utan till *ius*, nämligen till i denna inneslutna krafter. Det är icke rättn, som befaller, utan tvärtom rätten, som genom lagorden blir befalld. Saken är fullt analog med bibelordet: »Varde ljus! Och det vart ljus.» Imperativet riktar sig här till ljuset självt såsom en kraft, vilken man genom ordmagi fick att fungera. Genom *lagordet* befalldes på samma sätt hos romarna rättens krafter att spela. — Må man icke heller föras vilse av Gajus' definitioner av *lex* och *plebiscitum* såsom *quod populus* (resp. *plebs*) *iubet atque constituit*. Det är här blott fråga om tekniska uttryck

¹ A. a. s. 586 f.

² A. a. s. 570.

³ A. a. s. 541 ff.

för själva lagstiftandet såsom en särskild rättsakt och logiskt uteslutet att i definitionerna finna skäl för att rätten hade sin stödjepunkt i folkets vilja.¹ Visserligen försökte senare romerska rationalister under grekiskt inflytande att anlägga sådant betraktelsesätt och få in något efter deras mening rimligare i *ius*-begreppet.² Men sådana försök voro givetvis lika orkeslösa som rationalistiska teologers strävan att blåsa in förnuft i gamla religionsdogmer.

Ius inneslöt självfallet även de krafter, som gjorde en person till romersk medborgare och honom såsom sådan själv utrustad med rättslig kraft. Mot bakgrunden härav förstår man det underliga uttryckssättet i 12 tavlornas lag, enligt vilket för en gäldenär, som erkänt eller dömts för sin skuld, trettio dagar voro *iusti*. Innebörden är den, att gäldenären under dessa trettio dagar, tack vare den kraft civilrätten utrustat honom med, kunde lösa sig från det band varmed borgenären höll honom i sin makt.³ — *Iustus rogator* var en person, som inför församlingen kunde framställa lagförslag, vilka hade sådan kraft, att, om de antogos, lagen blev giltig. Upptäcktes det efter en lags antagande att *rogator* var *iniustus* — han hade t. ex., såsom Cicero berättar, gått över ringmuren men före återvändandet underlåtit att anställa auspicier⁴ — blev en sådan lag utan vidare ogiltig. — *Iustum testamentum* var ett testamente med civilrättslig kraft. *Iniustum testamentum* var icke ett orättrådigt testamente, utan ett som saknade civilrättslig kraft.⁵ — *Iustum matrimomium* var ett äktenskap, som har sådan kraft, att barnen bli i egentlig mening legitima och civilrättsliga arvingar. Under samma synvinkel har man att se sådana begrepp som *iustæ nuptiæ*, *iustus coitus* och *iustus filius*. *Iniustum matrimonium* eller *iniustus coitus*

¹ A. a. s. 540.

² A. a. t. ex. s. 290 f. och s. 565.

³ A. a. s. 570.

⁴ A. a. s. 548, 551.

⁵ A. a. s. 568.

betyder ingalunda ett oanständigt äktenskap eller oanständigt samlag, utan blott att varken det ena eller det andra har civilrättslig kraft, enär de båda falla under *ius gentium*.¹ — När det hos Cicero heter: *iusta imperia sunt!* så betyder detta intet annat, än att imperierna må vara utrustade med nödig kraft, förvärvad genom tillkomst under riktiga auspicer och i övrigt på riktigt sätt.

Vad som nu närmast är av intresse är att *iustus* och *iniustus* sålunda icke alls hade någon moralisk färg. Vidare måste ihågkommas, att begreppen jämväl användes om enskilda personer i deras egenskap av romerska *cives*. En person var *iustus*, så länge han var verksam med den kraft, han hade i egenskap av *civis*. Överskred han gränsen för denna kraft — t. ex. genom stöld, skadegörelse eller annan *iniuria* — då var han *iniustus*: d. v. s. hans ifrågavarande handlingsätt uppbars icke längre av civilrättslig kraft. Vår tids »rättsplikt», »rättstridighet» och »rättsenlighet» hava sålunda ingen beröringspunkt med den egentliga romerska rätten. Om *iniuria* också stundom betecknas såsom handling *contra ius*, så betyder detta ingenting annat, än att handlingen skett *non iure*, d. v. s. icke hämtat kraft från civilrätten.²

Det är emellertid lätt att förstå, att denna egentliga betydelse av *iniustum* och *iniuria* lätt skulle omvandlas i det populära föreställningssättet. Injurier — stöld, skadegörelser och våldsamheter — måste givetvis i det allmänna rättsmedvetandet stämplas såsom något förkastligt. En *bonus vir* begick icke dylika handlingar. Den man, som utförde sådant, var *malus*. På detta sätt få vi här in den moraliska värderingen: *iustus* = *bonus*; *iniustus* = *malus*. Detta föreställningssätt hos allmänheten har säkerligen befrämjat inflytandet av de grekiska begreppen om rättrådighet och orättrådighet. Influerad härav använde redan Cicero — dock icke juriskonsulenterna på

¹ A. a. s. 568 f.

² A. a. s. 560.

hans tid! — hithörande uttryck på ett sätt, som påminner om vår rättstridighetslära. En person var *iustus*, när han handlade, såsom han på grund av naturrättens »befallningar» borde handla. Han var *iniustus*, när han handlade i strid med naturrättens krav på honom. Det var emellertid först mycket sent, som uppfattningen om ett rättsligt »böra» tog sig uttryck i den romerska lagstiftningen.

Århundrade efter århundrade hade romarna i sitt rättsliv tillämpat ett magiskt system, i vilket lagarna småningom fingo betydelsen att sätta liv i de krafter, som inneslötos i *ius*. Att man senare — dock först efter att detta magiska system uppehållits omkring 1000 år — började anlägga ett annat betraktelsesätt, kunde naturligtvis icke medföra någon saklig förändring i den under dessa århundraden lagda grunden och skedda utvecklingen. Jag menar, att det — alldeles bortsett från det verklighetsfrämmande i att överhuvud laborera med rätten såsom vare sig rättsordningens, folkets eller statens imperativer till människorna — är logiskt orimligt att tänka sig romarnas *ius* till sin karaktär förändrad därigenom, att senare generationers romare anlade ett sådant betraktelsesätt på samma *ius*. Det är därför också uteslutet att i romarrätten, såsom den faktiskt utvecklats, finna något stöd för härskande läror om rättsliga plikter, om handlingars rättstridighet och rättsenlighet. Det enda som i sådant avseende av nutiden skulle kunna åberopas är ett misstag hos senare romerska jurister angående deras rättssystemets verkliga karaktär.

Till stöd för det förut sagda om ohållbarheten i att fatta *oportere* såsom uttryck för en gäldenärens plikt bör ytterligare åberopas formulan vid *actio furti*: *Numerium pro fure (duplione) damnum decidere oportet*. Fattar man saken här såsom förpliktelse, så skulle resultatet bli, att tjuven vore förpliktad att lösa sig från det band, varmed borgenären höll honom i sin makt, med vilken lösepenning som helst, som

denne genom uppdrivet »värderande» fordrade, d. v. s. att ingå förlikning med borgenären på praktiskt taget vilka av denne fordrade villkor som helst. Ett sådant borgenärens fullkomligt gränslösa anspråk är orimligt, och har icke heller någonsin ifrågasatts såsom tillkommande den bestulne enligt romersk rätt. Formeln får däremot en realiserbar mening, om man ser den såsom ett uttryck för att rättens kraft i den ifrågavarande situationen borde verka därhän, att ett maktförhållande mellan parterna uppstode, från vilket tjuven genom förlikning med den bestulne kunde lösa sig. Ställde nu den senare upp för tjuven oantaglig lösesumma såsom villkor för förlikningen och denna sålunda icke kom till stånd, då kunde lösning från bandet icke ske på detta sätt, utan saken fick gå till *actio* och *condemnatio* efter *litis æstimatio*. — Emot detta sätt att se saken kan icke invändas, att det sålunda fanns flera sätt på vilka en tjuv, liksom f. ö. debitor i allmänhet, kunde lösas från borgenärens band på honom. Ty i varje formel för en *obligatio* upptogs givetvis blott det lösningsätt, som s. a. s. utmärkte just den ifrågavarande *obligatio*, det lösningsätt som specifikt karakteriserade det ifrågavarande bandet.

Vad till sist angår ordet *debere*, måste märkas att detta ursprungligen alldeles icke betytt »böra», och att det veterligen har sådan betydelse först i *lex Rubria* (under 6:te århundradet a. u. c.).¹ *Debere* är en sammandragning av: *de aliquo habere*. Det betyder egentligen »ha (något) från en annan», så att denne kan återfordra. Det betyder sålunda efter vårt språkbruk »vara skyldig», icke i meningen av böra, ha plikt att, utan — fritt från all moralisk betydelse — »vara skyldig» n å g o t, penningar eller annat.

Denna betydelse av *debere* sammanhänger med de egendomliga förhållanden, som kännetecknade tillkomsten av det äldsta skuldförhållandet i Rom. En obligationsgrundande

¹ *Hägerström* a. a. s. 597 n. 1.

rättsakt (alltså icke-delikt) förutsatte på den tiden uttalande av bestämda ord. Men stipulationen, varom i 12 tavlornas lag intet är nämnt, fanns ännu icke att tillgå. *Obligatio* kunde — bortsett från deliktet — med all sannolikhet blott uppstå i samband med *nexum*, en akt *per aes et libram*, till sitt syfte närmast erinrande om vår »försträckning». Det var »försträckningstagarens» *obligatio*, som grundades genom den till denna akt hörande *nuncupatio*, en i föreskrivna ordalag avgiven förklaring av avlåtaren. Men hurudant blev försträckningstagarens förhållande till *aes*, den försträckta köparen? *Aes* var icke en *res mancipi*. Detta framgår därunder, att vid *mancipatio* i egentlig mening (»kontantköpet») ifråga om *aes*, »köparens» prestation, icke förekom något *mancipio accipere* utan blott ett *dare* eller *tradere*. Mancipationsvägen kunde följaktligen försträckningstagaren vid *nexum* icke förvärva äganderätt till köparen. Och något annat sätt för sådant förvärv fanns här, vid försträckningsaffären, över huvud icke. Det förhåller sig i detta avseende vid jämförelse mellan *mancipatio* och *nexum* på följande sätt. Också *mancipatio* innefattade, som redan förut anmärkts, ett *nexum*. Liksom vid den obligationsgrundande akten gäldenären bands vid borgenären, så bands vid *mancipatio* det sålda tinget vid köparen. Vid *mancipatio* hänför sig emellertid det för säljarens *nuncupatio* nödiga *nexum*-momentet till det sålda föremålet och icke till *aes*. Överförandet av *aes* från köparen till säljaren är så att säga icke *nexum*-behäftat. Därför kunde *aes* här göras till föremål för en rättslig traditionsakt, varigenom säljaren blev ägare till detsamma. Vid *nexum* i trängre mening åter var *aes* direkt föremål för *nexum*-akten, till vilken försträckningstagarens *nuncupatio* (innehållande förklaringen om mottagarens bundenhet) anslöt sig. Denna *nexum*-behandling av *aes* utslöt en rättslig traditionsakt.

Försträckningstagaren kunde sålunda icke förvärva *dominium* till köparen. Likväl uppstod för försträckningstagaren

en civil rätt till kopparen, nämligen en rätt att besitta densamma. Denna besittningsrätt var praktiskt taget detsamma som äganderätt. Försträckningsgivarens egen äganderätt blev nämligen blott en *nudum ius Quiritium*. Den juridiska möjligheten av en nu antydd besittningsrätt ha vi redan fullt konstaterad i gamla källor, hänförande sig till tiden före de 12 tavlornas lag. Av sådana källor framgår, att en borgenär hade förmåga att genom en särskild *nexum*-akt taga den gäldenär i sin besittning, som tillstått sin skuld, men icke efter en frist på 30 dagar hade betalt. Man bör nämligen noga beakta skillnaden mellan *servire* och *servum esse*. Denna borgenärens rätt efter *nexum*-akten ifråga innebär icke att gäldenären blev hans (*eius*), hans slav, utan blott att gäldenären hade att *servire*.¹

Aes, den vid försträckningen *per aes et libram* överlämnade kopparen, förblev sålunda i försträckningsgivarens *dominium*, förblev *suum aes*; och från mottagarens synpunkt förblev den *aes alienum*. På detta sätt kom försträckningstagaren att blott *habere* (jfr detta ord vid karaktärisering av en säljares prestation vid *emptio venditio*: icke att avlåta *dominium* utan blott att *emptori habere licere*) något, som icke var *suum* utan härledde sig *de aliquo*. Genom *nexum*-akten var försträckningstagaren *obligatus* att betala *tantundem* inom viss tid. Därigenom blev *de- (aliquo ha-) bere aliquid* uttryck för samma situation som *obligatus* att *dare aliquid*, bunden att giva något, d. v. s. vara skyldig något, »skyldig» därvid utan varje moralisk hänsyftning.

På motsvarande sätt förhåller det sig med *aes alienum* såsom uttryck för penningsskuld. Romarne använde icke tanken *de aliquo habere aes alienum*, utan att situationen var den, att man var *obligatus* att återbetala kopparen. Därige-

¹ Se *Hägerström* a. a. s. 388 noten, s. 407, s. 412. Jfr. i övrigt till det föregående *Hägerström* a. a. s. 390 f. och s. 348 ff. Se också ovan s. 16 samt beakta den bonitariska äganderätten, straxt ytterligare berörd.

nom förband sig *aes alienum* med idéen om penningsskuld. *Aes alienum* såsom liktydigt med skuld, icke i moralisk mening utan såsom korrelerat till nutida »fordring», förutsattes i 12 tavlornas *aeris confessi* och är sålunda urgammalt. Härav förstås då också, hur *aes suum* i en romares *codex accepti et expensi* (räkenskapsbok) kom att betyda icke blott hans direkta förmögenhet utan jämväl utestående fordringar, under det att *aes alienum* var uttrycket för hans skulder.

Vill man nu emot det sagda angående betydelsen av *debere* invända, att försträckningstagaren ju icke var *obligatus* att återgiva s a m m a koppar, som han mottagit, utan blott *tantundem*, så kritiserar man med utgångspunkt från nutida och icke från romerska rättsföreställningar. *Dominium* var ju, såsom ovan anmärkts, ett herravälde över tingets *species* i högsta mening, som man kunde ha utan att på något sätt kunna disponera över tinget. *Dominium* kunde vara begränsat till en *nudum ius Quiritium* och saken vara i annans *bonis*, vilken då faktiskt utövade hela äganderätten utan några som helst inskränkningar från dominus' sida. Också om icke uttrycket *in bonis alicuius esse* finns i de 12 tavlornas lag, så ha vi dock samma tanke redan mycket tidigt, nämligen i den ovan antydda behandlingen av noxalslaven. Försvarades denne icke av ägaren, skedde nämligen *ductio iussu prætoris*, vilket innebar, att slaven av den kränkte kunde bortföras efter en särskild *nexum*-akt. I denna akt förklarades han vara i den kränktes makt, vilket sedermera uttrycktes så, att noxalslaven var i hans *bonis*.¹

Det torde nu under alla omständigheter förhålla sig så,

¹ Se *Hägerström* a a. s. 406 och s. 414. — *Hägerström* visar ju vidare, såsom ovan antytts, att samma rättstanke, som uttrycktes med »in bonis esse» i själva verket också låg bakom borgenärens äldsta rätt att taga gäldenären i besittning samt att överhuvud den i »obligatio» inneslutna makten över gäldenären var en med den bonitariska äganderätten analog civil rätt att besitta gäldenärens person. (A. a. 13 och 14 §§, bl. a. särskilt s. 406—419.)

att den grundläggande betydelsen av *debere* i romarnes rätts-
språk icke var annan än att under särskilda förhållanden ut-
trycka, att en person från annan hade något, som han var
obligatus att till samma kvantitet lämna ifrån sig. Därav är
det uppenbart, att *debere* angående romarnes föreställning
om *obligatio* icke kan säga något mera än detta senare ord
självt, och att det vore en oriktig slutledningsmetod att ur
debere deducera fram något angående den romerska obliga-
tionens natur.

Att sedermera jämväl hos romarna *debere* tagits i bety-
delsen av vårt böra är en sekundärföreteelse. Den har sin
enkla förklaringsgrund däri, att borgenärens maktförhållande
blev högst ödesdigert för gäldenären, om det fick utvecklas
till en högre potens. Därför var det naturligtvis klokt av
gäldenären att genom betalning lösa sig därifrån. Därför
kunde man också tryggt påstå, att en gäldenär bör betala.
Men ett sådant »böra» ligger, såsom man torde förstå, helt
och hållet utanför romarnas *obligatio* såsom rättsligt institut.
Och uppenbart är ju, att något sådant som en gäldenärens
rättsliga plikt, varmed vår jurisprudence laborerar, icke,
hur fantastiskt romarna än sågo saken, kunde ha någon funk-
tion i deras *obligatio*. Häri sågo de ju ett *iuris vinculum*,
varmed borgenären i sin makt höll gäldenären på ett sådant
sätt, att denne kunde lösa sig därifrån genom visst handlan-
de alltefter »obligationens» grund. Det blir något fullstän-
digt meningslöst, att gäldenären nu skulle ha varit rättsligen
förpliktad till detta handlande: plikt att rädda sig själv undan
dessa i äldsta tider fullkomligt förgörande och även senare
högst menliga följder för gäldenären, som borgenärsmakten
i dess utvecklade potens innebar! En sådan plikt skulle i varje
fall icke ha varit en plikt till förmån för borgenären utan till
förmån för gäldenären själv, en plikt för denne att skydda
sig själv och sålunda diametralt motsatt den germanska gälde-
närsplikten, en plikt överhuvud främmande för allt, som
inom jurisprudence avsetts och avses med detta ord.

Låt oss emellertid återgå till *Siber*. Med den nu berörda missuppfattningen angående det mest väsentliga i den romerska obligationen — en missuppfattning som ju *Siber* f. ö. delar med den romerskrättsliga vetenskapen i allmänhet — sammanhånga åtskilliga konstruktioner hos *Siber*, främmande för romarnes åskådningssätt. Hans syfte med dessa konstruktioner är uppenbarligen att kunna få en viss överensstämmelse mellan det romerska obligationsbegreppet och den uppfattning, han hyser angående det till den nutida obligationen hörande »rättstvánget». Jag erinrar i främsta rummet om hans behandling (s. 4 ff.) av Paulus' karaktärisering av obligationen i D. 44, 7, 3, pr.:

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. (Det må ånyo parentetiskt anmärkas, att ställets äkthet icke är fullt säker och har bestritts av nyare forskare. Här kunna vi emellertid lämna äkthetsfrågan å sido.)

Sibers försök att här tolka innebörden av *praestare* har, såsom vi strax skola se, till utgångspunkt, att å debitor vilade en plikt att fullgöra det »zunächst geschuldete dare oder facere». *Praestare* vore nu att fatta såsom avseende ersättningsprestation för underlåtenhet att fullgöra plikten *dare* eller *facere*. Ett sådant resonnemang stämmer förträffligt överens med nutida jurisprudence men har ingen beröringspunkt med romaren Paulus' sätt att se på hithörande ting. Först och främst är, såsom ju nyss visats, *Sibers* utgångspunkt falsk. Därmed faller också den av honom gjorda karaktäriseringen av *praestare*. Utan tvivel står, i källstället ifråga, *praestare* såsom angivande ett handlande, vilket såsom obligationsprestation är fullt analogt med *dare* och *facere*. D. v. s. gäldenären kunde lösa sig från borgenärens maktförhållande över honom såväl genom ett *dare* eller *facere* som genom att — allt efter obligationens grund — *praestare dolum*,

culpam, bonam fidem, diligentiam, periculum. På annat sätt kunde romarne helt enkelt icke se saken. Det är föreställningarna om plikt att »fullgöra obligationen» genom sak- eller arbetsprestation, som i senare tiders jurisprudence tillkommit och åstadkommit den förvirrade uppfattningen att *praestare* måste avse något, vilket blott sekundärt, såsom surrogat, följde av underlåtenheten att fullgöra obligationen. Belysande för den falska åskådningen är följande *Sibers* uttalande:

»Weil nun das zunächst geschuldete (kurs. här) dare oder facere nicht wie das praestare auf Grund Urtheils durch Exekution erzwungen werden konnte, und weil gleichwohl praestare als Gegenstand des obstringi mit dare und facere völlig parallel gestellt wird, so kann obstringi nicht von der Haftung als Macht des Gläubigers, sich durch Urtheilsexekution Ersatz zu verschaffen, sondern nur von dem Leisten-sollen des Schuldners verstanden werden» (s. 4 f.).

Detta betraktelsesätt har ingen kontakt med den romerska rätten i ämnet. Utgångspunkten: *praestare* såsom liggande utanför det omedelbart »obligerade» handlandet, är falsk. Denna utgångspunkt förleder i sin tur till en falsk frågeställning angående innebörden av *obstringi*. Det är alldeles riktigt, att *obstringi* icke har avseende å »borgenärens makt att genom domsexekution skaffa sig ersättning». Men den tanke, som leder *Siber* till detta uttalande, är oriktig. Saken är den, att *obstringi* endast avser obligationsbandet, och att detta, såsom förut framhållits, icke bestod i något annat än en rent hemlig, i sinnevärlden icke framträdande makt över gäldenären, från vilken denne kunde lösa sig antingen genom (alltefter obligationens art) *dare* eller *facere* eller (också alltefter obligationens art) *praestare dolum, culpam, bonam fidem, diligentiam, periculum*. *Sibers* mening, att borgenären skulle ha »makt att genom domsexekution skaffa sig ersättning» för gäldenärens underlåtenhet att fullgöra »das zunächst geschuldete dare oder facere», är ur romarnes synpunkt orimlig. *Id quod interest* uppfattades av dem aldrig

såsom »ersättning», »skadestånd», utan blott såsom innehållet i *praestare*, varande detta — märk väl — analogt med *dare* och *facere* och liksom dessa (ur rättslig synpunkt) p r i m ä r t en utlösningsprestation. *Id quod interest* såsom avseende »ersättning», »skadestånd» är en senare tiders tanke, likaväl som att *obstringi* skulle täckas »von dem Leistensollen des Schuldners» — detta »Leistensollen» som i någon rättslig betydelse icke fanns ens hos klassikerna. Tanken, att obligationens *praestare* och »rättstvånget» för dess fullgörande skulle ha karaktär av skadestånd, måste ha varit alldeles obegränsad för romarne. En dylik tanke kunde icke få någon plats i en åskådning, som i *obligatio* såg ett *iuris vinculum*, varifrån gäldenären kunde utlösa sig, givetvis utan att ha någon »rättslig plikt» därtill, ett begrepp, som — efter vad jag förut påvisat — med romarnes åskådningssätt blir fullständigt meningslöst.

Sibers konstruktiva behandling av detta källställe torde möjligen få anses kulminera i hans på fullt allvar upptagna diskussion av frågan, om icke *servitus* här vore att identifiera med *servus*, och om icke i enlighet härmed innebörden av stället vore att, under det att man exempelvis ägde *slavens* kropp, så hade en borgenär ingen rätt till *gäldenärens* kropp. Här framskymtar nu den genom förväxling av nutidens föreställningar med romarnes orsakade distinktionen: å ena sidan rätt till saken (sakrätt) och å andra sidan en med gäldenärens plikt att handla korresponderande rätt, sålunda icke en rätt till gäldenärens person utan över hans handlingsförmåga i visst avseende, d. v. s., såsom det i allmänhet uttryckes, en rätt till viss gäldenärens handling (fordringsrätt). I verkligheten innebär emellertid romarnes *obligatio* en makt över gäldenärens person. Denna makt var jämförlig med *dominus'* makt över slaven. Men den skilde sig därifrån i vissa avseenden. D e l s var borgenärens makt över gäldenären icke ett *dominium*, ehuru dock en rätt att be-

sitta honom. Dels var denna borgenärens makt icke i och med blotta *obligatio* aktualiserad. Dels hade gäldenären möjlighet att utlösa sig från maktförhållandet genom ett allt-efter obligationens beskaffenhet bestämt handlings sätt. Det är denna olikhet mellan de båda maktförhållandena, som torde utgöra bakgrunden för källstället i fråga. *Sibers* tolkningsförsök beror på bristande insikt i, varutinnan romarnes sakrätts- och obligationsföreställningar överensstämde och vari de skilde sig åt.

I 2 § säger *Siber*, att nyssnämnda ställe från Paulus, ävensom den allmänna definitionen *obligatio est iuris vinculum* etc., icke passar för *obligatio tantum naturalis*. Detta är riktigt. Men oriktig är hans motivering, att naturalobligationen »kein obstringi oder necessitate adstringi des Schuldners zur Folge hat». Det är endast skenbart, som *Siber* med detta argument råkar i motsättning till sitt förut gjorda uttalande, att *obstringi* icke vore att tolka såsom avseende en borgenärens makt att erhålla dom och exekution. Ty *Siber* menar ju att »rättsskyddsanspråket» mot staten har till underlag ett sådant gäldenärens »Leistensollen», som å borgenärens sida motsvaras av ett privaträttsligt anspråk, gående ut på icke blott gäldenärens eget handlande utan även, subsidiärt, tvångsexekution. »Leistensollen», så fattat, vore nu i hela sin vidd enligt *Siber* täckt av *obstringi* eller *astringi*. Dessa begrepp kunde därför icke ifrågakomma vid naturalobligationen. Det är sålunda, enligt *Siber*, det privaträttsliga underlaget för »rättstväng», som skall involveras i *obstringi* och *astringi*, och som måste saknas hos naturalobligationen, eftersom denna icke åtföljdes av något »rättstväng». Den reflektionen borde dock ha inställt sig, att, om det privaträttsliga underlaget för detta »rättstväng» utgjorde ett väsentligt moment i obligationen, så skulle icke naturalobligationen — till vilken ju sådant tvång icke knutits — ha hänförts till *obligationes*. Att de båda obligationskaraktiseringarna icke ha

avseende å *obligatio naturalis* har i själva verket en mycket enkel förklaring. Det beror nämligen därpå, att de blott hänföra sig till *ius civile*, under det att naturalobligationen hade sin grund i *ius naturae*. Men varken *obstringi* eller *necessitate astringi* avser något annat än borgenärens mystiska makt över gäldenären. Orden ha intet med processuellt »rätts tvång» att skaffa. Ur sådan synpunkt kunde de med icke mindre skäl än i avseende å *obligatio civilis* ha använts i avseende å *obligatio naturalis*.¹

* *

*

Efter vad som nu anförts och med uppmärksamheten särskilt fäst vid det historiska sammanhanget mellan den nutida jurisprudentens och romarnes obligationsbegrepp synes det, som om det förra icke skulle kunna äga någon motsvarighet i verkligheten. Hur härmed förhåller sig skall emellertid nu undersökas. Därvid skall jag — eftersom inom doktrinen stundom såsom kriterium för »obligationen», uppställs, att densamma måste vara »rättsligen skyddad» — till förekommande av missförstånd av min undersökning här icke uppehålla mig vid annat än s. k. exigibla obligationer, därmed sålunda uteslutande de »naturliga».

¹ Ovanstående ang. romersk rätt återfinnes delvis i en min uppsats i Sv. J. T. 1928 s. 460 ff.

2 §.

Jurisprudensens ståndpunkt i belysning av fakta.

En obligation skall ju framför allt uppstå genom ett giltigt avtal. Det handlande, som borgenären nu skall hava »rätt att fordra» av gäldenären, utgöres av den avtalade prestationen. Vi taga ett exempel. B(orgenären) hyr en sak av G(äldenären) att avhämtas av B efter 14 dagar och att av denne användas under en viss tid för ett pris av 100 kronor. G får efter en vecka ett hyresanbud av T(redje man) på samma sak och för samma tid men för ett pris av 125 kronor. För undvikande av invändningar säga vi, att T var ovetande om det föregående avtalet. G accepterar T:s fördelaktigare anbud, givande »obligationen» till B en god dag. När B kommer efter överenskommen tid för att avhämta saken, finner han densamma därför utlämnad till T. Då B av juristerna lärt sig, att han genom sitt avtal med G erhållit en rätt att av denne fordra saken och sålunda en makt att utfå densamma av honom, ämnar han realisera denna makt. Emellertid känner han sin fysiska kraft på intet sätt ökad genom avtalet. Och även om han, genom hot om fysisk maktutövning å G skulle kunna ha utsikt att komma i besittning av saken, så vet han att dylik »självtäkt» har sina särskilda risker just i rättsligt avseende och sålunda icke kan vara ett utslag av den i obligationen ingående rättsliga makten. B vänder sig emellertid till sin jurist, som dock är urståndsatt att hjälpa honom. Det finns ingen domstol och ingen exekutivmyndighet, som skulle vilja lämna sin medverkan till att B utfår saken. Varken G eller T kan dömas att utlämna densamma. G har den icke. Och B:s rätt innefattar ju ingen makt gent emot T. Kanske är det utslutet för B att övertvunga, i anledning av vad som förekom-

mit, föra en lyckosam process mot G. Men det kan också hända, att B exempelvis nödgats på annat håll hyra en liknande sak, som han måste betala 125 kronor för. Då kan han få G dömd och tvungen att utgiva 25 kronor i skadestånd. Men detta kan ju icke innefatta ett realiserande av den makt, som skulle ingå i B:s »rätt att fordra» den ifrågasvarande sakens utfående av G. Det är här sålunda icke sant, att avtalsobligationen innefattade en rätt att av gäldenären fordra den avtalade prestationen.

Men låt oss ytterligare variera detta typiska fall av en avtalsobligation. Låt oss antaga, att B utfått den förhrydda saken av G, men att denne omedelbart efteråt säljer densamma till T utan att göra förbehåll om respekterande av legoavtalet. Situationen är nu den, att T i egenskap av ägare kan, såsom det heter, vindicera saken till sig från B utan att invänta legotidens utgång. Det avtalade handlingssättet, som B skall hava »rätt att fordra» av G, måste emellertid givetvis bestå icke blott i att vid legotidens början tillhandahålla B saken utan även i att i avseende å denna icke handla så, att B under legotiden hindras i att bruka saken. D. v. s. G:s »obligerade» handlingssätt måste jämväl bl. a. bestå i att icke under sagda tid förbehållslöst sälja saken till en tredje. Trots B:s »rätt att fordra» detta negativa handlingssätt, trots B:s förmenta makt i sådant avseende kunde dock, såsom vi sågo, G med laga verkan handla däremot, utan att det låg i B:s makt att hindra honom därför! Kanske kan B på grund av det avtalsstridiga förfarandet få domstol att utdöma skadestånd, kanske icke. Men i intetdera fallet kan man spåra något realiserande av B:s »rätt att fordra» G:s underlåtenhet att förbehållslöst sälja saken under legotiden. En sådan B:s »makt» gent emot G upplöser sig antingen i något helt annat eller i det rena ingenting, så snart man gör sig mödan att se efter, hur det gestaltar sig i verkligheten.

Om i vårt exempel nu G vid legotidens inträde visserligen icke avyttrat eller utlämnat saken åt en tredje men likväl vägrar att låta B komma i besittning av densamma, så kunde det kanske vid första påseendet förefalla, som om det låge något reellt i talet om B:s »rätt att fordra» saken av G. Men faktiskt är B:s »rättsliga makt» över G:s handlingssätt också nu blott chimärisk. Självtäkt är ju utesluten. Visserligen kan B. få G dömd att utlämna saken åt B. Men icke ens denna dom giver B någon makt över G i avseende å den avtalade prestationen. Han kan visserligen hänvända sig till exekutiv myndighet. Men ända till dess att exekutionsmannen fått saken i sitt våld, kan denna situation ha förekommit av G, därigenom att han t. ex. tillintetgjort saken, effektivt gömt undan den eller utlämnat densamma åt tredjeman. En »makt», som sålunda blott kan utövas mot en person under förutsättning, att denne person själv icke förhindrar dess utövande, är ingen makt i någon som helst mening av detta ord.

Går man för fullständighetens skull till en »obligation», gående ut på arbetsprestation, blir resultatet lika negativt. En tjänstelega har t. ex. ingåtts mellan B som arbetsgivare och G som arbetstagare. Någon B:s »rätt att fordra» de avtalade arbetsprestationerna av G, d. v. s. någon makt över G:s arbetsprestationer, kan i verkligheten icke spåras. Här inträder icke ens efter en eventuell dom på G:s »arbetskyldighet» den skenbara makt, som nyss berördes vid saklegoexemplet. På grund av en sådan dom kan nämligen G faktiskt icke tvingas att fullgöra några arbetsprestationer, utan dylik dom utmynnar i ett hypotetiskt betalningstväng (vite eller ersättning för kostnaden för prestationens utförande av annan). Dess exekverande innebär sålunda något helt annat än realiserande av någon makt över G:s arbetsförmåga.

Man må taga vilken »obligation» som helst, och det skall redan genom detta s. a. s. yttre sätt att betrakta saken visa sig,

att den gängse deklarationen av »obligationens natur» icke är verklighetstrogen. Detta gäller även den hittills icke berörda »penningobligationen», varom nedan.

Å andra sidan ha vi också redan sett, att man i den s. k. obligationen kan träffa vissa realiteter. Vilka dessa äro skall nu något närmare beröras. Vi hålla oss först till »kontraktsoptioner» på annat än penningar. Därvid har man att märka, att för det fall att G åsidosätter ett handlande, som överensstämmer med kontraktet, tolkat efter vissa principer, samt för det fall att detta åsidosättande medför på visst sätt bestämd skada för B, har B möjlighet att få dom och exekution på ett penningbelopp ur G:s förmögenhet, motsvarande en taxering av skadan. Detta kan naturligtvis icke identifieras med något annat än detta och sålunda icke med någon B:s »rätt att fordra» det avtalade handlingssättet av G, icke med någon B:s makt över G i dylikt hänseende. Visst är det sant, att risken av ett sådant betalningstvång i allmänhet måste ha den största betydelse såsom psykisk drivfjäder för gäldenärens handlingssätt och att här sålunda föreligger en realitet, som givetvis ingen kan vara blind för. Men denna realitet är vad den är och har intet med det att skaffa, som jurisprudenten inlägger i obligationen med dennas förmenta innebörd av borgenärens rätt emot gäldenären. Och det är f. ö. ingalunda givet, att realiteten ifråga överhuvud finns i alla s. k. obligationer. Gäldenären kan psykiskt vara så beskaffad, att detta hot om betalningstvång lämnar honom alldeles oberörd. Och är gäldenären fullständigt insolvent och icke finner sig någonsin kunna hoppas något annat, då kan effekten av ett sådant hot även under gäldenärens fullt normala psykiska beskaffenhet reduceras till noll. Detta blott sagt i förbigående. Det viktigaste är emellertid att veta, att det är logiskt orimligt att, när denna psykiska press på gäldenärens handlingssätt faktiskt föreligger, i densamma finna ett utslag av någon borgenärens rättighet

emot gäldenären. Saken utvecklas närmare i nästföljande två paragrafer.

Nyss angivna dubbelhypotetiska betalningstvångsgäldenären i händelse av kontraktsbrott är det enda väsentliga kriteriet på hithörande »obligationer». Ty intet annat allmänt kriterium kan angivas. Allt annat, som utmärker situationen i det enskilda fallet, har karaktär av tillfällighet. S. k. handräckning för den avtalade prestationens utförande förekommer ju blott i fråga om sakprestation men är utesluten vid arbetsprestation. Och i förra fallet måste märkas, att det i allmänhet står i gäldenärens förmåga att illudera den exekutiva åtgärden.

Åsidosättande av kontraktsevenligt handlingssätt vid andra »obligationer» än dem, som avse s. k. sakprestation, kan medföra antingen dom på att det kontraktsevenliga handlingssättet må utföras på G:s bekostnad eller också domar med föreläggande och utdömande av vite. Dom av förra slaget är ju i detta sammanhang att bedöma analogt med en dom på skadestånd, såvida den icke innebär det rena ingenting, nämligen för det fall att vederlaget icke uppburits av G och kostnaden för prestationens utförande icke överskrider vederlaget. Dom av senare slaget innebär till formen ett åläggande för G att vid äventyr av visst vite fullgöra den kontrakterade prestationen. En sådan dom kan visserligen synas förutsätta tillvaron av ett B:s anspråk mot G på prestationen i fråga och G:s däremot svarande förpliktelse. Vare sig nu domaren i sin dom utgår ifrån en sådan förutsättning eller icke, så är densamma falsk. I realiteten föreligger ju intet annat, än detta att, om G skulle tveka att utföra prestationen, så kan vitesföreläggandet utgöra ett motiv för honom att handla i enlighet med kontraktet. Låter man detta vara detta, så har dylikt intet med någon i B:s »anspråk» innesluten makt över G:s handlande att skaffa. I sådant avseende hänvisas till vad som nyss sades om innebörden av skadeståndstvånget.

Vi gå emellertid att från nu berörda synpunkter göra några reflektioner om »penningobligationer», de må ha sin grund i kontrakt eller utgöras av s. k. ansvarighet för skada oberoende av kontraktsbrott. Här måste väl dock sägas, att B har verkligt anspråk mot G, d. v. s. makt över denne till prestationens fullgörande? Om blott G är solvent, kan ju beloppet städse på exekutiv väg uttagas. Ja, o m! Det finns alltså även här genast en hake. G kan ju från början vara insolvent. Eller han kan — sådant torde visst icke ligga utanför praxis — göra sig insolvent och därmed förhindra maktens realiserande. Visserligen är detta i allmänhet icke lika bekvämt för G som motsvarande manipulation vid »obligation» på vanlig sakprestation, men möjlighet att så handla har han dock i regel. Och märkas bör att i en anseelig procent av fall strandar en exekution av hela fordringsbeloppet på G:s insolvens, med vilken hans underlåtenhet att frivilligt betala ofta sammanhänger. Men alldeles bortsett från dessa påpekanden kan det visas, att föreställningarna om tillvaron av en obligation i nu berörda fall, där det »obligerade» utgöres av penningar, äro lika falska som i förut omnämnda kategorier. I själva verket måste nämligen, just med utgångspunkt i de gängse grundföreställningarna angående »obligationen», tvångsexekutionen vid s. k. penningobligationer i förevarande avseende vara fullständigt analog med tvångsexekutionen i fråga om sak- och tjänsteprestationer — denna senare må avse vare sig skadestånd eller handräckning. Till förstående härav är det nödvändigt att komplettera föregående iakttagelser med följande.

Såsom hela denna tanke om obligationen uppkommit, kan det ju aldrig vara fråga om annat än en borgenärs anspråk — med ty innesluten makt — på visst gäldenärens handlande.¹ Men gäldenärens presterande av

¹ När man, såsom t. ex. Sber, låter gäldenärens »Leistensollen» innehålla jämväl den privaträttsliga grunden för det s. k. rättsskyddsanspråket,

exempelvis viss sak (som makten skulle gälla) är icke blott något helt annat än såväl det frivilliga utgivandet som det exekutiva uttagandet av ett skadestånd, utan det är jämväl något helt annat än utmätningsmannens presterande av samma sak. Talet om borgenärens obligationsmakt över gäldenären förfaller alltså vid dylika obligationer ingalunda blott därför, att gäldenären har förmåga att paralysera exekutionen utan jämväl av den anledning, att den tilläventyrs exekutivt uttagna prestationen icke är en prestation av gäldenären. Och på alldeles samma sätt förhåller det sig med penningobligationen. Gäldenärens frivilliga betalning är icke identisk med beloppets exekutiva uttagande. Därav följer att det icke kan vara borgenärens »rätt att fordra» den kontrakterade eller eljest obliigerade prestationen, som realiseras genom en sådan exekution, att en sådan »rätt» sålunda icke framträder i verkligheten.

Riktigheten av det sist förda resonemanget bekräftas av den ovan¹ berörda kontroversen, inom den härskande tyska doktrinen, angående »obligationens väsen». Romanisterna trodde sig ju, såsom jag redan nämnt, få det passiva ledet i obligationen täckt av gäldenärens plikt. Men detta kunde blott åstadkommas därigenom, att obligationsprestationen ansågs kunna fullgöras icke blott genom prestation av gäldenären själv utan även genom den prestation, som åstadkoms genom domsexekution. Jämväl denna senare prestation ansågs falla under den i obligationen avsedda prestationens begrepp och följaktligen icke blott vara ett »surrogat» för denna. Ungefär från och med sista kvartsseket av 1800-talet har denna ståndpunkt allt mer och mer

d. v. s. för processen och exekutionen, så tillfogar man något, som logiskt icke har med obligationsföreställningen att skaffa.

¹ S. 22 n. 1.

förlorat terräng till förmån för germanisternas. Gälldenärens plikt kan naturligtvis, just i den mening, som förlett jurispruden-
densen att använda ordet, blott omfatta hans eget hand-
lande, icke exekutionsmyndigheternas. Men därav måste ju
följa, att gälldenärens plikt icke kan vara tillräcklig för att ut-
tömma obligationens innehåll. Till gälldenärens plikt (Schuld)
måste man nu, säga germanisterna, lägga hans häftande
(Haftung). Genom den förra kunde man blott komma till ett
»Leistensollen» å gälldenärens sida. Men obligationen innefat-
tade givetvis ett »Leistemüssen», och därför måste gälldenä-
rens plikt utfyllas med hans »Haftung», hans häftande med
(i modern tid) sin förmögenhet. Detta häftande tillhörde
sålunda, ehuru fallande utanför gälldenärens plikt, det passi-
va ledet i själva obligationen.

Allt detta är visserligen — såsom utredningen i nästföljan-
de paragrafer torde giva vid handen — endast skolastik.
Men man kanske likväl får säga, att denna lära, utbildad som
den är av de mera framstående germanisterna en *v. Amira*,
en *Gierke* etc. — möjligen är något följdriktigare än
den romanistiska riktningen, just om man ser saken ur
gemeinrättslig synpunkt. Det bör också särskilt framhållas
att det var romanisten *Brinz*, som gick i spetsen för
denna frontförändring.¹ Ser man nu en gång den romerska
obligatio på detta falska sätt, att å gälldenären vilade en
plikt,² så finnes dock intet acceptabelt skäl för att låta gälde-
närens plikt omfatta något annat än gälldenärens eget full-

¹ Det är visserligen sant, att icke *Brinz* utan *v. Amira* har äran av att ha grundat läran om »Schuld und Haftung». När emellertid t. ex. *Schreiber*, *Schuld und Haftung*, s. 1 n. 1, såsom en brist hos den förre framhåller, att han i motsats till den senare icke medtagit »die für die Folgezeit . . . wesentlichen Gesichtspunkte», bör dock framhållas, att *Brinz* — som lade hela tonvikten på gälldenärens Haftung, *Lehrbuch der Pandekten*, II, s. 206 ff. — faktiskt kommer realiteterna närmare än germanisterna, vilka alltjämt utgå från gälldenärens plikt såsom det primära och häftandets förutsättning.

² Se härom ovan s. 26—39.

görande av »obligationen», för att låta den obligerade prestationen vara något annat än gäldenärens eget handlande, såsom motsättning alltså jämväl till vad som kunde åstadkommas på exekutiv väg. För visso är det uteslutet — även med utgångspunkt i antagandet, att romarnes *obligatio* involverade plikt — att i källorna finna något möjligt stöd för ett sådant konstlat utsträckande av gäldenärens plikt. Men vidare betraktas ju denna icke mindre av romanister än av germanister gemenligen såsom havande sin grund i »rättsordningens befallning» till gäldenären att handla på visst sätt. Är åter detta pliktens grund, då finns ju ingen logisk möjlighet att få plikten att omfatta något annat än g ä l d e n ä r e n s handlings-sätt. Uppenbart är därför, att romanisterna här nödsakats till inkonsekvens i sina skolastiska deduktioner. En följdriktig hållning skulle ha gjort deras pliktbegrepp, utan komplettering med germanisternas »Haftung», odugligt för praktiskt bruk. Borgenärens förmenta rättsliga makt mot gäldenären kan givetvis icke sträcka sig utanför området för dennes plikt. Detta måste därför, när man icke ville slå in på den germanistiska vägen, bestämmas så vidsträckt, att det nödiga måttet av borgenärens rättsmakt kunde tillgodoses. Det fanns för sådant syfte ingen annan utväg än att göra en ologisk utvidgning av begreppet gäldenärens plikt. Gäldenärens »Leistensollen» m å s t e identifieras med ett »Leistensüssen».

Av vad nu sagts följer, att det lika litet vid »penningobligationer» som andra »obligationer» i jurisprudentens mening kan vara så, att den i »obligationen» ingående rätten, anspråket eller makten hade någon motsvarighet i verkligheten. Sammanfattar jag nu den hittillsvarande framställningen, så blir resultatet, att det enda som i a l l m ä n h e t kan sägas om »obligationens väsen» är följande. Därmed avses en situation, så beskaffad att, om en person handlar eller underlåter att handla på visst sätt och om därigenom på visst sätt

bestämd skada uppstår för annan, den förre på yrkande av den senare¹ kan exekutivt tvingas att i mån av solvens betala (utom processkostnaden) ett skadan efter vissa beräkningsgrunder motsvarande penningbelopp åt den senare. Situationen utmärkes sålunda därav, att å en person, gäldenären, till förmån för annan, borgenären, vilar ett (dubbel-)hypotetiskt betalningstväng. Det handlingssätt, som underlåtits, kan naturligtvis vara mer eller mindre allmänt bestämt. Att här söka draga gränslinjer är fåfängt. Ett kontrakt exempelvis kan ju vara högst allmänt hållet, d. v. s. det »obligerade» handlingssättet kan vara i kontraktet högst allmänt bestämt. Någon principiell skillnad i förevarande avseende mellan å enasidan situationen efter ett kontrakt och å andra sidan den situation, att en person drabbas av betalningstväng, om han — utan förvarje kontrakt — anställer skadegörelse till förfång för annan, kan emellertid icke utletas.² Men då skulle man ju komma till det gamla orimliga, att »obligationer» i oändlighet »häftade» vid varje människa? Nej, ty det finns överhuvud inga »obligationer». Det är detta som jag vill visa. Det finns i verkligheten intet annat än dessa situationer av ett eller annat slag med hypotetiskt betalningstväng. Och det kan ju icke bestridas, att en person i allmänhet har oändligt många möjligheter att ådraga sig sådant, alldeles oavsett alla kontraktsförhållanden. Att man vill finna det så självfallet, att en principiell skillnad i juridiskt avseende måste finnas allteftersom en person utan kontrakt (t. ex. såsom annans granne, passerande förbi annans egendom eller eljest

¹ Att under vissa omständigheter yrkandet kan framställas av annan än den skadade och hans ombud är en sak, som jag naturligtvis icke här kan behöva utreda.

² Det är således med det senare alternativet alls icke fråga om »obligation», uppkommen genom s. k. utomobligatorisk skadegörelse. Vad jag avser är situationen, innan sådan skadegörelse skett.

i den situation, att han har fysisk möjlighet att skada annans person eller egendom) och efter kontrakt (t. ex. såom leverantör, legotagare, depositar, förvaltare) står inför möjligheten att tillfoga annan skada med ty åtföljande tvång att betala skadestånd, detta beror just på jurisprudensens traditionella antagande, att det överhuvud existerade sådana rättsliga maktförhållanden som de, vilka benämnas obligationer. Ty saken är helt enkelt den, att absurditeten i sådana konstruktioner framträder starkare i ett icke-kontraktsförhållande. Kontraktet har emellertid i detta sammanhang faktiskt ingen annan betydelse, än att det i vissa bestämda avseenden begränsar en persons (gäldenärens) möjligheter att handla fri från risken av ett betalningstvång. Kontraktet är fullt analogt med t. ex. de fakta, som i nyssberörda förhållanden utan kontrakt gjort annan men icke mig till »ägare» av de ting, som jag har möjlighet att skada i alla dessa det dagliga livets sig ofta i oavbruten följd avvecklande situationer. Att dessutom kontraktet kan medföra vitesföreläggande och handräckningstvång är ju för det allmänna bedömandet utan betydelse, eftersom de äro tillfälliga och det sålunda finns en mängd kontraktssituationer, vilka icke kunna beröras av sådana eventualiteter. Att dessa utgöra oväsentligheter i jämförelse med det här betonade betalningstvånget förstår man redan därav, att kontraktsrätten uppenbarligen icke skulle bliva oduglig, om de fölle bort. Men eliminera bort det hypotetiska betalningstvånget! Praktiskt taget vore därmed kontraktsrätten otänkbar.¹

¹ Jag har här jämfört de »allmänna situationerna» med »kontraktsobligationerna». Naturligtvis kunna de icke heller principiellt skiljas från »obligationerna» på grund av skadegörelse utanför kontrakt. Också här är ju förhållandet det, att om en person underlåter att handla på visst sätt (att betala skadeståndet), så drabbas han av betalningstvång. Jämförelsen med »kontraktsobligationerna» blir emellertid mera slående, eftersom den »obligerade» handlingen vid dessa själv icke behöver vara en penning prestation. — »Obligationens» innebörd angives utförligare å s. 119—122.

Man har försökt att beteckna uttalanden, i formen till en viss grad påminnande om vad jag på andra ställen och i nästföljande paragrafer hävdar i avseende å rättighetsbegreppet, såsom tillhörande det gängse »rättspråket».¹ Nu är saken den, att jurisprudentens utgångspunkter äro sådana, att ett logiskt fullföljande av dem på ett alltför uppenbart sätt leda *in absurdum*. Därav nödgas man, såsom jag redan i slutet av denna paragraf skall giva exempel på, till allehanda konstruktioner, så att icke de uppenbart orimliga konsekvenserna framträda. På sådant sätt bli emellertid både begreppsbestämningar och resonnemang ofta så tvetydiga eller flytande, att de gent emot kritik kunna anpassas på ett efter omständigheterna lämpligt sätt.² Med sådana metoder hos meningsmotståndare måste jag räkna med möjligheten av en invändning, att jag rider på ord i min nu framlagda kritik. Denna kunde nämligen tänkas bemött därmed, att det gängse »rättspråket» med borgenärens »rätt att fordra», hans »anspråk» och hans »makt» gent emot gäldenären »egentligen» icke avsåge något annat än just detta av mig här framställda hypotetiska betalningstvång med dess psykiska verkan på gäldenärens handlingssätt till överensstämmelse med kontrakt eller annat, som efter lagen har betydelse. Den, som kan på sådant sätt missförstå innebörden av min kritik, torde emellertid få sin syn på saken ändrad, om icke förr, genom sitt studium av nästföljande paragrafer. Här vill jag omedelbart emot en dylik invändning erinra om dess ohållbarhet redan i anledning av vad jag nyss hävdat om frånvaro av all rättsprincipiell skillnad mellan jurisprudentens »obligationer» och alla dessa snart sagt i oändlighet varierande situationer med

¹ *Undén*, Svensk sakrätt I, 1927, s. 83. Se härom min kritik av *Undén* i Senare delen.

² Goda exempel på det sagda framgå av *Thyréns* antikritik mot mig (se härom skriften nr. 2 i denna serie) samt av *Undéns* utläggningar, varom i Senare delen.

möjligheter till handlingar under risk av betalningstvång. Gå till *Windscheid, Dernburg, Jhering, Siber* och *Schreiber* till *Capitant* och *Demogue*, till *Holland* och *Pollock*, till *Nordling, Björling, Undén, Lassen, Platou* och alla andra dylika författare, berörda eller icke berörda i detta arbete! Det skall så mycket mindre ur deras framställningar kunna framdeduceras någon slags överensstämmelse med vad jag hävdade såsom realiteter bakom det s. k. obligationsbegreppet, som uppenbarligen ingen av dem menar, att hans obligationsbegrepp eller däri inneslutna rättighetsbegrepp vore så »urvattnat», att därmed skulle täckas mängden av dessa situationer av betalningstvångsrisk, i vilka en människa snart sagt ideligen råkar och vilka jag nyss antydde. I dessa »orättsliga» situationer saknas uppenbarligen enligt jurisprudensen något visst, som skall vara det väsentliga för obligationen. Vad detta något skall vara, skall i nästföljande paragrafer upptagas till närmare behandling.

Dessförinnan skall jag söka förtydliga några saker. Jag vill först angående terminologien »skadestånd», precisera något, som dock strängt taget framgår av det redan sagda. Det finns ingen anledning att fatta det hypotetiska betalningstvång, som efter vad jag anfört är den väsentliga realiteten i den s. k. obligationen, så begränsat, att det måste täckas av vad vi gemensamt förstå med skadestånd. Använder man här ordet skadeståndstvång, så måste man däri inlägga även den åtgärd, som, när en »obligerad» penningprestation icke frivilligt fullgöres, sker därigenom att beloppet (med eller utan ränta) exekutivt uttages. Betalningstvånget har fullt samma funktion ur rättslig synpunkt, antingen det hänfört sig till utebliven penningprestation eller utebliven sak- eller arbetsprestation. Att beloppet i förra fallet är lättare att fastställa än i det senare, ävensom att olika ränteregler kunna komma att tillämpas är en sak, som det icke finns någon anledning att inblanda i detta sammanhang. Det är visserligen så, att man inom jurisprudensen ofta

finner ränta vid penningprestationer satt i en klass för sig såsom analog med skadestånd. Av vad jag ovan anfördt, måste detta vara ologiskt. Det är hela det belopp (huvudstol + ränta), som skall exekutivt uttagas, som motsvarar skadeståndet vid utebliven sak- eller arbetsprestation. Benämningen spelar emellertid ingen roll. Vill man icke använda »skadeståndstvång» i denna vidsträckta betydelse, så kan man ju, såsom här ovan skett, i stället tala om det hypotetiska »betalningstvånget» såsom utmärkande för sådana situationer — jämte andra — som jurisprudensen plägar beteckna som »obligationer». Blott bör naturligtvis då observeras, att med detta betalningstvång icke åsyftas vitestvånget, vilket efter vad jag framhållit, är av oväsentligt intresse för undersökningen av realiteterna bakom obligationsföreställningarna.¹

För tydlighets skull vill jag beröra det hypotetiska i skadeståndstvånget² såsom på detta sätt innebärande realiteten i »obligationen». För detsamma förutsättes ju icke blott ett visst handlingssätt, utan jämväl att detta medfört efter vissa principer bestämd skada. Denna skada involveras stund-

¹ Utan att här gå in på det ifrågavarande vitets historia må blott sägas, att det så långt ifrån kan vara ett grundläggande moment i obligationen, som det är ett tydligt utflöde ur den till obligationsbegreppet hörande föreställningen om gäldenärens rättsliga plikt att fullgöra obligationen.

² För språkbrukets skull använder jag i det följande ofta beteckningen »skadeståndstvång». Och jag tager det då givetvis i den vidsträckta betydelse, som jag nyss uttryckte med »betalningstvång». Jag vill dock erinra om, att det överhuvud är oegentligt att i en sådan utredning som den föreliggande tala om vare sig »skada» eller »skadestånd». Dessa begrepp hava nämligen utbildats på basis av föreställningar om rättigheter och obligationer, om något sålunda, vilket i detta arbete just är föremål för undersökning. Vidare ligger i sådana uttryck som »skadestånd» och »ersättning» ett fatalt underskattande av betalningstvångsriskens betydelse såsom drivfjäder på handlingssätten. Efter dessa anmärkningar kan jag använda ordet »skadeståndstvång», ehuru »betalningstvång» vore bättre även såsom innefattande också det stundom väsentligaste i trycket på handlingssätten, nämligen processkostnaden.

dom med på förhand insedd logisk nödvändighet i handlings-sättet (t. ex. underlåtenheten att i ett förhållande, fritt från konnexitet, betala ett penningbelopp). Eljest får efter (det positiva eller negativa) handlingssättet särskilt undersökas, om sådan skada föreligger eller icke. I sådana fall skulle ju kunna med visst fog sägas, att det situationen utmärkande skadeståndstvånget är *dubbelhypotetiskt*.

Vidare anmärkes, att jag i min utredning icke medtagit det läge, som inträder i fall av s. k. hävning av kontrakt. Jag inskränker mig till en erinran om, att givetvis kan från sådana situationer intet hämtas att grunda en invändning på mot mitt åskådningssätt.

Jag antydde nyss, att det icke vore alldeles otänkbart, att man skulle vilja bemöta min framställning med invändningen, att borgenärens rättsliga makt i obligationen enligt jurisprudentens egna läror just motsvarades av detta hypotetiska skadeståndstvång å gäldenären, vilket jag betecknat såsom den egentliga realiteten bakom obligationen. Dock antydde jag också att en jurist, som verkligen kände jurisprudentens läror, näppeligen skulle vilja föra fram en sådan invändning. Mången nordisk rättsvetenskapsman har blott helt ytligt satt sig in i dessa och kan därför — såsom erfarenheten visar — till deras försvar komma att prestera ting, vilka också från jurisprudentens egna utgångspunkter te sig fullkomligt meningslösa. Har man faktiskt tillägnat sig den härskande rättsvetenskapens åskådning, då måste man också förstå, att mellan denna och mina här gjorda anmärkningar ligger en klyfta, för vid och för djup för att någon som helst förmedling skall vara tänkbar. I sådant avseende behöver jag ju blott hänvisa till *h e l a* samlingen av såväl romanister som germanister, till vilka rättsvetenskapens allra yppersta måste hänföras. Den mellan dessa båda kategorier bestående motsättningen¹ understryker ju otvetydigt, att antagan-

¹ Ovan s. 22 noten samt s. 48 ff.

det av obligationens realitet utan avseende å den av mig framhävda skadeståndsriskan¹ är i alla hithörande rättsteorier en ofrånkomlig kärnpunkt. Jag framhöll visserligen, att germanisterna icke ifrån härskande utgångspunkter begingo samma inkonsekvens, som romanisterna. Men å andra sidan blottas hos germanisterna just i förevarande avseende skolastiken på ett icke mindre påfallande sätt. Germanisterna äro ju icke nöjda med, att det passiva ledet i obligationen begränsas till gäldenärens handlingsplikt. Varför icke? Därför att borgenärens makt måste vara vidsträcktare än som motsvaras av denna gäldenärens plikt. Han måste också oberoende av gäldenärens handlingssätt ha makt över dennes förmögenhet. Men detta skulle ju kunna tillgodoses genom anspråket mot staten på dom mot gäldenären och domens exekverande? Nej, sådant resonnemang är för både romanister och germanister absolut omöjligt. Ty anspråket mot staten är intet annat än ett offentligträttsligt anspråk, ett slags fyllnadsanspråk, som ovillkorligen måste förutsätta tillvaron av ett materiellt rättsanspråk för borgenären mot gäldenären. Därav begreppet: rättsskyddsanspråk. Romanisterna klarade, som vi sågo, denna nödvändiga förutsättning på ett lika enkelt som uppenbart irrationellt sätt: det deklarerades endast, att gäldenärens *Leistensollen* vore att fatta som ett *Leistenmüssen*, med vilket nu borgenärens civila rättsanspråk korresponderade. Germanisterna åter fogade till gäldenärens rättsliga plikt hans civilrättsliga »Haftung». Därmed var enligt dem vägen banad för ett sådant borgenärens »materiella» rättsanspråk, att ett tillfredsställande rättsskyddsanspråk kunde därpå byggas.

De tre följande paragraferna skola giva fullständiga belägg för det hopplösa i försöket² att vilja blunda för den fullständiga väsensolikheten mellan min och jurisprudentens

¹ Förkortning för »skadeståndstvangsriskan».

² *Undén* bl. a. i *Skrifter*, tillägnade Johan C. W. Thyren, 1926, s. 78.

åskådning i hithörande frågor. Saken skall emellertid redan här ytterligare något belysas genom vissa direkta uttalanden av sådana rättslärda, som till skillnad från åtskilliga andra författare verkligen behärska den skolastiska grundåskådning, å vilken de basera sina teorier. Som exempel kunna lämpligen väljas den förut berörde *Siber* samt *Schreiber*, båda verksamma i vårt århundrade och den förre lutande mera åt den romanistiska, den senare åt den germanistiska riktningen.

Enligt *Siber* vilar å gäldenären ett »an sich sanktionsloses Leistensollen». Jämte denna på »konkret rättsbefallning» vilande prestationsplikt skall å borgenärens sida finnas en makt »över gäldenären eller dennes förmögenhet», en makt inriktad på samma mål som gäldenärens prestationsplikt. Denna makt blir visserligen numera förmedlad genom borgenärens offentligträttsliga skyddsanspråk mot staten. Men den i obligationen ingående makten själv vore av privaträttslig karaktär, alltså något som existerade oberoende av varje statligt tvångsingrepp. Av det sagda förstår man, att det hypotetiska skadeståndstväng å gäldenären, vilket jag betecknat såsom »obligationens» egentliga realitet, enligt *Siber* måste falla helt och hållet utanför själva obligationen. Det är blott att betrakta såsom »weiteres Sanktionsmittel» för borgenärens makt och betecknas såsom en »klag- und vollstreckbare sekundäre Ersatzverpflichtung».¹

I förevarande avseende uttalar sig också *Schreiber* särdeles tydligt. Han utgår från att ett privaträttsligt anspråk ligger till grund för varje statligt ingrepp, som på en borgenärs anhållan sker mot gäldenären. När exempelvis utmätning försiggår hos gäldenären, har densamma sin grund i borgenärens privaträttsliga anspråk »auf Zugriff in die gepfändete Sache». När domstolen fastställer, att gälde-

¹ *Siber*, Rechtszwang, s. 253—256.

nären »är förpliktad till den eller den prestationen», så grundar sig detta på borgenärens »gegen den Schuldner gerichteten, also in diesem Sinne gleichfalls privatrechtlichen Anspruch auf eine solche Feststellung». Det närmare förhållandet mellan detta borgenärens anspråk mot gäldenären och dennes offentligträttsliga rättsskyddsanspråk lämnar *Schreiber* »in den hier verfolgten Problemen völlig ausser Betracht». D. v. s. det säges helt frankt ifrån, att mellan parterna består ett rättsförhållande, vilket existens kan fastställas utan ringaste hänsyn till det processuella tvånget.¹ — Om möjligt ännu mera öppet betonas denna sak längre fram i *Schreibers* framställning, där det heter:

»Da die Untersuchung vor jedem öffentlichrechtlichem Einschlag halt machen will, wird selbstverständlich nur nach solchen Rechtsbehelfen gefragt, die einem Rechtsunterworfenen gegen den anderen zustehen; dagegen werden Massnahmen, die etwa die öffentliche Gewalt von sich aus trifft, nicht mit unter Haftung verstanden. Denn wo die Befolgung eines Rechtsbefehls von Amts wegen durch staatliche Organe kontrolliert oder gar erzwungen wird, ist damit angezeigt, dass es sich nicht mehr um rein privatrechtliche Pflichten (kurs. här) handelt, sondern um solche, an deren Erfüllung das öffentliche Interesse unmittelbaren Anteil nimmt und die eben deshalb wenigstens teilweise dem öffentlichen Rechte angehören.» (S. 175.)

Nu kan naturligtvis »obligationen» icke bestå i annat än det privaträttsliga förhållandet mellan borgenären och gäldenären. Den av mig betonade realiteten i obligationen, det hypotetiska skadeståndstvånget, är ju åter icke tänkbar utan borgenärens »rättsskyddsanspråk» mot staten. Därav följer, att, enligt *Schreiber*, obligationsförhållandet måste vara någonting, som är att bestämma alldeles oberoende av detta skadeståndstvång. Hela *Schreibers* arbete bär f. ö. vittne därom. Ytterligare ett par citat må andragas:

»Schon für den Gesetzgeber kommen ganz andre Überlegungen in Betracht, wenn er sich fragt, ob etwas geschehen soll, als wenn er

¹ *Schreiber*, Schuld und Haftung s. 5 f.

erwägt, welcher Zwang diesem »Soll» etwa beizugeben sei. Niemand wird z. B. den Satz aufstellen wollen, dass ein Dienstbote nicht die Rechtspflicht haben soll, den übernommenen Dienst auch anzutreten; ob aber im Weigerungsfalle gewaltsame Zuführung in den Dienst am Platze ist, darüber kann man sehr verschieden denken, und ein verständiges Gesetz wird etwa für die Eingeborenen-Dienstboten in den Kolonien andere Normen hierüber enthalten als für Dienstboten in der Heimat. Kein Gesetzgeber wird ferner darüber zweifeln, dass der Empfänger eines Darlehns dieses vertragsgemäss zurückzahlen soll; ob man aber den Gläubiger ermächtigen darf, auch die Arbeitskraft seines Schuldners zu beanspruchen, wenn jeder nicht zahlt, wird gerade neuerdings höchst zweifelhaft etc.»... (s. 7).

Också här framträder ju tydligt, att fråga icke kan vara därom, att skuldförhållandet skulle utmärkas av det å gälde nären vilande hypotetiska skadeståndstvånget. Särskilt märkbar blir genom detta *Schreibers* uttalande jurisprudentens olyckliga metod att söka *in abstracto* fastställa det privata »skuldförhållandet» (d. v. s. det rena ingenting) och därefter bestämma »obligationens rättsverkningar». Realiteten i »obligationen» kan ju icke vara något annat än just dessa »verkningar».

Vidare bör observeras följande uttalande:

»Jedes Recht enthält notwendig Befehle an die ihm unterworfenen Rechtssubjekte, und jedes Recht muss in irgendeiner Weise reagieren, wenn diese Befehle nicht ausgeführt werden» (s. 4).

Dessa ord (obs. »in irgendeiner Weise») visa demonstrativt, att »befallningarne» liksom ock deras rättsprodukter (Schuld och Anrecht) icke skola ha något att skaffa med faktisk tvångsmöjlighet mot gälde nären. Till begreppen »Schuld» och »Anrecht» höra nu också uttryckligen blott de normer, som reglera gälde närens »Soll». Alla andra normer falla därutanför, framför allt de normer som svara på frågan: »was geschieht, wenn dass Soll unerfüllt bleibt». Motivet för »rättsordningen», när den uppställer dessa Soll-normer för gälde nären är att den »will, dass der Gläubiger einen Erfolg bekommen soll». Därmed skall sedan

sammanhånga, att borgenärens »Anrecht» icke går ut på »eine Leistung oder auf ein Tun» utan blott på »einen Erfolg».¹

Kompletteras nu det anförda med detta uttalande:

»Eine Schuld liegt dann vor, wenn das Gesetz einem bestimmten Rechtssubjekt eine Handlung durch privatrechtlichen Rechtssatz befiehlt; sie ist reine Schuld (kurs. här), wenn mit diesem Befehl für den Gläubiger keine Rechtsbehelfe verbunden sind, die ihm bei etwaiger Nichtleistung Zwangsbefriedigung oder Ersatz verschaffen sollen» (s. 30 f.),

så är det ju omöjligt att komma ifrån, att *Schreiber* i sin analys av skuldförhållandet laborerar med vad som — redan enligt de i denna paragraf gjorda iakttagelserna — måste vara fritt från all verklighetskaraktär. (Reine Schuld! Jfr romarnes *nudum ius*.) Såvitt *Schreiber* faktiskt skulle genomföra den »vetenskapliga» metod, som han i nu anförda och en mängd andra uttalanden givit uttryck åt, så skulle han skriva om det rena ingenting. Ty så som han vill se på saken, är och förblir både »Schuld» och »Haftung» det rena intet. De äro blott genom traditionella föreställningar om existensen av rättsbefallningar, av rättigheter m. m. möjliggjorda reflexer av vissa realiteter, som *Schreiber* gör allt vad han kan för att skjuta ifrån sig, också om han icke helt och hållet lyckas därmed. Jag skall tillåta mig i anledning av de gjorda citaten från denne specialist på området ytterligare nämna följande.

De rättsbefallningar, om vilka *Schreiber* talar, existera icke; icke heller någon rättsordningens vilja eller överhuvud någon vilja, varifrån de skulle kunna emanera, vilket allt sedermera skall påvisas. Icke heller finns något gäldenärens »Soll», »Schuld» eller någon borgenärens »Anrecht». Också detta skall till full evidens framgå i det följande. Det är emellertid en sak för sig, att man nu allmänt tror på dessa imperativer och parternas rättigheter och plikter såsom produkter av dem.

¹ *Schreiber*, Schuld und Haftung, s. 28 f., s. 45, s. 174.

Vad som hos *Schreiber* har särskilt intresse är bestämningen av borgenärens »Anrecht». Vi sågo ju, att denna faktiskt icke, såsom i äldre tider, skall vara en full motsvarighet till gälde- närens plikt, icke gå ut på gälde närens handlande, utan på ernåendet av en »Erfolg». Hur går detta ihop med utgångs- punkten: rättsbefallningarna? Från dessa synes man ju, och redan det ologiskt (se *Sigwart*, *Logik* I, s. 17), blott kunna komma till gälde närens handlingsplikt och borgenärens däremot svarande rättighet mot gälde nären. Men alla orim- ligheter gå att klara för jurisprudence n. Detta är alls ingen överdrift. Ty när man icke rör sig med realiteter utan med inbillade faktorer, så behöver man aldrig bliva rådvill. Man låter blott sin fantasi forma de inbillade faktorerna så, att de synas gå ihop med de teorier, som man vill framställa. *Schreiber* går helt enkelt så till väga, att han finner upp ett nytt faktum: ett visst motiv för rättsordningens befall- ningar, nämligen dess vilja, att borgenären »einen Erfolg bekommen soll». Det finns visserligen icke något logiskt sam- band mellan denna vilja såsom motiv och uppkomsten av en borgenärens »Anrecht» till en »Erfolg». Blotta viljan till något producerar icke detta något. Men det finns ett visst s k e n av ett sådant samband, ett sken tillräckligt starkt, för att man skulle våga erbjuda det som ett faktum åt jurispru- densen, svag som denna i all tid varit och ännu är för alla slags föreställningar om »rättsviljans» magiska kraft. Allt nog. Man laborerar allmänt med obefintliga befallningar av rätten. Varför skulle man icke också laborera med ett visst motiv för dessa befallningar? Visserligen blir varje sådant motiv den rena dikten. Men man löper ju aldrig någon risk, hur man än diktar. Någon kollision med fakta kan icke uppstå, eftersom man rör sig i rymder, där inga fakta fin- nas. Det enda som måste tillses är, att man från sina »fakta» i f ö r j u r i s p r u d e n s e n a n t a g l i g a slutledningar kan komma fram till åsikter, vilkas praktiska tillämpning icke är uppenbart omöjlig.

Och härmed är jag inne på något, som kan giva förklaring till *Schreibers* konstruktioner. Dessa föranleda nämligen en reflexion över det gängse talet om tendensen hos den nutida jurisprudensen att på ett annat sätt än förr hålla sig i kontakt med det pulserande rättslivets krav. Detta är en s. k. sanning med modifikation. Det är sant, att den äldre jurisprudensen var rent skolastisk. Men faktum är, att den nyare är lika skolastisk. Ja, de verklighetsfrämmande konstruktionerna te sig ofta ännu våldsammare hos senare tiders rättsliga auktorer. Detta förhållande låter förklara sig. Den äldre jurisprudensens falska grundlag — bestående bl. a. av obefintliga rättigheter och plikter och av uppfattningar om rättsordningens karaktär, vilka visserligen sinsemellan kunnat växla men dock haft det gemensamt, att de saknat kontakt med de faktiskt rådande förhållandena — detta grundlag är i sina huvuddrag basen också för den härskande jurisprudensen. För att förstå skillnaden mellan »förr och nu» måste man först beakta något, som jag ofta framhållit,¹ nämligen att jurisprudensen alltid och genomgående — utan att ha haft detta klart för sig — varit starkt influerad av rådande föreställningar om vad som vore nödvändigt eller nyttigt för tillgodoseende av det allmänna. Också den gamla jurisprudensens konstruktioner voro därför i allmänhet så gjorda, att de — i all synnerhet med den tillämpning de fingo i jurisprudensens egen hand — icke råkade i alltför skarp strid med vad som betraktades såsom samhälleliga intressen. På det förmögenhetsrättsliga området — och jag talar här icke om något annat — förlöpte sekel efter sekel med i stort sett oförändrade sociala förhållanden. Jämväl den allmänna sociala och rättsliga åskådningen förblev i det hela oförändrad. Det fanns för jurisprudensen ingen yttre anledning till mera vittgående omjusteringar av sina läror, vilka

¹ Se särskilt »General remarks on my theory of public welfare as the basis of law» i min *Superstition etc.*, s. 131 ff.

därför höllo sig tämligen oförändrade under denna tid (1500-, 1600- och 1700-talet samt mångentidas långt in på 1800-talet). Därigenom kom denna äldre jurisprudens att för eftervärlden framstå såsom särskilt stelnad och förbenad, såsom skolastik, under det att den senare jurisprudensen under sina olika utvecklingsfaser — genom en *Burke, Savigny, Bentham, Austin, Jhering, v. Amira, Gierke, Bergbohm, Ehrlich, Gény* («fri-rättsliga» skolan), *Ritchie, Duguit, Kelsen, Roscoe Pound*, för att nu nämna en del märkesmän i jurisprudensens utveckling från den mera öppet naturrättsliga skolastiken — trott sig vara mer à jour med det praktiska livets fordringar. Men denna tro beror på misstag. Den äldre jurisprudensens omöjlighet framträdde på ett särskilt sätt, först när det praktiska livets fordringar började undergå en mera påtaglig förändring. Denna sammanhänge i sin tur med omdaning i allmän social åskådning, åstadkommen genom upplysningsfilosofiens läror, liberalismen och de marxistiska idéerna samt socialpolitiska diskussioner, särskilt de, som stått kring de båda sistnämnda tankeriktningarne. I bakgrunden lågo vissa ekonomiska förändringar, kroppsarbetarnes organisation och omvälvningarne genom naturvetenskapernas resultat (t. ex. ångmaskinen och elektriciteten), utnyttjade i industriens och den allmänna samfärdselns tjänst. Att den gamla jurisprudensen skulle komma till korta inför de nya åsikter om samhällslivets utdanning, som nu började få överhand, var givet. Den aktuella jurisprudensen hade att härefter söka anpassa sig, om den icke ville alldeles komma ur räkningen. Men hur tillgick och tillgår alltjämt denna anpassning? Alldeles icke så, att man uppgivit den gamla jurisprudensens grundåskådning, utan så att man alltjämt bygger på det väsentliga i denna. Motsättningen mellan densamma och de ständigt ökade praktiska behoven söker man avhjälpa med nya konstruktioner, grundade på gamla verklighetsfrånvända åskådningar och därigenom lika omöjliga som dessa. Skillnaden mellan förr

och nu är sålunda huvudsakligen den, att nutidens jurisprudence, för att icke fullständigt förlora kontakten med den snabba utvecklingen inom omsättningslivet, nödgats överbygga klyftan mellan den gamla jurisprudentens grundlag och nya sociala åsikter med en mängd konstruktioner, den ena mera fantasi-full än den andra.¹ Jag behöver blott erinra om sådant som den gamla jurisprudentens tal om äganderätten såsom varande det oinskränkta herraväldet över en sak. Vad har icke under senare tider utvecklats inom jurisprudenten för att få »äganderätten» jämkad till större överensstämmelse med den faktiskt rådande åskådningen om samhällslivet? Men denna utveckling har icke kunnat bli något annat än den rena skolastiken. Den har ju vilat på antagandet av äganderät- tens existens, d. v. s. på antagandet av existensen av något, som icke finnes och logiskt aldrig kan hava funnits.² Hela skadeståndsrätten med dess teorier om ansvar för icke blott rättstridig utan jämväl rättsenlig handling och om en hand- lings typiska farlighet såsom grund för dess skadeståndsgrun- dande effekt o. s. v., åskådliggör på ett mycket tydligt sätt den nyssantydde arten av de metoder, efter vilka den nutida juris- prudensen söker anpassa sig efter rådande praktiska behov.³ Den utsökta av *Jhering* slutligen utformade figuren »negativt kontraktsintresse» bör icke heller bortglömmas i detta sam- manhang.⁴ I all sin förnuftslöshet har denna figur dock full- gjort en viss nyttig funktion till motverkande av en del skad- liga konsekvenser av jurisprudentens laborerande med be- greppet »avtals giltighet», bestämt rent abstrakt, utan hän- synstagande till, särskilt, skadeståndsrätten. För visso var den

¹ Jfr min *Superstition etc.*, s. 103 f., s. 194 f.

² Se näsiföljande paragrafer, särskilt 4 § samt min *Superstition etc.*, s. 83—90.

³ Se härom min *Kritik av nordiska skadeståndsläror i T. f. R. 1923* samt *Superstition etc.*, s. 54 ff.

⁴ Se mina antydningar i *Sv. J. T. 1924*, s. 273 ff., samt *Nordiska Jurist- stämman 1926*, s. 227, och nedan s. 163 f.

gamla jurisprudence för sin tid icke mera utan snarare mindre fylld av spetsfundigheter än den nya jurisprudence. — Denna nu antydda »verklighets»-strävanden ha emellertid tydligtvis också medfört en allmän tendens att reformera den gamla jurisprudence till förment bättre överensstämmelse med fakta även i sådana avseenden, där några reformer icke varit särskilt påkallade av nytillkomna förhållanden. Men det har gått med dessa reformer på samma sätt som med de förut antydda. De ha utmynnat i den rena skolastiken. Man har ju lika mycket i dessa fall saknat förståelse för, varuti den verkliga bristen låg i den gamla jurisprudence. Och på detta sätt ha de nya konstruktionerna kommit att vila på ett falskt underlag och därmed själva blivit falska. Det är särskilt under sist berörda synvinkel, som man har att se *Schreibers* konstruktioner. Ett huvudfel hos den gamla jurisprudence var att — liksom man trodde på äganderätten — så trodde man överhuvud på rättigheter, på vissa privata maktförhållanden såsom existerande oberoende av rättsreglers uppehållande genom dom och exekution. Man trodde på den »materiella rätten» såsom havande en självständig existens vid sidan av den »formella». Vi skola av den följande framställningen förstå, att sådant är logiskt otänkbart. Detta otänkbara grundlag är emellertid en orubblig utgångspunkt för *Schreiber*, när han skall giva en sådan analys av obligationen, som skall tillfredsställa vårt behov av överensstämmelse mellan rättsteori och rättspraxis. Det ligger emellertid i sakens natur, och ådagalägges ju tydligt nog av *Schreibers* bok, att skenet av dylik överensstämmelse efter en på sådant underlag fotad analys blott kan åstadkommas genom en serie av de mest utstuderade spetsfundigheter.

Schreiber förvånar sig över att de svenska rättshistorikerna hittills icke beaktat eller i varje fall icke bearbetat *v. Amiras* »obligationsrättsliga system» (uttrycket av *Schreiber* an-

vänt efter finländaren *Gadolin*).¹ Han synes mena, att detta skulle varit av stor betydelse för svensk gällande rätt. Här till skulle jag för min ringa del vilja svara, att avsaknad av sådana bearbetningar, på vilka *Schreibers* egen bok är ett exempel, kan tagas med största ro. Men till detta svar måste dock fogas erkännandet, att *Schreiber* är ordentligt hemmastadd i alla rättsskolastikens irrgångar. Vid kritik av dessa torde man därför icke behöva från honom — såsom från vissa nordiska rättslärda, vilka av sin ytliga kännedom om det skolastiska underlaget för sina egna resonnemang tillvälla sig dygden av realistisk åskådning — vänta sig dessa orkeslösa invändningar, vilkas vederläggande huvudsakligen måste få karaktär av elementär upplysning om skolastiska sammanhang.

¹ *Schreiber* a. a. s. 4 n. 3.

3 §.

Den logiska omöjligheten av jurisprudentens ståndpunkt.

Efter nu meddelade iakttagelser, efter denna huvudsakligen s. a. s. externa granskning av jurisprudentens obligationsbegrepp går jag att söka visa upp det väsentliga tankefel, varpå man byggt upp detta begrepp. I sådant syfte upptager jag nu först frågan, vad det egentligen är för något, som enligt jurisprudenten skall skilja dess s. k. obligationer från de alldagliga situationer, i vilka en människa genom än det ena än det andra handlingssättet skulle kunna riskera sådant skadeståndstvång, som jag ovan hävdade vara den egentliga realiteten i »obligationen». Denna fråga erhåller sitt svar genom konstaterandet, att jurisprudenten i s. k. obligationssituationer mellan själva faktum (t. ex. avtal [jämte underlåtenhet att handla i enlighet därmed] eller skadegörelse) och den i rättsregelns tillämpning involverade påföljden (skadeståndstvång, vitesföreläggande, handräckningsåtgärd) inskjuter en föreställd rättslig plikt hos ena parten, korresponderande med en å andra parten vilande föreställd rättslig plikt. Också inom det pulserande rättslivet är nu detta den ständiga frågan: är eller var B berättigad? är eller var G förpliktad? Rättigheter och plikter äro m. a. o. synnerligen betydande faktorer. Skulle rättigheter och plikter föreligga jämväl i dessa talrika situationer, som avlösa varandra vid snart sagt varje rörelse i det dagliga livet, då skulle, inser man, de blott vara tomma ord utan reell betydelse. Därför vill man här icke operera med faktorerna i fråga. Man vill nämligen icke erkänna, att dessa situationer äro fullt analoga med den s. k. obligationen. Bakom obligationen, tycker man, föreligger ju ett avtal, ett brott eller en skadegörelse, alltså påtagliga »rättsfakta».

Obligationssituationen är sålunda högst »rättslig». Här synes det därför icke stöta på några orimligheter att inskjuta dessa rättsmedvetandets grundläggande skapelser, vilka ju någonsans måste kunna anbringas, såvida de icke vore rena inbillningsfoster. Den frågan — om rättigheter och rättsplikter överhuvud kunna finnas till i verkligheten — är det emellertid som just bör undersökas. Vad rättspliktens existens beträffar kan jag emellertid här, under hänvisning till vissa mina föregående, på basis av *Hägerströms* arbeten utförda undersökningar, inskränka mig till påståendet, att rättsplikten endast är ett fantasibegrepp.¹

När jag därefter går att något utförligare än jag hittills² gjort visa upp jämväl rättighetsbegreppets verklighetsfrämmande karaktär,³ måste jag söka klargöra, vad man närmare föreställer sig med detta begrepp. Här stå emot varandra två huvuduppfattningar, å ena sidan den gamla pandektiska, i det väsentliga representerat bl. a. av *Windscheid*, och å andra sidan *Jherings*. Stundom har någon av dessa åsikter tagits till omedelbar förebild för senare författare, stundom har den diskussion, som stått kring dem, utövat inflytande på det sätt, att ett slags kombination av båda åsikterna uppstått med tonvikten lagd än mera på den ena, än mera på den andra. Detta kan helt allmänt sägas icke blott om den tyska jurisprudence

¹ Se utom mina båda föregående skrifter i denna serie, *Principinledning* och »Svar till professor Thyrén», min sammanfattande kritik av rättstridighetsbegreppet i *Superstition etc.*, s. 33 ff., samt i Nordiska Juriststämman 1926, s. 206 ff. Se f. ö. *Hägerström*, *Till den objektiva rättens begrepp*, hela arbetet och särskilt s. 60—126.

² Hittills utförligast i min *Superstition etc.*, s. 110 ff., jfda med s. 104 ff.

³ Rättighetsbegreppet kan icke vara fullständigt vederlagt blott genom en hänvisning till rättspliktens obefintlighet, ty dels räknar jurisprudence icke med korresponderande rättsplikter i alla fall av rättighet (t. ex. icke vid sakrätterna) och dels kan ju dessutom i konstruktionernas värld rättigheten tänkas antagen oberoende av rättspliktens hävdande. I sådant avseende bör särskilt romarnes obligatio nämnas.

utan jämväl om den nordiska, den anglo-sachsiska och den romanska.

Först skall med några ord *Windscheids* uppfattning beröras. Det heter hos honom (Lehrbuch I, 37 §), att

»Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.. Dass die Rechtsordnung dem berechtigten auf sein Verlangen Zwangsmittel zur Durchsetzung der von ihr verliehenen Herrschaft gewähre, gehört zum Begriffe des Rechts nicht».¹

Jag skall nu icke fästa mig vid den av erfarenheten uppenbart framgående och av *Windscheid* själv medgivna oriktigheten, som ligger i talet om *Willens-Macht*, så vitt avsåges rättighetshavarens vilja. Denne behöver ju icke ha vetskap om sin »rättighet». Man kan »kränka en rättighet» utan rättighetshavarens vetskap och sålunda utan att det sker mot hans vilja. Dibarn och dårar anses ju också kunna ha »rättigheter». Alltnog, *Windscheid* betonade på senare år, »dass der im subjektiven Recht gebietende Wille nur der Wille der Rechtsordnung ist, nicht der Wille des Berechtigten». Han tog därvid fasta på den enligt hans mening nödiga uppkomstgrunden för rättighetshavarens makt: rättsordningens »befallning» till människorna att under den eller den faktiska omständigheten förhålla sig på ett visst sätt, vilken »befallning» överlåtes till den »berättigades» förfogande att av denne efter hans vilja användas. På så sätt skulle likväl den berättigades

¹ Jfr *Dernburg*, Das bürgerl. Recht, 41 §: »Recht im subjektiven Sinn besteht in einem Anteile an den Lebensgütern, welchen der allgemeine Wille als einer Person zukommend anerkennt und ihr gewährleistet... Das Recht im subjektiven Sinn wurzelt in der Persönlichkeit des Individuums. Der staat erkennt es an, schützt es und stellt es näher fest. Er erschafft es nicht». (Kurs. här.). Jag anför här *Dernburg*, enär han om möjligt ännu mera oförtydligt än *Windscheid* betonar rättighetens oberoende av faktiskt uppehållen rättsordning. Jfr ytterligare *Dernburgs* uttalande. System des römischen Rechts, 33 §: »Die Rechtsordnung gewährleistet und modelt die Rechte im subjektiven Sinne, aber sie ist nicht ihr Schöpfer».

vilja bliva av betydelse för rättigheten, ehuru själva den för rättigheten avgörande viljan icke vore den berättigades utan rättsordningens. Sofistiken i resonnemanget är påtaglig men för ämnet utan omedelbart intresse. Jag skall överhuvud icke närmare uppehålla mig vid just *Windscheids* tanke på rättsordningens befallningar. Sådana anses väl eljest av en mängd författare omedelbart blott giva upphov till den »befalldes» rättsplikt. Härur skall så rättigheten följa såsom ett nödvändigt korrelat. Därjämte skola givetvis också finnas rättigheter (t. ex. äganderätt) oberoende av pliktgrundande befallningar, vare sig nu sådana rättigheter skola hava berättigande rättssatser att tacka för sin tillvaro eller konstrueras på annat sätt.¹ Jag skall senare något beröra dessa rättsordningens befallningar, som jurisprudence i allmänhet utgår ifrån.² Redan för snart femton år sedan har *Hägerström* visat, att de alltifrån sin upprinnelse tillhöra det osynligas värld och sålunda undandraga sig varje bedömande icke blott av de »befallda» personerna utan även av vetenskapen.³ Vad man i detta sammanhang bör fästa sig vid är, att *Windscheid* faktiskt betraktar rättigheten såsom i sig varande något och något maktartat, varande något alltså oberoende av process- och exekutionsrättens uppehållande. Därmed bli icke blott dessa »befallningar» utan jämväl själva rättigheten med dess makt något för vårt förnuft icke gripbart.

Gentemot *Windscheid* och hans grupp är sålunda min kritik i föregående paragraf överflödig. Den rättighetshavarens

¹ Den av kritiken mot *Windscheid* hos denne föranledda nyss påpekade vilje-sofistiken har möjligen sin psykologiska förklaringsgrund i att han med *Duncker*, *Die Besitzklage und der Besitz*, 1884, torde förmena, att rättsordningens befallningar såsom sådana icke kunde medföra annat än rättsplikter, inga rättigheter alltså.

² Se Senare delen.

³ *Hägerström*, »Är gällande rätt uttryck av vilja?», 1916.

skenbara makt, som jag där upptagit till behandling, ingår ju icke i *Windscheids* rättighetsbegrepp. Framställningen i nästa paragraf skall ådagalägga, att min nämnda kritik strängt taget lika litet är erforderlig för att visa ohållbarheten i *Jherings* rättighetsbegrepp och andras, vilka tro sig i detta begrepp indraga »rättsskyddet» såsom ett väsentligt moment. Det huvudsakliga innehållet i 2 § här ovan har jag framför allt utvecklat med hänsyn till vissa senare nordiska rättslärdas sätt att söka uppehålla ett realistiskt sken över sitt rättighetsbegrepp genom att söka bygga detsamma på en »komplex av rättsverkningar», »statens garanti åt rättighetshavaren» eller dylikt.¹ — Om vi emellertid, för att nu hålla oss till *Windscheids* åskådning, angående en »rättighet», vilken som helst, skulle göra det tankeexperimentet, att densamma icke kunde göras gällande vid domstol och hos exekutionsmyndighet, så vore det uteslutet att tänka sig någon annan makt för den berättigade än den fysiska styrkan. Men om sådan är ju ej fråga. Existerade likväl rättighetsmakten, så måste det vara i en översinnlig värld, helt utanför vetenskapens rämärken. De s. k. naturliga fordringarne kunna icke tagas till invändning häremot, ty de involvera icke någon som helst makt inom sinnevärlden. Mera behöver naturligtvis egentligen icke sägas om *Windscheids* rättighetsbegrepp.

Det har emellertid sitt intresse att se, hur liknande tanke franträtt inom svensk rättslitteratur, särskilt hos *Nordling*, Sveriges främste civilist under förra århundradets sista decennier, vars auktoritet och läror alltjämt öva det största inflytande på vår jurisprudens i vidsträckt mening. Jag citerar därför följande ur hans »Svensk civilrätt, Allmänna delen», s. 114—116:

»En rättighet är . . . den helgd, som är förenad med ett rättssubjekts på ett visst rättsobjekt riktade förnuftiga intresse till följd

¹ Se *Undén*, Svensk sakrätt I, 1927, s. 83, samt i Festskrift tillägnad Axel Hägerström, 1928, s. 173 ff.

av detta intresses överensstämmelse med rättslagen... Vi få ej fatta rättslagen, den objektiva normen, såsom en utifrån på mänskliga förhållanden lagd lag, som negativt bestämmer och begränsar dem... I själva verket förhåller det sig så, att rätten och rättslagen äro till för främjandet av de särskilda personliga intressena, ej för att lägga hämmande band på den mänskliga verksamheten; de äro till för att lägga en bas för säkrare och högre utveckling hos och av de enskilde. Vi hava förut sagt, att rättslagen är en på människornas gemensamhet i förnuft grundad lag, som bestämmer de yttre villkoren för deras samverkan till gemensam och enskild utveckling. Rättslagen och därigenom även de ur densamma härflytande rättigheterna hava alltså sin grund uti människans förnuft. När helst man talar om en rättighet, så har man ej att söka den annorstädes än i människans förnuft; den är därför rättare den relativt högre förnuftigheten hos ett av de intressen (gemensamma eller enskilda), som i en punkt sammanträffa. Då det är fråga om att mellan flera i en punkt sammanträffande stridiga intressen avgöra, vilket som är mest befogat, så har man blott att undersöka graden av förnuftighet hos dem; och det intresse, åt vilket den högre graden av förnuftighet måste tillmätas, är i föreliggande fall det berättigade... En människas rättigheter tillkomma henne genom hennes personlighet. — Hon har således ej någon utanför sig stående makt att tacka för åtnjutandet av dem. Rättigheternas förverkligande och upprätthållande åter beror på en annan starkare makt än människans egen. Detta är emellertid något, som ej står i omedelbart sammanhang med rättigheternas grund...»

Det är icke mer än omkring 30 år sedan denne auktor ännu verkade och blott föga mera än ett decennium, sedan man här för civilrättstentamen krävde dessa insikter om »rättighetens väsen». Och dock äro samtliga synpunkter en omvändning av verkligheten. Denna förnuftiga objektiva giltiga norm, av *Nordling* kallad rättslagen, har ännu aldrig kunnat påträffas. Väl är det sant, att man ofta dömer efter s. k. oskriven rätt. Också om man verkligen trodde, att det funnes vissa oskrivna rättsnormer — vilket givetvis icke är mindre falskt än den tanke, som döljer sig bakom talet om skrivna rättsnormer¹ — är det ju likväl så, att dessa oskrivna normer, så-

¹ Se Senare delen.

vitt de upptäckas ingalunda alltid kunna vara vare sig förnuftiga eller objektiva. »Luckorna» i lagen fyllas ju mestadels av rättsvetenskapens läror. Här råder emellertid ofta kontrovers. Och vem vill påstå, att den i praktiken segrande teorien är objektivt giltig och förnuftig eller ens den mera förnuftiga? — för att nu icke fästa sig därvid, att stundom tvenne motsatta åsikter tillvinna sig ungefär lika stor respekt i praktiken. För övrigt kan det visas, att de mest väsentliga rättsteorier äro ologiska och sålunda oförnuftiga.¹ — *Nordlings* rättslag kan naturligtvis för övrigt avvisas, på samma sätt som andra teorier om rättsnormer eller rättsimperativer, därmed att det nödiga viljessubjektet, varifrån rättslagen måste emanera, icke finnes till; och vidare därmed, att dessa rättsnormer, även om de funnes, icke kunde ha den ringaste praktiska betydelse.² Nu uttrycker emellertid *Nordling* sig så, att rättslagen vore »en på människornas gemensamhet i förnuft grundad lag». Naturligtvis kommer man icke genom sådana formuleringar ifrån behovet av ett enhetligt subjekt såsom källa för de normer, som rättslagen skall innesluta. Men vi kunna kanske dock för ett ögonblick se bort från detta behov. Likväl råkar antagandet av en sådan rättslag i strid med vår erfarenhet. Ty denna giver vid handen, att rättsmaskineriets uppehållande genom tiderna i högst betydande grad har bidragit till utbildningen av människornas förnuft, som rent av torde få sägas ha uppehållandet alltsedan äldsta tider av en rättsordning (ursprungligen av primitivaste art) till en förutsättning.³ Redan dylika synpunkter göra antagandet av ursprungliga, på människans förnuft grundade rättsnormer positivt stridande mot erfarenheten. Det är sålunda på flera olika vägar, som

¹ Se samtliga *Hägerströms* rättsfilosofiska arbeten och bland mina skrifter särskilt *Superstition etc.*, ävensom den följande framställningen.

² Se min *Superstition etc.*, s. 33 ff., samt mina »Realitetssynpunkter i skadeståndsläran» i *Nordiska Juriststämman*, 1926, s. 206 ff.

³ Se härom t. ex. några antydningar i min *Superstition etc.*, s. 76 ff.

det kan visas, att *Nordlings* rättslag blott kan existera utan för vår erfarenhet, i en annan värld än den tids- och rumsbestämde verklighetens. Hade *Nordling* tydligt utsagt detta, så hade hans rättsåskådning på en väsentlig punkt kommit mycket nära en av nutidens »radikalaste» rättsteorier, nämligen *Kelsens*, som öppet räknar med rättens värld såsom skild från den naturliga världen.¹

Jag skall i nästa paragraf visa, att det vidare är logiskt omöjligt att överhuvud tänka sig ett subjekt eller objekt för en rättighet. Med denna missuppfattning sammanhänger *Nordlings* påstående, att rättslagen är till för befriande av de särskilda personliga intressena. Dessa intressen äro emellertid icke tänkbara annorlunda än genom rättens uppehållande. Och rättslagen skall ju vara *prius* i förhållande till den uppehållna rätten. Överhuvud förbiser *Nordling* rättens — icke i mening av en osynlig förnuftslag utan i mening av faktisk rättsordnings uppehållande — sociala funktion att möjliggöra samhällets existens och utveckling.² Särskilt tydligt blir detta, om man söker realisera för sig hans tanke, att rättigheten skulle framgå genom en avvägning ur förnuftssynpunkt av tvenne stridiga intressen. Tag t. ex. en culpos skadegörelse, varigenom en fattig stackare av vårdslöshet skadat en dyrbar pjäs tillhörande en miljonär. Är det i och för sig förnuftigt, att den fattige mannen med hustru och familj skall sättas på bar backe, för att miljonären skall få sin förlust ersatt? Detta är uppenbarligen *Nordlings* mening (a. a. s. 244). En sak är ju, att en sådan rättsregel måste uppehållas. Men att detta skulle framgå såsom det förnuftiga resultatet av den nämnda intresseavvägningen måste bestridas. Tvärtom måste väl vad

¹ Angående *Kelsen*, berörd i Senare delen, se *Hägerströms* kritik i *Litteris*, An international critical review of the humanities, Lund 1928 s. 20 ff och s. 81 ff.

² Se min *Superstition etc.* s. 44 f., s. 48 f., s. 55 ff., s. 69 f., s. 75 ff. m. fl.

som skulle kunna kallas en förnuftig avvägning av de av *Nordling* åsyftade intressena utan ringaste tvivel leda till motsatt resultat. Hade åter skadegöraren varit miljonär och den skadade fattig, så skulle väl intresseavvägningen ifråga ha lett till skadeståndstvång för den förre. Naturligtvis måste situationen också kunna tänkas sådan, att intresseavvägningen icke kan fälla något bestämt utslag, enär en förnuftig människa skulle göra den värderingen, en annan en annan värdering. Man förstår, att med *Nordlings* synpunkter skulle överhuvud några regler för handlingssätten icke kunna uppehållas. Men nu är det ur den allmänna rättssäkerhetens och omsättningens synpunkt av största vikt, att denna regel uppehålls, att skadeståndstvång vilar å den person, som culpost vållat annan skada. Detta är då grunden till den skadades s. k. rätt, och icke någon sådan där avvägning av partsintressen, vilken blott skulle medföra ett kaotiskt tillstånd i stället för en regelbunden ordning.¹ — Senare delen av citatet från *Nordling* rörande människans personlighet såsom grund för rättigheten är ju ohöljd metafysik. Sådant är givetvis att utan vidare blott avvisa från en vetenskaplig diskussion.

I grunden är, allmänt sett, *Nordlings* åsikt densamma som *Windscheids*.² I bakgrunden för »rättigheterna» skall ligga

¹ Se härom min *Superstition etc.*, s. 54—72.

² När jag i det följande talar om *Windscheids* rättighetsbegrepp, så avser jag endast rättighetens definition såsom rättslig makt, sålunda med bortseende från det av honom särskilt betonade och sedermera delvis, såsom ovan antytts, av honom själv men särskilt av *Jherling*, *Dernburg* och andra kritiserade viljemomentet. Jag använder sålunda beteckningen *Windscheids* rättighetsbegrepp för något, som kanske riktigare skulle kallas för det pandektiska rättighetsbegreppet (se t. ex. *Brinz*, *Lehrbuch der Pandekten*, I, 64 §; *Baron*, *Pandekten*, Vorbem. till 4 § samt 16 §; *Sohm*, *Institutionen*, 14 uppl. s. 23). Hos pandektisterna måste ju, såvitt de skola befinna sig i någon överensstämmelse med källorna, i rättighetsbegreppet ingå föreställningen om något såsom varande i rättighetshavarens egen makt, d. v. s. oavsett faktiskt genomförda rättsregler. Detta vare sig fråga är om dominium eller obligatio. Det är endast och allenast nu betonade punkt i

en osynlig rättslag (Rechtsordnung) med sina bud och förbud. Den makt, som tack vare detta tillföres den med rättslagen överensstämmande positionen, understödes sedan genom en »starkare makt än människans egen» (*Nordling*), genom »Zwangsmittel zur Durchsetzung der von ihr (den osynliga rättsordningen) verliehenen Herrschaft» (*Windscheid*) — d. v. s. genom process- och exekutivrätten. *Nordlings* närmare utförande av åsikten har fått sitt särmärke genom hans accepterade av den Boströmska metafysiken. *Windscheid* har väl närmast den efter Hegel uppställda doktrinen till förebild.

Trygger, en av *Nordlings* senare samtida, har också befattat sig med rättighetsbegreppet.¹ *Tryggers* åsikt har sina

pandektisternas rättighetsbegrepp, som i denna framställning kan ha något intresse, och den ingår ju också i *Windscheids* åskådning. Det är utförligheten i *Windscheids* framställning, hans kontrovers i ämnet med *Jhering* samt hans representativa ställning bland pandektisterna, som föranlett mig att såsom motsättning till *Jhering* i förevarande avseende framför allt ställa *Windscheid*. Det är f. ö. för min framställning här icke ens väsentligt, att rättigheten av *Windscheid* och andra betecknas såsom m a k t. Utan huvudsaken är här, att en betydande riktning inom jurisprudensen medvetet laborerar med rättigheten såsom över huvud varande något oavsett rättsmaskineriets uppehållande. *Dernburg*, som avsiktligt från sin rättighetsbestämning utesluter »makt»-formuleringen (se ovan s. 70 n. 1) är sålunda lika mycket träffad av min ifrågavarande kritik som *Windscheid*. Det i detta sammanhang av mig påtalade felet framträder ientav, såsom jag förut nämnt, särskilt tydligt hos *Dernburg*. Till hans redan citerade uttalanden kan ytterligare såsom typiskt framhävas följande hans påståenden: »Rechte im subjektiven Sinne bestanden geschichtlich lange, ehe sich eine bewusste staatliche Ordnung ausbildete. Sie gründeten sich in der Persönlichkeit der einzelnen und in der Achtung, welche sie für ihre Person und ihre Güter zu erringen und zu erzwingen wussten. Erst durch Abstraktion musste man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den Begriff der Rechtsordnung gewinnen. Es ist daher eine ebenso ungeschichtliche wie unrichtige Ansicht, dass die Rechte im subjektiven Sinn nichts seien als Ausflüsse des Rechts im objektiven Sinn». (System des römischen Rechts, 33 §.)

¹ *Trygger*, Om skriftliga bevis, 1 uppl. 1888, 2 uppl., som här citeras, 1921.

rötter i den Boström-Nordlingska. Han uppställer och besvarar på följande sätt denna fråga:

»Vari består den helgd, som rättslagen binder vid ett intresse och därigenom skapar en rättighet? Svaret synes oss icke kunna bliva annat än det, att rättslagen just i den berättigades intresse uppställt de normer, som hava till ändamål skyddandet av den verksamhet, som utgör rättighetens innehåll.»¹

Med »rättslagen» menar uppenbarligen *Trygger* här det samma som *Nordling* och *Windscheid*, nämligen en öfver den faktiskt uppehållna rätten stående ordning, vilken enligt *Trygger* innehåller såväl berättigande som förpliktande rättssatser. Säsom redan framhållits, förlägges med en dylik utgångspunkt diskussionen till metafysiken, d. v. s. utanför vetenskapen. Bortsett härifrån, springer i *Tryggers* åsikt, analogt med vad vi för övrigt sågo även hos *Nordling*, en ologiskhet i påtaglig dager. Med de hos *Trygger* kursiverade orden »den berättigades intresse» måste ju av honom avses vissa relationer, tänkta såsom existerande oberoende också av denna översinnliga rättslag och redan i detta av rättslagen oberoende tillstånd varande av sådan beskaffenhet, att de möjliggjorde en verksamhet av det slag, »som utgör rättighetens innehåll». Enligt *Trygger* är »rättslagen» till för att skydda denna verksamhet, vilken sålunda måste förutsättas för rättslagen själv. Absurditeten i *Tryggers* tankegång är därför påtaglig, också om man för ett ögonblick skulle tillägna sig hans egen metafysiska ståndpunkt: oberoende av faktiskt uppehållen ordning och oberoende jämväl av den översinnliga rättslagen, från vilken allt rättsligt liv stammade, skulle människorna ha sådana intressen och bedriva sådan verksamhet, som utmärka rättslivet i ett samhälle!

I viss mån influerad av *Plósz*,² kommer *Trygger* därefter att angiva

¹ *Trygger* a. a. s. 4.

² Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Lpz. 1880, s. 64—76.

»rättighetens begrepp så, att den är den rättsligen bestämda möjligheten att, utan att andra rättssubjekt äga hindra det, på ett visst sätt gestalta sitt förhållande i det yttre. Vi återkomma således till den definition vi förut godkänt, nämligen att rättigheten är en verksamhet. länkt som möjlig och mot andra skyddad».¹

Sedd mot bakgrunden av *Tryggers* föregående resonemang, är utan tvivel den tankegång, som lett till detta uttalande, verklighetsfrämmande. Utöver vad jag redan anfört må omtalas, att *Trygger* i polemik mot *Plósz* opponerar emot att »sakrätterna och övriga ej mot viss person särskilt riktade rättigheter» skulle upphöra att betraktas som rättigheter. Han talar vidare om »äganderättens kränkande» och kan icke godtaga *Plósz*' ståndpunkt, att först genom sådant kränkande en rättighet skulle uppstå. Dylikt visar oförtydligt, att *Trygger* tror på rättigheter såsom något i sig, d. v. s. oavsett rättsreglers uppehållande, varande. Jag framhåller detta, enär man eljest möjligen skulle kunna ha ifrågasatt — på grund av *Tryggers* nyss citerade formella avfattning av sitt rättighetsbegrepp — huruvida han icke dock tagit fasta på ett reellt moment i rättighetssituationen, nämligen den position av trygghet och rörelsefrihet, som uppkommer för en person genom uppehållet av allehanda regler om för andra menliga påföljder av vissa deras handlingssätt. Såsom saken emellertid nu ligger, kan det dock icke dragas i tvivelsmål, att *Trygger* är reservationsfri anhängare av den vanliga skolastiken.² Den »rättsligen bestämda möjligheten», varom talas,

¹ *Trygger* a. a. s. 7.

² I själva verket måste *Trygger* hänföras till de mera utpräglade naturrättslärares kategori, såsom också särskilt tydligt framgår av de ord, varmed han år 1924 öppnade International Law Association's kongress i Stockholm. Han avvisade tanken, att rätten endast skulle vara produkten av mänsklig vilja, en tanke som skulle beröva rätten dess »helgd». Sanningen vore dock »till all lycka den, att rätten har ett långt förnämligare ursprung... Till sina grundprinciper formas den av människans gudabestämda väsen och till sina detaljer av de mänskliga förhållandenas egen natur. I

är uppenbarligen icke något annat än den rättsliga makt, som sedermera ifall av behov skall realiseras i processen. Och den »verksamhet tänkt såsom möjlig och mot andra skyddad», som skall utgöra rättigheten, måste av *Trygger* anses ha sitt »skydd» redan genom den där mystiska rättslagen. För övrigt är temat i den följande framställningen, att rättsanspråket, som är »rättigheten själv, tänkt såsom sökande realisera sig mot en viss person», är föremål för rättsskydd genom processen.

Hur mycket än *Sjögren* i grundläggningen skiljer sig från andra nordiska rättslärare, så är likväl hans rättighetsbegrepp icke grundat på fakta. »Subjektiv rätt är (inom privaträtten) det faktum, att den objektiva rätten tillerkänner ett rättssubjekt en nyttighet genom en berättigande rättsats» (Om rättsstridighetens former, 1894, s. 92). Det utmärkande för *Sjögren* är, att han icke låter rättigheten uppstå medelbart genom annans på grund av rättsatsens imperativiska karaktär uppkomna rättsplikt, utan tror på rättsatsens primärt berättigande effekt, s. 61 ff. Detta är emellertid en tro på ren ordmagi, starkt påminnande om *Zitelmanns* lära, varom i Senare delen.¹

Rättigheterna, såsom existerande i sig själva, äro tydligtvis axiom också för *Fehr*.² Dock går han icke undersökningsvis samma mån människan stiger i andlig kultur och de mänskliga förhållandena nå en rikare och mångsidigare utveckling, i samma grad vinner rätten i djup, i styrka och i ändamålsenlighet. Brutala händer kunna visserligen betvinga det rätta och ge orätten formen av rätt, men rätten själv äger i sin egen rättfärdighet en kraft, som oavslått arbetar på dess förverkligande». Till sist hänvisades till folkrätten såsom »bekräftelse på rättsidéns eviga ursprung». (Sv. Dagbl. 9/9 1924.)

¹ Angående *Sjögrens* ifrågavarande uppfattning se för övrigt *Hägerström*, Stat och rätt, s. 93—97.

² Om fordringspreskription, 1913, samt Bidrag etc. i T. f. R. 1925, s. 151 ff. — Detsamma gäller naturligtvis även mig själv intill mitt försök att bryta med rättskolastiken (på föreläsningar från slutet av 1917, i tryckta skrifter fr. o. m. 1920).

in på rättighetsbegreppet. Men han rör sig genomgående, såsom självfallet givna, med rent metafysiska föreställningar om rättighetsbegreppet, föreställningar enligt vilka en rättighet vore något, som förnuftigtvis kunde fastställas utan hänsyn till rättsreglernas uppehållande och som efter sin uppkomst gjordes till föremål för rättsskydd, liksom rättigheten själv också hade både objekt och subjekt.¹ Uppenbarligen förutsätter han utan vidare riktigheten i det rättighetsbegrepp, som jag här betecknat såsom *Windscheids*. I allmänhet är förhållandet inom jurisprudensen, framför allt inom den nordiska, det, att man icke ingår på ett närmare ställningstagande till sitt rättighetsbegrepp. Därmed kan man naturligtvis icke undandraga sig kritik i ämnet. Ty det säger sig självt, att en framställning, i vilken författaren skulle vilja lämna därhän, vad ett av honom använt grundbegrepp i själva verket innebure, saknade vetenskaplig metod. En sådan likgiltighet eller, riktigare, brist på ansvarskänsla kan naturligtvis icke presumeras. Och säkerligen torde man i allmänhet träffa det faktiska läget, om man påstår, att de rättslärdade auktorer, som laborera med »rättigheterna», utan närmare karakterisering av dem förutsätta såsom självfallet, att dessa verkligen äro något eller i vart fall innesluta något, som existerar oberoende av uppehållen rättsordning och är föremål för dennas skydd. Om jag undantager den konstlade ståndpunkt angående rättighetsbegreppet, som intages av *Hoel*,² så känner jag ingen juridisk skriftställare i Norden, om vilken det skulle kunna påstås, att han icke gör en sådan förutsättning. Beträffande *Fehr* är saken alldeles tydlig. *Undén* har t. o. m. uttryckligen lutat åt uppfattningen av rättigheten såsom en »rättsligt skyddad makt».³ Sedermera har han försökt mångahanda formuleringar, men är trots motsatta försäkringar — avseende icke

¹ Se t. ex. Om fordringspreskription, s. 134 ff.

² Härom i Senare delen.

³ Se första uppl. av hans Panträtt i rättigheter, 1917, s. 11.

blott egen utan, djärvt nog, även det allmänna »rättsspråkets» ståndpunkt! — ohjälpligt fast i tron på rättigheten såsom varande något i sig själv.¹ En av huvudpunkterna i *Lassens* obligationsrätt är frågan om »stiftandet» av fordringsrätter i sådan mening.² Hos en annan dansk författare, *Vinding Kruse*, ligger saken till analogt med *Fehr*.³ Han går icke in på en undersökning av rättighetens begrepp. Men han räknar utan vidare med »rettigheder til artsbestemte ydelser», »rettigheder til individuelt bestemte ting» og »egenlige raadighedsrettigheder over Ting». Sedan blir det ett särskilt spörsmål, vilket rättsskydd dessa »rättigheter» åtnjuta. På basis härav tages så upp frågan om skillnaden mellan sakrätt och obligationsrätt.⁴ Och hela avhandlingen ifråga har till föremål »äganderättens övergång». Beaktar man nu, att alla dessa »rättigheter», varom det hela skall röra sig, äro fullkomligt innehållslösa figurer, så förstår man, att detta *Vinding Kruses* arbete bör vara ett utmordentligt uttryck för nutida nordisk rättsskolastik, sådan densamma måste te sig, när den, såsom här är fallet, verkligen giver sig ut på arenan. Intresset för detta arbete minskas icke därav, att dess författare trott sig på basis av sina metafysiske rättsföreställningar kunna giva en så »selve livets erfaringer» grundad utredning.⁵ Tyvärr måste jag till en senare framställning angående »sakrätt» *contra* »obligationsrätt» uppskjuta en mera ingående granskning av ett sådant konststycke.

En författare av ganska sen datum inom svensk jurisprudence har emellertid sökt giva ett positivt bidrag till »juridisk bestämning» av den privaträttighet, »vilken berövats tale-

¹ Härom i Senare delen.

² Se *Lassen*, Haandbog i obligationsretten. Almindelig del, 3 uppl. Liksom *Undén* fordrar han dock uttryckligen, att rättigheten skall vara rättskyddad för att kunna existera såsom rättighet, s. 19 f.

³ *Vinding Kruse*, Ejendomsrettens overgang i T. f. R. 1924, s. 315 ff.

⁴ A. st. s. 340 ff.

⁵ A. st. s. 315 f.

rätten». Han förklarar sig därvid först icke vilja laga sin tillflykt till ett »metafysiskt» rättighetsbegrepp, alldenstund det gäller att få begreppet »mera gripbart». Men denna föresats övergiver han omedelbart, eller också har han fattat »metafysiskt» på sitt särskilda sätt, ty i fortsättningen säger han sig

»kunna med någon förändring av Nordlings definition beskriva privaträttigheten som ett faktiskt maktförhållande, tänkt som omgivet med en viss helgd på grund av överensstämmelse med rättsordningen. I helgden inlägga vi ett värdeomdöme från medmänniskors sida, vilket är oberoende av domstols uttalande i ett konkret fall. Rättigheten konstitueras genom det faktiska förhållandets godkännande som rättsligt av en allmän på lagen grundad mening. Det allmänna rättsmedvetandet i betydelsen av det folkmedvetande, som i sig upplagit den gällande rättens bestämmelser, det juridiskt skolade rättsmedvetandet, får ytterst ge utslaget, om rättigheten existerar eller ej. Naturligtvis ger icke heller denna bestämning oss några oomtvistliga hållpunkter; å andra sidan torde det icke kunna bestridas, att ofta i en föreliggande tvist en självständig rättslig (allmän opinion) kommer till synes rörande frågan, var den verkliga rättigheten finnes. Kan rättighetsbegreppet bestämmas på detta eller liknande sätt, blir rättigheten som sådan till sin existens oberoende av den till densamma knutna talerättens öde. Privaträtten och dess processuella ram kunna skiljas från varandra».¹

Detta uttalande har genom sin fantasifulla karaktär egentligen icke intresse på annat sätt, än att det, som sagt, är av relativt sen datum och att författaren här, liksom f. ö. även *Trygger*, med processrätten direkt för ögonen söker giva ett bidrag till substantierandet av detta absolut innehållslösa, som kallas rättighet. Någon särskild kritik är, efter vad som för-

¹ *Berglund*, Om skiljemannaförfarandet i svensk rätt, 1920, s. 131 f. — *Platou*, bland Nordens rättsvetenskapliga författare också en av dem, som i senare tid något gått in på saken, antager *Windscheids* rättighetsbegrepp, dock med opposition emot att rättigheten skulle gå ut på »dette luftige och indholdsløse 'Wollendürfen'», vilket dessutom vore särskilt malplacerat i avseende å sådana rättssubjekt som barn, sinnessjuka och juridiska personer; se hans *Forelæsninger over Privatrettens alm. del*, 1914, s. 6—8.

ut sagts, icke behöfvlig. Möjligen kan uttalandet också för-
 tjäna att observeras ur den synpunkten, att detsamma ju täm-
 ligen tydligt avslöjar, att den där mystiska förnuftsordningen
 hos *Nordling* eller rättsordningen hos *Windscheid* blott är
 ett utslag av det s. k. allmänna rättsmedvetandet. Det är
 i själva verket blott det irrationella rättsmedvetandets före-
 ställning om rättigheter, som jurisprudensen försöker att giva
 en rättsvetenskaplig bakgrund genom sitt tal om rättslag,
 rättsordning och dylikt. Man vet icke om, att detta rättsmed-
 vetande på intet sätt är primärt i förhållande till »rättighe-
 terna» samt att det snarare förhåller sig på motsatt sätt, i det
 att rättsmedvetandet till stor del har utbildat sig efter dessa
 »rättigheter», d. v. s. efter de realiteter, som dölja sig bakom
 ordet. För det allmänna rättsmedvetandet — detta av alle-
 handa intressen i all hemlighet influerade medvetande¹ —
 ter det sig onekligen så, att människorna hava rättigheter och
 däremot svarande förpliktelser alldeles oberoende av fak-
 tiskt uppehållen rättsordning, vilken anses vara till för att rea-
 lisera dessa rättigheter. Det är rättigheten, så fattad, som
 överensstämmer med uppfattningen av både obligation och
 rättighet hos rättsvetenskapen tiderna igenom. Det är ock-
 så blott ett sådant rättighetsbegrepp, som
 står i överensstämmelse med den alltjämt
 rådande jurisprudensens allmänna utgångs-
 punkter, enligt vilka de s. k. rättspåföljderna skola vara
 rättfärdigade ur moralisk synpunkt för rättsmedvetandet.
 Den omständigheten, att detta rättighetsbegrepp är på nu an-
 tytt sätt innäslat i hela rättsåskådningen, den vetenskapliga
 icke mindre än den populära, torde vara förklaringen till att
 det trots alla påfrestningar alltjämt håller stand. Invändningar
 emot detsamma ha nämligen icke uteblivit. Jag tänker där-
 vid icke på invändningar av sådant slag som presterats av
 t. ex. en *Duguit*, invändningar, som icke sammanhånga med

¹ Se härom i Senare delen.

några ens skenbart reala synpunkter utan blott bero på en socialt betonad omläggning av gamla metafysiska föreställningar.¹ Jag åsyftar invändningar, i vilka faktiskt framhäves den realitet, som i rättsmedvetandet förvanskats och givit upphov till föreställningen om rättighet, nämligen det faktiska rättsmaskineriet. Att dessa invändningar likväl icke i nämnvärd mån kunnat leda in rättighetsdiskussionen på ett sakligt plan är emellertid icke så förvånansvärt. Ty ifrågasvarande kritiker av det traditionella rättighetsbegreppet falla regelbundet in i doktriner, vilka blott kunna förklaras ur just den åskådning, som är oupplösligt förbunden med rättighetsbegreppet i fråga. Detta gäller såsom vi snart skola finna även *Jherings* rättighetslära med dess uttryckliga beaktande av »rättsskyddet» såsom moment i rättighetsbegreppet. Rättighetskritiken ifråga har enligt sakens natur varit dömd att bliva på detta sätt intetsägande. Ty den har varit en i s o l e r a d r ä t t i g h e t s k r i t i k. Det gamla rättighetsbegreppet har emellertid, såsom jag nämnde, oupplösligen vävts samman med jurisprudensens hela grundåskådning. Med bibehållet fotfäste i denna kan en rättighetskritik icke ha större framgång i sak än ett försök att lyfta sig själv i håret. Just *Jherings* rättighetsbegrepp är med all sin »vetenskapliga» framgång en utomordentlig illustration till det sagda. Hur realistiskt detsamma än kan framstå vid en första betraktelse, är det likväl så, att *Jherings* rättighetsbegrepp blott i formen avviker från det gamla, en avvikelse åstadkommen genom en i s a k fullständigt m e n i n g s l ö s sammanställning av ord. Vid mera närgången granskning visar det sig, att han i verkligheten, ehuru oanande, förutsätter det gamla rättighetsbegreppet. En sådan ytlig förändring av det förut härskande rättighetsbegreppet har givetvis icke haft den nödiga kraften för att kunna uppluckra själva grunden, varå det hela vilar.

¹ Om *Duguit* se min uppsats i Festskrift, tillägnad Axel Hägerström, samt Senare delen.

Slående bevis härför kunna hämtas från både folkrätten och processrätten. Enligt *Jhering* skall rättigheten vara ett rättsligen skyddat intresse. Denna begreppsbestämning har förvisso accepterats av en mängd både folkrättslärare och processualister. Icke desto mindre har hela den folkrättsliga vetenskapen godtagit rättsmedvetandets föreställning om staternas rättigheter såsom varande något, fastän ju här både process och exekution i annat än sofistisk mening av dessa ord saknas. Och jag känner icke en ledande processualist, som icke hävdar tankegången, att rättigheterna äro förutsatta såsom givna före och sålunda oberoende av processen.

Jag övergår nu till en framställning av *Jherings* berömda rättighetsbegrepp.

4 §.

Jherings rättighetsbegrepp.

Enligt *Jhering* innehåller rättigheten två moment, ett substantiellt och ett formellt. Det substantiella utgöres av den ekonomiska nytta och andra fördelar, som rättigheten involverar. Det formella momentet består i det processrättsliga skyddet för dessa fördelar (die Klage). Det förra momentet är själva kärnan i rättigheten. Det senare momentet blott skalet omkring denna kärna. Likväl innebär det substantiella momentet ensamt för sig blott ett rent faktiskt intresse. Detta faktiska intresse blir rättsligt först genom det rättsliga skyddet. Därav definitionen av rättigheten såsom ett rättsligt skyddat intresse.¹

¹ Geist des röm. Rechts III, 1, 1888, s. 339. — Denna bestämning av rättighetsbegreppet torde, såsom senare skall särskilt betonas, ha föranletts av *Jherings* opposition mot tanken på rättigheten såsom en viljans makt. Emellertid har det sitt intresse att se, hurusom *Jherings* rättighetsbegrepp blott är en lätt travestering av *Savignys* sätt att se på saken, fastän *Savigny* kanske mer än någon annan har betonat just viljans herravälde såsom rättighetens väsen. *Savigny* konstaterar först, att rättsförhållandet är ett förhållande mellan person och person, vilket på det sätt bestämmes av en rättsregel, att denna anvisar den enskilda viljan ett område, på vilket densamma har att utan hinder av varje annan vilja härska. »Daher», säger *Savigny*, »lassen sich in jedem Rechtsverhältnis zwei Stücke unterscheiden: erstlich ein Stoff, das heisst jene Beziehung an sich, und zweitens die rechtliche Bestimmung dieses Stoffs. Das erste Stück können wir als das materielle Element der Rechtsverhältnisse, oder als die blosse Tatsache in denselben bezeichnen: das zweite als ihr formelles Element, das heisst als dasjenige, wodurch die tatsächliche Beziehung zur Rechtsform erhoben wird». (*Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, I, 1840, s. 333.) Skillnaden mellan *Jhering* och *Savigny*, såvitt fråga är om de citerade orden hos den senare, är den, att *Savigny* avser en rättsregels s. a. s. idéinnehåll, under det *Jhering* tänker på dess processuella tillämpning i det föreliggande fallet.

Jhering menar sålunda uppenbarligen, att rättigheten är en sammanfattning av tvenne skilda moment, v a r t o c h e t t t ä n k b a r t f ö r s i g. Nu visar det sig emellertid, att det substantiella momentet, det s. k. faktiska intresset, vid närmare eftersinnande icke är gripbart för tanken, om man eliminerar bort det formella momentet, det s. k. rättsskyddet. Tänk oss i ett fall av äganderätt, att det, som *Jhering* kallar rättsskyddet, vore borta! Vad kvarstår då för ägaren av det s. k. substantiella intresset? Intet annat än det, som finnes för t. ex. tjuven i förhållande till det stulna godset. Så länge tjuven faktiskt råder över detta, kan han ju ha alla fördelar av detsamma. Men rättsvetenskapen kan ju icke rätt gärna mena, att själva kärnan i äganderätten skulle vara detsamma som tjuvens förhållande till det stulna godset. Också inskjuter *Jhering* här ett extra moment. Det intresse, som skall bilda kärnan i rättigheten, säges tarva en viss kvalitet: det måste vara ett intresse, vilket är erkänt såsom varande både v ä r t att skyddas och i behov av att skyddas.¹ Detta påstående är emellertid föga genomtänkt. Ty om vi tänka oss det s. k. skyddet för rättigheterna, d. v. s. snart sagt hela den faktiskt uppehållna rättsordningen, borta, f u n n e s v ä l d å n å g o n s o m h e l s t f a s t p u n k t, varigenom avsedd betydelse kunde tillmätas den värdering, som måste ligga innesluten i detta erkännande av en viss kvalitet hos det där intresset? Vad som efterlyses är en sådan princip i ävseende å värderingen, att denna kunde åstadkomma något objektivt fixerbart, varigenom dessa såsom skyddsvärda och skyddsbehovande intressen betecknade förhållanden kunde urskiljas. Här har *Jhering* helt omärkligt glidit förbi den avgörande frågan.²

¹ *Jhering* a. st. s. 343.

² Hur oriktigt *Jhering* behandlar hela saken framgår av hans tal — i detta sammanhang! — om penningen såsom i allmänhet utgörande ekonomisk värde- och intressesåttstock (a. st. s. 342 f.) Vad vore väl rättighetens »kärna» värd i penningar, om det s. k. rättsskyddet icke finnes? Och vore överhuvud, vad man föreställer sig med begreppet penningar, tänkbart?

Hela »kriteriet» på dessa särskilt utvalda förhållanden är och förblir i sin principlöshet något orimligt. Ser man bort från de fakta, som inneslutas i talet om »rättsskyddet», så kan här intet objektivt moment att fästa sig vid utletas. Och det är ju också ganska tydligt, att alla dessa situationer, som föranleda *Jhering* och hans eftersägare att tala om personens skyddsvärda intressen, icke vore tänkbara utan en samhällsordning, utan uppehållandet av alla de regler, varigenom ett s. k. rättssubjekt säges vara skyddat.¹ I all hemlighet förutsätter sålunda *Jhering*, att något av rättslig kvalitet ingår i det av de båda momenten, som skall falla utanför »rättsskyddet». *Jhering* utgår i själva verket, kanske utan att reflektera däröver, från dessa blott »rent faktiska intressen» såsom involverande objektiva värden. Sådant är emellertid lika orimligt som tanken på abstrakta rättigheter i *Windscheids* eller *Nordlings* mening. Abstraherar man verkligen från »rättsskyddet», så är det logiskt uteslutet att få första momentet i *Jherings* rättighetsbegrepp att vara något annat än exempelvis tjuvens förhållande till stulet gods,² vilket förhållande sålunda, om man toge *Jhering* på orden, skulle kunna utgöra rättighetens kärna. Nu vill man kanske härtill säga, att en värdering av intressena dock alltid måste leda till en för den värderande själv giltig gallring av desamma. Men vem vore väl den »värderande själv»? Svar: alldeles vilken som helst. Ty med den gjorda abstraktionen saknas varje stödjepunkt för en auktorisering av den person eller den kategori, vilkens värdering i förevarande avseende skulle vara bestämmande. Det går naturligtvis icke att härtill genmäla, att sådan värdering självfallet skulle företagas av jurisprudenten (lagstiftaren, rättsvetenska-

¹ Se närmare härom skilda partier i min *Superstition etc.* samt framställningen här nedan. Jfr också det förut sagda angående *Nordling* och *Trygger*.

² Detta sagt för åskådlighetens skull, ehuru givetvis med den tänkta abstraktionen sådana begrepp som tjuv och stöld skulle försvinna.

pen och domstolarne). Ty man måste fråga sig: om icke rättsregler, som syfta till uppkomsten av s. k. laga fång,¹ om icke regler angående den s. k. ägarens »vindikationsrätt», angående rånarens, tjuvens, försnillarens, den olovliga begagnarens, skadegörarens etc. bestraffning och angående skadeståndstvånget å dylika personer — om icke alla dessa regler eller åtminstone vissa av dem verkligen gällde, d. v. s. u p p e h ö l l e s, hur skulle överhuvud någon jurisprudence kunna finnas till? Och, för att göra det orimliga antagandet, att den likväl existerade, hur skulle jurisprudencen kunna komma på en sådan idé som att v i s s a — just de av *Jhering* åsyftade — faktiska innehav av sak omfattades av de skyddsvärda intressena, a n d r a åter icke. Hur skulle man i dylik händelse överhuvud kunna tala om »obehörigas» innehav av tingen? Föreställningen om stöld, förskingring, åverkan, skadegörelse eller annat »obehörigt» förfarande i rådande mening vore icke möjlig. Man tappar, kort uttryckt, med detta avskiljande av de »faktiska intressena» från »rättsskyddet» s. a. s. bort sina egna förutsättningar, skär av den gren, som man själv sitter på. Vad vi kalla en ägares eller annan rättighetshavares intressen vore ju med ett sådant betraktelsesätt obefintliga. Alltså är denna jurisprudencens värdering icke tänkbar, om man abstraherar från uppehållandet av alla de regler, varigenom just det alstras, som kallas skyddet för en rättighet. Men därmed blir ju hela saken endast en — såsom det också visat sig högst vilseledande — omformulering av det gamla rättighetsbegreppet i *Windscheids* formulering (bortsett tillsvidare från dennas till rättssubjektet hänfödda viljemoment). I all hemlighet, jag upprepar det, förutsätter sålunda *Jhering* icke mindre än den andra åsiktsriktningen något med rättslig kvalitet såsom havande tillvaro oberoende av rättsskyddet. Man ser också, hur det för rättsskolastiken blir nödvändigt att insmyga sådan kvalitet i den ifrågavarande ingrediensen i *Jhe-*

¹ Angående innebörden av sådana rättsregler se nedan s. 118 f.

rings rättighetsbegrepp, så snart man vill få någon tanke i resonnemanget. I detta »intresse», som skall skyddas inlägges exempelvis — så hos italienaren *Betti*¹ — en förväntan att få tillgodonjuta de förmåner, som »intresset» är inriktat på. Denna förväntan blir åter såsom ingrediens i rättighetsbegreppet alldeles meningslös, om den skall vara beroende på det enskilda subjektets uppfattning om dess existens. Alla, som stå i en ifrågavarande situation, skola naturligtvis ha denna förväntan. Den måste alltså vara stödd på något objektivt. Därmed förutsättes något med rättslig kvalitet — om det kallas anspråk eller icke är ju fullt likgiltigt — såsom existerande före rättsskyddet och utgörande föremål för detta. På så sätt leder *Jherings* rättighetsteori, så snart den skall anlitas, till redan den första ingrediensens omformning till något med *Windscheids* rättighetsbegrepp fullt analogt. Och *Undéns* förut citerade sätt att uttrycka rättigheten såsom en »rättsligen skyddad makt» — varvid makten givetvis måste tänkas såsom en rättsmakt (och icke fysisk makt), vilken såsom rättsmakt åtnjuter processuellt skydd — torde kunna betecknas såsom typiskt för den vanliga, icke minst den nordiska, jurisprudensens åskådning i ämnet. I sådant avseende uttrycker sig ju också *Lassen* mycket tydligt, när han betecknar fordringsrätten såsom en persons rättsligen skyddade »krav» mot en annan.² Ett sådant krav måste ju, om det icke skall vara blott ett ord, förutsätta den där icke fysiska utan rättsliga makten. Och då blir fordringsrätten, liksom för *Undén* i dennes första panträttsupplaga, en rättslig makt, som åtnjuter särskilt rättsskydd, d. v. s. processuellt skydd. Alla dylika betraktelsesätt utgöra praktiska belägg för, att *Jherings* rättighetsbegrepp vid närmare granskning alldeles icke råkat i någon motsägelse med den av *Windscheid* antagna rättig-

¹ *Betti*, Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione, 1920, s. 7 ff., behandlade av *Hägerström*, Obligationsbegriff, s. 605 ff.

² Haandbog, s. 19 f.

hetsmakten *in abstracto* utan måste förutsätta något med denna jämförligt. Dessa med varandra — ur synpunkten av den kritik, som här framföres — fullt likvärdiga faktorer skola enligt båda auktorerna utgöra »föremål för rättsligt skydd» i processuell mening. *Windscheid* använder emellertid redan för faktoren ifråga såsom sådan ordet rättighet, under det att *Jhering* har detta uttryckssätt för sin faktor blott under beaktande av att den är föremål för »rättsskyddet». Hava rättigheterna i *Windscheids* mening något heligt över sig, så måste lika väl de *Jheringska* intressena vara heliga. Deras objektiva »skyddsvärdhet» är blott ett annat uttryck för sådan mystik. Det bör starkt understrykas, att rättighetsmystiken har icke på något sätt minskats genom *Jherings* insats. Motsättningen mellan å ena sidan *Windscheids* och å andra sidan *Jherings* (jämte alla andras, vilka i rättighetsbestämningen indraga »rättsskyddet») rättighetsbegrepp blir i det avseende, som i denna framställning kan vara av intresse, endast och allenast terminologisk. *Jhering* förutsätter, låt vara icke fullt medvetet, rättigheten *in abstracto*. Men han brukar icke benämning en rättighet utan vill, att detta ord skall innefatta jämväl det statliga »rättsskydd», som den abstraka rättigheten skall komma i åtnjutande av.

Vi återgå emellertid till *Jherings* formulering. Tomheten i hans till synes så logiskt uppställda ekvation — rättigheten = kvalificerat intresse + rättsskydd — kan sålunda påvisas redan genom den enklaste räkneoperation. Ty om man blott tager bort den ena faktorn, rättsskyddet — som dessutom skall vara endast skalet kring kärnan — så försvinner obönhörligt jämväl den andra faktorn, själva kärnan i rättigheten. Låt mig, eftersom saken är viktig och erfarenheten synes giva vid handen, att man icke utan svårighet följer med det gjorda resonemanget, här sammanfatta detsamma på ett sätt, som efter det redan sagda, torde vara lättförståeligt. Vi gå ånyo till »äganderätten» och söka realisera för oss, vad det skulle

betyda — naturligtvis blott inom den för ändamålet begränsade ramen, alltså naturligtvis utan att ingå på den genom därav föranledd anarki och förvildning inträdande samhällsupplösningen — att »rättsskyddet» icke funnes. Begreppen rån, stöld, försnillning, olovligt begagnande, åverkan och skadegörelse å sak, skulle icke finnas. Beträffande tingen, fasta såväl som lösa, skulle råda ett allas krig mot alla. »Laga fång», d. v. s. sådant som arv, testamente, köp, gåva, och över huvud en sådan position eller sådana intressen, som vi nu tillägga en s. k. ägare, vore otänkbara. Var god och angiv nu något, som här skulle kunna tänkas bli föremål för rättsskydd, annat än sådana positioner, som ernåtts genom ockupation och genuina rövarbragder! Sådana »intressen», som *Jhering* uppenbarligen har i sikte, stå icke att upptäcka. Alltså: i och med borttagande av blott den ena faktorn i hans rättighetsbegrepp förflyktigas totalt även den andra faktorn. Därav följer med nödvändighet, att hans komposition av rättighetsbegreppet är falsk. Absurditeten i densamma framträder särskilt tydligt vid s. k. naturliga fordringar. Tag t. ex. en preskriberad fordringsrätt. Här finnes, såsom ju ofta påvisats, ingenting av rättsskydd. Å andra sidan skall det ju blott vara rättsskyddet, som fallit bort (jfr 2 § i 1862 års preskriptionsförordning). Kärnan skulle sålunda finnas kvar. D. v. s. borgenären skulle alltså ha ett intresse att få betalt av gäldenären, vilket intresse skulle vara både värt att rättsligen skyddas och i behov av sådant skydd. Icke förty har lagstiftaren med berättmod berövat borgenären det rättsliga skyddet. Vore *Jherings* rättighetskonstruktion riktig, skulle den sålunda innefatta en karakterisering av lagstiftaren, som för denne vore föga smickrande men som också vore alldeles ogrundad.¹

Denna konstruktion av rättighetsbegreppet företer emellertid ytterligare en falsk sida, vars påvisande torde kunna hjälpa

¹ En annan sida av förhållandet mellan *Jherings* rättighetsbegrepp och obligatio naturalis beröres nedan s. 106.

oss fram till ett belysande av lägel. Också bortsett från nu framförda kritik, är det nämligen oriktigt att med *Jhering* anse, att det såsom rättighetens kärna beskrivna intresset skulle vara skyddat, genom att rättighetshavaren kan föra processuell talan emot inkräktaren. Vi få åter taga äganderätten som exempel. Intresset måste ju här bestå i att genom tingets brukande eller på annat sätt få tillgodogöra sig det-samma. Men det är icke sant, att ägaren åtnjuter något skydd för detta intresse genom sin processuella talan. Oaktat möjligheten av sådan kan ju saken stjälas, olovligen begagnas, skadas o. s. v. I förhållande till allt dylikt kommer ju ägarens talan för sent. Och även om stundom ett tvångsexekutivt ingrepp kan avbryta en pågående kränkning av ägarens intresse, så skyddas han ju därmed blott stundom mot omedelbar upprepning från samma och aldrig från annan inkräktares sida. Det måste bero på förbiseende av fakta, när man nu säger, att dessa intressen, som skola ingå exempelvis i äganderätten, åtnjuta rättsligt skydd i och för sig därigenom, att deras kränkande drager med sig rättsliga reaktioner mot tjuven, försnillaren, åverkaren, skadegöraren eller annan »inkräktare». Faktiskt förhåller det sig ju så, att en ägare i allmänhet icke blir antastad av dylika utan tvärtom i regeln har fri möjlighet att komma i åtnjutande av de fördelar, som skola vara förknippade med äganderätten. Det är naturligtvis detta förhållande, som faktiskt ligger i bakgrunden, när man överhuvud talar om äganderätt. Men detta förhållande kan ju icke härflyta i och för sig därav, att »inkräktaren» i ett visst fall straffas eller får betala skadestånd. Utan detta förhållande sammanhänger därmed, att dylika reaktioner upprepas i samtliga fall, icke blott till förmån för den ifrågavarande ägaren utan till förmån för alla ägare. Och förhållandet ifråga beror därpå, att regler om straff för stöld, förskingring, olovligt begagnande o. s. v. och om ersättning för skada å annans egen-

dom hava, som man säger, karaktär av gällande rätt, d. v. s. faktiskt uppehållas med praktiskt taget oemotståndlig konsekvens och kraft. Det allmänna medvetandet härom och sålunda om att antydda rättsreaktioner äro s. a. s. med naturlags nödvändighet förbundna med ifrågavarande handlingssätt, alstrar ett tryck på individerna, vilket hämmar deras impulser att följa eljest naturliga böjelser att tillgodogöra sig inom deras räckhåll befintliga nyttigheter. Det är på detta sätt, som de tryggade positioner uppstå, vilka man be-tecknar såsom en persons äganderätt. Och på fullt motsvarande sätt förhåller det sig med andra s. k. rättigheter.

Man förstår nu vad det är, som närmast föranlett begrepps-förvirringen hos *Jhering*. Genom att han på rent metafysiskt sätt tror på ett skyddsvärt intresse, såsom rättighetens kärna och existerande oberoende av faktiskt uppehållen rättsordning, råkar han i motsägelse med sig själv. Därmed blir hans tal om att fråga vore om ett blott faktiskt intresse, d. v. s. ett intresse utan rättslig karaktär i sig självt, endast ett tomt ord. Ty enligt *Jherings* eget resonemang skall intresset ifråga ha den särskilda kvaliteten, att det genom denna tilldrager sig det rättsliga skyddet. Men det är då utan någon mening att bestrida denna kvalitets och därmed själva intressets rättslighet. Med denna tro på i sig själva givna kvalificerade intressen tvingas *Jhering* — liksom jurisprudensen i övrigt — att betrakta den till bedömande föreliggande situationen på ett abrupt sätt, rycka den loss ur det sammanhang, till vilket den i verkligheten med nödvändighet hör. Han ser blott ett visst s. k. skyddsvärt intresse — med hänsyn till dess brist på an-givet reallt underlag på intet sätt att skilja från *Windscheids* och *Nordlings* mystiska rättsmakt — detta intresses kränkande samt det statliga tvångsgreppet mot kränkaren. Punkt och slut. Och för *Jhering* kan, såsom nyss antyddes, lika litet som för jurisprudensen i övrigt, finnas någon anledning att här beakta något större sammanhang. Såsom han ser på sa-

ken, är själva utgångspunkten given med detta faktiska förhållande, som skall ha sin tillvaro oberoende av uppehållen rättsordning. Med en sådan utgångspunkt är den av *Jhering* gjorda begränsningen av analysen helt naturlig. Men av denna begränsade syn på saken följer med nödvändighet en verklighetsbrist i *Jherings* resonnemang, liksom också i åskådningen hos det andra rättighetsbegreppets förfäktare. Hela detta när-synta betraktelsesätt leder ovillkorligen till denna olyckliga uppdelning i två skilda moment. Därmed tror man då också, att rättsordningens funktion är att i det enskilda fallet skydda en situation, som skulle ha sin rättsliga eller i allt fall särskilt kvalificerade karaktär given i sig själv, d. v. s. oberoende av rättsordningens upprätthållande.

I enlighet härmed tror man också, att rättsordningen (icke att förväxla med t. ex. *Nordlings* förnuftsordning, rättslag) är till för att reglera förhållandena mellan parter i rättsliga konflikter. Men sådana föreställningar om rättsliga konflikter hava ingen motsvarighet i verkligheten. Det finns inga rättsliga konflikter i detta ords vanliga mening. I verkligheten döljer sig under ordet intet annat, än att en person åsidosatt ett sådant handlingssätt, som den stora massan av människor förmås att iakttaga genom de rättsliga reaktioner, som i det hela taget konsekvent och oemotståndligt drabba den person, som åsidosätter handlingssättet ifråga. D. v. s. under ordet rättskonflikt döljer sig intet annat, än att en person åsidosatt ett sådant handlingssätt, som människor i allmänhet förmås att iakttaga genom rättsordningens upprätthållande. Därav kan man förstå, hur bakvänd denna tanke är, att rättsordningen vore till för att i uppkomna rättskonflikter reglera förhållandet mellan parter. Rättsordningen utgör ju själv en nödvändig förutsättning för, att man överhuvud kan tala om sådant, som avses med rättskonflikter (och rättsförhållanden). Dess väsentliga funktion kan också aldrig

vara att reglera förhållandet mellan parter i det enskilda fallet. I allmänhet kan sägas, att rättsordningens funktion främst är att prevenera mot nyssantydde handlingssätt, vilka man, ologiskt nog, tror giva upphov åt rättskonflikter. Vid sidan härav framträder visserligen funktionen att med skadeståndstvång eller handräkningsåtgärd reglera förhållandet mellan parterna. Men denna funktion kan icke vid närmare reflektion anses föranledd av något intresse för förhållandet mellan parterna i det enskilda fallet. Om i ett enskilt fall en person kommer till sin s. k. rätt eller en annan tvingas att fullgöra sin s. k. plikt, detta är i sig självt ganska likgiltigt ur samhällsnyttans synpunkt¹ i jämförelse med betydelsen av den nämnda regleringen såsom utöver preventionsfunktionen ytterligare stimulerande den allmänna trygghetskänslan. Sådan ytterligare stimulering åstadkommes givetvis genom det allmänna medvetandet om, att den ordningen, praktiskt taget, konsekvent upprätthålles, att — såvitt icke insolvens eller andra faktiska förhållanden lägga hinder i vägen — möjlighet av nu nämnd tvångsåtgärd finnes, när trots preventivfunktionen det av lagen motverkande handlingssättet likväl har inträffat.

Vad som bl. a. torde ha förvillat de rättslärda till tron på äganderätten såsom varande något annat, än nu hävdats, är ägarens s. k. vindikationsrätt. Till undvikande av missförstånd må, ehuru det eljest framgår redan av det föregående, härom sägas följande. Denna s. k. rätt kan inträda i sammanhang med ett gjort »förvärv».² Exempel: arvinge, testamentstagare eller köpare utfår icke egendomen. Situationen är ju nu icke

¹ Samhällsnyttans betydelse såsom princip för lagstiftning och lagtolkning har jag för avsikt att behandla, när jag i ett senare arbete upptager skadeståndsläran. Tillsvidare får jag hänvisa till mina båda föregående skrifter i denna serie samt min *Superstition etc.*, särskilt s. 129 ff.

² Innebörden av ett sådant begrepp belyses nedan s. 118 f.

annan, än att reglerna om »laga fång» uppehållas. D. v. s. betydelsen av regler om arv, testamente och köp såsom varande gällande rätt är först och främst den, att i och med respektive faktum (dödsfallet, detta och testamentet eller köpeavtalet) inträder en sådan situation — om den icke förelåg redan förut — att innehavaren faller under strafflagen, om han avhänder sig egendomen åt en tredje eller uppsåtligen förstör den. Vidare kan han i dessa fall, ävensom vid icke-kriminellt skadande av egendomen, bli tvingad till betalning av visst belopp, skadestånd. Det allmänna medvetandet om allt detta har i allmänhet den effekten, att innehavaren underlåter handlings-sätt av nu antydda art. Därigenom blir här i allmänhet tvångs-restitution av saken möjlig. I mån så icke kan ske, inträder, som nämnt, bl. a. skadeståndstväng. — Vindikationsmög-lighet kan naturligtvis också finnas för en s. k. ägare, efter det att tinget kommit ur hans besittning vare sig på frivillighetens väg eller annorledes. Det förut sagda gäller även nu, blott med den anmärkningen, att, om besittningsförlusten skett ge-nom kriminiell handling, av skäl, som ej torde behöva utveck-las, vindikationsmöjligheten får mindre praktisk betydelse.

Alltnog: det är nu det r e g e l m ä s s i g a u p p e h å l l a n d e t av en ordning till prevenerande mot vissa handlingsätt och till reparerande i görligaste mån av situationen, när trots preventionen dylika handlingssätt skett — det är uppehållan-det av dylika regler,¹ som åstadkommer dessa tryggade positioner för människor, vilka positioner pläga betecknas som äganderätt, annan sakrätt samt fordringsrätt. För att nu allt-jämt hålla oss till äganderätten, så tro icke blott *Jhering* och hans efterföljare utan jurisprudensen i gemen, att äganderät-ten, eller »kärnan» i äganderätten enligt *Jhering*, skyddas ge-nom den processaktion, som ägaren i det enskilda fallet kan få till stånd emot tjuven, försnillaren, överkaren, skadegöraren

¹ Betydelsen i förevarande avseende av regeln om ersättning vid expropria-tion skall nedan, s. 109—118, belysas.

o. s. v.¹ Men i själva verket förhåller det sig så, att den trygghet i positionen, vilken vi beteckna som äganderätt, ingalunda i någon väsentlig grad åstadkommes genom i och för sig ägarens eller åklagarens processaktion i det enskilda fallet. Tryggheten ifråga åstadkommes framför allt annat genom den preventerande psykiska press på individernas handlingssätt, som åstadkommes genom den allmänna vetskapen om att vissa regler (om straff för stöld, försnillning, olovligt begagnande, åverkan etc. och om skadestånd, vite och restitution av saken i dessa och andra fall) äro gällande rätt, d. v. s. faktiskt uppehållas. Denna allmänna vetskap verkar på handlingssätten dels omedelbart, dels också — vad som särskilt ifråga om kriminaliserade handlingar är av stor betydelse — medelbart genom att alstra och underhålla vissa handlingssätten dirigerande moralinstinkter.² Härtill kommer sedan visserligen det förut påpekade förhållandet, att det allmänna medvetandet om processmöjlighet till den »kränktes» båtnad i de enstaka fall, då den nyssnämnda psykiska pressen på utomstående handlingssätt icke verkat, ökar den genom sagda press uppkomna trygghetskänslan.

Jurisprudensen begår sålunda i sin behandling av det s. k. rättighetsbegreppet samma metodiska misstag som i sin behandling av andra fundamentala rättsfrågor. Man tror, att rättssatsernas betydelse ligger i att reglera några relativa fall, i stället för att inse, att den logiska möjligheten att tala om dessa »fall» ha rättssatsernas uppehållande till nödvän-

¹ Tyvärr är det, noga taget, alldeles för generöst att tillerkänna jurisprudensen en så pass acceptabel åskådning av hithörande företeelser. Jag skall strax visa, att *Jhering* finner straffprocessen falla utanför det rättsskydd, som hörde till privaträttigheten (nedan s. 101 ff.). Och så måste nog alla, som verkligen tillägnat sig den djupare grunden för jurisprudensens åskådning, se på saken: straffrätten, vad har den med privaträtten att göra?

² Se härom min Principinledning, s. 21—30, och mitt Svar till professor *Thyrén*, s. 105—113.

dig förutsättning samt att rättssatserna måste bedömas med hänsyn till den av obestriddiga samhällsnyttiga hänsyn motiverade funktionen att förekomma vissa för samhällslivet och för samhällsekonomin onyttiga handlingssätt och att till främjande av allmän produktion och omsättning i högsta möjliga grad uppamma en allmän tillit och känsla av trygghet för människorna i samfärdseln dem emellan. I stället för att begripa, att det är t. ex. strafflagen och den allmänna vetenskapen om dess konsekventa och oemotståndliga uppehållande, som framför allt verkar, riktar man sina undersökningar på det enskilda straffets betydelse, glömsk av att detta icke kan ha någon annan funktion än att vara ett relativt obetydligt led i hela straffrättens uppehållande.¹ På analogt sätt inom skadeståndsrätten. Man går till det enskilda fallet, där skada skett, glömsk av den oräkneliga mängd av situationer, i vilka skada kunnat ske men icke skett av den anledning, att i samhället uppehållas rättsregler, vilket uppehållande nedtrycker de skadebringande handlingssätten till ett minimum. Man anlägger orkeslösa synpunkter av billighet och rättfärdighet i förhållandet mellan parterna i stället för att inse, att hela skadeståndsrättens uppehållande med obönhörlig konsekvens är nödvändigt för samhällets liv, även om skadeståndets utdömande i det enskilda fallet skulle i högsta grad uppröra våra känslor för vad vi finna vara billigt och rättfärdigt. Man förbiser, att reaktionens utformning såsom ett skadestånd i stället för exempelvis en betalning till statskassan eller kommunen är något sekundärt, och att därmed ingalunda tillgodoses några billighetssynpunkter utan det allmänna intresset att till ökad stimulering av trygghetskänslan i samhället komplettera den preventiva funktion, som tillhör regelmässigheten i den på handlingssättet följande tvångsbetalningen som sådan, d. v. s. oavsett om den sker till det allmänna eller till den skadade. Och nu, vid undersökningen av det s. k. rättighetsbegreppet:

¹ Se min Superstition etc. s. 45 ff.; 49 ff.

man anlägger ett betraktelsesätt, så närsynt, att hela perspektivet går förlorat. Genom att begränsa sin syn till de enskilda positionerna får man icke upp blicken för att dessa positioner blott äro s. a. s. en a n n a n s i d a av att en mängd regler för människors handlingssätt uppehållas med praktiskt taget oemotståndlig kraft och konsekvens, utan inför sådana övernaturliga begrepp som människors rättigheter och skyldigheter.

Hela *Jherings* närmare utredning av det substantiella (Geist, III 1, s. 339—350) och det formella momentet (a. st. s. 351 ff.) i rättigheten måste, såsom man kan förstå av det sagda, röra sig på ett överkligt område. Detta införande i framställningen av rättsskyddsmomentet invecklar honom i ständiga motsägelser. Det är blott ett mycket ytligt försök att frigöra sig från de äldre rättighetsföreställningarne, vilka i grund och botten fullständigt behärska honom. Av alldeles särskilt stort intresse är i sådant avseende, att kriteriet på en privaträttighet skall ligga

»in der Klage d. h. in der Anrufung des zur Gewährung dieses Schutzes verpflichteten Civilrichters. Sonach lässt sich das Recht definiren als Selbstschutz des Intresses». (Kurs. av *Jhering*.)

Straffprocessen behandlas uttryckligen såsom varande något annat än det till privaträttigheten hörande skyddet.¹ Därmed blir det genom *Jherings* egna ord på ett särskilt tydligt sätt framhävt, att hans inskjutande av rättsskyddsmomentet icke kan rubba något av den gamla rättighetsmystiken. Ja, i själva verket finns nu icke längre ens någon principiell motsättning mellan *Windscheids* viljemakt och *Jherings* kvalificerade intresse. Innehavaren av detta intresse skall ju, såsom sådan, ha möjligheten att s j ä l v s k y d d a detta genom att anropa civildomaren! Och denne vågar förvisso icke vägra efterkomma anropet! Sådan är enligt *Jherings* egna ord situationen. Hur går det då att bestrida, att intressehavaren har en viljemakt? I synnerhet om man betänker, att straff-

¹ *Jhering* a. st. s. 353 f.

aktionen skall falla utanför området för hans »Selbstschutz». En sådan åtskillnad mellan straff- och civilprocess kan icke förklaras på annat sätt, än att det privata skyddsvärda intresset skulle involvera en specifikt privaträttslig ställning för personen. I kraft av denna kunde han anropa civildomaren, under det att straffaktionen mot t. ex. tjuven icke hade något med intressehavarens ifrågavarande ställning att skaffa. Om verkligen, såsom *Jhering* i princip vill hävda, statsskyddet vore något väsentligt för rättigheten, så vore det alldeles obegripligt, varför till rättigheten skulle höra att skyddet berodde på rättighetshavarens »Selbstschutz». Det är tydligt, att denna tanke på »självskyddet» för intresset innesluter den gamla makt-tanken i begreppet rättighet, och förvisso tanken på en rent personlig makt. Vore det här fråga blott om det förhållandet, att vissa processuella åtgärder från intressesubjektets sida i kraft av rättsreglers uppehållande medförde intressets skyddande och vore sålunda den avsedda makten blott ett utslag av rättsreglernas genom deras uppehållande åstadkomna allmänna kraft, så skulle det icke finnas någon rimlig möjlighet att tala om subjektets »självskydd». Det funnes ju då ingen möjlighet att i sammanhanget placera in något sådant. När *Jhering* likväl talar om detta självskydd såsom ingående i rättighetsbegreppet, fastän det i verkligheten icke kan finnas rum för något sådant självskydd, kan ingen annan grund därför utletas, än att *Jhering* trots allt icke lyckats frigöra sig från tanken på rättigheten såsom en personlig makt, vilken finnes till oberoende av processen.¹ *Jhering* måste betrakta situationen vid en privaträttslig process på det sätt, att käranden, intressesubjektet, hade någon i sin person liggande makt över domaren², alldeles såsom om domaren i denna sin egenskap måste imponeras av subjektets ifråga personliga förhållan-

¹ Jfr här nedan angående *Jherings* syn på processen.

² Märk också noga uttrycket: rättighetshavarens »Anrufung des zur Gewährung dieses Schutzes verpflichteten Civilrichters».

den och icke utslutande bestämdes av vissa regler, som han under trycket av allehanda med det allmänna rättsmaskineriets uppehållande sammanhängande psykologiska faktorer måste iakttaga. Det nu avsedda tankefelet torde kunna åskådliggöras genom en bild: när en person genom vridning på en strömbrytare åstadkommer en lokals upplysning, så har detta intet att skaffa med hans personliga makt utan utslutande med en viss (om ock blott mycket ytlig) kännedom om naturlagarne.

Intressant är också *Jherings* sätt att söka försvara sig mot invändningen, att han i sin definition förklarade rättighetsbegreppet med sig självt (R e c h t = r e c h t l i c h geschütztes Interesse) »Dabei hat man», säger han (a. st. s. 351 n. 462) emot denna invändning,

»übersehen, dass der Ausdruck: R e c h t im subjectiven, der Ausdruck: r e c h t l i c h im objectiven Sinn genommen ist, ich hätte statt des letzteren ebensogut: staatlich, gesetzlich wählen können».

Man märke, att *Jhering* genom ifrågavarande mot honom riktade invändning kunnat känna sig manad till ett eftersinnande just över innehållet i sin bestämning av rättighetsbegreppet. Detta eftersinnande resulterar i, att han icke finner något annat kunna dragas i tvivelsmål än lämpligheten av de använda orden. Genom sitt uttalande om åtskillnaden mellan rättighet och objektiv rätt synes han här själv i hastigheten ha givit ett indirekt uttryck åt sitt innersta hjärtas mening om rättigheten såsom varande något oberoende av uppehållen rättsordning, sålunda åt en uppfattning i strid med sin i texten gjorda begreppsstämning och i överensstämmelse med den gamla vanliga. Ordavaleet är naturligtvis en helt underordnad sak. Felet hos *Jhering* ligger icke i formen utan i innehållet av hans definition. Felet utgöres därav att »kärnan» i hans rättighetsbegrepp icke är en kärna utan något

¹ *Jhering* a. st. s. 353 f.

alldeles tomt. Därav alla motsägelserna i hans framställning av rättighetsbegreppet. Dessa kunna förvisso icke undanrödjas genom utbyte av ord. Det är själva tankegången — med rättigheten såsom bestående av »kärna» och »skal» — som är orimlig. Hans tro på denna »kärna» gör i själva verket, att allt hans tal om rättsskyddet såsom moment i rättighetsbegreppet icke kan vara allvarligt menat. Utom vad i detta avseende ovan utvecklats må nämnas, att redan hans analys av processen (a. st. s. 15 ff.) utgör ett slående bevis för odugligheten i hans bestämning av rättighetsbegreppet. Här uppställes frågan, vad processen skall tjäna till. Man skulle nu väntat sig, att *Jhering* betonade processens nödvändighet för att skydda de blott faktiska intressena. Men därav märkes intet. Frågan om processens funktion besvaras på ett sätt, som är oförenligt med påståendet om rättsskyddet såsom utgörande ett moment i det, som bildar en rättighet. Processen säges rent av bestå i en analys av rättsförhållandet (s. 19), vilket ju måste innebära, att rättsförhållandet — i vilket givetvis rättigheten måste ingå — antages existera oberoende av processen. Och för övrigt är det ju så, att snart sagt varje processualist — om han ansluter sig till *Jherings* rättighetsbegrepp — måste råka i motsägelse med sig själv. Ty civilprocessen skall ju vara till för att meddela skydd för i den »materiella rätten» grundade rättsförhållanden eller därur framspringande rättsliga anspråk. (Se den härskande processrättsläran.) Överhuvud skymtar i hela *Jherings* processrättsliga framställning intet fram, som skulle kunna tyda på att rättigheten skulle förutsätta processuellt skydd. Och när han därefter övergår till »das Rechtsgeschäft», så säges detta vara

»die Form, in welcher der subjective Wille innerhalb der ihm vom Recht angewiesenen Schranken seine rechtsschöpferische Thätigkeit entfaltet. Nur insoweit er diese Grenzen innehält, schafft (kurs. hos *Jhering*) er wirklich».¹

¹ A. st. s. 134.

Med »Recht» kan här icke avses något annat än »Rechtsordnung», tänkt såsom en befallande makt. Inom de gränser, denna makt uppdragit, skola nu de enskilda genom sina rätts handlingar kunna skapa rättigheter. Men de enskilda kunna väl icke skapa det i dessa rättigheter ingående rättsskyddet? Tanken kan här näppeligen vara annan än den, att de enskilda skapa något, som — i kraft av »rätten» — i och med sin tillvaro är av rättslig karaktär och på denna grund föremål för processuellt skydd. Att detta är *Jherings* mening framgår också i fortsättningen av hans behandling av »das Rechtsgeschäft».¹ Men detta står ju i rak motsättning till tanken: rättighet = ett blott faktiskt intresse + rättsskydd. Och det står i full överensstämmelse med den gamla vanliga åsikten om rättigheter såsom föremål för rättsskydd och sålunda existerande oberoende därav. Såsom nedan skall visas, är en sådan åsikt mindre ologisk än *Jherings* rättsekvation. Från sina egna allmänna utgångspunkter kan *Jhering* icke heller rimligtvis ha haft något att invända mot nämnda åsikt i och för sig om rättighetens begrepp. Studiet av *Jherings* verk i dess helhet torde också giva vid handen, att han med sin utredning av rättigheten såsom ett rättsligen skyddat intresse näppeligen kan ha avsett att komma denna åsikt till livs. Utan det har varit den i *Windscheids* och andras av den Hegelska rättsfilosofien influerade teorier framträdande specifika viljemakten, som *Jhering* velat taga avstånd ifrån genom sitt rättighetsbegrepp, ehuru, såsom vi nyss sett, han icke lyckats därmed.² Men senare rättslärda ha just tagit fasta på

¹ Här förutsättes t. ex. »Rechtsverfolgung oder Klage» uttryckligen såsom något skilt från »Rechtsbegriff».

² Från den intressehavarens makt, som enligt det föregående ovillkorligen måste inneslutas i *Jherings* tanke på dessa objektivt skyddsvärda intressen, kan logiskt icke fränkiljas personens möjlighet att handla efter sitt godtycke, sin vilja. Å andra sidan menar naturligtvis icke blott *Windscheid* utan även en *Savigny*, att rättighetshavarens makt i fall av behov erhåller statligt skydd. Beaktas nu *Jherings* nyss citerade uttalande angående »das Rechts-

det särskilt förvirrade¹ i *Jherings* lära, rättsskyddets indragande i rättighetsbegreppet, en ståndpunkt vilken *Jhering* sannolikt kommit att intaga blott såsom en aldrig av honom fullt övervägd konsekvens av sin nyssantydnda kritiska inställning. Det är dessa senare rättslärdas betonande av rättsskyddsmomentet i rättighetsbegreppet, som förmått mig att söka visa ohållbarheten i den av lärofadern lagda grunden.

Jhering gör vissa anmärkningar mot gängse uppfattning angående romarnas *obligatio naturalis*. Om han verkligen uppfattar denna såsom havande rättslig karaktär eller icke, kan vara tvivelaktigt. Inom en stor del av rättsdoktrinen, och allmänt inom den nordiska, är emellertid uppfattningen den, att det finns naturliga fordringsrättigheter. Denna uppfattning hävdas fullkomligt oberoende av om man i rättighetsbegreppet inlägger det från *Jherings* lära hämtade rättsskyddskravet eller icke. Man menar, att för den naturliga fordringen finns ett visst rättsskydd, låt vara att det är svagt. Med rättsskydd måste åter, såsom *Jhering* också uttryckligen framhäver, avses »die Klage», motsvarande i vårt rättspråk »talan». Hur skall detta kunna förenas med det obestriddiga förhållandet, att »talan» saknas vid s. k. naturliga fordringar? Saken är f. ö. den, såsom erfarenheten ådagalägger, att dessa »fordringar» såsom sådana varken åtnjuta »rättsskydd» eller överhuvud på något sätt rättsligen beaktas. När likväl även de, som betona »rättsskyddet» som nödvändigt moment i rättighetsbegreppet, förledas att beteckna »naturliga fordringar» såsom rättigheter, låt vara med bristfälligt skydd,² så kan detta svårligen bero på annat, än att man icke kan komma ifrån föreställningen om en rättslig kvalitet i »rättigheterna» oberoende av det processuella »skyddet».

geschäft», så inses att *Jherings* rättighetsbegrepp i princip är detsamma som icke blott *Windscheids* utan även den gamle *Savignys* (varom ovan s. 87 n. 1).

¹ Se härom särskilt i slutet av nästa §.

² T. ex. *Lassen*, Haandbog, s. 20 f.

5 §.

Realiteterna bakom rättighetsföreställningen.

Man torde tryggt kunna påstå, att hur mycket än det vridits och vänts, lär dock ännu ingen ha kunnat visa, att det finns några rättigheter (eller skyldigheter). Detta behöver emellertid icke lägga hinder i vägen för att alltjämt i dagligt tal använda sådana uttryckssätt. Att bakom dessa ord ligga realiteter är ju uppenbart av vad som förut utvecklats. Vad som utmönstras är användningen av rättighetsbegreppet (eller rättspliktbegreppet) såsom något att bygga på i den vetenskapliga eller eljest sakliga diskussionen. Det är detta, som måste beaktas. Rättighetsbegreppet är en produkt av ett irrationellt rättsmedvetandes föreställningar, en produkt fullt utbildad redan för tusentals år sedan hos de vidskepliga romarne. Man måste göra klart för sig, att alla dessa föreställningar om en hemlig mystisk makt hos individen, eller om individernas intressen såsom objektiva värden, vilka skola realiseras genom rättsordningen, föreställningar som leda till talet om rättigheter och deras subjekt ävensom till forskningar efter deras objekt, röra sig på ett överkligt område. Man måste göra klart för sig, att dessa rättigheter endast äro traditionella fantasier och att rättigheten endast kan användas såsom blott och bart en term, en beteckning för faktiska situationer, i vilka vissa handlingar praktiskt taget konsekvent medföra vissa menliga reaktioner för den handlande, av vilka straff och skadeståndstvång äro de viktigaste men även vites- och restitutionstvånget bör nämnas. Dessa tvångsåtgärder utöva — dels på grund av sin karaktär att praktiskt taget oemotståndligt och efter vissa allmänt kända regler följa på handlingssätten ifråga och dels på grund av det

större eller mindre obehag de åsamka en för dem utsatt person — en allmän psykisk press på människor att i dylika situationer undvika ifrågavarande handlingssätt. Men givet är — för att ånyo taga äganderätten som exempel — att genom uppehållandet av hithörande rättsregler, innefattande jämväl reglerna om s. k. laga fång, och detta uppehållandes psykiska inverkan på människornas handlingssätt blir situationen den, att en viss person, den s. k. ägaren, faktiskt kommer i ett sådant förhållande till tinget som ingen annan. De ifrågavarande reglerna till tyglande av folks handlingssätt gälla nämligen just icke en viss person, nämligen icke honom, som enligt »laga fång»-reglerna kommit i den ställning, som kallas för ägarens. Följaktligen har ägaren — till skillnad från alla andra — en mängd handlingsmöjligheter i avseende å tinget utan att riskera några menliga tvångsåtgärder vid dessa möjligheters realiserande, var till kommer att hans position ytterligare blir förmånlig, därigenom att skadeståndstvång och restitutionstvång, såvitt de föreligga, komma honom direkt tillgodo. Det är av denna på angivet sätt uppkomna förmånliga position för en ägare, som jurisprudenten låtit förvilla sig till underhållet av den gamla vidskepliga tron på äganderätten, en på sig själv vilande makt, vilken enligt jurisprudenten så långt ifrån vore en konsekvens av rättsordningens uppehållande, att hithörande rättsregler tvärtom vore till för att omväxlande dels realisera denna makt och dels inskränka densamma. Ägarens olika riskfria handlingsmöjligheter och hans s. k. vindikationsrätt tros vara följder av denna metafysiska äganderätt, under det att i verkligheten den s. k. äganderätten intet annat är än dessa möjligheter, vilka i sin tur blott utgöra en annan sida av en mängd reglers i det hela konsekventa uppehållande medelst statligt tvång.

När jag sagt, att realiteterna bakom »äganderätten» blott är en annan sida av uppehållandet av vissa rättsregler eller,

om man så vill, en konsekvens därav, så är detta icke så att förstå, att dessa realiteter i förhållande till rättsreglerna ifråga vore på något sätt av underordnad betydelse. Snarare tvärtom. D. v. s. berörda rättsregler ha sin sociala funktion just i att åstadkomma sådana tryggade positioner, som efter vad jag nyss sökt visa, utgöra den realitet, som jämte vissa metafysiska föreställningar givit upphov åt idén om en äganderätt. För belysning av sammanhanget tillåter jag mig utveckla, vad jag i föregående skrifter i sådant avseende framställt angående regeln om ersättning för exproprierad mark. En sådan utveckling torde vara så mycket mera motiverad, som denna ersättningsregel intager en särställning bland de rättsregler, vilkas uppehållande giva konsistens åt de realiteter, som föranleda talet om äganderätt. Ersättningsregeln ifråga har nämligen ingen preventiv funktion att fylla, åtminstone icke i samma mening som skadeståndsrätten i allmänhet.

Man tror, att här fråga är om angrepp på annans rättsliga intressen. Man säges med berått mod beröva en person hans äganderätt. Låt vara att förfaringssättet varit rättsenligt och sålunda icke bort förhindras, så vore det dock orättfärdigt, om »ägaren» icke skulle få ersättning av den, som tillägnade sig hans »egendom». På sådant sätt resoneras det.¹

Resonnemanget rör sig på olika sätt i cirkel. Först är det ju tydligt, att en *petitio principii* föreligger, när man här talar om ersättning för förlust åstadkommen genom rättsenlig handling.² Ty hela förfarandet får naturligtvis — just med jurisprudensens egen syn på saken — sin »rättsenliga» karaktär, bl. a. därigenom att det i sig innefattar, att ersättning skall utgå åt den exproprierade. Ser man bort från ersätt-

¹ Hos t. ex. *Ussing*, Skyld og Skade, 1914, s. 61 ff. Jfr *Björling*, Lärobok i civilrätt, s. 46 f., och *Stang*, Erstatningsansvar, 1919, s. 143.

² Jag lämnar här alldeles å sido begreppet »rättsenlighets» orimliga karaktär såsom motsättning till »rättstridighet». I sådant avseende hänvisas till samtliga mina här förut nämnda skrifter.

ningsregeln, bör expropriationsförfarandet sålunda enligt jurisprudentens sätt att se vara något rättstridigt! Resonnemangets cirkelartade karaktär framträder emellertid även i ett annat avseende. Tankefelet är emellertid av samma slag. Det gäller ju att förklara grunden till denna regel, att exproprianten måste betala ersättning åt den exproprierade. Men i en sådan förklaring får man naturligtvis icke utgå från, att regeln ifråga faktiskt gäller, utan tvärtom abstrahera därifrån. Eljest låter man regeln förklaras med sig själv. Antag därför ett ögonblick, att det verkligen förhölle sig så, att den exproprierade icke hade denna befogenhet att erhålla ersättning av exproprianten, d. v. s. antag att i expropriationssituationer ersättning icke utginge till den s. k. ägaren; detta innebure ju, att »äganderätten» hade sådan karaktär, att den vore v ä r d e l ö s i dylika situationer, vilket åter ofelbart måste utesluta talet om det orättfärdiga i att ersättning icke gäves. Rättskänslan är visserligen i allmänhet mycket ologisk i sina yttringar. Den lär dock aldrig kunna fordra något så orimligt, som att ersättning skall betalas för det som var v ä r d e l ö s t, att betalning skall utgå för en förlust, som icke är någon förlust. Här går sålunda jämväl vid den gängse förklaringen av ersättning vid expropriation samma tankefel igen, som härövan påvisats angående jurisprudentens sätt att motivera straff och skadestånd vid andra s. k. ingrepp i »äganderätten». Liksom stöld, försnillning, åverkan, skadegörelse etc., så betraktas alltså även expropriationen av jurisprudenten såsom ingrepp i »äganderätten». Och liksom hithörande regler om straff och skadestånd motiveras med att sådant ingrepp ägt rum, så resoneras uppenbarligen på samma sätt i avseende å regeln om ersättning vid expropriation.

Låt oss emellertid nu se om vi icke kunna finna en mera förnuftig förklaring till denna ersättningsregel. Därvid är det nödvändigt att erinra om vissa saker, som belysa den sociala betydelsen av att människorna kunna komma i dessa tryg-

gade positioner i förhållande till tingen, som enligt vad ovan utvecklats bidragit till uppkomsten av äganderättsföreställningar. I sådant avseende må först ånyo betonas, att dessa positioner icke kunna vara något annat än indirekta konsekvenser av uppehållandet av vissa regler för människors handlingssätt. Söka vi nu i största allmänhet inrikta vår tanke på en gruppbildning av människor i äldsta tider, så är det ju ganska uppenbart, att redan människorna i en sådan grupp måste ha bemödat sig om att söka uppehålla någon slags ordning, genom vilken vissa drifter och handlingssätt tillbakahöllos och genom vilken en person i avseende å vissa föremål erhöill möjlighet att handla utan hinder av de andra gruppmedlemmarna. En sådan hämsko på dessa var nödvändig just av hänsyn till den mänskliga egiosmen, självbevarelseinstinkten eller hur det nu bör kallas. Vem skulle vilja lägga ner möda och arbete på byggande av hyddor och på annan odling av jord och mark, riskera liv och lem på infångande av villebråd, annan föda och nödigt material för livsuppehållet, om den late, bekväme eller fege samhällsmedlemmen hade samma nytta av arbetsresultatet och samma möjlighet att förfoga över produkterna som den idoge mannen, genom vars energi och strapatser allt detta åstadkommits? Vi kunna här se bort från sådana handlingssätten dirigerande faktorer som förtryck genom despotism eller klassvälde — det må nu ha framträtt i om slaveri eller trældom erinrande samhällsformer eller icke — vilket allt ju är utan intresse till belysning av föreliggande sida av ämnet. Ser man bort från dylika faktorer, måste också den mest primitiva sammanslutning för sin existens ha förusatt en ordning, genom vilkens uppehållande en sådan hämsko lades på människornas handlingssätt, att individen därigenom fick en viss tryggad handlingsfrihet i avseende å gods, som han själv ockuperat, i avseende å mark, som han själv brutit, i avseende å jordhålur och andra bostäder, som han själv inrett etc. Naturligtvis var en sådan ordning icke

medvetet inrättad för samlevnadens skull. Den hade sin omedelbara grund i magiska föreställningar. Men dessa voro i hemlighet dirigerade av sociala instinkter, i viss analogi med nutida rättsmedvetandes utformning i grova drag efter samhällsnyttiga hänsyn.

När sedan, med utvecklingen från släkt- och stamsamhället och sedermera ytterligare ur feodalstaten, den enskildes »äganderätt» på nuvarande sätt blivit samhällets ekonomiska grundval, så har detta sammanhängt med i stort sett två ting. Å ena sidan är disponerandet över, utnyttjandet av saker, fasta som lösa, vilka äro av nytta för människorna, något högst begärligt för dessa. Möjligheter att disponera över och utnyttja tingen äro därför synnerligen eftersträvansvärda för människorna. Å andra sidan förhåller det sig så, att genom människornas talrikhet det produktiva arbetet har blivit en livsbetingelse för dem. Sådant arbete både ökar nyttigheternas värde och nyskapar sådana. Detta arbete är för samhället icke blott nyttigt utan nödvändigt, liksom arbetskraftens anspänning till det yttersta alltid måste bliva en för det allmänna högst angelägen sak. Eggelsen till utförande av direkt eller indirekt producerande arbete utgöres just av utsikten att komma i besittning av för människor mer eller mindre begärliga ting att fritt disponera över, vare sig dessa ting nu skapas direkt genom arbetet eller erhållas i utbyte mot arbetskraft. Denna disposition över tinget är naturligtvis mera eftersträvansvärd ju mera fri och omfattande den är. Och då det varit av största vikt att just ha en så stark drivfjäder till det produktiva arbetet som möjligt, är det icke underligt, att i samhällena en ordning har rått, enligt vilken människorna på vissa betingelser kunnat skaffa sig snart sagt obegränsade handlingsmöjligheter i avseende å ett ting — en position som lett till föreställningen om en äganderätt till tingen. Dessa i »äganderätten» ingående handlingsmöjligheter (i nutiden mera begränsade än förr) åstadkommas sedan urminnes tider genom

uppehållandet av regler om s. k. laga fång och sig härtill anslutande¹ regler om tjuvars, åverkares och andra skadegörares bestraffning, regler om skadestånd, vindikation o. s. v. Och av det sagda är uppenbart, att alla dessa rättsregler just ha sin sociala funktion i att, var och en i sin mån, åstadkomma den trygghet för personen vis à vis tinget, som är erforderlig för att han därmed skall kunna (i vår tid inom vissa gränser) förfara efter godtycke.

Emellertid är det av vikt att beakta, att man numera, i olikhet mot förr, gör den ena erfarenheten efter den andra, som visar, att »äganderätt» och »äganderätt» icke alltid kunna vara ett och detsamma. Dessa erfarenheter borde bidra till insikt om att med en persons »äganderätt» till ett ting icke i verkligheten kan avses något annat, än att genom alla dessa antydda reglers uppehållande till dirigerande av människornas handlingssätt den effekten uppstår, att just han får en mängd handlingsmöjligheter i avseende å tinget, vilka dock just på grund av dessa reglers karaktär bliva v ä x l a n d e med hänsyn till arten av det föremål, vartill de referera sig. I äldre tider framträdde icke dylika erfarenheter på samma tydliga sätt. Anledningen härtill är ju ganska klar. Dels har man att taga i betraktande den dåtida samhällsmekanismens relativt enkla struktur. De dåtida mer eller mindre grova linjerna, utefter vilka samhället rörde sig, har numera efterträts av ett nätverk av de allra finaste trådar, de mest utdifferierade intressen och intressemotsättningar, till vilka hänsyn ovillkorligen måste tagas, om icke maskineriet skall börja gnissla högljutt. Dels får man icke heller förbise äldre tiders brist på sociala insikter och intressen hos folkets flertal, ävensom — efter det att sådana väckts till liv — dess bristande makt att genomföra en ordning, som tillgodosåge dess intressen. Det stod i god överensstämmelse med denna enkla, mera grov-

¹ Se härom nedan s. 118 f.

huggna samhällsmekanism, att en »ägare» i denna sin »egen-
skap» hade alla tänkbara möjligheter att disponera över tinget.
Att ha annat än denna förenklade syn på saken, därtill fanns
ur social synpunkt ingen anledning. En närmare undersök-
ning av »äganderätten» till utrönande av dess innebörd var
överflödig. Ä g d e man en sak, så betydde detta, att den hade,
med uteslutande av alla andra från saken, tillfallit en, att
den var e n s e g e n d o m, t i l l h ö r i g h e t, med vilken man
kunde göra vad man ville utan hänsyn till den skada eller
nytta för andra, som kunde uppstå genom ens hantering av
saken. Detta blev också äganderättens »natur» i det allmänna
föreställningssättet.

Vad som särskilt nu bör läggas på minnet är att, när tron
på »äganderättens» absoluta karaktär utbildades, då s t o d e n
s å d a n a b s o l u t ä g a n d e r ä t t i c k e i u p p e n b a r s t r i d
m e d r å d a n d e u p p f a t t n i n g o m s a m h ä l l s i n t r e s s e n a.
Men å andra sidan reflekterade man lika litet häröver,
som över det förhållandet, att »äganderätten» utbildats i sam-
manhang med samhället självt, ja att samhällets fungerande
bl. a. bestod i uppehållandet av sådana regler, att därigenom
personer kommo i den trygga ställning att kunna disponera
över ting, som man kallar en persons äganderätt. På detta sätt
har man alldeles f ö r b i s e t t, att »äganderätten» blott var en
viss sida av själva samhällsmekanismen. På grund av sådant
förbiseende har man kommit till dessa i huvudsak alltjämt
härskande föreställningar, dels att äganderätten vore att fatta
såsom ett så till vida i sig självt givet attribut åt människor,
att den vore att taga till u t g å n g s p u n k t vid lagars tolk-
ning och stiftande, och dels att äganderätten till sin k a r a k t ä r
»egentligen» vore absolut, oinskränkt. Långt ifrån att
inse, att den s. k. ägarens handlingsmöjligheter i avseende å
tinget blott äro följder av vissa rättssatsers uppehållande, ser
man tvärtom saken så, att dessa handlingsmöjligheter här-
flyta av hans »äganderätt», av att saken »tillhör» honom, är

hans »egendom». Och när nu likväl man icke kan undgå att märka, att en ägare alldeles icke har alla möjligheter att disponera över sin »egendom» utan t. o. m., såsom vid expropriation, måste foga sig i att helt och hållet bliva av med varje sådan möjlighet, så säger man, att det finns legala inskränkningar i äganderätten, en föreställning som blir innehållslös, så snart man förmår verkligen aktualisera för sig, att »äganderätten» endast är en annan sida därav, att vissa rättsregler uppehållas.

Sålunda måste det stå fast, att detta tal om expropriationen såsom ett rättsligt ingrepp i äganderätten, vilket av billighets-skäl, i den allmänna rättskänslans namn o. s. v., krävde gottgörelse i form av ersättning, är högst oförnuftigt. Beaktar man däremot vad som ovan yttrats om »äganderättens» insättande i samhällsutvecklingen, så skall man lätt inse, att ersättning åt den exproprierade med nödvändighet måste utgå, på det att denna tryggade position vis å vis tingen, som kallas äganderätt, må vara tillräckligt eftersträfvansvärd för att människorna genom utsikten att komma i sådana positioner skola eggas till produktivt eller annat för samhället gagneligt arbete. Här måste emellertid en visserligen ytlig men dock nära liggande invändning pareras. Med detta åskådningssätt, kunde man förmena, vore ingen annan äganderätt att ur samhällsnyttans ifrågavarande synpunkt motivera än den, som en person kommit till på den direkt eller indirekt produktiva insatsens väg. Men en person kommer ju i dessa tryggade positioner vis å vis tingen jämväl utan att för dem behöva göra någonting, t. ex. genom arv eller testamente. Den arbetsstimulerande synpunkten framträder dock jämväl här mycket tydligt. Naturligtvis kan det vara en eggelse till arbete, att jag därmed kan trygga en god ekonomisk ställning icke blott för mig själv utan jämväl för andra människor, som stå mig nära och vilkas intressen ligga mig om hjärtat. Mången arbetar förvisso mera energiskt med tanke på hustrus och barns än sin egen fram-

tid. Nu är det emellertid till undvikande av missförståelse av denna sak nödvändigt att beakta tvenne moment i förhållandet mellan samhällsnyttan och det rättsliga regelsystemet. Dels blir alltid en viss generalisering av rättsreglerna nödvändig av hänsyn till behovet av en på medvetandet om själva regelmässigheten grundad allmän tillit och trygghetskänsla. Dels ha, framför allt i något äldre tider, samhällsnyttiga synpunkter i följd av rättsliga vidskepligheter i allmänhet icke omedelbart kunnat influera utbildningen av det rättsliga regelsystemet. De ha visserligen legat i bakgrunden men omedelbart framträtt i en av allehanda irrationella moment bestämd förklädning, det s. k. rättsmedvetandet. Beaktandet härav blir naturligtvis av särskild vikt, när det gäller bedömande av rättsregler med så uråldriga traditioner som t. ex. arvs- och testamentsrätten. Nutida lagstiftningstendenser i vårt land bestämmas också uppenbarligen av insikten därom, att vår arvsrätt varit alltför vidsträckt för att kunna anses fullt motiverad av vad som numera betraktas såsom samhällsnyttiga hänsyn. Det är uppenbart att synpunkten av eggelse till gagneligt arbete blott i reducerad grad kan tala för uppkomsten av s. k. äganderätt genom arv för mera avlägsna släktingar. Arvsmöjligheten kan också stundom vara direkt skadlig därigenom, att den kan underblåsa arvinges lättja och hämma hans producerande eller eljest nyttiga verksamhet i samhället.¹

Efter denna anmärkning kunna vi återgå till frågan om ersättningen vid expropriationen. Det förhåller sig i korthet och rent schematiskt på följande sätt. Det har, såsom framgår av det ovan sagda, för samhällsbyggnadens fortbe-

¹ Naturligtvis göra sig även andra — enligt härskande värderingssätt — samhällsnyttiga synpunkter än den arbetsstimulerande gällande vid bedömande av arvsrätten. Så kan exempelvis bröstarvinges rätt till »laglott» givetvis icke ha sin förklaring såsom eggelse till faderns etc. strävsamhet. Här spela in såväl det allmännas intresse av de efterlevandes försörjning som rena pietetshänsyn. Jfr min *Superstition etc.* s. 130.

stån d varit nödvändigt, att tingen, fasta såväl som lösa, på antytt sätt fördelas mellan olika människor att av dem efter förgottfinnande (med vissa inskränkningar) utnyttjas. Men skulle denna dispositionsställning innebära, att en person exempelvis beträffande mark — nödvändig för anläggning av allmänna vägar, järnvägar, broar, andra kommunikationsmedel, allmänna byggnader etc. eller för annat allmänt ändamål — kunde förhindra markens användning för dylika samhällsnyttiga syften, då vore hans ställning i samma mån ägnad att motverka samhällsintresset. Därför måste sådana regler uppehållas, att han icke har möjlighet att hindra, att marken ifråga tages i bruk för något av antydda ändamål. Men hur skulle det å andra sidan gå, om »ägaren» i dylika situationer tvunges lämna marken ifrån sig utan att erhålla ersättning för dess värde? Vem skulle våga nedlägga kapital och arbete i en fastighet, medveten om risken, att den i en framtid skulle kunna befinnas nyttig för något av de många sociala ändamål, som enligt en expropriationslag kunde föranleda fastighetens expropriering? Den begärlighet för människorna, som var förenad med den ifrågavarande dispositionsställningen och som låg i bakgrunden för alla dessa rättsregler, genom vilkas uppehållande den fick sin konsistens, skulle naturligtvis genom en sådan anordning reduceras i högst väsentlig grad. Dispositionen över de fasta tingen — särskilt över stadsfastigheterna — skulle nu icke längre kunna utgöra den eggelse till produktivt och annat nyttigt arbete, som är nödvändig för den ekonomiska blomstringen i samhället och som ytterst utgjorde raison d'être för uppehållet av hithörande ofta berörda rättsregler. Kort uttryckt: ensamt en samverkan av dessa är icke tillräcklig för att tillgodose obestriddliga samhällsnyttiga intressen. Den erforderliga sociala funktionen åstadkommes först genom att det hithörande regelsystemet — efter expropriationsinstitutets införande — kompletteras med rättsregeln om ersättning åt den exproprierade.

Det är detta sakförhållande, som ligger i bakgrunden och i all hemlighet dirigerar det s. k. allmänna rättsmedvetandet, när detta vill hävda, att billigheten eller rättvisan kräver, att »ersättning» betalas för den »förlust», som den exproprierade lider genom »ingreppet i hans äganderätt». I själva verket är det alls icke fråga om en »ersättning» i logisk mening. Utan det förhåller sig så, att till den ställning, som den s. k. ägaren intager, icke blott hör alla dessa riskfria handlingsmöjligheter i avseende å marken utan jämväl att till honom, i händelse av expropriation, utbetalas ett penningbelopp motsvarande markens ekonomiska värde.

Efter allt som nu utvecklas torde jag näppeligen kunna riskera, att man skall missförstå, vad jag i det föregående ofta framhållit angående »laga fång»-reglernas betydelse såsom medförande, att en person, den s. k. ägaren (eller, naturligtvis, panthavaren o. s. v.), kommer s. a. s. i undantagsställning, i det att just hans handlingssätt i avseende å tinget, till skillnad från alla andras, icke restringeras genom ifrågavarande straff- och skadeståndsregler.¹ Vare sig en person genom ockupation (av s. k. herrelöst gods) eller genom arv, testamente, gåva, köp eller dylikt, intager en sådan position till ett ting, innebär detta, att alla andra än denna person genom straff- och skadeståndsrätten återhållas från att hindra denne att efter sitt behag förfara med tinget, ävensom att personen ifråga, i mån av brist på sådan återhållsamhet från andras sida, har viss möjlighet till erhållande av betalning eller restitution, vartill då också kommer utfåendet av ett penningbelopp i händelse av expropriation. M. a. o. varje »laga fång»-regel har ingen mening annorlunda än på detta sätt sedd i samband med hela den ifrågavarande delen av regelsystemet. Har jag »köpt» en sak,²

¹ Att också regler uppehållas, som intvinga även hans handlingssätt inom en viss ram, framgår av det föregående. Detta får naturligtvis icke förvilla bedömandet av situationen. Jag bortser i det följande från sådana regler.

² Till förenklande av framställningen förutsattes, att jag också tagit saken i besittning.

så innebär detta framförallt annat, att jag nu beträffande denna sak kommer i den där trygga positionen, dels och i synnerhet när alla andra tack vare uppehållandet av straff- och skadeståndsrätten i allmänhet återhållas från att hindra mig handla, så som jag vill med saken, och dels när jag — om sådan återhållsamhet icke iakttagits — har möjlighet att erhålla ett penningbelopp ävensom vindikationsmöjlighet.¹ Härav ser man det meningslösa i att — annorlunda än i ytligt systematisk mening — tala om civila rättsregler. Nu berörda »rent civilrättsliga» regel om köpet såsom grundande »laga fång» är ju intet annat än en regel för förändring av personers relation till skadestånds-, straff-, process- och exekutionsrätten, såvitt fråga är om deras handlingar i avseende å det »köpta» tinget.

Den förestående utredningen till bevis för rättighetsbegreppets överklighet har huvudsakligen anslutit sig till äganderättsföreställningen. Förhållandet är givetvis analogt i fråga om begreppet fordringsrätt, ehuru saken här är mindre komplicerad. Genomgående är jurisprudensens åskådning jämväl här lika närsynt, en närsynthet som leder till detta sig ständigt upprepande misstag att tro vissa indirekta följder av rättsreglernas uppehållande utgöra grunden för dem. Efter vad som nu anförts om »äganderätten», jämfört med framställningen i 2 § här ovan, kan en närmare utveckling av saken vara överflödig. I korthet är situationen följande. Risken att utsättas för skadeståndstvång eller (stundom) handräckningsåtgärd med eller utan skadeståndstvång, allt i förening med tvång att betala processkostnaden,² utövar i all-

¹ Köpet drager naturligtvis också med sig, att, i händelse av expropriation, exproprianten får betala till köparen och icke till säljaren. — Analogt med sådan betalning är att fatta vad som kan utfås i händelse av skada genom annans i nödläge företagna handling. Även här är den preventiva synpunkten blott mycket svagt framträdande.

² I det föregående har blott vid ett par tillfällen (ovan s. 51 och s. 55 n. 2) processkostnaden blivit antydd. Medvetandet om risken att få betala denna verkar givetvis preventivt på samma sätt som skadeståndet i allmän-

mänhet ett tryck på gäldenärer att söka iakttaga det ifrågasvarande handlings sättet. Detta tryck kan stundom förstärkas genom vitesföreläggande. Vidare komma här i betraktande av hela rättsmaskineriets uppehållande alstrade känslor av plikt att handla i enlighet med gällande kända rättsregler. Här är icke platsen att söka analysera det komplex av faktorer, som i sådant avseende äro verksamma. Blott må erinras därom, att den allmänna respekten för lagar och sinnet för deras efterlevnad influeras av rättsordningens i det hela uppehållande genom tvångsreaktioner. Såvitt denna allmänna lagrespekt framträder vis å vis t. ex. kontraktsrätten är den jämväl att betrakta såsom en reflexverkan från andra rättsområden och icke minst såsom en reflexverkan av de genom straffbudens uppehållande alstrade moralinstinkterna mot särskilt vissa brott (t. ex. bedrägeri och andra oärlighetsbrott). Den respekt för lagbuds efterlevnad, som sammanhänger med sådana moralinstinkter, är icke medvetet utdifferenterad till straffrätten och begränsar sig följaktligen icke bestämt till denna utan s. a. s. gör människorna i viss mån predestinerade att i allmänhet hörsamma lagar. På liknande sätt verka också andra rättsregler utanför sitt omedelbara område. Till undvikande av missförstånd måste emellertid anmärkas, att dessa mera s. a. s. reflexvis verkade plikt-känslor för fullgörande av kontrakt och andra s. k. obligationer ofelbart skulle försvinna, om de icke understöddes av

het (d. v. s. bortsett från sådant som ersättning vid expropriation och förskada genom nödhandling). Processkostnadens preventiva betydelse i relation till skadeståndet är helt naturligt beroende på dettas beräknliga belopp. Den minskas i mån av dettas storlek. Är detta åter relativt litet, kan den mera väsentliga drivfjädern på gäldenärens handlings sätt ligga just i processkostnaden. Denna har emellertid givetvis också den subsidiära betydelsen att öka tryggheten i positionen genom det allmänna medvetandet om att »rättighetshavaren» kan få sina kostnader för eventuellt nödig process och exekution täckta. Särskilt såvitt angår »äganderätten» torde denna sida av processkostnaden ofta ha större betydelse än den preventiva.

medvetandet om att regelmässiga tvångsmöjligheter inträda, i händelse sådant fullgörande icke sker. Ty frånvaro av dylika tvångsmöjligheter innebure ju, att här icke funnes några lagar att respektera. Sålunda är det det regelmässiga i dessa tvångsmöjligheter, som — dels medvetet och dels genom att det kommer den allmänna pliktkänslan för lagars efterlevnad att också här fungera — gör, att handlingssätten i allmänhet bliva sådana, att tvångsmöjligheterna i fråga icke behöva anlitas, d. v. s., för att tala på juristspråket, att obligationerna fullgöras.

För fullständighetens skull må även erinras om betydelsen för ifrågavarande handlingssätt av de särskilt inom affärsvärlden rådande intressena att för det egna anseendets skull fullgöra kontrakt och andra åtaganden. Dyligt intresse — det må vara renodlat affärsegoistiskt eller färgat av hänsyn till det sociala anseendet och på så sätt moraliskt betonat — är emellertid icke att betrakta såsom en självständig faktor till eggelse av kontraktsenliga och andra hithörande handlingsätt. Intresset i fråga sammanhänger med att människor i allmänhet faktiskt fullgöra sina utfästelser. Men detta åter har, efter vad som förut utvecklats, sin grund i det allmänna medvetandet om skadestånds- och andra tvångsrisker.

Att människor i allmänhet låta det psykiska trycket av alla nu antydda faktorer dirigera sina handlingar på ifrågavarande område, så att kontrakt och andra utfästelser fullgöras, så att skador, som tillfogats andra, frivilligt ersätts o. s. v. — detta är den väsentliga realiteten i vad som kallas obligation. Härtill kommer så givetvis, att borgenären — för det relativt sällsynta fall, att gäldenären icke handlar på antytt sätt — har viss möjlighet att genom tvångsåtgärd komma i åtnjutande av en position, likvärdig med den som skulle ha inträtt, om gäldenären också i detta speciella fall iakttagit

ett sådant handlingssätt som människor i allmänhet i en situation av motsvarande slag. — Sätt nu mot varandra å ena sidan denna realitet i en s. k. obligation, och å andra sidan vad som ligger i dessa alldagliga situationer, vilka av jurisprudence icke hänföras till obligationer och i vilka människor ha möjlighet att tillfoga sina medmänniskor skador eller på annat sätt handla till förfång för dem men likväl i allmänhet avhålla sig därifrån. Också i dessa situationer bero handlingssätten på medvetandet om regelmässiga tvångsåtgärder, på lagrespekt och på hänsyn till det egna anseendet. Kan någon utleta ett spår av principiell skillnad mellan de båda kategorierna? Redan med det nekande svaret på den frågan¹ måste jurisprudencens obligationsbegrepp få sig en betydande törn.

*

*

*

I 3 § påvisade jag det chimäriska i ett rättighetsbegrepp, vilket — såsom det Windscheidska, det Nordlingska etc. — antogs kunna bestämmas i sig självt, d. v. s. med abstraktion från rättsmaskineriets uppehållande. I slutet av paragrafen antydde jag dock, att hittillsvarande försök att i analysen av rättighetsbegreppet beakta det processuella »rättsskyddet» icke bragt frågan i närmare kontakt med hithörande realiteter. Jag hänvisade i sådant avseende särskilt till *Jherings* rättighetslära. Och jag har nu i 4 och 5 §§ sökt framlägga mina skäl. Dessa torde ådagalägga, att intet är vunnet med att överhuvud söka bestämma rättigheten, hur mycket än ett sådant försök må ske under hänsynstagande till rättsreglernas uppehållande. Dylika försök kunna endast vara ägnade att inveckla saken i extraordinära motsägelser och därigenom öka förvirringen. Ty man sätter in en för den gamla jurisprudencen främmande tankegång utan att ha lyckats bryta sig ut ur det i ämnet grund-

¹ Jfr ovan s. 51—54.

läggande tänkesättet hos denna jurisprudens: en isolerad betraktelse av det enskilda fallet. Med ett sådant betraktelsesätt är oupplösligt förenad tanken på det föreliggande fallet, såsom ur synpunkten av rättvisa krävande en viss reglering, vilken vid behov skall åstadkommas genom dom och exekution.¹ Rättighetsmakten skall ju realiseras. Självtäkt är emellertid utesluten. Därmed framträder kravet i rättfärdighetens namn på statens rättsskydd för rättigheten. Med *Jherings* »skyddsvärda» och »skyddsbehövande» intresse förhåller det sig på identiskt samma sätt. Det är »värt» och »i behov av» just statens skydd. Därmed motiverar jämväl detta intresse — såsom ju också utan minsta tvivel är *Jherings* mening — i rättfärdighetens namn rättsskydd från statens sida. Tankegången är sålunda i båda riktningarna densamma, nämligen att statens »rättsskydd» är en följd av och bestämd av den rättsliga karaktär, som utmärker det enskilda fallet såsom sådant, d. v. s. oavsett »rättsskyddet». Men genom att nu (vilket även *Jhering*, orimligt nog, gör, dock utan att det hos honom framträder så skarpt som hos vissa senare rättslärda) låta det enskilda fallets rättsliga karaktär vara bestämd av i stället för bestämmande för »rättsskyddet» har man brutit den logik, som — sett utifrån den icke mindre hos *Jhering* än hos *Windscheid* och andra givna utgångspunkten — dock fanns i den gamla tankegången, utan att med detta brytande komma verkligheten in på livet. Ett sådant sätt att i rättighetsundersökningen beakta rättsreglernas faktiska uppehållande är icke något annat än blott och bart en upp- och nedvändning av den gamla rättsskolastiken, en upp- och nedvändning för dennas egen skull. Den särskilda förvirring, dylikt måste leda till, har fått ett belysande exempel i *Undéns rättighetsteorier*.²

¹ Se ovan s. 95 f. och s. 101 f.

² Behandlade i Senare delen.

Såsom resultat av utredningarna i de två sista paragraferna måste sålunda särskilt understrykas följande. Den gamla klassiska bestämningen av rättighetsbegreppet såsom varande något oberoende av rättsmaskineriets uppehållande, en bestämning som den nutida jurisprudencen icke frigjort sig ifrån, ofta icke ens i formen, är uppenbart chimärisk. Vissa formuleringar efter *Jhering* inom nutida jurisprudencen, enligt vilka till rättighetens begrepp vore att hänföra jämväl »rättsskyddet», komma verkligheten icke närmare och äro endast en upp- och nedvändning av den äldre rättsskolastikens åskådning. Denna upp- och nedvändning utplånar det spår av logik, som dock finns i den ursprungliga åskådningen. — Vad »rättighet» är låter sig överhuvud icke bestämmas, alldenstund ordet blott är uttryck för osammanhängande föreställningar. I verkligheten finns det inga rättigheter, alltså icke heller några fordringsrättigheter, några obligationer. De s. k. obligationerna äro endast en produkt av urgamla chimäriska föreställningar, omedvetet uppehållna av vissa realiteter, vilka jag särskilt i 2 § samt å s. 119—121 här ovan sökt angiva.¹

¹ Jag medgiver, att min framställning i de båda sista §-erna i språkligt avseende störes av ett i och för sig onödigt upprepande, stundom i samma ordalag, av en viss tankegång. Detta har emellertid skett avsiktligt, för att så mycket som möjligt förebygga missförstånd. Dock är jag i sådant avseende långtifrån optimistisk. Erfarenheten talar nämligen ett alltför nedslående språk. Det har redan erinrats om *Undéns* sätt att söka resonnera bort den absoluta väsensolikheten mellan hans och den nutida juridikens ståndpunkt å ena samt min å andra sidan (ovan s. 57 n. 2; saken närmare behandlad i Senare delen). En mängd andra exempel skulle kunna anföras. Ett par äro av senare datum. Under valrörelsen 1928 kritiserades den socialdemokratiska arvsrättsmotionen med sådana oförnuftiga synpunkter, som att den vore ett »attentat mot äganderätten» och att den fölle utanför »rättsstatens rāmärken». Gentemot denna kritik framhöll jag såsom socialdemokratisk riksdagsmannakandidat offentligen, att det icke finns och aldrig har funnits någon äganderätt eller överhuvud några rättigheter. Jag tillade mycket energiskt, att detta dock icke finge missförstås, samt utvecklade ganska ingående med exempel, huru det enligt min mening förhölle

sig. Jag underströk särskilt, att man icke fick taga »äganderätten» till utgångspunkt vid hithörande rättsreglers bedömande, att »äganderätten» tvärtom vore en konsekvens av uppehållandet av vissa rättsregler samt att det just gällde att utforma dessa regler så, att den position, som man kallar äganderätten, erhöile bästa överensstämmelse med vad som kräves för tillgodoseende av det samhälleliga behovet av produktiv verksamhet. Ur denna synpunkt hade man att bedöma det framlagda förslaget om utredning av en modifiering av arvsrätten. Jag anförde intet, som icke står i fullständig samklang med min framställning här ovan. Att i en valrörelse mina synpunkter i en del av pressen skulle utsättas för förvrängning var intet att förvåna sig över. Mera anmärkningsvärda voro emellertid inläggen emot mig av ett par om sitt stora ansvar medvetna personer. Dåvarande statsrådet Sigurd Ribbing, en rättsbildad person, betecknade offentligen mina åsikter om rättighetsbegreppet såsom »katederbolsjevism» och ådagaläggande »missaktning för rätten». Dessa herr Ribbings enastående ärekränkingar mot en rättsvetenskapsman förklaras i »för herr Ribbing gynnsammaste fall därmed, att han förväxlat rätten med vissa falska rättskonstruktioner. — Nuvarande finansministern professor Nils Wohlin beklagade bl. a. »egendomsupplösningens valparoller, ganska skrämmande för känslan men för intellektet ingenting annat än marxismens gamla förtorkade och surnade skåpmat». Omedelbart härtill fogade herr Wohlin följande:

»Och just här i Uppsala — en plats som förpliktar — ha dessa tankegångar fått en kanske mera oförnuftigt tillspetsad form än på något annat ställe i landet... 'Det finns ingen äganderätt' — har han (Lundstedt) vidare yttrat — 'och har i alla tider aldrig funnits någon äganderätt; hela begreppet är blott en fantasiprodukt, logiskt otänkbar i verkligheten'. — Det har sagts mig från vederhäftigt håll, att dessa hans teser och andra liknande grunda sig på en serie missuppfattningar av en berömd uppsaliensisk vetenskapsmans förnämliga livsverk på den andliga skaparkraftens område. Det är en sak, som ligger utom min kompetens att bedöma, men så mycket förstår jag likväl, att med historiens vittnesbörd står en dylik åskådning icke i överensstämmelse och med praktiskt arbete för vårt lands utveckling låter den sig icke förena.» (Citat från U. N. T.)

Med den vetenskapsman, av vars livsverk mina »teser» skola vara en serie missuppfattningar, åsyftas otvivelaktigt *Axel Hägerström*. Naturligtvis svarar jag själv för mina åsikter. Men det är ett faktum, som jag aldrig underlåtit att stryka under — icke av rädsla för det egna ansvaret utan av intellektuella renlighetsskäl — att *Hägerströms* vetenskapliga gärning har varit en nödvändig förutsättning för hela min nuvarande sociala och rätts-

liga åskådning. I vilken mån *Hägerström* för sin del skulle vilja godtaga mina framställningar, vet jag icke. Den frågan faller också utanför saken. Den, som vill komma mina teorier till livs, måste giva sig i kast med den argumentation, jag framställt, och ådagalägga dennas bristfällighet. Sådana påståenden som herr Wohlins tillhöra förtalskategorien. Jag har aldrig velat giva mig sken av att hava trängt till botten av *Hägerströms* filosofi eller ens hans rättsfilosofi. Detta torde f. ö. ingen i vår tid kunna medhinna. Men det finns ingen anledning antaga, att jag, så vitt jag bygger på hans rättsfilosofi, på någon väsentlig punkt missuppfattat denna. Hade herr Wohlin i stället för att tillkalla anonyma auktoriteter studerat inledningen till *Hägerströms* stora arbete av 1927 på rättens område, så skulle han lätt kunnat övertyga sig om, att *Hägerström* icke mindre än jag är fullt på det klara med att det icke finns och aldrig har funnits vare sig äganderätt eller andra rättigheter. Därmed är det i förevarande sammanhang alldeles utan intresse, huruvida jag i övrigt förstått *Hägerström* riktigt eller icke. Emellertid är herr Wohlins manöver för att på denna bakväg komma mig till livs icke alldeles originell. Året förut hade en filosof av facket (licentiaten Elof Åkesson) tillämpat samma taktik. Denne hade avslutat en replik till undertecknad med en passus om »den filosof, vilkens lärdomar prof. Lundstedt utnyttjar så energiskt och tillämpar så illa», se *Vår lösen*, 1927, s. 52. I anledning härav inflöto i tidskriften, s. 76, följande rader av *Liägerströms* hand:

»Då den här berörda filosofen icke kan vara någon annan än jag, anser jag mig till förebyggande av ett eventuellt missförstånd hos tidskriftens läsare angående min ståndpunkt böra upplysa, att prof. Lundstedt fullkomligt riktigt uppfattat den rättsfilosofiska åskådning, som jag i skrifter och i undervisningen framställt och som utgör underlaget för hans senare juridiska skriftställarskap.»

Man skall icke kunna ursäktas herr Wohlin med, att fråga här blott vore om ett politiskt utfall i ett valtal. Hans beskyllning mot mig faller icke under »vallögnernas» rubrik. Han har i själva verket på bevisligen falska grunder stämplat mig och hela mitt vetenskapliga arbete under det sista decenniet såsom en landsfördärlig humbug. Han har givit klart uttryck åt, att denna brännmärkning, genom pressen spridd över hela landet, icke vore att betrakta såsom en överdrift i valrörelsen. Genom icke blott betonandet av sin värnads för *Hägerströms* livsverk och av min pliktförgätenhet samt sitt uttalandes hela formulering, utan framför allt genom sin antydning om att vetenskapligt stöd kunde framläggas för objektiviteten i hans förkastelsesdom över mig och min verksamhet, har herr Wohlin själv avsagt sig varje möjlighet att förskansa sig bakom den tyvärr bekväma rollen av vanlig politisk smädare.

Herr Wohlin åberopar emellertid emot mig icke blott anonyma auktoriteter. Han meddelar även några uttryckligen på eget förstånd grundade ord om min åskådningens oförenlighet med »historiens vittnesbörd» och »praktiskt arbete för vårt lands utveckling». Dessa ord visa endast, hur totalt främmande herr Wohlin står för innebörden i min åskådning. Jag har ju alls icke förnekat utan tvärtom just hävdadt, att det ges rättsregler, vilkas upprätthållande leder till en sådan ställning för den s. k. ägaren i avseende å tinget, att han faktiskt inom vissa gränser har möjlighet att efter sitt behag och för sina intressen disponera över detsamma. Något sådant har det aldrig fallit mig in att bestrida. Men detta är också det enda, varom historien i förevarande avseende kan bära något vittnesbörd. När rättsvetenskapen eller lekmännen tala om rättigheter, åsyftas emellertid existensen av rättsliga positioner — de må karakteriseras såsom rättsliga makter eller intressen — vilka skulle ligga till grund för och bestämma nämnda rättsreglens användning. På skäl, som ännu ingen gjort ens försök att gendriva, har jag visat, att dessa rättigheter äro logiskt otänkbara. Ingen historia i världen torde kunna bära vittnesbörd om det som är otänkbart; lika litet som den överhuvud kan vittna om tillvaron av sådant, som blott funnits i människornas vidskepliga fantasier, låt vara sedan uråldriga tider. Såsom statsman bör herr Wohlin emellertid passa på och visa oss, hur det går till att på dessa rena vidskepligheter bygga »praktiskt arbete för vårt lands utveckling». Såsom vetenskapsman måste han vara sällsynt gedigen, därest han i allmänhet är lika okunnig som i förevarande fall i de saker, angående vilka han yttrar sig i kraft av sitt eget förstånd.

Det är icke för att fästa allmänhetens uppmärksamhet på bakdanteriet från dessa båda förutvarande och nuvarande statsråd, som jag här omnämnt deras handlingssätt. För sådant syfte hade jag bättre kunnat begagna mig av dagspressen i höstas. Det är ett helt annat skäl, som här föranlett mig att icke låta de båda herrarnes uttalanden råka i glömska. Deras vidsynta omdömen i förevarande stora samhällsfråga utgöra nämligen en så intressant bild av vår tids, icke minst dess ledande mäns, förmåga att uppfatta sociala sammanhang, att jag trots det vara lämpligt att rädda en sådan kulturbild åt eftervärlden.

Vilje- och tillitsteorierna.

Särdeles signifikativt för jurisprudentens överkliga sätt att betrakta »obligationerna» är dess uppfattning angående avtalsobligationens uppkomst. Liksom man tror obligationen vara något, som *in abstracto* kunde bestämmas och därefter vore att taga till utgångspunkt vid rättsreglers tillämpning, så talar man givetvis också om avtalets såsom sådant giltighet eller ogiltighet. Och i förra fallet anses det vanligen ha alstrat en obligation, vilken i sin tur tros vara bestämmande för vissa rättsverkningar. Såsom förklaring till att avtalet kan alstra en obligation, d. v. s. löftesgivarens plikt och löftesmottagarens därmed korresponderande rätt, anföras olika resonemang. Hos oss äro dessa mest kända under benämningarna viljeteorien och tillitsteorien.

Viljeteorien har mycket gamla anor. Den torde kunna sägas ha rätt inom rättsvetenskapen alltsedan man övertunnit den äldre (däri inbegripen även den klassiska) romarrättens tro på ordens kraft att grunda obligationer. Till dess senare märkesmän har man att framför allt hänföra en *Savigny* och en *Windscheid*.¹ Alltjämt kan den emellertid sägas behärska jurisprudenten i flera länder, (t. ex. Tyskland, Frankrike, Schweiz). Och även stundom där tillitsteorien säges råda, står man, såsom t. ex. hos oss, under starkt inflytande av viljeteorien, varom jag i det följande får tillfälle erinra. Enligt viljeteorien grundas avtalets (eller den ensidiga utfästelsens) obligationsgrundande förmåga på den personliga viljans autonomi. För *Savigny* och *Windscheid* liksom för

¹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, III, 1840, 140 och 141 §§; se även s. 5 f. samt 114 ff. §§; I, 1840, 52 §; VIII, 1849, s. 201, m. fl. ställen; *Windscheid*, Lehrbuch I, 69 §; II, 302 och följ. §§.

lärans anhängare i allmänhet är det helt enkelt något själfallet, att viljan har sådan kraft.¹ Några objektiva grunder ha emellertid aldrig kunnat anföras. Och uppfattningen får ju icke ens skenet av sannolikhet över sig, om man blott beaktar, att en persons vilja i visst avseende ju är något, som stundom över huvud icke kan på tillförlitligt sätt konstateras och som dessutom kan vara mycket obeständigt. Löftesgivaren kanske ville saken blott i det ögonblick, han under motpartens förespeglningar eller andra intryck skrev under kontraktet. Dessförinnan gick möjligen hans vilja i motsatt riktning, och efter avtalets ingående kan han ha djupt ångrat sig. Likväl skall han ju vara bunden av sitt löfte. Men icke kan väl under sådana omständigheter en dylik effekt av löftet bero på hans vilja! Jo, menar man, ty han ville dock i ögonblicket för löftets avgivande förplikta sig, och viljan i detta ögonblick är det, som har så stor betydelse. Men det ligger ju ingen logik i, att ett så flyktigt viljemoment skulle kunna motverka personens hela mera stadgade vilja. Redan därav borde man kunna förstå, att det blott skenbart är det där ögonblickets vilja, som kunde ha rättslig betydelse och att det i verkligheten måste vara något helt annat, som här är av vikt.

Inseende svagheten i viljeteorien, när densamma blott helt godtyckligt åberopar sig på den personliga viljans autonomi över personen, ha rättsfilosofer försökt att komma med en mera tillfredsställande förklaring till avtalets giltighet på viljeteoriens basis. Man söker resonera så, att parternas s a m -

¹ Man läse t. ex. *Savigny*, System III, 134 §: »Bisher ist die Willenserklärung nach ihren beiden Bestandtheilen betrachtet worden, dem Willen an sich, und der Erklärung desselben; es bleibt noch übrig, von der Übereinstimmung beider Stücke, oder von ihrer Verbindung zu einem Ganzen zu reden... Denn eigentlich muss der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er von Anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung...» (Kurs. här.)

fälda vilja får rättsstiftande kraft, när en sådan vilja tillgodoser båda parternas förnuftiga intressen. På grund av denna karaktär hos den samfällda viljan måste det anses riktigt, att parternas enskilda viljor underordnar sitt godtycke under den gemensamma viljan.¹ Men det är ju tydligt nog, att antagandet av en på detta sätt särskilt god kvalitet i den gemensamma viljan icke kunde göras, om denna icke verkligen tillgodosåge parternas intressen. Men detta skulle den ju icke göra, om den icke voro ömsesidigt rättsligt bindande utan kunde utan risk av menliga rättspåföljder ensidigt ryggas. Därmed förutsätter riktigheten i resonnemanget, att överenskommelser ha denna rättsligt bindande verkan, d. v. s. att en rättsregel därom uppehålles.

Överhuvud är det ju påtagligt, att varje viljeteoretiker hemfaller åt en *petitio principii*. Viljan att förplikta sig skall ju ligga i bakgrunden. Men förnuftiga människor kunde ju icke inrikta sina viljor på en sådan effekt, om de icke utginge ifrån, att man med sin vilja verkligen kunde åstadkomma effekten i fråga. Men det är ju alldeles uppenbart, att, om icke den rättsregeln faktiskt uppehölles, att avtalen hade, såsom man säger, giltighet, så skulle man aldrig kunna komma på en sådan idé, som att man med sin vilja kunde förplikta sig. Så mycket mindre skulle man kunna göra detta, som icke den mest intensiva vilja skulle vara i stånd att åvägabringa den effekt, som man kallar viljesubjektets förpliktelse. Ty denna »förpliktelse» kan, efter vad som förut utretts, icke vara något annat än framför allt detta, att löftesgivaren handlar under risken av ett regelmässigt inrättat betalningstvång, alltså blott en annan sida av skadeståndsrättens uppehållande. Sålunda är det ofrånkomligt, att man här

¹ Detta är kontentan i denna punkt av *ten Hompels* arbete *Der Verständigszweck im Recht*, Berlin 1908. — Jfr *Hegel* (*Philosophie des Rechts*), vilken betraktar den allmänna (gemensamma) viljan såsom något högre än den enskilda, därför att det allmänna just vore det förnuftiga.

motiverar den ifrågavarande rättsregeln med ett resonneman, i vilket man logiskt måste utgå ifrån denna regels giltighet.

Till ologiskheten i resonnemanget kommer nu ytterligare, att detsamma är odugligt också ur den synpunkten, att löftesgivaren faktiskt kan bli rättsligen »förpliktad», jämväl om han icke har velat det, som han enligt sitt löfte synes ha velat. För att nu viljeteorien icke skall bliva uppenbart oduglig för rättslivet utbygges densamma med allehanda tilläggskonstruktioner, vilka emellertid i detta sammanhang kunna lämnas åsido.

Nu antydda divergens mellan teori och praktik vill en del av jurisprudensen söka undgå genom att i stället hylla tillits-teorien. Skillnaden mellan de båda teorierna får nämligen särskild betydelse, när ett löfte avgivits på grund av misstag och därför icke uppbäres av löftesgivarens vilja. Löftesmot-tagaren erhåller enligt tillitsteorien, trots misstaget, anspråk mot löftesgivaren, om löftet varit ägnat att hos den förre upp-väcka en befogad tillit till sitt berättigande i enlighet med löftet och löftesgivarens bundenhet av detta. Man låter frågan bero på en individuell intresseavvägning, varvid den godtroende löftesmottagarens intresse av löftesgivarens bundenhet på grund av sitt större värde ur förnuftssynpunkt anses vara av större betydelse i rättsligt avseende än löftesgivarens intresse att på grund av sitt misstag varda fri från löftet.¹ Men detta är ju godtyckligt i alla de fall, då löftesgivarens misstag varit fullt »ursäktligt». Nu kan väl ingen påstå, att löftes-mottagarens intresse ur förnuftssynpunkt vore mera beaktansvärt än löftesgivarens. I själva verket är hela denna tillitsteori — såsom den hävdas i nordisk jurisprudens — ännu mera förvirrad än viljeteorien, vars cirkelbevis den i sig innesluter. Resonnemanget är följande. Löftet har såsom sådant givit löftesmottagaren en befogad anledning »att räkna

¹ Nordling, Svensk civilrätt, s. 182.

sig berättigad» (*Nordling*) enligt detsamma. Den befogade anledningen skall sammanhänga därmed, att löftesmottagaren icke känner eller borde känna till löftesgivarens misstag utan på goda grunder tror, att han verkligen velat vad han sagt. Men därmed vilar ju hela den tillit, som skall utgöra grunden för löftesmottagarens rätt, först och främst just på det cirkelresonnemang, som involveras i viljeteorien, nämligen att en person genom sin vilja som sådan kan förplikta sig. Redan härmed måste den nordiska tillitsteoriens oduglighet vara ådagalagd.

Det kan emellertid för fullständighetens skull ytterligare anmärkas, att teorien ifråga, såvitt den går utanför viljeteorien, gör sig skyldig till ett nytt tankefel. Detta kan så mycket mera behöva påpekas, som detta fel i tillitsteorien har särskilt ödesdiger betydelse, enär det upprepar sig på andra områden av obligationsrätten än den egentliga avtalsläran. Också om man nu accepterade denna orimliga uppfattning, att ett löfte på grund av löftesgivarens vilja bleve rättsligen bindande, så återstode frågan, hur den befogade tilliten skulle kunna leda till löftesgivarens bundenhet, jämväl när löftet icke uppbyres av hans vilja. Faktum, löftesgivarens misstag, försvunne ju icke därigenom, att löftesmottagaren litade på att det icke förelåge. Nu kunde man möjligen till diskussion vilja upptaga frågan, om icke situationen i rättsligt avseende likväl borde bedömas, såsom om löftesgivarens misstag icke existerade, av den anledning att löftesmottagaren på goda grunder litade på att det icke existerade. Men sådan diskussion blir omotiverad av den anledning, att det icke kan finnas några »goda grunder» för löftesmottagaren att ha en sådan tillit. Såsom person med normal erfarenhet och omdömesförmåga måste han alltid säga sig, att ett misstag kan vara begånget. Skall man kunna tala om löftesmottagarens befogade tillit till ett löfte trots löftesgivarens misstag, måste detta därför förutsätta, att löftesgivaren faktiskt är bunden

oberoende av sitt misstag, med andra ord att en rättsregel härom uppehålles. En löftesmottagares ifrågavarande tillit under andra omständigheter måste betecknas såsom högst ogrundad.

I själva verket innesluter sålunda tillitsteorien, såsom den hävdas i nordisk jurisprudence, tvenne åtskilda cirkelresonemang. Det bör därför kanske påpekas, att den tillitsteori, som utvecklats exempelvis av en *Schlossmann*,¹ har en helt annan innebörd. Här står tillitsteorien som en motsättning till tanken på parternas viljor såsom ägande rättsstiftande förmåga. Enligt *Schlossmann* grundar sig överhuvud avtalets giltighet, d. v. s. den rättsregel, som gör att avtalet »berättigar» och »förpliktar» parterna, på den hos löftesmottagaren väckta tilliten i förbindelse därmed att löftesgivarens underlåtenhet att infria löftet skulle innebära en »Vermögensbeschädigung» för löftesmottagaren.² *Schlossmanns* högst artificiella konstruerande av detta begrepp³ är här utan intresse. Blott det skall sägas, att han därvid lika litet som i sitt laborerande med löftesmottagarens tillit skänker något reellt beaktande åt betydelsen av att det uppehålles en rättsordning, bl. a. de rättsregler, som leda till avtalets verkan. Tro och heder betraktas såsom ett genom rådande kulturella och sociala förhållanden rättfärdigat, förnuftigt fundament för mänsklig handel och vandel. Detta vore utan vidare att betrakta såsom ett rent faktiskt förhållande, jämväl i avseende å löften:

»Wer uns sagt, dass er etwas, woran wir ein Interesse haben, thun werde, erregt, falls nicht besondere Gründe dagegen vorliegen, in uns die Erwartung auf die Bewährung der Zusage, weil die Erfahrung uns lehrt, dass das eigene Interesse die Menschen im grossen Durchschnitt veranlasst, ihren Zusagen gemäss zu handeln, und weil wir dem

¹ *Schlossmann*, Der Vertrag, 1876.

² *Schlossmann* a. a. s. 306 ff.

³ *Schlossmann* a. a. s. 289 ff.

Versprechenden vor allen Andern auch die beste Kenntnis seiner Fähigkeit, die versprochene Leistung zu beschaffen, zutrauen dürfen. So ist also das Festhalten am gegebenen Wort eine thatsächlich im Verkehr beobachtete Maxime. Es wäre völlige Umkehrung der Dinge, die Verbindlichkeit zur Erfüllung eines Versprechens aus einem rechtlichen, den Zwang zur Erfüllung drohenden Gebote herzuleiten. Diese Maxime und die wirthschaftlichen Anschauungen, welche die erst gehoffte Leistung eines Anderen schon als einen Vermögensbestandtheil des Promissars gelten lässt, gelten auch bei Versprechungen, bei denen niemand an die Zulässigkeit eines staatlichen Zwanges denken wird, wie z. B. bei dem Versprechen des 'ersten Walzers'; sie gilt auch in Ländern, wo die bei den Gerichten herrschende Anarchie dem Promissar alle Hoffnung auf Staatshilfe abschneidet». ¹

Det är visserligen länge sedan dessa ord författades, men de återgiva förvisso den syn på tilliten som fundament för rättsregler, vilken än i dag hyses av tillitsteoriens anhängare. De synas mycket nära överensstämma med de anmärkningarna, som för något år sedan riktades mot min kritik av tillitsteorien av *Björling*, den svenska civiljurisprudensens främste. När *Schlossmann* åberopar sig på den obestridligt givna allmänna erfarenheten, att löften hållas, så underlåter han emellertid att samtidigt betona en annan i detta sammanhang högst viktig erfarenhet: att sedan urminnes tider en rättsregel uppehålls, som gör, att, om icke löften infrias, så kan det gå illa för löftesgivarne. Tänker man sig den rättsregeln borta, då får man förvisso också tänka bort erfarenheten om löftenas fullgörande. Gent emot vad jag söker hävda är sålunda *Schlossmanns* åberopande av faktiskt rådande maxim att betrakta såsom en *petitio principii*. Ytligheten i *Schlossmanns* resonnemang i övrigt torde tydligt framgå efter framläggande av nedanstående synpunkter, vilka

¹ *Schlossmann*, a. a. s. 308 f. Till yttermera visso åberopar *Schlossmann* också följande strofer ur Goethes *Faust*: »Ras't nicht die Welt in allen Strömen fort, und mich soll ein Versprechen halten? Doch dieser Wahn ist uns ins Herz gelegt, wer mag sich gern davon befreien?» (Kurs hos *Schlossmann*.)

synas mig vara ägnade att bidra till saklig belysning av grunden till det, som man kallar ett löftes giltighet. Efter dessa synpunkter skall jag ånyo beröra citatet från *Schlossmann*, sedan jag dock först granskat *Björulings* anmärkningar.

Vad är då grunden till att, om A lovar B en prestation, B blir, såsom det heter, berättigad och A förpliktad? Först må därvid märkas att denna B:s rätt och A:s plikt icke kan innebära något annat, än att A:s handlingssätt påverkas till överensstämmelse med löftet genom, framför allt, risken av skadeståndstvång. Frågan blir alltså: vad finns det för samhällsnyttigt intresse i att genom regelmässigt skadeståndstvång egga folk till fullgörande av sina löften?¹ Saken torde i själva verket vara synnerligen enkel och lättfattlig. Om en löftesgivare utan skadeståndsrisk (och vad därmed sammanhänger) kunde låta bli att fullgöra vad han åtagit sig, så skulle löftena i allmänhet icke fullgöras. Därmed skulle både avtal och andra utfästelsehandlingar vara odugliga såsom omsättningsmedel i samhället. Men hur skulle sådana omsättningsmedel kunna undvaras? Det förhåller sig något mera utfört på nedanstående sätt.

Det finns vissa samhälleliga behov, som höra till betingelserna för samlevnaden och ännu mera för samhällsekonomiens blomstring. Om vi för åskådighetens skull tänka oss ett mycket primitivt samhälle, så måste redan här situationen vara följande. En person kan genom sitt arbete tänkas skaffa sig saker eller eljest utföra arbetsprestationer, som han icke själv kan ha något gagn av, men som kunna vara till nytta för andra. Å andra sidan kan han själv vara i behov av saker och ting, som han icke eller i varje fall blott med större svårigheter än vissa andra kan själv förfärdiga eller eljest anskaffa, eller av arbete, som han själv icke eller i varje fall blott med större möda än andra kan utföra. Man finner sålunda, att redan på ett tidigt stadium av samhällsutvecklingen

¹ Angående denna frågeställning se ovan s. 97 n. 1.

måste behovet ha gjort sig gällande av en omsättning av de olika nyttigheter, som olika människor tack vare sin arbetsförmåga och andra individuella omständigheter disponerade över. Uppehölls det nu icke några regler för överenskommelser, så skulle en dylik omsättning icke i erforderlig grad kunna äga rum. — Men var en dylik omsättning av nyttigheter av behovet påkallad redan i gamla tider, så är den i det nutida samhället på ett helt annat sätt nödvändig. För ernående av den intensitet i produktionen, som numera är oundgänglig för tillgodoseende av de myllrande människomassornas nödort, har en mycket långt gående specialisering av arbetskraften till höjande av arbetsprestationernas värde blivit erforderlig. Men vad skulle väl den genom en än så radikal specialisering av arbetskraften mest intensivt uppdrivna produktion tjäna till, om icke omsättningen av produkterna stode i proportion till produktionen? En produktion tillgodoser givetvis icke samället, i den mån de producerade varorna blott skulle upplagras. Och utsikten att få produkterna lagda på hög i stället för att distribueras till avnämare skulle förvisso vara en dålig eggelse för industriell företagarganda och avskära tillförseln av kapital till dylika produktionsinrättningar — om det nu under sådana förutsättningar över huvud skulle finnas något kapital att använda. Av vad som nu sagts följer, att det i den allmänna produktions och omsättningens intresse är oeftergivligt, att individerna ha möjlighet att efter sina behov, det vill här säga — all den stund någon offentlig kontrollering av behoven av lätt förklarliga skäl i allmänhet ej kan vara lämplig — efter sina önsknings, sina viljor »tillhandla» sig nyttigheter av olika slag. Men detta »tillhandlande» kan ju icke ske på annat sätt än genom överenskommelser. Vidare är det ju påtänligt, att dessa överenskommelsers begränsning till kontantaffärer fullkomligt kan lämnas ur räkningen. Dels kunna i en mängd fall enligt sakens egen beskaffenhet kontantaffärer icke kom-

ma ifråga. Dels skulle dessutom inskränkning till kontantaffärer utgöra den mest väsentliga hämning direkt i den omsättning, indirekt i den produktion, som det just är ett väsentligt samhällsintresse att stimulera. Med det sista åsyftas icke blott nödvändigheten av kreditaffärer utan jämväl av överenskommelser, inriktade på framtida »Zug um Zug»-prestationer. Det går därför icke att komma ifrån, att den enskildes löfte, utfästelse, måste utgöra ett väsentligt moment i den allmänna omsättningen. Men hur skulle löftet väl kunna ha denna betydelse, om icke situationen regelmässigt vore den, att en löftesgivare genom risken av skadeståndstvång (inkl. processkostnaden) dreves att handla i enlighet med sitt löfte? Vem skulle (bortsett från kontantaffärer) våga att eller bry sig om att inlåta sig i avtal eller överhuvud förlita sig på rättshandlingar? För att dessa skola erhålla den avsedda betydelsen såsom omsättningsmedel, är det alldeles oundgängligt, att de utrustas med s. k. rättsligt bindande kraft. Sålunda: löftesmottagarens tillit till löftet är så långt ifrån grunden till löftets rättsliga verkan, att denna verkan tvärtom uppstår, på det att människorna skola kunna ha erforderlig tillit till löftena, på det att m. a. o. avtal och andra rättshandlingar må bliva användbara i den allmänna omsättningens tjänst.

Kan man verkligen undgå att nu inse, hur tillitsteorien faktiskt vänder upp och ner på saken? Tillitsteorien förväxlar ju orsak och verkan. Den tillägger följden av en rättsverkan egenskapen att vara rättsgrund för denna verkan. Mot bakgrunden av det sagda bör man emellertid kunna förstå icke blott tomheten i sådant tal som den högre förnuftigheten i löftesmottagarens än i löftesgivarens intresse, utan jämväl hur verklighetsfrämmande konstruktionerna äro om privatviljans autonomi, om den samfällda viljans rättsskapande kraft o. dyl. Att individernas viljor måste tagas i beaktande är ju endast en nödvändig konsekvens därav, att

fråga är om en allmän omsättning av nyttigheter för individernas behov, vilka de efter behag må söka tillgodose. Men att löftet får rättslig betydelse, också fastän det till äventyrs icke motsvarats av löftesgivarens vilja, är en sak, som nu alldeles icke behöver sätta de rättslärda skarp-sinne på så hårt prov. Löftets verkan trots sådan divergens har samma förklaringsgrund som löftets verkan över h u v u d. Det gäller ju att befrämja den allmänna omsättningen. Men denna vilar på den allmänna tilliten. Denna i sin tur skulle blott ofullständigt kunna uppammas och underhållas, om löftesgivaren i allmänhet kunde komma undan på grund av sitt (ursäktliga) misstag angående det avgivna löftets innebörd. I månet fall skulle en löftesmottagare i händelse av en sådan ordning se sig nödsakad att på grund av affärens osäkerhet antingen draga sig tillbaka eller ock ingå i en tids- och arbetslösande undersökning av vad löftesgivaren verkli-gen vill. Båda sakerna äro ägnade att i viss mån hämma omsättningen. Detta är anledningen till, att en rättsregel i den allmänna omsättningens intresse uppehålls av sådan beskaffenhet, att en löftesgivare får »stå för» sitt löfte, vare sig han velat dess innehåll eller av misstag avgivit ett löfte, som icke överensstämt med hans verkliga intentioner. Denna synpunkt har i själva verket klart uttryckts av *Lassen*, när han säger:

»Ved Retshandler kunne I skabe de Retsforhold, I ville, men hvad I love en anden, det sker, selv om I ikke have villet det saaledes thi det er for Samfundets Sikkerheds Skyld vigtigt, at der kan stoles paa Løfter». ¹

Av detta uttalande skulle man kunna förmoda, att *Lassen* frigjort sig från den gängse tillitsteorien med dess förväxling av en rättsregels följd med dess grund. Men tyvärr förhåller det sig icke så. Den tanke, vi nyss sett *Lassen* uttrycka har han icke på något sätt gjort fruktbärande. Strax före dess

¹ *Lassen*, Haandbog, s. 30.

uttalande har han nämligen såsom det karakteristiska för tillitsteorien angivit, att densamma

»lægger Hovedvægten paa Erklæringen, idet dennes Egnethed til hos Erklæringsmodtageren at vække en vis Forventning eller Tillid antages at være Bærer av dens Retsvirkninger».

Detta åskådningssätt, vars raka motsättning till sina nyss anförda ord *Lassen* synes ha förbisett, innehåller just den oriktiga tanke, som både hos *Lassen* och andra nordiska rättslärare satt sin prägel såväl på framställningen av hithörande frågor som andra med hänsyn till sin grund därmed jämförbara spörsmål inom obligationsrätten.

Ovanstående synpunkter har jag redan åtskilliga gånger förut framställt i tryck. *Björling* har funnit dem högst otillfredsställande. »I utvecklingen kommer», säger han

»det moment, att man litar på löften, långt före det, att rätten förklarar löftena bindande. Utan minsta tvivel kan antagas, att i vårt land mottagare av utfästelser hyst tillit till dessa förr än *Nordling* framställde sin lära om mottagarens bättre berättigade intresse och i varje fall förr än denna lära vann herravälde i vår rättstillämpning och lagstiftning. Det står i överensstämmelse härmed, att regeln om löftenas bindande kraft begränsats till att gälla de löften, som visat sig ägnade att inge tillit; åt denna tillit ger rätten sin sanktion. Men sedan kommer naturligtvis rättsregelns reflexverkan: en ytterligare befastad tillit till löftena».¹

När *Björling* menar, att löftet hade sin tillitsfulla karaktär »långt före det, att rätten förklarar löftena bindande», så är detta ett påstående, som motsäges av förhållandena inom den enda rättsordning i forna tider, om vilken vi ha någon mera ingående kunskap nämligen den äldsta romarrätten. *Björling* måste, så vitt man kan förstå, mena, att löftet såsom sådant i allmänhet skulle verka moralisk förpliktelse att fullgöra detsamma och att denna allmänna moralplikt i sin tur

¹ Sv. J. T. 1293, s. 290 n. 3. Jag har bemött uttalandet i Sv. J. T. 1924, s. 282 ff., men skall likväl här ånyo behandla detsamma, delvis upprepande min förutvarande argumentation.

medförde den löftets tillitsfullhet, som sedan ledde till »rättens sanktion».¹ Intet kan hava varit den romerska avtalsrätten mera främmande än detta. Den äldsta kända löftesaffären i romersk rätt var de 12 tavlornas *nexum* (en försträckningsaffär). Försträckningstagarens rättsliga bundenhet hade här i n t e t s a m m a n h a n g med någon moralisk plikt att hålla löftet utan var endast och allenast ett utflöde ur vissa magiska handlingars kraft. På liknande sätt förhöll det sig med t. ex. stipulationen. Obligationen uppstod här *verbis*, genom ordmagi; uttalandet av vissa ord blev avgörande. Vid t. ex. *mutuum* uppstod förpliktelsen *re*. Jämväl här har det för romarne varit nödvändigt att få något yttre påtagligt stöd, till vilket *ius* kunde anknyta, innan dess kraft verkade. Vad som i verkligheten låg bakom och drev fram effekten av alla dessa avtal var naturligtvis det praktiska behovet av dem såsom omsättningsmedel i samhället. Men att någon i löftet självt inneboende tillitsfullhet skulle ha satt den magiska apparaten i gång kan icke antagas av någon med grunddragen i romarrätten förtrogen person. Icke ens bakom erkännandet av konsensualkontraktens giltighet kan spåras tanken, att löftet uppväckt tillit hos löftesmotlagaren och förden skull tilldrog sig »rättens sanktion». Visserligen var det här något motsvarande våra moraliska pliktföreställningar, som blev av betydelse. Dessa kontrakts giltighet berodde nämligen på en — dock blott för dessa särskilda och några andra kontrakt rådande — princip, enligt vilken redbarheten skulle vara normerande för avgörandet. Denna redbarhet såsom grund för avtalens ifråga rättsliga betydelse hade intet att skaffa med någon tanke på tillit, väckt genom löftet. Utan den hänförde

¹ Att oavsett uppehållen avtalsrätt räkna med löftets allmänna tillitsfullhet utan att för denna förutsätta en allmän moralisk plikt att infria löften vore, såsom strax skall visas, den rena meningslösheten och kan redan därför icke antagas vara *Björulings* mening. Att jag riktigt uppfattat *Björuling* styrkes av ett senare inlägg av honom, se Sv. J. T. 1924, s. 441.

sig uteslutande därpå, att det hade gått in i det allmänna moraliska medvetandet, att det var en ohederlig handling att icke stå vid sitt ord. *Bona fides* betyder just god trohet mot löftet (givetvis från löftesgivarens sida) men innesluter icke en antydning om löftesmottagarens förtroende för detsamma. Hade löftet såsom sådant, på grund av den allmänna uppfattningen om löftesbrottets ohederlighet, medfört löftesmottagarens tillit till detsamma, så hade det förvisso icke behövt rättsligt erkännande. Det var uppenbarligen därför, att folk icke i allmänhet voro hederliga nog att fullgöra sina löften, d. v. s. därför att löfterna såsom sådana icke voro något att lita på, som dessa kontrakt upptogos i rättssystemet. Naturligtvis låg i bakgrunden det utomordentligt starka behovet av att jämväl dessa konsensualkontrakt bleve användbara i den allmänna omsättningens tjänst. Att det icke var någon hos löftesmottagare väckt tillit, som spelade roll för *bona-fides*-kontraktens rättslighet, framgår också därav, att överenskommelser i allmänhet icke erhöles rättskaraktär. Romarne ha icke kunnat finna löfterna vid de »orättsliga» överenskommelserna mindre ägnade att väcka tillit än löfterna vid *bona-fides*-kontrakten. Ty de ansågo det lika ohederligt att bryta de förra löfterna som de senare (märk möjligheten att exceptionsvis göra gällande *pacta nuda*). Att blott de s. k. konsensualavtalen men icke överenskommelser i allmänhet kunde grunda *actiones* berodde därpå, att det samhällsekonomiska behovet av de förras rättsgiltighet, behovet av att man kunde förlita sig på dem i omsättningslivet, gjorde sig på ett särskilt sätt gällande. — Man finner sålunda i den romerska rätten, att löftets rättsliga giltighet under åtskilliga sekel framåt omedelbart byggde på magiens betydelse enligt romarnes föreställningar. Vid *bona-fides*-kontrakten har man väl räknat med, vad vi kalla, moralisk plikt att hålla löften och detta har genom *aequitas*-principens betydelse blivit bryggan för dessa kontrakts indragande i systemet. Men något

spår av uppfattningen, att ifrågavarande löften såsom sådana medförde tillit för löftesmottagaren kan icke i romerska källor utletas. Och att, detta oaktat, hävda, att romarne tillade dessa löften en sådan tillitsfullhet såsom grund för hithörande avtals rättsgiltighet, kan så mycket mindre komma ifråga, som dylikt vore att utan någon som helst grund hävda en extraordinär tanklöshet hos romarne.

Man skulle möjligen häremot vilja säga, att vår rätt också har en annan historia än den romerska rättens. Detta är sant. Men dels rubbar den romerska rättens nyssberörda ståndpunkt genast tilltron till *Björtings* reservationsfritt gjorda uttalande, och dels torde det starkt kunna ifrågasättas, huruvida icke rättsmoralen, sålunda även plikt känslan för löftens hållande, är en företeelse, som i folkens historia överhuvud icke framträtt, förrän långt efter det att en viss rättsordning, vilande omedelbart på magisk grund, hunnit utbilda sig. Vare emellertid såväl detta som de nyss gjorda romerskrättsliga antydningarna blott meddelade för att visa, att detta *Björtings* påstående om löftets tillitsfullhet »långt före det att rätten förklarar löfterna bindande» är, lindrigt talat, högst diskutabelt. I och för sig är det nämligen fullkomligt betydelselöst för bedömande av *Björtings* anmärkningar mot mina synpunkter på avtalets rättsliga betydelse, huruvida man i forna tider litade på löften, innan dessa hade rättsverkan. Låt oss rentav antaga, att det verkligen förhölle sig så, att löfterna ursprungligen haft tillitsfullhet oberoende av uppehållet av någon avtalsrätt. Med dylikt antagande måste den allmänna tilliten till löften stå i samband med allmänt rådande moraliska föreställningar om plikt att stå för sitt löfte. Nu inträder emellertid frågan, varifrån dessa plikt känslor skulle härleda sig. De kunna icke grunda sig å någon allmän tillit till löftens hållande. Ty om icke den plikt känslan allmänt rådde, att man borde infria sina löften, så vore ju tanken, att en löftesmottagare kun-

de lita på löftet, utan förnuftigt stöd. De moraliska föreställningarna om plikt att hålla löften kunna sålunda logiskt icke grundas på någon i löftet som sådant inneboende tillitsfullhet. Såsom genom sin brist på objektiva skäl godtycklig kan man vidare lämna åsido tron, att plikt att fullgöra löften vore medfödd i människosjälens.¹ Förvisso skulle — om man nu bortser från ett regelmässigt tvång — icke någon annan grund kunna utletas för ifrågavarande plikt-känslor än det tryck, som härflyter ur den sociala nödvändigheten av att löften i allmänhet fullgöras; det tryck, som alstras av självbevarelsedriften i förbindelse med erfarenheten av, dels samlevnadens betydelse för människornas kamp för livsuppehållet och dels det förhållandet, att löftens fullgörande befrämjade den mänskliga samlevnaden. Det är visserligen sant, att i mycket långt tillbaka liggande tider avtals- och löftessynpunkterna icke varit särdeles framträdande. Direkta bytesaffärer ha spelat den huvudsakliga rollen. Men att också på ett ännu ganska primitivt stadium förutgående utfästelser att prestera eller överenskommelser om framtida prestanda hava varit nödvändiga för samhällets ekonomiska liv, det ådagalägges genom sättet för den romerska stipulationens användning också i äldsta tider.² Behovet för samhällsekonomiens skull att kunna lita på löften ledde sålunda i Rom, med hjälp av först magien och därefter *aequitas*-principer, till uppehållet av rättsregler om löftens bindande verkan. Att detta behov hos andra folk skulle ha varit så starkt framträdande, att det t. o. m. ledd till en allmän moralisk plikt-känsla, att hålla löften, av sådan styrka, att en allmän tillit till löften uppstod,

¹ Annorlunda dock *Björbling* i sitt senare inlägg, varom nedan.

² Att en överenskommelse på grund av stipulationens ensidiga karaktär förutsatte växelstipulationer anmärkes till undvikande av missförstånd.

fastän några tvångsreaktioner icke drabbade löftesbrytaren, synes icke troligt, men torde kanske såsom en teoretisk möjlighet — i brist på tillräckligt mångsidigt undersökningsmaterial — icke kunna avvisas. Även om man sålunda — enär av lätt förklarliga skäl en fullt bindande argumentering för motsatsen icke utan mycket ingående undersökningar torde vara åtkomlig — måste räkna med den för visso dock blott mycket svaga möjligheten, att hos vissa germanska stammar ett löfte att prestera åtnjöt allmän tillit, ehuru tvångsreaktioner mot löftesbrytaren saknades,¹ så vore det dock fullkomligt ovetenskapligt att bortse från följande: att de allmänt rådande känslor av plikt att fullgöra ett löfte, varpå dettas tillitsfulla karaktär omedelbart måste bero, i sin tur nu icke kunna ha annat underlag än trycket av det sociala behovet av att löften faktiskt så allmänt infriades, att en allmän tillit till dem uppstode.

Men detta är uppenbarligen något helt annat, än vad *Björ-ling* åsyftar. För honom måste det vara så, att löften på grund av i dem inneboende kraft utan vidare böra hållas. Denna löftesgivarens plikt skall då också giva löftesmottagaren en moraliskt grundad anledning att lita på löftet. Med gängse moralisk värdering vore det dock uteslutet att tänka sig en moralisk plikt för löftesgivaren att fullgöra ett på grund av fullt ursäktligt misstag avgivet löfte. För sådant fall kunde löftesmottagarens tillit icke grundas på något annat än på löftets tillitsfullhet, trots det att löftesgivaren icke hade någon moralisk plikt att infria detsamma, vilket, såsom redan visats, är den rena meningslösheten. Men bortsett härifrån, vilket

¹ Tvångsreaktionens karaktär att alstra känslan av plikt till visst handlingssätt sammanhänger, utom med dess regelmässighet, med dess karaktär av menlighet för den av densamma drabbade. Därav följer att i förevarande ävseende ingen skillnad är att göra mellan reaktioner av faktisk (rättslig) art och religiösa reaktioner, såvitt nämligen dessa ha den erforderliga resonansen i folkets vidskepliga föreställningssätt.

argument skulle väl kunna åberopas för denna kraft i löftet såsom sådant att alstra en löftesgivares moraliska plikt att infria sina löften? Såsom *Björling* avfattat sina anmärkningar, är det uteslutet, att han har i sikte det sociala behovets tryck. Av senare uttalanden¹ framgår, att *Björling* i förevarande avseende fäst sig vid detsamma som *Schlossmann*, tillitsteoriens egentlige grundläggare: den dagliga erfarenheten av att löften hållas. Men, såsom redan betonats, kan ett sådant argument icke tillmätas någon som helst betydelse, eftersom den dagliga erfarenheten samtidigt säger något, som i detta sammanhang är minst lika viktigt, nämligen att det uppehålls och sedan urminnes tider har uppehållits en avtalsrätt. *Björling* menar emellertid, att vår erfarenhet visar, att löfterna faktiskt allmänt höllos, innan de hade rättslig betydelse. »Och varför höllos de, utan rättslig förbindelse?» frågar *Björling*, själv givande följande svar:

»Av åtskilliga skäl, särskilt följande tre: a) Ett stort antal löften utgjorde led i bindande avtal d. v. s. avtal, som riktigt uttryckte parternas vilja och jämväl i övrigt voro giltiga. — b) Bland de återstående löfterna höllos många på grund av egennyttiga beräkningar. — c) Slutligen fanns och verkade den moraliska föreställningen om plikt att hålla löftet. Denna föreställning, grundad på det mänskliga samvetet, har helt visst bra mycket större betydelse, än *Lundstedt* vill erkänna. De låga tankar om medmänniskors ärlighet, han uttalar etc.»²

Med »bindande» och »giltiga» avtal i första kategorien kan väl icke avses annat än rättsligt giltiga avtal. Löftet såsom led i dylikt avtal är alltså icke »utan rättslig förbindelse». Jag fattar därför icke vad *Björling* med detta »skäl» vill ha sagt. — Den andra kategoriens fall är ju utan ringaste intresse i förevarande sammanhang. Att folk tillgodoser sina egna fördelar är en erfarenhet, vilken det synes alldeles särskilt bakvänt att anföra som skäl för sådana löftesuppfyllelser, som skulle kunna giva anledning till uppkomst av tillit till löften.

¹ Sv. J. T. 1924, s. 441.

² Sv. J. T. 1924, s. 441.

Ty därmed måste ju avses en tillit till att en person handlar på ett visst sätt, även om ett annat handlingssätt bättre överensstämde med hans intressen. — Beträffande vad som sägs under c) är ju det enda viktiga att veta — givetvis under förutsättning att en ursprunglig sådan moralisk plikt att stå för sina utfästelser, att en verklig tillit till dem därav kunde uppkomma, verkligen funnes — varifrån denna plikt skulle häröra sig. Att här åberopa »samvetet» är detsamma som att åberopa rättsmedvetandet. Samvetet eller rättsmedvetandet är intet annat än vissa människornas drifter, inlänkade i särskilda banor genom bl. a. just rättsordningens uppehållande genom tiderna. Denna förmåga hos rättsordningen att på sådant sätt gripa tag i och dirigera en del av vårt driftliv är åter väsentligen beroende av att rättsordningen står i överensstämmelse med vad som enligt rådande uppfattningssätt är av påtaglig nytta för samhällets ekonomiska liv, för den allmänna produktionen och omsättningen. Särskilt efter de synpunkter, som jag här ovan (s. 136 ff.) utvecklat till förklaring av löftets rättsliga betydelse, borde man kunna förstå, att sådana naturrättsliga grunder som människors samveten och ärlighet icke kunna vara något att i sådant sammanhang bygga på för r ä t t s v e t e n s k a p e n.¹

Även om man, såsom nu gjorts, antager den, lindrigt talat, högst tvivelaktiga möjligheten, att så utomordentligt starka känslor av plikt att hålla vissa löften allmänt funnits hos våra förfäder före influerandet å handlingssätten genom regelmässigt tvång, blir detta, såsom redan anmärkts, utan ringaste betydelse för ställningstagande till min kritik av tillitsteorien och min uppfattning av grunden till avtalets rättsliga bety-

¹ Odugligheten av det rättsliga samvetet såsom basis för rättsreglerna tror jag mig ha visat i min »Superstition etc.» Att rättskänslorna spela stor roll inom samhällslivet har jag ofta betonat (se även Senare delen), men denna roll är en helt annan. än den *Björling* och hans meningsfränder föreställa sig.

delse. Dock ingalunda blott av nyss anförda skäl, som, trots ett sådant antagande, kommer *Björblings* invändning att förbli utan kontakt med min åsikt, utan framför allt av följande grund. Den allmänna tillit till löften, varom i min framställning är fråga och på vilken produktions- och omsättningslivet vilar, den tilliten kan icke vara stödd blott på kraften i moraliska föreställningar. En löftesmottagare, som inom affärlivet på grund av blott och bart den moraliska förpliktelsen att fullgöra ett löfte litade på dess fullgörande, skulle förvisso anses sakna verklighetssinne. En leverantör har exempelvis på villkor, som han sedermera upptäcker vara avsevärt ogynnsamma, åtagit sig en leverans. Genom något förbiseende från medkontrahentens sida vid kontraktets upprättande har han emellertid rättsligt klar möjlighet att undandraga sig dess fullgörande. Skulle i dylika situationer ens var tionde, ja, var femtionde leverantör bry sig om att fullgöra leveransen, om icke särskilda — ur varje annan synpunkt än moralens betydelsefulla — omständigheter (hänsyn till firmans anseende, intresset att få behålla kunden o. s. v.)¹ eggade honom därtill? Likväl skulle nu löftesmottagarens tillit till sådana löftens moraliska kraft utgöra grunden för löftesmottagarens rätt i enlighet med löftet! Man bör verkligen ett ögonblick reflektera över vad en sådan tanke innebär: att löftets rättsverkan hade sin grund i en föreställning, som blott kunde hysas av en människa, som icke hade förmåga att tillgodogöra sig erfarenhetens enklaste lärdomar. Vem kan under dessa förhållanden undgå att inse, att utan rättsreglerna angående löftets verkan skulle det som man avser med begreppet löftets tillitsfullhet icke existera? Vi stå inför den vanliga företeelsen, att jurisprudensen underlåter att beakta åskilliga faktiska förhållandens beroende av vissa rätts-

¹ Jag åsyftar givetvis blott sådana omständigheter, vilka ha den ekonomiska betydelse, att de uppväga intresset att komma ifrån det oförmånliga kontraktet.

regler och så utgår från dessa förhållanden vid bedömande av ifrågavarande rättsreglers grund och innebörd.

Av vad jag nu utvecklat torde det vara tydligt, att det sammanhang, som *Björling* vill angiva med sitt påstående om löftets tillitsfullhet såsom föregångare till dess rättsliga effekt, under alla omständigheter är falskt. *Björling* måste ju mena, att det är löftesgivarens moraliska bundenhet, som ligger i bakgrunden och tilldrager sig rättens sanktion. För att undvika ett djupare ingående på en i detta sammanhang överflödigt socialhistorisk diskussion har jag visserligen medgivit, att det låte tänka sig, att en sådan allmän plikt att infria löften kunde ha varit rådande före uppehållande av någon avtalsrätt, att en viss tillit till löften kunde uppstå. Men också om detta vore fallet, kan det likväl icke förhålla sig så, att genom avtalsrätten gäves »sanktion» åt några moralbud, vilka skulle utgöra rättfärdighetsgrunder till denna avtalsrätt, till rättsregler om löftenas bindande verkan. Det är m. a. o. alldeles icke därför, att de tillfredsställa moralen, som dessa rättsregler uppehållas. Utan på samma sätt, som eventuella moraliska känslor av plikt att stå för sina löften icke kunna ha sin grund i annat än det sociala behovets tryck, så uppehålles löftes- eller, som man plägar säga, avtalsrätten därför, att sådant, jämte annat, är nödvändigt för åstadkommande av för samhället erforderlig produktion och omsättning, nödvändigt för samhällets liv.

Vad *Björling* till stöd för sina anmärkningar mot mig anför angående folks tillit till utfästelser, också »förr än *Nordling* framställde sin lära etc.» är i och för sig obegripligt. Vi hade väl en avtalsrätt långt innan *Nordling* kom till! Förändringen genom införlivande med vår rätt av en sådan lära som *Nordlings* var givetvis den, att man numera kunde lita på en utfästelse oberoende av varje misstag från den utfästades sida. Dessförinnan hade en förnuftig mottagare av en utfästelse ingen, icke ens av moraliska

grunder bestämd, anledning att lita på utfästelsen i vidsträcktare mån, än han var viss om, att densamma icke kunde ha avgivits av misstag. *Björling* har sedermera förklarats, vad han menat med sitt egendomliga uttalande. Han skriver nämligen i polemik mot mig:

»Jag erkänner, att jag hyser 'en så kuriös uppfattning, som att löften över huvud icke skulle ha haft rättsgiltighet i vårt land före *Nordlings* tid'. Det är nämligen först och främst visst, att löf t e n a icke räknades förmögenhetsrättsligt bindande; de måste, för att sådan förbindelse skulle uppkomma, vara antagna av motparten, så att av t a l kommit till stånd. Men — vad som egentligen är det viktigaste här — icke ens avtalen erkändes som bindande, med mindre de uttryckte parternas verkliga vilja. Den gamla romerska regeln: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit* hade också giltighet i svensk rätt, såsom framgår av våra äldre rättslärares vittnesbörd.»¹

Om man icke visste, hur innerligt övertygad *Björling* själv är om den sakliga riktigheten i detta inpass, skulle man frestas tro, att han ville rida på ord. Av t a l e n bestå ju bl. a. av löften eller utfästelser. Löften, som icke äro eller bliva led i avtal, ha fullkomligt underordnad betydelse. I och med den gamla avtalsrätten var eller blev därför den stora mängden av löften rättsligt verksam. Alltså kunde man också före *Nordlings* tid, tala om den stora mängdens av löften r ä t t s l i g a verkan. Därmed var och förbliver *Björlings* anmärkning mot mig, att »mottagare av utfästelser hyst tillit till dessa, förr än *Nordling* framställde sin lära etc.», den rena meningslösheten. Beaktar man vidare, att jag å det ställe,² där *Björling* först tagit del av min åsikt i ämnet, uttryckligen framhävt att i svensk rätt n u m e r a den s. k. tillitsteorien spelar stor roll, och tager man del av den förklaring, jag vill giva, till avtalens rättsliga betydelse — en förklaring som kommer löfsteorien (i motsats till avtalsteorien) att fram-

¹ Sv. J. T. 1924, s. 440 f.

² Tiden, 1922.

stå såsom självfallen och det orimliga i viljeteorien att framträda i fullständigt ny belysning — så blir ju även *Björlings* senare nyss citerade inpass den rena meningslösheten ur synpunkten av genmäle på min framställning. Men väl åskådliggör det hans egen syn på saken. Av detsamma framgår nämligen, att *Björling* vill säga, att man i vårt land, också innan *Nordlings* synpunkter vunno tillämpning, litade på icke accepterade anbud och av misstag gjorda utfästelser. Liknande tanke går igen i följande uttalande av *Björling*:

»Fortfarande synes den allmänna uppfattningen vara ett stycke före gällande rättsordning i fråga om tillitens anspråk på skydd. Så kan man hos icke-jurister möta den åsikten, att mottagaren av ett fellegraferat anbud bör gentemot avsändaren ha rätt enligt telegrammets ordalydelse — i strid mot avtalslagen § 32, 2:a st. Folk litar faktiskt på löften i ännu större utsträckning, än rättsordningen givit löf-
tena bindande verkan.»¹

Sådana tankar, som *Björling* på detta sätt givit uttryck åt, bero endast på iakttagelsernas ytlighet och därmed sammanhängande felaktig undersökningsmetod. I alla sina påståenden om tilliten till löften oberoende av dessas rättsliga betydelse utgår *Björling* uppenbarligen från den gamla avtalsrättens existens. Men dennas existens innebär ju, att den stora mängden av löften faktiskt få rättslig kraft. Därigenom har under generationer efter generationer uppammats och underhållits en allmän tillit till löften. Men om *Björling* verkligen kunde göra det tankeexperimentet, att inga regelmässiga tvångsreaktioner vare sig av rättslig eller religiös art drabbade en löftesbrytare, då torde han få en annan föreställning om löftestilliten såsom löftesrättens föregångare. *Björling* har icke satt sig in i vad jag söker hävda angående rättsmaskineriets betydelse. Dettas uppehållande kan givetvis icke annat än mycket summariskt ha influerat på sinnena. I korthet är synpunkten här följande. Genom den gamla avtals-

¹ Sv. J. T. 1924, s. 441.

rätten och dess förbindelse med rättssystemet i övrigt har i människors medvetande den åskådningen helt allmänt uppkommit, att man måste hålla vad man lovar. Det har emellertid icke stått skrivet på väggarna, huruvida löftet vore rättsligen bindande, redan innan det accepterats, eller huruvida löftesgivaren på grund av misstag vid sitt löftes avgivande vore rättsligen fri från detsamma. Och sådana frågor ha i rättstillämpningen icke avgjorts på ett sådant sätt, att något bestämt intryck därav har kunnat avsättas i den allmänna uppfattningen. Under inflytande av såväl avtalsrättens uppehållande och dennas förbindelse med hela rättssystemet¹ som behovet ur den allmänna omsättningens synpunkt av den s. k. löftesteoriens tillämpning ävensom av löftets rättsliga verkan oberoende av löftesgivarens misstag, har förvisso hos en mängd människor uppstått tanken på moralisk plikt till löftens fullgörande också utöver vad som framginge av en efter vissa skolastiska synpunkter utformad avtalsrätt. Hos åtskilliga människor kan också en viss tillit till löftens rättsliga verkan i denna utsträckning ha uppstått. Men såvitt man på den gamla avtalsrättens tid också utanför dennas tillämpningsområde verkligen hade sådan tillit, så måste ju denna ha varit högst ogrundad, eftersom löftena ifråga icke hade rättslig verkan. Men det var ju blott den befogade tilliten, som skulle motivera rättseffekt! — Att nu avtalsrätten, såsom skett, utvidgats beror naurligvis på ingenting annat, än att sådan utvidgning var nyttig ur omsättningslivets synpunkt, och har icke det allra ringaste att göra med att somliga människor på grund av okunnighet om rätten litade på de icke rättsgiltiga löftenas rättsliga verkan. — Exemplet om telegrammottagarens löftestillit är typiskt för begrepps-förvirringen. »Man kan hos icke-jurister möta den åsikten etc.» Vad har sådant med föreliggande fråga att skaffa? Man kan hos både icke-jurister och jurister möta en mängd före-

¹ Se ovan s. 120 f.

ställningar, om hurudan rätten bör vara beskaffad. Enligt tillitsteoriens egen utgångspunkt skulle det ju hänga på en allmän tillit, och denna förvisso icke till att rätten bör vara på visst sätt. För övrigt; hade *Björling* verkligen någon mening med sitt exempel, så skulle väl emot dessa, som anse att man bör kunna lita på förvanskade telegram, 32 § 2 st. avtalslagen icke ha någon giltighet, och för »folk, som faktiskt lita på» t. ex. ett löfte om gåva, skulle väl den vanliga regeln om sådant löftes rättsliga överksamhet icke heller ha någon giltighet.

Detta egendomliga sätt hos *Björling* att bemöta mina synpunkter på torde ytterst bottna i hans olust i att söka en saklig förklaring till löftets verkan redan enligt den gamla avtalsrätten, d. v. s. — för att icke missförstås av *Björling* — till att det accepterade och av anbuds-givarens vilja ostridigt uppburna anbudet hade rättslig effekt. Denna olust är emellertid *Björling* icke ensam om. Enligt en av rättsdoktrinens främsta i Norge är obligationsrätten i sina huvuddrag blott »en logisk utformning av den enkla sätning, at avtale skal holdes».¹ Nu förstår man bättre *Björlings* underlåtenhet att något reflektera över de synpunkter, som jag verkligen framställt. Den förklaring — bottnande i nödvändiga hänsyn till samhällets omsättningsliv och därmed till dess produktionsliv — som jag sökt giva till avtalets rättsliga betydelse, är ju av sådan beskaffenhet, att därav framgår löftets rättsverkan öv e r h u v u d, d. v. s. framför allt utan åtskillnad mellan de fall, att löftet motsvaras och icke motsvaras av löftes-givarens vilja. När man åter, såsom *Björling* uppenbarligen i likhet med *Stang* gör, utan vidare bygger på satsen, att avtal skola hållas, under det att man bemödar sig att särskilt förklara den rättsliga effekten blott ifråga om sådana löften, vilkas innehåll icke överensstämmer

¹ *Stang*, Erstatningsansvar 1919, s. 1.

med löftesgivarens vilja, då är resonnemanget tydligtvis följande. I allmänhet vilja kontrahenter det, som de giva uttryck åt i sina avtal. Avtalet innefattar sålunda i allmänhet båda kontrahenternas överensstämmande viljor. Den rättsliga betydelsen av avtalen i allmänhet är därmed något själfallet, som ligger utanför all diskussion. Den följer helt enkelt, menar man tydligen, av den personliga viljans rättsstiftande förmåga. Med denna orimliga åskådning¹ uppstår ett problem att utreda först vid dissonans mellan vilja och viljeförklaring. Det har ju också ovan påvisats, att den nordiska jurisprudenten faktiskt utan vidare utgår från viljeteorien med dess cirkelresonnemang² och därefter glider in på tillitsteorien, såvitt fråga är om på misstag beroende löften. På dessa mina synpunkter³ har *Björling* genmält följande:

»Lundstedt bestrider visserligen, att frågan egentligen gäller löftets giltighet i händelse av brist på överensstämmelse mellan löftesgivarens vilja och hans löfte'. Han vill i stället ha genast framlagd 'förklaringen till löftets giltighet överhuvud'. Jag förstår icke hans mening. Det måste väl först göras klart huruvida löftet hade giltighet, innan det kan förklaras varför det hade giltighet. Och jag förnekar, som sagt, att löftet hade giltighet i svensk förmögenhetsrätt före *Nordlings* tid.»⁴

Att löftet gäller i mest vidsträckt omfattning är ju klart av vår avtalslag. Jag har sökt framlägga förnuftiga skäl för denna löftets rättsliga betydelse, avvisat både vilje- och tillitsteorierna såsom oförnuftiga samt påvisat en uppenbar förvirring jämväl i *Björlings* åskådning, en förvirring som måste undanrödjas, om något meningsutbyte skall kunna ske. Här-

¹ Ovan s. 128 ff.

² Ovan s. 131 f.

³ I »Fiktion eller sanning i juridiken» i Sv. J. T. 1924, s. 283 f.

⁴ Sv. J. T. 1924, s. 441.

till har *Björling* givit de svar, som återfinnas i citaten här ovan.¹

Till sist böra *Schlossmanns* båda exempel i slutet av citatet å sid. 134 icke lämnas obeaktade. Det är mycket sant, att

¹ Den skrift emot mig, varifrån dessa *Björlings* uttalanden äro hämtade bär titeln »Rättsvetenskaplig forskning — eller enbart sanningsförkunnelse?» D. v. s. *Björling* skall vara den vetenskaplige forskaren, jag den, som utan motivering blott förkunnat ohållbara påståenden. *Björlings* inlägg var det sista i ett replikskifte, i Svensk Juristtidning, inlett av *Björling* och av redaktionen förklarar avslutat med *Björlings* ifrågavarande 2:dra inlägg. Jag har icke haft tillfälle förrän nu att av trycket beröra detsamma. Det innehåller emellertid ytterligare en mängd saker, vilka dock äro utan intresse i detta sammanhang. Det omdömet angående *Björlings* behandling av dessa saker kan emellertid tryggt fällas, att den lider av samma slags brister som de, varom nyss meddelade citaten bära vittnesbörd. Jag tillåter mig giva ett stickprov (valt med hänsyn till möjligheten att kort referera detsamma), ehuru det icke har någon omedelbar beröring med förevarande ämne. Jag har hävdad, att skadeståndsrätten i allmänhet — d. v. s. fränsett sådant som ersättning vid expropriation eller för skada genom nödhandling — hade bl. a. till funktion att förebygga skadebringande oaktsamma (culposa) handlings-sätt. På grund av vanskligheten att utreda den handlandes oaktsamhet måste emellertid ofta till preventivfunktionens effektivitet hävdas regler, efter vilka den handlande utsätter sig för skadeståndstvång, utan att hans oaktsamhet behöver utredas. Att ett så inrättat skadeståndstvång måste ännu mera än blott s. k. ansvar för culpa vara ägnat att egga en person till aktsamhet i sina handlingar, eftersom han i senare men icke i förra fallet har vissa chanser att, trots faktisk culpa, krångla sig ifrån skadeståndet, torde vara ofrånkomlig logik. Det är nu andra gången (första gången i inlägget 1923), som *Björling* vägrar att godkänna detta enkla sammanhang (Sv. J. T. 1924, s. 435 f.). Han dekreterar kategoriskt: »Skadeståndsskyldighet i tillfällen utan culpa kan alltså ej psykologiskt försvaras med önskemålet att avvärja culpa». Hans skäl är följande: »Skall en gäldenär på mest effektiva sätt drivas att iakttaga aktsamhet, så skall han väl veta, att han vinner något med sin aktsamhet». Ja det vet han också, om han har någon reflexionsförmåga. Genom verkligt iakttagande av aktsamhet förebygger han i allmänhet skada och därmed jämväl skadeståndstvånget. Skadefrekvensen står i omvänd proportion till försiktigheten. Det är icke nöjsamt för en författare att nödgas upprepa sådana självklara ting.

flickan, som på balen lovat bort en vals, i allmänhet håller detta löfte, fastän hon icke eggas därtill av någon risk för rättsligt tvång. Men hur är det, äro icke flickor på en bal i allmänhet mycket angelägna om att få dansa, åtminstone i stället för att figurera som »panelhöns»? Den juridiske gäldenären torde näppeligen vara lika angelägen att tillfredsställa alla sina »björnar», om han icke utsatte sig för allehanda ytterst obehagliga tvångsreaktioner genom att söka draga sig undan. F. ö., skulle i fallet med löftet om första valsen händelsevis en särskilt »bedårande» kavaljer söka intervensera, så händer det mycket lätt, att flickan finner ett mer eller mindre artigt skäl för att avvisa den förste promissaren, t. o. m. om hon anses efter nutida förhållanden vara högst väluppfostrad. Kanske förhöll det sig annorlunda på *Schlossmanns* tid. Men det betyder endast, att konvensen då var något strängare än nu. Och det får icke glömmas: sällskapslivets konvens, en kårandas oskrivna regler eller vissa maximer för den underordnades uppträdande också utanför tjänsten gentemot den överordnade kunna betraktas såsom rättsordningar i smått genom de för den sällskapshungrige, för den av kåren beroende eller för den karriärlystne ofta ytterst obehagliga, stundom ekonomiskt menliga reaktioner, som här ofta tämligen regelmässigt följa på handlingssätt, som icke överensstämma med respektive »principer». Men flickans infriande av sitt löfte om första valsen är ett dåligt exempel på effektiviteten av denna rättsordning i miniatyr, ty dels är sådant infriande henne i allmänhet ett nöje, för att nu icke säga något ännu starkare, och dels, när hon i undantagsfall bryter löftet, är detta ofta förenat med ljuvliga konsekvenser, emot vilka papp-mammas, den ratade kavaljerens och tilläventyrs andras reaktioner väga mycket litet.¹

¹ Jämför man nu detta exempel med t. ex. försträckningstagares och andras betalningslöften inom affärlivet i vidsträckt mening, så torde kunna inses, hur pass mycket mening det kan ligga i *Schlossmanns* påstående (ovan

Vad *Schlossmann* menar med sitt andra exempel är icke fullt klart. Såsom bevis för löftets tillitsfullhet oberoende av avtalsrättens uppehållande anföres, att ett löfte faktiskt plägar infrias »auch in Ländern, wo die bei den Gerichten herrschende Anarchie dem Promissar alle Hoffnung auf Staatshülfe abschneidet». *Schlossmann* synes därmed förutsätta, att i det ifrågavarande landet dock finnes både avtalsrätt och domstolar. Likväl skulle allt hopp om rättsligt tvång mot den opålitlige löftesgivaren vara uteslutet. Det torde vara svårt att i historien finna exempel på ett stadigvarande sådant tillstånd. Väl är det tänkbart, att rättsmaskineriet i revolutionstider eller eljest för någon kortare period genom en härskande despots maktspråk på vissa punkter sättes ur funktion. I den mån också avtalsrätten på detta sätt skulle suspenderas, kan man vara övertygad om, att den allmänna tryggheten, såvitt den berodde på tilliten till löften, ofelbart skulle komma att minskas. Men å andra sidan är det lika givet, att de rättskänslor i det allmänna medvetandet till förmån för löftens hållande, rättskänslor, som haft sitt direkta stöd i den ditills under generationer uppehållna avtalsrätten, icke om edelbart skulle förflyktigas utan endast småningom förflackas och förkvävas genom de mera primitiva drifternas överhandtagande.¹ Hur länge en viss allmän respekt för löften på detta sätt skulle kvarstå, kan naturligtvis icke angivas, så mycket mindre som den historiska erfarenheten här icke lämnar oss några direkt användbara exempel. Den rena anarkien inom rättegångsväsendet är t. o. m. i revolutionstider mycket kortvarig. Självbevarelsedriften hos människorna utövar sitt tryck på revolutionsledningen, vars eget omdöme

s. 134), att erfarenheten visar, att människorna av sina egna intressen förmås att fullgöra sina löften. Att flickan har sitt intresse att dansa det veta vi. Men påståendet, att gäldenärerna i allmänhet skulle ha något intresse att betala, om icke de eggades därtill av det hotande rättstvånget och allt vad som därmed står i samband (se ovan s. 119 ff.), är alltför fantastiskt.

¹ Se härom Senare delen.

jämväl förmår densamma att söka tillse, det rättslivet åtminstone i avseende å landets näringar i görligaste mån skall kunna fortgå utan störningar. Men att en inträdd rubbning i rättsmaskineriet redan nästan omedelbart i viss grad återspeglas i en rubbning i tilliten till löften och avtal, torde vara en ganska allmänt iakttagen erfarenhet, som bl. a. visar sig i den gängse obenägenheten att avsluta annat än kontantaffärer ävensom i ivern att inkräva förfallna fordringar och utestående tillgodohavanden.

Nu synes emellertid *Schlossmann* icke åsyfta någon mera tillfällig »anarki» inom domstolarna. Men därmed råkar hans yttrande i strid med kända fakta. Ty det finnes intet stadigvarande rättegångsväsende så inrättat, att löftesmottagarna vore berövade all förhoppning att få tvångsreaktion mot löftesgivare, som vägra att fullgöra. Det enda, som kan sägas, är, att i kulturellt lågt stående länder rättegångsväsendet kan vara högst korrumpert eller eljest undermåligt. Till en viss grad blir dock alltid ett regelsystem genomfört, och förvisso på ett sådant sätt, att en viss moralisk känsla för löftens fullgörande uppehålls. Till större eller mindre del uppväges bristfälligheten i rättegångsväsendet i länder på sådana primitiva stadier av religiösa föreställningar, färgade eller t. o. m. dirigerade av sociala instinkter och på så sätt kompletterande den genom rättsmaskineriet i all dettas undermålighet dock främjade benägenheten för löftens hållande. Men trots allt kan likväl just på grund av den otillräckliga regelmässigheten i rättsskipningen icke uppstå en sådan allmän tillit till löften, att därå skulle kunna grundas den för högsta möjliga produktion nödvändiga och i kulturländerna därför oeftergivliga allmänna omsättning.

Schlossmann har emellertid kompletterat sitt ifrågavarande uttalande med följande not:

»Wie selbst unter den allerrohesten Justizeinrichtungen Treu und Glauben bestehen, zeigt folgendes Beispiel, welches ich *Roscher's Syst.*

der Volkswirthsch. I § 91 Anm. 2 (Edinb. Rev. XXII p. 67) entnehme:
 »In Bengalen war früher das Dhurasitzen das einzige Mittel, den Schuldner zur Bezahlung zu nötigen: eine Art Gottesurtheil, in welchem derjenige siegte, der am längsten Hunger aushalten konnte. Darum borgte aber auch der bengalische Bauer selten unter 60 Proc. jährlich.»¹

Detta exempel synes särskilt klart visa, hur hela frågeställningen hos *Schlossmann* förvridits till något alldeles meningslöst. Måne *Schlossmann* verkligen skulle ha velat acceptera den löftestillit, som på den exemplifierade tiden rådde i Bengalen, för sitt eget land? Det gäller ju att söka förklara grunden till löftets rättsliga betydelse i våra europeiska och därmed jämförliga kulturländer. Att i ett land med bristfälligt rättsväsen löften till en viss grad infrias, dock icke bättre än att t. ex. en säljare av livsförnödenheter för att kunna bevilja kredit nödgas pålägga en riskpremie av 60 procent, kan väl icke utgöra något stöd för en i blotta löftet inneboende tillitsfullhet av sådan art, att den kunde anföras såsom grund för vår avtalsrätt. Exemplet säger i avseende å löftestillit närmast blott det, att på grund av rättsordningens i Bengalen dåliga beskaffenhet var tilliten till löften så pass svag, att kreditaffärer i allmänhet icke kunde anlitas, utan befolkningen fick söka huvudsakligen nöja sig med kontantaffärer. Ville man i Bengalen ha en ökad tillit till löften, så måste man förbättra sitt rättsväsende. Detta är en lärdom, som kan dragas av ett dylikt exempel och som också engelsmännen torde ha rättat sig efter. Den går stick i stäv med *Schlossmanns* sätt att begagna exemplet ifråga. Men detta exempel säger oss jämväl något annat, som kanske skulle ha förmått *Schlossmann* att länka in sina hithörande tankar i helt andra banor, om han icke förbisett detsamma. Dhurna-sittandet kunde nämligen för en

¹ Jag har icke haft tillfälle att kontrollera citatets riktighet. Vare sig detsamma riktigt återgiver källan eller icke måste emellertid »Dhura» stå i stället för »Dhurna», varom nedan.

gäldenär bliva något högst ödesdigert. Man får av citatet den uppfattning, att fråga var om en s. k. gudsdom efter tvekamp i form av hungertävlan mellan parterna. Detta kan dock icke vara riktigt. Dhurna-sittandet utfördes av borgenären och bestod däri, att han satte sig utanför gäldenärens dörr med hot att svälta ihjäl (eller på annat sätt taga sitt liv), så vida icke gäldenären betalade.¹ Detta var i själva verket ett fruktansvärt hot mot en indisk gäldenär, ägnat att till det yttersta egga honom att befria sig från skulden. Dog nämligen borgenären av svälten (eller genom annat av honom använt medel), så stannade hans ande — en självmördares ande, en demonisk kraft hos indierna av mest skräckinjagande slag — hos gäldenären och slog honom med fördärv. Hur pass mycken tillit till löftet såsom sådant kunde väl finnas, när dylika medel voro av nöden för att förmå gäldenären att fullgöra detsamma? Att löften i Bengalen redan på den tiden till stor del fullgjordes, berodde naturligtvis på detta oerhörda maktmedel, som borgenären enligt de vidskepliga bengalernas allmänna tro hade till sitt förfogande, ett pådrivningsmedel vida mera suggestivt än risken av ett betalningstvång och vad därmed står i samband. Att likväl löftestilliten icke blev större än att löftesmottagaren såg sig nödsakad pålägga en riskpremie av 60 procent berodde naturligtvis därpå, att detta Dhurna-sittande, oaktat indiernas relativt stora livs- och dödsförakt, givetvis icke kunde få samma karaktär av regelmässighet som mera civiliserade länders betalningstvång. Huvudfelet hos *Schlossmann*, när han tror sig kunna stödja sin tro på löftets

¹ Dhurna-sittandet beskrives såsom »a mode of extorting payment or compliance with a demand, affected by the complainant or creditor sitting at the debtor's door, and there remaining without tasting food till his demand shall be complied with, or (sometimes) by threatening to do himself some mortal violence if it be not complied with»; se *Hobson-Jobson*, A glossary of colloquial anglo-indian words and phrases, by Yule and Burnell, new. ed. by Crooke, 1903, s. 315.

såsom sådant tillitsfullhet genom att andraga förhållanden av den art som de gamla vidskepliga bengalernas, är att han förbiser, att också de allra »roheste Justizeinrichtungen» kunna vara ganska effektiva, om de blott på ett efter folkets kultur-nivå lämpligen avpassat sätt tagit de religiösa vidskepligheterna i sin tjänst. Denna spöktro hos bengalerna kom väl till pass som en *d r i v f j ä d e r* till fullgörande av löften men var naturligtvis på intet sätt ett utslag av löftets som sådant tillitsfullhet eller moraliska kraft.

Men för att nu återgå till våra egna förhållanden, synes mig den ifrågavarande saken väl belyst med *g å v o l ö f t e t*, som enligt hos oss (annorlunda visserligen i bl. a. Tyskland) rådande rättsprinciper icke har rättslig effekt. Har det verkligen någon mening att hävda, att mottagaren av ett sådant löfte har befogad anledning att lita på dess fullgörande eller, för att tala med *Nordling*, på sitt berättigande i enlighet med detsamma? Och om så vore fallet, varför inträder då icke den av tillitsteoretikerna hävdade konsekvensen, att löftet har rättslig effekt? Man kan nog tryggt påstå, att dessa löften icke »visat sig ägnade att inge tillit». Men endast och allenast *d ä r f ö r* att de äro rättsligen ogiltiga! Abstraherar man från avtalsrätten, så torde det vara uteslutet att finna ett löfte om gåva mindre än något annat löfte vara ägnat att inge tillit. Förvisso kunna skäl anföras för att icke låta *g å v o l ö f t e t* vara rättsligen gällande. Men detta bestyrker blott, att det måste vara något helt annat än löftenas inre tillitsfullhet, som ligger bakom regeln om löftenas i allmänhet s. k. rättsliga giltighet. — Och hur vilja tillitsteoretikerna klara sig med formalavtalen? Varför skulle icke en muntlig överenskommelse om fastighetsköp vara ägnad att inge tillit? Varför icke en skriftlig, bevittnad utfästelse att senare avyttra sin fastighet? Därför naturligtvis att de (den senare åminstone enligt förhärskande uppfattning) sakna rättslig betydelse i enlighet med sitt innehåll! Men därmed är det ju rättseffekten, som är grund till tilliten, och icke tvärtom.

Är det icke en sällspord brist på verklighetssinne, som satt sin prägel på denna tillitsteori? T. o. m. om ett löfte har rättslig giltighet, förlorar det mycket ofta all tillitsfullhet, nämligen i en mängd fall, då löftesgivaren tryggt kan räkna med, att hans underlåtenhet att fullgöra löftet icke drager med sig något rättsligt efterspel. Man behöver blott tänka på handlånen inom studentvärlden (dock med uteslutande av de fall, att försträckningstagaren tillhör försträckningsgivarens umgänge eller eljest kan riskera vissa »sociala» obehag genom »glömska» att betala lånet). Kanske äro förhållandena bättre nu, men jag vågar påstå på grund av erfarenheter från min studenttid, att icke 20 % av dessa lån någonsin återbetalades. Förvisso hade icke heller försträckningsgivaren någon tillit till dessa betalningslöften. Och detta för tanken på en konsekvens av tillitsteorien, som dennas anhängare försummat att draga. Det är ju ett obestridligt förhållande, att både inom och utanför det egentliga affärslivet dagligen slutas avtal, i vilka löftesmottagaren klart inser, att löftet såsom sådant på grund av medpartens vare sig karaktär eller ekonomiska förhållanden icke är mycket att lita på. I alla sådana fall måste ju också den mest utrerade tillitsteoretiker medgiva, att på tilliten till löftet icke kunde grundas dettas rättsliga giltighet. M. a. o. tillitsteorien måste leda till, att en löftesgivare genom att utreda sin för löftesmottagaren uppfattbara opålitlighet i moraliskt eller ekonomiskt avseende bör få sitt löfte förklarad rättsligen ogiltigt. I sanning, den berömda tillitsteorien förtjänar ett rungande »leve den!» — från alla skojare.

Kompletterande anmärkningar.

Citerande en passus från min »Superstition etc.» angående »rättighet» uttalar *Undén*, att »ett dylikt rättighetsbegrepp torde i själva verket ligga bakom en ganska utbredd riktning inom den nutida juridiken».¹ Vissa mina uttryckssätt i mitt engelska liksom föregående arbeten — jag medgiver det gärna — äro icke fullt adekvata för min uppfattning, om de ses isolerade.² Men de utvecklade tankarna, sedda i sitt sammanhang, tror jag icke kan sägas ha någon beröringspunkt med »nutida juridik». Efter den mera ingående utveckling av ämnet, som jag här ovan haft tillfälle framlägga, anser jag mig i varje fall kunna hoppas, att den »nutida juridiken» tager behörigt avstånd från mina åsikter. Men å andra sidan giver mig erfarenheten anledning förmoda, att man på sina håll skall söka lansera en annan paroll, nämligen att det icke har någon betydelse för vår juridik, om min kritik och mina åsikter äro riktiga eller icke. Vad jag vill föra fram i juridiken har ofta påståtts sakna praktisk betydelse och komma att lämna rättstillämpningen oberörd — även om det, logiskt sett, erkändes vara riktigt.

Nu förefaller emellertid ett sådant påstående ganska underligt. Jag kan icke finna annat, än att det involverar en förkastelsedom över varje uppehållande av en verklig rättsvetenskap. Ty en rättsvetenskap, för vilken det vore likgiltigt, att alla dess väsentliga begrepp äro grundlösa, att dess

¹ T. f. R. 1928, s. 404.

² Se härom Senare delen, där jag påvisar, att jag också i detta arbete — på grund av rättsbegreppens uråldrigt chimäriska natur och dennas inverkan på språket — nödgats till uttryckssätt, vilka i och för sig äro ologiska och därför, sedda isolerade, vilseledande.

huvudtankar äro falska, är givetvis ingen vetenskap. Att å andra sidan påstå, att det för lagstiftning och rättskipning vore utan praktisk betydelse, om dessa ha stöd i en rättsvetenskap eller icke, är en tanklöshet, å vilken inga ord torde behöva spillas. Mera borde egentligen här icke vara av nöden att säga, för att det skulle förstås, att vad jag hävdade här ovan angående begreppet rättighet och därmed också angående »obligationen» samt om grunden till löftets rättsliga betydelse — i den mån detsamma verkligen kan stå sig efter en saklig granskning — måste ha praktiskt intresse för rättsvetenskapen och därmed även för den praktiska juridiken. På förekommen anledning nödgas jag emellertid i detta avseende understryka två saker, i sig visserligen alltför triviala för att behöva påpekas. 1:o) Vilka konsekvenser i hela dess vidd, som måste följa av ett accepterande av de åsikter, som här förfäktats, kan naturligtvis icke nu angivas utan måste bliva en framtidsfråga. 2:o) En mängd gripbara resultat för både rätts-tillämpning och lagstiftning skulle givetvis redan nu kunna utredas. Men sådana utredningar tarva sin särskilda tid och sitt särskilda arbete, som faller utanför den för de här publicerade föreläsningarne uppgjorda planen.

Kanske kunna dock i senare avseendet några påpekanden vara nyttiga. Och jag tillåter mig därför att i nedanstående punkter, vilkas antal torde i högst väsentlig grad kunna ökas, göra några blott och bart a n t y d n i n g a r.

I.

Därmed att det icke finns några obligationer sammanhänger att ett avtals giltighet eller ogiltighet *in abstracto* icke kan fastställas. Avtalets giltighet i denna mening skulle ju innebära,¹ att genom avtalet uppstått en obligation. Men »ob-

¹ Jag bortser här från möjliga »sakrättsliga» verkningar av avtalet.

ligationen» är intet annat, än att löftesgivaren handlar under risken av framför allt skadeståndstvång. Avtalets giltighet är sålunda likaledes framför allt, att löftesgivaren handlar under sådan risk. Detta åter innebär, att avtalets giltighet *in abstracto* — d. v. s. oavsett den faktiska effekten, särskilt då skadeståndstvånget — icke kan fastställas. Följaktligen har man att direkt ställa frågan, huruvida avtalet lett till att löftesgivaren handlar under risken av skadeståndstvång. En praktisk konsekvens av en sådan förändrad frågeställning är, att hela figuren »negativt kontraktsintresse» faller bort. Denna figur vilar just på tanken, att det finns obligationer och att förty avtalet antingen alstrat en obligation eller också icke. I senare fallet vore avtalet ogiltigt. Följaktligen kunde icke fråga uppstå om ersättning för (positiva) avtalsintresset. Då detta stundom skulle bli för betänkligt, uppfanns möjligheten att ersätta negativa avtalsintresset, en uppfinning som man skulle ha avstått ifrån, om man begripit, att det icke fanns några obligationer.¹

II.

Den inom jurisprudence och givetvis även i rättstillämpningen på vissa punkter framträdande olikheten i behandlingen av skadeståndsfrågor, allteftersom handlingssättet inneburet »kränkning av en obligation» eller blott varit en »utomobligatorisk» skadegörelse, måste försvinna med insikten om att det icke finns några obligationer. Jag erinrar i detta sammanhang om vad som ovan (s. 51 f., s. 121 f.) påpekats angående omöjligheten att utleta någon principiell skillnad mellan »obligationer» och vilken alldaglig situation som helst, i vilken en person har möjlighet att tillfoga annan skada till person eller egendom.

¹ Se även min »Fiktion eller sanning i juridiken» i Sv. J. T. 1924 s. 271—278.

III.

Hela kvittningsläran måste, såvitt jag kan finna, komma i ett nytt läge. Åtskilliga av de frågor, som höra hit, kunna givetvis icke avgöras, utan att man har klart för sig vad kvittningen är för något. Kvittningens »juridiska väsen»¹ spelar också stor roll i den hithörande litteraturen. Nu är det emellertid givet, att kvittningens »väsen» efter min åsikt om »obligationen» måste vara något helt annat än efter »nutida juridiken» med dess uppfattning, att här två »fordringsrätter» stå emot varandra. Med min uppfattning av den s. k. obligationen såsom endast och allenast en situation, uppkommen iföljd av vissa reglers uppehållande, kan vid den s. k. kvittningen *de lege ferenda* inga andra regler hävdas än sådana, som äro förenliga med hänsyn till den allmänna trygghetens och omsättningens intressen. Detsamma gäller också *de lege lata*, i den mån icke uttryckliga lagregler kunde lägga hinder i vägen. Saken kan uttryckas så, enligt min åsikt, att kvittningen själv i sin tur icke kan vara något annat, än vad som följer av vissa reglers uppehållande. Men därmed är det logiskt utslutet, att kvittningens »väsen» kan lägga något som helst hinder i vägen för användande av de med hänsyn till tryggheten och omsättningen mest tillfredsställande regler i avseende å hithörande frågor, såsom om domstols »medverkan», ränteberäkning, »retroaktiv» betydelse m. m. Ett sådant betraktelsesätt hämmas emellertid — såsom ju också hithörande teorier giva vid handen² — i nutida juridik av dennas föreställning, att en obligation här står emot en annan och att det nu gäller att tillse, det båda behörigen respekteras och att såvitt möjligt ingen av dem varder kränkt. Att positivt ingå på detta ämne låter sig icke antydningssvis göra. Jag vill endast till belysande av motsättningen mellan min och jurisprudentens ståndpunkt anföra följande uttalande av *Lassen*:

¹ Se t. ex. *Rabenius*, Om kvittnings verkställande, s. 36 ff.

² Man läse t. ex. *Rabenius'* nyssberörda framställning.

»Der er icke i Lovgivningen foreskrevet noget om, og det kan følgelig icke antages, att to Personers inbyrdes, af hinanden uafhængige Fordringer i og for sig skulde have nogen Indflydelse paa hinanden; selv om Fordringerne ere kompensable, o: forfaldne og komputable, er der ingen Grund til at antage, at de paavirke hinanden».¹

Enligt min syn på saken blir tankegången den rakt motsatta. Utgångspunkten vid en behandling av kvittningsläran blir för mig en så att säga ensidig situation, i vilken ena parten har att vid risk av visst betalningstvång erlægga differensen av två belopp. Hur dessa belopp skola bestämmas blir beroende av — utom själva grundläggande fakta (å ena partsidan t. ex. en försträckning, ett överlåtet skuldebrev, en leverans, å andra partsidan ett annat jämförligt faktum) — vissa andra i trygghetshänsyn bottnande synpunkter, särskilt när och hur meddelande angående »motfordring» givits.

IV.

»Cession av fordran» är för jurisprudenten en fordringsrätts övergång från en till annan. Enligt mitt åskådningssätt är sådant orimligt. Det är överhuvud vid detta institut intet som »övergår» från en till annan, allraminst en fordringsrätt, alldenstund dylik icke kan finnas. Nu vill jag visst medgiva, att den rådande cessionsläran icke konsekvent fasthåller vid sin föreställning om »cessionen» såsom »övergång av fordran».² Med ett sådant fasthållande skulle den dock knappt kunna komma ur fläcken. Inkonsekvenserna äro sålunda nödtvungna. Att man med dylika metoder icke har samma utsikter att komma fram till för rättslivet gagneligt resultat,

¹ *Lassen*, Haandbog, s. 743. I sin vidare behandling av ämnet har visserligen *Lassen* nödgats — för att kunna hävda brukbara regler — till en del uppgeva denna utgångspunkt.

² Se t. ex. *Fehr*, Bidrag etc., T. f. R. 1925, s. 151 ff.

som om man kunde utföra sina undersökningar i överensstämmelse med den grundåskådning, som man faktiskt hyser i ämnet, torde vara obestridligt. Men detta blir man givetvis icke i stånd till, så länge man hyser en mot verkligheten stridande grundåskådning. »Cessionen» är intet annat än en viss handling av cedenten gentemot cessionaren, efter vilken handling gäldenären nu har att vid äventyr av skadeståndstvång¹ betala till cessionaren i stället för cedenten under förutsättning av tillkomsten av ytterligare vissa fakta. Vilka dessa fakta äro gäller det just för jurisprudensen att söka bestämma utan hinder av chimäriska cessionsföreställningar och med hänsyn tagen blott till vad som för den allmänna rättssäkerheten och omsättningen visas vara nyttigt.

V.

I enlighet härmed har man också att betrakta t. ex. löftesmans regress mot gäldenär (liksom f. ö. också mot medlöftesman). Att här röra sig med sådana begrepp som *cessio legis* eller *necessaria* eller att hävda, det löftesman hade tvåfaldig regress dels under synpunkten av »subrogation» i borgenärens fordringsrätt mot gäldenären efter mönster av det romerska *beneficium cedendarum actionum* och dels såsom ett direkt för löftesmannen uppkommet anspråk mot gäldenären (s. k. personlig regressrätt), förklarar med allehanda underliga synpunkter, såsom att anspråkets bestridande skulle medföra obehörig vinst för gäldenären eller att löftesmannen vore att betrakta såsom gäldenärens mandatar (eller, i händelse borgen icke ingåtts på gäldenärens begäran, *negotiorum gestor*) och fördenskull borde ha ersättning för förlust och

¹ Angående detta ord se ovan s. 54 f.

kostnader¹ — allt sådant är helt ovetenskapligt. Löftesmans regress mot gäldenären följer av borgens hela karaktär och syfte: man lovar betala gäldenärens skuld, dock i c k e för att skänka honom beloppet, utan för att hjälpa honom till kredit. Att borgen har denna innebörd i det allmänna föreställningssättet kan väl icke bestridas. När man ingår »borgen», har således blott ett kort uttryck valts för att man lovar att (möjligen under vissa särskilda förutsättningar) betala gäldenärens skuld, utan att dock denna betalning är att fatta såsom gåva till gäldenären. Därmed måste ju innebörden i hela transaktionen bli, att löftesmannen, i den mån han måste betala, skall få tillbaka av gäldenären. För varje normal människa måste denna innebörd framstå lika tydligt, som om löftesmannen gjort uttryckligt förbehåll. Att nu rättsligen tolka en borgen annorlunda än i överensstämmelse med denna innebörd — vilket man faktiskt gör, när man sätter in dessa synpunkter om inträdande i borgenärens rätt, om obehörig vinst, om mandatförhållande o. dyl. — är detsamma som att utan något som helst särskilt skäl utgå från, att just här öppet oförnuftiga rättsregler måste uppehållas; f. ö. icke blott oförnuftiga utan för rättslivet positivt skadliga regler. Borgensförbindelsen är ju av största betydelse för den allmänna krediten. Men det vore givetvis slut med möjligheten att i någon väsentlig omfattning anlita borgen, om icke löftesmannen hade regress mot gäldenären. Med dylika synpunkter — och icke med sådana meningslösheter som »subrogation i borgenärens rätt», förekommande av »obehörig vinst»² etc. — har man att förklara,

¹ Att sådana synpunkter behärska även den nordiska rättslitteraturen är lätt att övertyga sig om. Se t. ex. *Björling*, Lärobok i civilrätt, s. 173; *Ekström*, Om borgen, 1916, s. 155 ff.; *Lassen*, Lærebog i obligationsrettens spec. del, 1912, s. 185 ff. Jfr *Ussing*, Kaution, 1928, s. 111 ff., s. 172 ff.

² Vad angår begreppet »obehörig vinst» visar detsamma blott, att jurisprudensen då och då har garderobso. När den vanliga begreppsdräkten

att rättsregler uppehållas om löftesmans regress mot gäldenär, samt tolka dessa rättsregler. Och sådana synpunkter måste enligt sin egen beskaffenhet leda till möjligheten att forma denna regress så, som bäst överensstämmer med befrämjandet av borgensinstitutet såsom ett hjälpmedel för den allmänna krediten. Uppkomsten av löftesmans regress mot gäldenär har i själva verket alldeles samma lättfattliga förklaring, som förut påvisats angående avtalets rättsliga giltighet. Reglerna härom, innefattande såväl den s. k. löftesteorien som effekten av löftet även utan dettas motsvarighet i löftesgivarens vilja, berodde på den allmänt insedda önskvärdheten, att avtalen gjordes dels överhuvud användbara och dels så användbara som möjligt i den allmänna omsättningens tjänst. Här föreligger nu icke blott ett avtal utan följande faktums-

räcker till, då talas det aldrig om obehörig vinst, fastän denna förklarad skulle göra sig alldeles utmärkt då också. Om t. ex. en försträckningstagare icke vore »skyldig» betala tillbaka pengarne, så skulle han väl göra en uppenbart obehörig vinst enligt jurisprudentens sätt att fatta detta begrepp. Likväl har man aldrig hört, att jurisprudenten motiverat försträckningstagarens återbetalningsskyldighet med »obehörig vinst». Varför icke? Därför att här har man redan en härlig kraftkälla för rättsverkningar: försträckningstagarens till försträckningsgivaren uttryckta vilja att betala. Också ser man löftesmans regress mera sällan motiverad med »obehörig vinst» i andra fall, än när borgen icke ingåtts efter överenskommelse mellan gäldenär och löftesman. Föreligger dylik har man exempelvis trots sig kunna »förklara» regressen såsom en rättsföljd av ett uppkonstruerat mandat. Jag tillåter mig emellertid efterlysa någon enda ömsesidig affär, fullgjord av ena parten, i vilken icke gäldenärens prestationsplikt skulle kunna motiveras med »obehörig vinst»! Likväl avstår jurisprudenten i alla sådana fall från denna idealiska »rättsgrund». Hur kan det komma sig? Det kan väl icke bero därpå, att detta förträffliga Columbiägg hittats för sent, sedan det huvudsakliga rättsområdet redan blivit av begreppsjuridiken inrutat? Möjligen kan det se så ut. Ty faktiskt användes den famösa figuren »obehörig vinst», blott när rättsskolastiken i övrigt tryter, som en nödfallsutväg sålunda. Men det är i själva verket ganska förvånansvärt, att den ens på detta begränsade sätt kunnat komma till användning såsom grund för en rättsregel. Cirkelresonemanget ligger nämligen här i en särskilt påtaglig

komplex: en viss efter avtal eller annat faktum uppkommen rättslig situation mellan gäldenär och borgenär + löftesmans borgen + löftesmans betalning till borgenär. Rättsregler uppehållas nu, som komma ett sådant faktumskomplex att leda till löftesmans regress mot gäldenär. Och sådana rättsregler uppehållas, på det att borgen må vara så användbar som möjligt till befrämjande av, omedelbart, den allmänna krediten, medelbart, den allmänna omsättningen. Tager man sådana synpunkter till ögonmärke, då följer av sig själv, icke blott att löftesman i och med sin betalning erhåller regressmöjlighet mot gäldenären, utan jämväl att denna regress inrättas så fördelaktigt, som det är möjligt, utan att otrygghet för andra därav förorsakas. Sådant är ju av största vikt, på det att borgensolusten i görligaste mån må minskas.¹

dager. Man får ju förnuftigtvis icke behandla den regel, som man vill motivera, såsom om den redan vore »gällande rätt». Antag därför att i stället den motsatta regeln vore gällande. Då bleve ju vinsten icke obehörig utan högst behörig. Alltså kan man med »obehörig vinst» icke komma längre, än till att regeln ifråga gäller, såvida icke dess motsats gäller, d. v. s. att regeln gäller, om den gäller. Vid varje med »obehörig vinst» motiverad regel måste det därför — såvitt regeln ifråga verkligen är nyttig — vara helt andra synpunkter som äro av betydelse. I vårt fall se vi ju också tydligt, att det enda, som har reell betydelse till förklaring av löftesmans regressrätt, är ett förnuftigt hänsynstagande till den allmänna kreditens befrämjande, såvitt borgen därför har betydelse. Och i allmänhet kan sägas, att vid de olika rättsregler, som man tror uppehållas till förekommande av »obehörig vinst», ligger i bakgrunden ett hänsynstagande till det förhållande, att samfärdseln mellan människorna i det avseende, varom fråga är, skulle vinna genom den allmänna trygghetskänsla, som alstras och underhålles genom vetskaper om uppehållandet av en ifrågavarande regel. Denna grund framträder nu här — liksom på alla andra områden — för de flesta människor icke direkt utan i rättsmedvetandets skepnad, såsom ett rättfärdighetskrav. Felet hos rättsvetenskapen bottnar däruti, att den tager detta irrationella rättfärdighetskrav (om rättsmedvetandet se närmare Senare delen) till stöd för sitt resonemang. Därigenom uppstår tanken, att en viss regel måste gälla till förekommande av orättfärdig vinst. Lyfte man något på rättsmedvetandets slöja, skulle man finna, hur oresonlig en sådan metod är.

¹ I princip har ju löftesmannen ingen valuta för sin borgen. Saken är

Därmed faller av sig självt, att hithörande rättsregler, såvitt de skola kunna tillgodose förnuftiga synpunkter måste vara sådana, att löftesman har fullt samma trygghet, som borgenären hade, (bortsett naturligtvis från dennes på ifrågavarande borgen grundade säkerhet). I princip måste löftesman sålunda ha samma förmånsrätt och samma panträtt, som borgenären hade. Han måste vidare ha minst lika hög ränta, som borgenären efter gäldenärens mora skulle kunnat tillgodoräkna sig. Då det emellertid alldeles icke är fråga om någon »subrogation i borgenärens fordran» och sålunda den förvirrande frågeställningen »subrogationsprincipen eller personlig regressrätt eller bådadera?» faller bort, har man att beräkna räntan med stöd av 9 : 10 H. B., såvitt en riktig tolkning av detta stadgande skulle kunna leda till bättre resultat för

i sådant avseende analog med förhållandena vid gåva och lån. Givarens och låntagarens frihet — bortsett från *dolus* — från s. k. hemulsskyldighet och annat skadeståndstväng samt låntagarens s. k. ansvar för *casus* (enligt min mening med orätt bestritt) ha ingalunda, såsom man i allmänhet tror, sin grund i några synpunkter av billighet mot de humana givarne eller långivarne. Utan saken är den, att det är av vikt, att hithörande nyttiga transaktioner få så stor frekvens som möjligt. Stimulans till dem i aveller upplåtarens eget intresse i affärsmening saknas. Situationen blir därigenom på givarsidan särskilt så att säga rättsligt ömtålig. Skola hithörande rättsregler fullgöra sin sociala funktion, så måste de därav influeras, så vitt sådant icke råkar i kollision med andra allmännyttiga intressen. Intet rättsligt moment får finnas, som är ägnat att hämma den benefika intentionen och icke är ur andra synpunkter nödvändigt. Skulle nu t. ex. en långivare kunna vänta sig ekonomiska efterräkningar, för det att han icke nedlagt tillräcklig omsorg vid utlåningen, eller skulle han icke utan vidare kunna göra anspråk på ersättning, om han icke återfår godset i oskadat skick, så skulle sådant i viss omfattning nedtrycka de benefika intentionerna. Just eftersom varje i vanlig mening egoistiskt intresse av dispositionen saknas, kan också ett obetydligt hämningsmoment bliva bestämmande för handlings-sättet. Å andra sidan måste beaktas att ifrågavarande benefika affärer distinkt låta avskilja sig från rättslivet i övrigt samt att deras frekvens i det stora hela är ytterst obetydlig. Därigenom kunna utan risk för någon förflackning i den allmänna standarden för handlingssätten givarens och långivarens ifrågavarande »ansvar» begränsas till *dolus*. Att låntagaren får betala

löftesmannen. Redan av det sagda följer också, att denne kan vända sig mot medlöftesmän ifråga om det belopp, som enligt borgensförbindelsens tolkning icke skall vila å honom. — Lika galet, som det är att anlägga någon »subrogationsprincip», lika galet är det att urgera, att löftesmans regress innebure ett »nytt skuldförhållande» för gäldenären med nylöpande preskriptionstid. Naturligtvis får icke regressen så utformas, att gäldenärens ställning blir sämre, än om löftesman icke betalt. Ur preskriptionssynpunkt är det ju också uppenbart, att gäldenärens »skuld» måste betraktas såsom ett enhetligt förhållande. Preskriptionens *raison d'être* lämnar i detta avseende intet rum för tvivelsmål. Och reglerna angående löftesmans regress få naturligtvis icke så utformas, att preskriptionsreglerna skulle kunna paralyseras.¹

ersättning oberoende av culpa kan naturligtvis icke minska lånets frekvens, eftersom å ena sidan motsatsen, enligt det nyss påpekade, just är ägnad att motverka långgivarens intentioner och å andra sidan låntagaren har ett — i jämförelse med situationen vid andra avtal — särskilt starkt intresse av att lånet kommer till stånd. Beaktas bör naturligtvis också den sidan av saken, att genom låntagarens casusansvar vinnes, att långgivaren erhåller större trygghet icke blott i avseende å ersättning, när det lånta skadats, utan jämväl därutinnan att utsikten att återfå godset i oskadat skick ökas, därigenom att casusansvaret är ägnat att influera låntagaren till yttersta aktsamhet. — Att givare och långgivare åter få betala dolöst förorsakad skada kan naturligtvis icke verka hämmande på givmilda intentioner. Och f. ö., även om så vore fallet, skulle frånvaro av ansvar för dolus leda till möjligheten, att dessa benefika rättsaffärer direkt skulle kunna användas i syfte att tillfoga medmänniskor skada. Såvitt dylikt vore en konsekvens av rättsreglerna, saknade dessa de kvalifikationer, som äro nödiga för fullgörande av socialt nyttig funktion. — Nu antydda synpunkter på låntagarens casusansvar stå i strid med vad jag förut givit uttryck åt (Sv. J. T. 1921, s. 329). Jag förstod saken då icke tillräckligt utan laborerade här ännu med billighetssynpunkter. Av liknande skäl skulle jag önska även andra partier i antydda framställning omskrivna, särskilt första stycket å s. 353 ib.

¹ I ovanstående antydningar angående min syn på löftesmans regress har icke funnits anledning att särskilt beröra borgen, som tillkommit utan gäldenärens initiativ eller, i allt fall, föregående överenskommelse

Ussing uttalar i ämnet följande:

»Hovedgrunden til, at Kautionsisten maa have Regresret, er, at Regresretten er nødvendig, hvis Kautionsinstituttet overhovedet skal have væsentlig Betydning for Samfundets økonomiske Liv.»¹

I och för sig synes mig detta uttalande alldeles förträffligt. Men dess verkliga betydelse kan näppeligen vara insedd av *Ussing*. Detta framgår av hans framställning i det hela. Något klart avståndstagande från mandat- och obehörigvinstkonstruktioner göres icke. Dessa bliva emellertid rena meningslösheter, så snart man fått upp blicken för den dominerande betydelse, som hänsynen till »samfundets økonomiske liv» måste ha för rättsreglerna på detta område. För *Ussing* ställer det sig endast så, att den av honom angivna »Begrundelsen» av löftesmans regress »synes fastere og klarere end den positivt hjemlede Dækningsret ved Hvervgivelse» och utgöra »et langt sikrere Grundlag end Reglerne om Indfrielse af andres Forpligtelser», bakom vilka sistnämnda regler torde anses ligga obehörigvinst-synpunkten.² Vidare menar *Ussing* faktiskt, att löftesman »erhvervede Kreditors Rettigheder».³ Och detta säges efter dansk rätt vara klart.⁴ Därmed visar sig *Ussing* icke ha förstått saken, hur mycket han än låter framskymta, att samma resultat, som genom »subrogationstanken», kunde åstadkommas, genom att för löftesman omedelbart uppstode en »Regresret, der i Inhold etc. svarer til Kreditors Ret».⁵ Ty för det första är tanken på subrogation i med löftesmannen. De möjliga avvikelser från det i texten sagda, som i sådan händelse kunna vara motiverade, bero förvisso icke på några skolastiska deduktioner i anslutning till frågeställningen: självständig eller från borgenären härledd regress för löftesman?

¹ *Ussing*, Kaution, s. 115. Han talar jämväl om hithörande reglers »Funktion i det økonomiske Liv», s. 117.

² Se t. ex. *Lassen*, Haandbog, s. 314, och jfr *Lassen*, Lærebog i spec. del, s. 185.

³ A. a. s. 117.

⁴ A. a. s. 175.

⁵ A. a. s. 175.

borgenärs rätt en logisk orimlighet, eftersom det varken finns fordringar eller andra rättigheter samt de realiteter, som dölja sig bakom föreställningen om rättigheter, äro av sådan beskaffenhet, att tanken på deras »överförande» från en till annan är orealiserbar. Härav följer, att det är absolut omöjligt, att en löftesman efter någon lag, den danska eller annan, skulle kunna »erhverve Kreditors Rettigheder». En lag kan icke åstadkomma sådana underverk. Och en lag, som tilltror sig dylik kraft, måste icke förty tolkas så, att den får en realiserbar mening. Naturligtvis kan varken rättsvetenskapen eller lagstiftningen betjänas av att realiteterna på detta sätt överäckas av bevisligen oförnuftiga konstruktioner.¹

Att i *Ussings* framställning uttalandena om ett hänsynsta-

¹ Detta är vad jag i förevarande antydningar vill ha sagt i anledning av *Ussings* diskussion om »Subrogationskonstruktionens Værdi» (§ 19), särskilt följande hans uttalande (s. 175 f.):

»Efter dansk Ret er det saaledes klart, at Kautionisten ikke blot /intræder i Kreditors Panterettigheder, men ogsaa i en Række andre Rettigheder; og baade med Hensyn til Betingelserne for disse Rettigheds Erhvervelse og Ophør og med Hensyn til selve Regresfordringens Omfang og Betingelser gennemføres Subrogationskonstruktionens Konsekvenser paa alle væsentlige Punkter. En fremtidig Lovgivning kunde vel nok for en Del skære igjennem med Regler, der ikke hvilede på Subrogationstanken; men den hensigtsmæssigste Ordning af Regressreglerne stemmer dog sikkert med Subrogationstanken på saa mange og vigtige Punkter, at det trods alt blev simplere og klarere at benytte Subrogationskonstruktionen til at angive Hovedreglen. — Lignende Fordele kan man opnaa uden formelt at benytte Subrogationskonstruktionen, nemlig ved at forme Reglen saaledes, at Kautionisten erhverver en Regresret, der i Indhold etc. svarer til Kreditors Ret — eller til den Ret, Kautionisten vilde faa, ved at Kreditors Rettigheder blev overført til ham. — En saadan Udtryksmaade er flere gange benyttet i det foregaaende, i det den falder naturlig ved Enkeltundersøgelserne i dansk Ret, hvor Subrogationsprincippet ikke er fastslaaet ved Lov. Naar Lovgivningen vil fastslaa en almindelig Regel svarende til Dem, der nu gjælder i de fleste Lande, sker det imidlertid formelt bedst med Benyttelse af den egentlige Subrogationskonstruktion.»

gande till »Samfundets økonomiske Liv» såsom grund för löftesmans regress mot gäldenären ha en yttlig karaktär framgår nu också av den metod, efter vilken hela hans arbete är utfört och som är jurisprudentens vanliga. Principen om samhällsnyttan, hänsynen framför allt till den allmänna omsättningen och dennas förutsättning, den allmänna trygghetskänslan, kan icke på ett framgångsrikt sätt anläggas på lagstiftning och lagtolkning, om man icke förstår, att rättsreglernas uppehållande har funktionen att inverka på handlings-sätten och att domar och deras verkställande i det enskilda fallet icke ha något ändamål vare sig i själva eller i reglering av det fall, där de förekomma, utan blott och bart äro led i detta uppehållande. Därmed sammanhänges, att det icke kan finnas några rättigheter och rättsliga plikter liggande till grund för dom och exekution, att avtal och andra s. k. rätts-handlingar såsom sådana icke ha någon rättslig kraft, samt att det förhållande, att gäldenär, sedan löftesman betalt till borge-när, utsätter sig för betalningstvång, om han icke betalar ett visst belopp till löftesman, har i d e n t i s k t samma förklar- ing, som att t. ex. en köpare genom att underlåta betala till säljaren utsätter sig för samma risk, den förklaring nämligen att rättsregler därom uppehållas, vilket uppehållande i sin tur är bestämt av det allmänna omsättningsbehovet. Med verklig insikt häri vore det fullkomligt metodlöst och ovetenskapligt att — samtidigt som man anlägger samhällsnyttan såsom prin- cip för bedömande av löftesmans regress — på det sätt *Ussing* gör, diskutera sådana meningslösheter som mandats- konstruktionen och acceptera¹ en sådan orimlighet som subro- gationstanken. Ja, man måste gå längre. Den person har icke någon verklig förståelse för innebörden av samhällsnyttan som juridisk tolkningsprincip i motsats till de rådande rätts-

¹ Låt vara blott för positiv rätts vidkommande, om nu en sådan be- gränsning kan påstås angående *Ussing*, som — att döma av citatet nyss här ovan — på visst sätt godkänner subrogationskonstruktionen även de lege ferenda.

vetenskapliga konstruktionerna, som vill grunda löftesmans regress med hänsyn till »Samfundets økonomiske Liv» utan att samtidigt avgiva sin krigsförklaring mot hela den rådande obligationsrättsvetenskapen.¹

VI.

Det synes mig också, såsom om läran om *mora creditoris* skulle komma i ett annat läge, om man godtager min uppfattning angående »obligationen». Utgångspunkten bildas ju här ofta av ett ställningstagande till frågan, om en borgenär har rättslig plikt eller icke att mottaga kontraktensligt erbjuden prestation. Visserligen synes man numera inom nordisk doktrin var enig däri, att å borgenären icke vilar sådan rättslig plikt.² Men detta ingalunda därför, att det är orimligt att laborera med dylik. När man överhuvud tror på tillvaron av rättsplikt *in abstracto*, d. v. s. på rättsplikten såsom i sig varande något, varifrån man kunde härleda vissa rättsverkningar, då binder man ju på förhand sina resonnemang, vare sig man dekreterar, att mottagningsplikt vilar på borgenären, eller motsatsen. I senare fallet har man utan *m o t i v e r i n g* tagit till *u t g å n g s p u n k t*, att vissa rättsverkningar här icke

¹ Jag har härmed på intet sätt velat bestrida det betydande framsteg som *Ussings* ifrågavarande regresslära betecknar i jämförelse med t. ex. *Ekströms* och *Lassens*. Men i detta sammanhang har det — såsom läsaren måste kunna förstå — varit av vikt att betona, att *Ussings* framställning icke har någon verklig kontakt med min åskådning.

² Se t. ex. *Björling*, Lärobok, s. 218; *Lassen*, Haandbog, s. 710 f. Detta är också efter tillkomsten av Bürgerliches Gesetzbuch uppfattningen i Tyskland (se t. ex. *Oertmanns*, *Plancks* och *Staudingers* kommentarer, Vorb. före 293 §; *Windscheid-Kipp*, Lehrbuch II, 345 §). Inom såväl den tyska partikularrätten som Gemeines Recht härskade motsatt åsikt, på slutet dock motsagd av bl. a. *Kohler*, *Jherings Jahrb.* 17, och *Hirsch*, *Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge*, 1895.

kunna inträda, i stället för att direkt och fullt fördomsfritt till undersökning upptaga, vilka regler bäst äro ägnade att tillgodose rättslivets intressen, d. v. s. den allmänna tryggheten och omsättningen på förevarande område. Ett sådant tillvägagångssätt kan näppeligen anses fullt vetenskapligt.

VII.

De synpunkter, som jag framställt till kritik av vilje- och tillitsteorierna och till utredning av grunden för en utfästelsers rättsliga betydelse, torde ha omedelbar praktisk betydelse för frågan om tredjemans rätt genom andras avtal.

Först och främst kommer ju med dessa synpunkter accepten i en helt annan belysning, än som framgår av den härskande läran. Som jag hade anledning påvisa, spelar inom vår rättsvetenskap i själva verket den s. k. viljeteorien alltså en dominerande roll. Men det är icke blott löftesgivarens vilja utan i allmänhet jämväl löftesmottagarens vilja, sålunda den gemensamma viljan, som tillerkännes definitiv betydelse. Den rådande principen är nämligen, att ensidiga utfästelser (bortsett från vad som följer av löftesteorien *contra* avtalsteorien) icke annat än i rena undantagsfall kunna hava rättslig betydelse. Med den gängse åsikten får accepten sålunda betydelse bl. a. också av rättsproducerande akt, i parietet med själva löftet. Detta är emellertid något, som icke med sakliga grunder kan motiveras. Att t. ex. ett saluanbud för att bliva definitivt gällande måste kompletteras med accept eller annat, som förnuftigtvis kan tolkas som uttryck för köparens önskan att gå med på affären, är en sak för sig, eftersom säljarens löfte blott är givet under förutsättning av köparens motlöfte och dennes »accept» sålunda i själva verket involverar en utfästelse. Ser man emellertid

bort från en dylik komplikation, så kan man icke komma till annat resultat, än att en utfästelse eller ett löfte, som i det yttre framträder med vissa kvalifikationer, måste hava rättslig effekt oberoende av löftesmottagarens accepterande av det samma. Det är nämligen uteslutet att i hänsynen till allmän trygghetskänsla — och om någon annan hänsyn kan ju här icke vara fråga — finna ett hinder för en sådan betydelse hos löftet. Man kan näppeligen hävda, att accepten vore behöfelig för att alstra nödig känsla av trygghet för löftesgivaren med hänsyn till vetskapen, huruvida den, till vars förmån löftet göres, verkligen vill komma i åtnjutande av det utlovade. Det är ju en allmänt känd erfarenhet, att i det avgjort stora flertalet av fall människor icke ha något emot att få sin ställning ekonomiskt förbättrad. En löftesgivare kan sålunda tryggt inrätta sig på att fullgöra sitt löfte. Och skulle han i ett särskilt fall hysa tvekan, finns ju den lättillgängliga utvägen att göra löftet beroende av accept. Det kan häremot icke invändas, att löftesmottagare böra vara tryggade mot att få sig mot sin vilja »rättigheter» påtvingade. Det »etiska» förfördelande, som därmed skulle tillfogas en löftesmottagare, neutraliseras till fullo genom möjligheten för honom att avvisa den utan hans vilja uppkomna »rättigheten».

Den gamla mycket utbredda föreställningen om acceptens i e g e n s k a p a v a c c e p t nödvändighet i allmänhet för ett löftes slutliga giltighet torde i själva verket bero på en synvilla. Förvisso är det i allmänhet så, icke blott att löften för att bliva definitivt rättsgiltiga i de avgjort flesta fall faktiskt måste accepteras, utan även att accepten ur förnuftiga synpunkter är erforderlig. Såvitt man vill åberopa detta förhållande emot vad som nyss utvecklades, förbiser man emellertid, att löfterna i allmänhet icke äro obetingade utan förutsätta motprestation å löftesmottagarens sida. Det är av sådan anledning, som löftets accepterande merendels är nödvändigt.

Men det är då fråga om en accept i vidsträckt mening, vars nödvändighet ligger i dess betydelse icke att vara ett uttryck för vilja att mottaga den utlovade prestationen utan att vara antingen en prestation (köparen t. ex. svarar på saluanbudet med att insända beloppet) eller ock ett löfte av ett eller annat slag å »acceptantens» sida. En närmare analys, som det skulle föra för långt att här utföra, skulle också giva vid handen, att de s. k. ensidiga avtalen antingen icke äro några avtal eller också — i den mån de kunna betraktas såsom avtal (d. v. s. anbud + accept), såsom t. ex. lån och inlag — medföra ett visst tvång å handlingssättet även för den s. k. ensamt berättigade parten. För fullständighetens skull vill jag erinra därom, att en viss tendens numera synes framträda även hos oss att icke betrakta gåva av lös sak ens såsom ett ensidigt avtal, d. v. s. att anse gåvan definitivt fullbordad utan gåvotagarens accept.¹

Efter det sagda och i beaktande av de förut framförda synpunkterna angående ett avtals rättsliga betydelse torde frågeställningen beträffande tredjemansavtalet giva sig själv. Man har att fritt från alla rättsdogmer inrikta sina undersökningar på frågan, vilka verkningar, i avseende å tredjemans rättsliga ställning, av ett avtal angående prestation till denne äro mest ägnade att på förevarande områden tillgodose samhällsnyttiga intressen, den allmänna omsättningen och dennas särskilda förutsättning, den allmänna trygghetskänslan. Och naturligtvis får därvid intet urgeras, som skulle stå i strid med en allmän rättfärdighetskänsla, grundad på en rättsuppfattning, som på det sätt trängt igenom, att ett brytande mot densamma skulle kunna befaras menligt inverka på den allmänna vördnaden för uppehållen rättsordning. Sådan effekt

¹ Se t. ex. *Almén*, *Lagen om avtal etc.*, 1916, s. 4. Beakta även t. ex. H. D.:s nedan avtryckta motivering för domen i fallet i N. J. A. 1926 not. A. n:r 357. Här säges löftesgivaren vara bunden, enär mottagaren icke avböjt löftet.

av rättsreglerna stode i rak strid med de elementäraste samhällsnyttiga intressena.¹

Vi ha förut sett, att ett avtal »berättigar» och »förpliktar» kontrahenterna utslutande av den anledningen, att det eljest icke skulle vara användbart som omsättningsmedel i samhället. Om vi nu först beakta exempelvis ett s. k. undantagskontrakt till förmån för tredjeman² — här torde dennes självständiga berättigande på grund av avtalet sedan rätt länge vara antaget hos oss³ — så torde rättseffekten för honom i analogi härmed ha sin förnuftiga förklaring just däri, att om icke en rättsregel därom uppehöles, så skulle en viss hämning i omsättningen på detta område bli följd. Ur omsättningens synpunkt är det av vikt, att parter — med vissa i detta sammanhang ointressanta modifikation — ha full frihet att bestämma innehållet i de handlingar, av vilka de vilja betjäna sig i omsättningen. D. v. s. det är av vikt, att de skola kunna använda sig av överenskommelser med vilket innehåll som helst. Men sådan användningsmöjlighet förutsätter, att rättsverkan uppstår i enlighet med överenskommelsens innehåll. Därav följer först, att tredjeman själv erhåller fordringsrätt mot köparen, om sådant är direkt angivet i avtalet; men vidare också, så snart en förnuftig tolkning av detta bäst överensstämmer med ett sådant resultat. I dylikt avseende måste samma tolkningsprinciper tillämpas som vid bedömande av förhållandet mellan kontrahenterna själva. Natur-

¹ Se min »Superstition etc.», s. 135 f. — Att jag i det följande icke urgerar något, som ur antydda synpunkter kunde vara skadligt, torde för varje läsare bliva tydligt, utan att jag behöver utöka min framställning med en utveckling av saken.

² En fastighet säljes på villkor t. ex. bl. a., att köparen med fastigheten eller dess avkastning skall fullgöra vissa årliga prestationer åt en tredje under dennes livstid.

³ Det kan hänvisas till ett såpass gammalt fall som N T. 1869. Tro- ligen kan redan längre tillbaka i dylika fall en viss sådan tendens spåras hos våra domstolar.

ligtvis tillhör det dessa principer att söka utleta parternas verkliga intentioner; men ingalunda på grund av någon rättskapande kraft hos deras gemensamma vilja utan endast därför, att det av nyss antydda grunder befrämjar omsättningen, att rättsverkan inträder i enlighet med det innehåll, som parterna velat giva sina överenskommelser. Och det tjänar absolut ingenting till att laborera med »parternas tysta avsikt», när säkra hållpunkter för en dylik icke kunna utletas. I sådana fall finns vid tolkning av affärstransaktioner ingen annan betryggande norm att gå efter än det, som är ägnat att bäst befrämja den allmänna omsättningen i dylika situationer, vilket åter enligt det föregående måste bli detsamma som att undersöka, vilka intressen i sådana situationer i allmänhet pläga fullföljas av en kontrahent. Tillämpad på det nu antagna fallet, måste denna tolkning leda till tredjemans självständiga rättsställning mot köparen, så snart icke kontrahenterna i avtalet direkt eller indirekt givit uttryck åt här emot stridande intentioner. Eftersom synpunkterna ha betydelse utöver undantagskontraktets område, skall jag tillåta mig ytterligare något utföra desamma.

I det föreliggande fallet antaga vi, att någon partsvilja i avseende å tredjemans rättsställning varken direkt eller indirekt kan utletas.¹ Därmed måste tolkningen utföras med ledning av det, som bäst överensstämmer med den allmänna omsättningens intressen i dylika situationer. Hade icke tredje man här en självständig ställning gent emot köparen, så skulle ju resultatet bli, att säljaren själv finge besväret att vid förfallotider kräva köparen, i den mån han icke hade befullmäktigat tredje man därtill. Men vad ligger närmare tillhands för säljaren, främmande för alla juridiska konstgrepp, än att räkna med hela affären såsom avslutad med köpet och underrättelsen därom till tredje man? Därefter har säljaren

¹ Med »partsvilja» avses här blott säljarens vilja, såvitt den varit uppfattbar för köparen.

kanske rest till Amerika eller eljest försvunnit bort från alla anträffningsmöjligheter! Den otrygghet, som skulle bli följden, är givetvis icke gagnelig för transaktioner av förevarande slag. Vidare; hur skulle det ställa sig efter säljarens död? Han har kanske glömt att i sitt testamente giva arvingarna order om att utkräva prestationerna åt tredjeman; eller åskilliga andra svårigheter kunna genom dödsfallet uppstå. Och för övrigt, kan det ens under säljarens livstid vara lämpligt, att tredjemans ställning i avseende å dessa undantagsprestationer göres beroende av säljarens godtycke, när han icke givit någon antydan om ett sådant beroende? Bortsett från vad kontrahenterna just i detta fall faktiskt kunna ha tänkt sig, är det ju så, att man i allmänhet med sådana undantagsbestämmelser syftar till, att situationen skall bli sådan, att tredjeman intill döddagar skall komma i åtnjutande av undantagsförmånerna. När nu i förevarande fall det dock icke finns något stöd för antagande av andra partsintentioner i detta avseende, så synes det tydligt — vid beaktande jämväl av det allmänna intresset av möjligast enhetliga rättstolkning — att den med omsättningsintresset mest överensstämmande tolkningen är sådan, att tredjeman får en självständig ställning mot köparen, vilken icke efter det att tredjeman erhållit kännedom om transaktionen kan rubbas genom säljarens eller ens säljarens och köparens förenade återkallelse.

Häremot går det icke att hävda, att sådan tolkning vore omotiverad, när samma resultat kunde åstadkommas, vare sig genom att säljaren uttryckligen »cederade» sin fordran i förevarande avseende till tredjeman, eller genom att denne kallades till avtalet. Ty först och främst faller ett sådant argument på det förhållande, att säljaren i allmänhet icke anar, att dylikt kunde vara erforderligt. Härtill kommer följande. Beträffande cessionen: denna akt skulle icke alltid kunna bli fullt tillförlitlig. Säljaren har t. ex. försvunnit, och allehanda invändningar angående handlingens äkthet och tolk-

ning kunna uppstå, vilka med hänsyn till säljarens frånvaro icke eller blott genom förödande tvistigheter kunna motbevisas. Och vad tredjemans tillkallande vid kontraktets uppgörande angår, må först märkas, att situationen kan vara sådan, att det praktiskt icke går att få honom tillstådes. Vidare kunna omständigheter finnas, som göra det av intresse för parterna eller någon av dem, att tredjeman icke indrages i affärsuppgörelsen. Skulle han nu icke dessförutan kunna erhålla en självständig ställning emot köparen, så skulle följden kunna bli, att köpet måste avslutas utan undantagsbestämmelsen eller, då denna kanske var väsentlig för säljaren, att köpet tillsvidare helt och hållet inhiberas. Den senare cessionsmöjligheten kunde ju vara säljaren obekant.

Alltnog; det synes obestriddigt, att en regel av innehåll, att tredjeman i fall, sådana som det nu berörda, icke komme i ett självständigt förhållande till köparen, långt ifrån att befrämja möjligheten av ifrågavarande dispositioner till en tredje är ägnad att motverka dem. Men det finns ingen anledning att motverka dem, lika litet som i alla andra med det nu berörda jämförliga fall,¹ i vilka ena kontrahenten betingar sig utgörande av en prestation till en tredje.² I alla dessa fall har man att utan hinder i

¹ Här framträda stundom ännu tydligare de nyss påpekade olägenheter, som äro förenade med efterhandsåtgärder till förmån för tredjeman. Angående exempel på sådana olägenheter kan jag ytterligare hänvisa till s. 7 i en just utkommande intressant artikel av *Hemming-Sjöberg* (Sv. J. T. 2 hft 1929). Där behandlas visserligen en helt annan fråga, men tankegången är analog och hans exempel kunna mut. mut. anföras även i detta sammanhang.

² I dylika fall — d. v. s. utanför undantagskontraktet — har vår rättspraxis någon enstaka gång godkänt tredjemans rätt mot promittenten i avtalet. Ätminstone synes man mig ha att under sådan synvinkel bedöma fallet i N. J. A. 1892 s. 171. Principen om tredjemans rätt på grund av »avtal till förmån för» honom synes även framträda i motiveringen till hovrättens av H. D. fastställda dom i fallet i N. J. A. 1910 s. 439. I andra hit hörande rättsfall, som jag påträffat, framträder dock synpunkten av berättigande tredjemansavtal ingalunda med någon säkerhet. Visserligen synes

fördomar angående avtalsverkningars »naturliga» begränsning till medverkande parter anlägga tolkningssynpunkter av sådant slag, som nu skisserats. I samtliga nu åsyftade fall ligger tyngdpunkten i argumenteringen för tredjemans rättsställning i hänsyn till vikten för omsättningen av att kontrahenterna fritt må kunna träffa de dispositioner i ett avtal, varav de — den ena vanligtvis direkt, den andra indirekt — ha intresse.¹ Deras intentioner kunna emellertid icke på bästa

t. ex. den ståndpunkten i vår praxis vara klart intagen, att man kan i bank insätta medel på en tredjes därvid upplagda sparkasseräkning med den verkan att den tredje får rätt till dem. Se icke blott N. J. A. 1901 s. 385 och 1911 s. 99 utan även 1905 s. 379. Här kan dock den tanken ha inverkat på domstolarne, att banken för tredjemans räkning mottagit en gåva till denne. — I fallet i N. J. A. 1912 s. 440 kunna vid första påseendet domstolarne synas ha ställt sig överhuvud avvisande till teorien om möjligheten av uppkomsten av en självständig rätt för tredjeman, i det att dennes efterträdarens anspråk ogillades, fastän tredjeman varit närvarande vid affärens uppgörande. Emellertid torde hovrättens och H. D:s domar här ha starka skäl för sig. Avtalsklausulen om prestation till tredjeman torde nämligen här vara att fatta så, att den förutsatte hela affärsuppgörelsen i övrigt. I och med dennas annullerande bortföll därför en nödvändig förutsättning för tredjemans anspråk. Därigenom att denne närvarit vid kontraktet måste förutsättningen ifråga ha varit uppfattbar för honom.

¹ Angående nu behandlade typ av tredjemansavtal kan nog *Stangs* uttalande på sitt sätt vara riktigt, »at det ikke er av hensyn till tredjemand, men av hensyn till promissaren, retsordnen gir tredjeman et krav» (*Stang*, Norsk Formueret, s. 262). Men intet kan vara oriktigare än detta uttalande med den generalisering *Stang* givit detsamma, understruken i den omedelbart följande punkten: »Dette maa vel fastholdes, hvis man vil forstaa de regler, som knytter sig til tredjemandsretshandlerne». Med detta begrepp avser *Stang* nämligen lika väl t. ex. »gjældsvertagelse» som de avtal, vilka i den tyska jurisprudensen gått under namn av »Verträge zu Gunsten Dritter» i sträng mening (*Stang* a. a. s. 264 ff., s. 277 ff.). Den följande framställningen skall giva vid handen, hur oriktigt det är, att vid »gjældsvertagelse» tro, att tredjemans berättigande icke följer »av hensyn til tredjemand men av hensyn til promissaren». Den skall visa, att stundom ett »hänsynstagande» till tredjemans och promittentens intressen kan träda i förgrunden samt att det i verkligheten överhuvud icke kommer an på ett hän-

sätt realiseras, utan att jämväl tredjeman kan lita på sin självständiga ställning efter avtalet. Sådillvida blir här även denna synpunkt av betydelse.¹

I andra typer av tredjemansavtal, i eminent mening tillhörande omsättningslivet, kan denna senare synpunkt få en särskild betydelse, d. v. s. en regel om tredjemans självständiga berättigande kan här framdrivas med särskild hänsyn till önskvärdheten i omsättningens intresse av att tredjeman i hithörande situationer må kunna lita på sitt berättigande enligt avtalet mellan kontrahenterna. Jag syftar på vissa s. k. skuldövertaganden, närmast på det som sker i och med övertagande av en affärsrörelse.² Här framträder, om jag så får säga, mera omedelbart och oemotståndligt en grund för tredjemans (affärsborgenärernas) självständiga berättigande. I de föregående fallen måste tredjemans ställning vara beroende av en tolkning av avtalet med hänsyn till parternas intentioner *in concreto*, resp. i dylika situationer. En sådan tolkningsfråga får lätt något av vansklighet över sig. Tryggare synpunkter äro av nöden, när fråga är om affärsborgenärens ställning efter övertagande av en affärsrörelse. Utgångspunkten kan här icke vara frågan om rättshandelns tolkning med hänsyn till kontrahenters intentioner i avseende å tredjemans ställning. Utan frågeställningen blir omedelbart, huruvida omständigheterna vid rättshandeln äro sådana, att erforderligt beaktande av hänsyn till allmän trygghet och omsättning icke kan ske, utan att överlåtarens affärsborgenärer kunna vända sig mot efterträdaren. Tredjemans ställning i synstagande vare sig till part eller tredjeman; nedan s. 185 ff., s. 214, s. 215 f., s. 219 och s. 220—223.

¹ Det nu anförda är enligt min mening ägnat att motivera rättsregler, motsvarande närmast sådana stadganden som 112 § i schweizerisches Obligationenrecht och 328 § i Tysklands bürgerliches Gesetzbuch samt täckande bl. a. »Verträge zu Gunsten Dritter» i egentlig mening.

² Det tyska »Schuldübernahme» i egentlig mening avser som bekant fall, i vilka den gamle gäldenären befrias och vilka jag i det följande icke berör.

dylika fall bestämmes icke efter det närmare innehållet i kontrahenternas rättshandel, utan efter denna rättshandel, såvitt densamma varit uppfattbar för allmänheten eller i allt fall för utanförstående personer, vilka av densamma kunna beröras. Till belysande jämförelse kan andragas grunden till tredjemans förvärv i god tro av lös egendom ävensom till godtroende kontrahents rätt enligt en rationell uppfattning av den s. k. tillitsteorien. Men så sant som det är, att det icke är några, efter vägning mot varandra av parternas intressen, framgående billighetssynpunkter, som utgöra en förnuftig förklaring till den goda trons betydelse vid nu antydda kategorier, utan intet annat än behovet ur den allmänna omsättningens synpunkt och hänsynen till dennas nödvändiga förutsättning, en allmän känsla av trygghet i avseende å hithörande affärers avslutande — så sant måste det också vara, att bedömandet av den fråga, som nu sysselsätter oss, måste ske under samma aspekt. Affärsöverlåtelseerna tillhöra så att säga det koncentrerade omsättningslivet. De antydda synpunkterna göra sig här med särskild styrka gällande och på ett annat sätt än i nyssnämnda fall av god tros rättsliga betydelse. Skulle man vid affärsöverlåtelser, där borgenärernas berättigande mot övertagaren av affären kan komma ifråga, för detta — i analogi med situationen vid godtrosvärvet eller löftesmottagarens rätt oberoende av löftesgivarens misstag — *in concreto* kräva deras goda tro med hänsyn till partsavsikten om deras självständiga ställning gentemot övertagaren, så insköte man därmed ett moment av ovisshet, som skulle stå i strid med det befrämjande av omsättningen på detta område, som man just vill uppnå. Har en affärsrörelses övertagande offentligen kungjorts, eller fortsattes en sådan rörelse efter övertagande under det gamla firmanamnet, och har i intetdera fallet förbehåll gjorts offentligen om övertagarens frihet från passivan, så torde därför den principen rätt och slätt böra hävdas, att övertagaren

gent emot resp. borgenärer svarar för affärsskulderna. Regeln bör vara sådan, att efterträdaren i affären icke mot enskild affärsborgenär kan framställa invändning om bristande god tro, d. v. s. invändning om att denne haft eller bort ha haft kunskap om, att det icke varit parternas mening, att borgenärerna skulle få kräva efterträdaren.

Nu antydda synpunkter stå i den bjärtaste strid med gängse förklaringar till den rättsliga effekten av ett avtal. Styrkan av dem kan man dock förstå därav att de, detta oaktat, gjort sig mer eller mindre starkt påminta i viss utländsk lagstiftning. Jag kan i sådant avseende hänvisa till 181 art. i schweizerisches Obligationenrecht.¹ Ordalagen i detta stadgande kunna giva anledning till tvivelsmål, huruvida effekten för borgenärerna förutsätter, att kungörandét uttryckligen omfattar passivan, eller icke. Med de synpunkter, som jag hävdar, är blott det senare alternativet förenligt. Detta torde också kunna bringas i överensstämmelse med själva ordalagen. Visserligen skall enligt stadgandet övertagandet avse aktiva och passiva. Men onekligen kan »övertagandet» av affären anses kungjort, oavsett om kungörelsen uttryckligen omfattar passivan. Stadgandets tolkning i enlighet härmed synes också vara självfallen, indirekt att döma av kommentatorernas uttalanden.² I ett mycket väsentligt avseende strider dock stadgan-

¹ Stadgandet lyder: »Wer ein Vermögen oder ein Geschäft mit Aktiven und Passiven übernimmt, wird den Gläubigern aus den damit verbundenen Schulden ohne weiteres verpflichtet, sobald von dem Uebernehmer die Uebernahme den Gläubigern mitgeteilt oder in öffentlichen Blättern ausgekündigt worden ist. — Der bisherige Schuldner haftet jedoch solidarisch mit dem neuen noch während zwei Jahren, die für fällige Forderungen mit der Mitteilung oder Auskündigung und bei später fällig werdenden Forderungen mit Eintritt der Fälligkeit zu laufen beginnen. — Im übrigen hat diese Schuldübernahme die gleiche Wirkung wie die Uebernahme einer einzelnen Schuld.»

² Se *Oser*, Das Obligationenrecht, Zürich 1915, samt *Fick*, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1915. Likaså *Hasler*, Die Schuldübernahme in der Theorie und im schweizerischen Recht, 1911, s. 136. — Vad

dets formulering mot de synpunkter, som enligt det föregående äro att anlägga på frågan. Denna låter nämligen borgenärernas rätt mot övertagaren vara beroende på, att denne gentemot sin medkontrahent övertagit passivan. Enligt vad jag sökt hävda, måste detta interna förhållande mellan parterna vara utan betydelse för borgenärernas rättsställning, så snart utan restriktioner affärsöverlåtelsen blivit kungjord (naturligtvis genom övertagarens medverkan eller begivande). Skulle icke stadgandet, trots sin ordalydelse, få sådan tillämpning skulle det ju också bli meningslöst. Tanken är ju, att borgenärernas rätt här skall grundas på kungörandet från övertagarens sida. Därmed måste det ju förnuftigtvis förlora all betydelse för borgenärerna, vad som faktiskt överenskommits mellan affärsinnehavaren och hans successor. Faktiskt synes stadgandet också uppfattas på detta sätt.¹ — Hur rationellt än detsamma genom sin tolkning sålunda blir,²

nu själva kungörandet till borgenärerna om affärens övertagande angår, kan detta ske helt privat till var och en eller genom cirkulär eller genom meddelande i tidningar. Behåller efterträdaren samma firmanamn, så synes mig redan inskrivningen i handelsregistret leda till det i 181 art. förutsatta kungörandet. Ty registreringens utvisar ju i dylika fall, att affärsövertagande föreligger och vad som registrerats skall »ohne Verzug durch das Handelsamtsblatt bekanntgemacht werden» (862 art.; jfr 874 art.). Övertagarens faktiska fortsättande såsom sådant av firman synes dock enligt schweizisk rätt — i olikhet mot tyska handelsrätten, varom nedan — icke grunda hans gäldenärsförhållande till affärsborgenärerna. Detta synes framgå i n d i r e k t av ett uttalande av *Wieland*, Handelsrecht, 1921, s. 281. Detta arbete avser visserligen egentligen tysk rätt. Professor vid universitetet i Basel, är *Wieland* givetvis en framstående kännare av schweizisk rätt.

¹ »Ist die Uebernahme den Gläubigern einmal ohne Einschränkungen mitgeteilt, so kann ein einzelner Gläubiger oder eine Gläubigergruppe durch Mitteilung der im Uebernahmevertrag enthaltenen Einschränkungen nicht mehr des Rechtes, aus diesem Artikel den alten und den neuen Schuldner solidarisch zu behaften, beraubt werden», *Fick*, a. a. s. 329.

² Är *Wielands* mening (se nästföreg. not) riktig, att själva fortsättandet under samma firma (med sådant tillägg, som fordras efter 12 § i vår firma-

och hur uppenbart det än är, att det framdrivits av hänsyn till det allmänna trygghets- och omsättningsbehovet av sådan art, som jag här ovan sökt utreda, skall man dock icke tro, att den schweiziska jurisprudence vore sinnad nöja sig med dylika synpunkter såsom stadgandets rättsgrund. »Der Artikel stellt», säger *Oser*,

»einen Fall des gesetzlichen (kurs. av *Oser*) Schuldüberganges dar, und dieser rechtfertigt sich dadurch, dass es die Vermögensbestandteile des Schuldners sind, aus denen der Schuldner seine Verbindlichkeiten zu begleichen hat».¹

Detta uttalande giver först och främst uttryck åt tanken, att här föreligger en mot principerna för ett avtals rättsliga betydelse stridande grund, som tarvade särskild laglig sanktion för att kunna erhålla rättslig betydelse. Vidare vill *Oser* motivera en sådan sanktion med att densamma rättfärdigades av förhållandet mellan borgenärerna och affärsöverlåtare. Båda föreställningarna visa sig irrationella, om man beaktar, vad jag här ovan utvecklat mot bakgrunden av mera verklighetstrognare synpunkter på förklaringen till avtalets rättsliga betydelse.

En inom jurisprudence icke ovanlig tankegång i detta

lag, se 874 art.) icke grundar gäldenärsförhållande till borgenärerna — och annan mening framträder icke i den av mig kända litteraturen — så intager schweiziska rätten därutinnan en omotiverad ståndpunkt. Ty det är givet, att trygghets- och omsättningssynpunkten i sådant fall måste, icke mindre än efter uttryckligt meddelande om övertagandet, leda till borgenärernas anspråk mot övertagaren (så också Tysklands H. G. B. 25 §). Den schweiziska ståndpunkten torde bero på den skolastiska synpunkten, att meddelandet om övertagandet dock är »eine Rechtsgeschäftsähnliche Handlung», d. v. s. en »Rechtshandlung» om ock icke ett »Rechtsgeschäft» (jfr *Oser* a. a. s. 451, jfd med s. 11).

¹ *Oser* a. a. s. 451. Jfr *Fick* a. a. s. 328 nr. 7. Liknande synpunkt lär framträda även hos *Schurter*, Die Theorie der Schuldübernahme etc. i Zeitschrift für schweizerisches Recht, Basel 1901, s. 348 ff. Ifrågavarande årgång av denna tidskrift torde icke kunna erhållas från något skandinaviskt bibliotek.

ämne framträder hos *Hasler*, som inleder sin behandling av 181 art. i följande ordalag:

»Die Schulden haften am Vermögen und sind vom Erwerber des Vermögens zu tragen! — Das römische Recht kannte diesen Grundsatz nicht; nach seiner Auffassung haften die Schulden an der Person und sind von derselben nicht zu trennen. Das deutsche Recht hat diese römische Anschauung verlassen; die Bedürfnisse des Verkehrs waren, wie so oft, das nicht zu vernachlässigende und hier ausschlaggebende Moment. Wo die Aktiven einer Person auf eine andere übertragen werden, da sollen auch die Passiven mit auf den Vermögenserwerber übergehen. Die Notwendigkeit einer derartigen Regelung ist schon längst anerkannt worden. Schon *Delbrück* (äsyftas *Delbrück*, Die Uebernahme fremder Schulden, 1853) sagte, dass es Rechtsgeschäfte gebe, welche die Uebernahme gewisser Schulden von selbst mit sich bringen. Es sei das die einfache Folge davon, dass sie Bestandteile des Vermögenskomplexes sind, der übertragen ist. Die Interessen der Gläubiger mussten unabwendbar zu einer solchen Regelung drängen; die Aktiven des Schuldners sind die Vermögensbestandteile, die dem Gläubiger Sicherheit für seine Forderung bieten etc.»¹

Hela denna »principiella» bakgrund för en behandling av 181 art. är nu från början till slut oduglig. Olika åsikter om saker och ting kunna väl icke förändra realiteterna i dessa. I verkligheten betydde »die Schulden» lika mycket för »förmögenheten» i romersk rätt som i tysk.² Antagandet av häftandet av »Schulden» vid »förmögenhet» är lika orimligt som tron på deras häftande vid gäldenärens person. Detta är ju uppenbart av vad jag ovan utvecklat angående icke mindre »obligationens» obefintlighet än de realiteter, som döljas

¹ *Hasler*, Die Schuldübernahme etc., s. 129.

² Man lägge särskilt märke till den av förf. efter *Regelsberger* (Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd 14, s. 11) hämtade äkta skolastiska »framstegstanken» på »Schulden» såsom skilda från gäldenärens person. Sådant är intet annat än den romerska metafysiken, upphöjd till en högre potens. Hela frågeställningen »häftande vid» eller »skild från» gäldenärens person är orimlig, om man känner till det faktiska läget. Men eftersom det i verkligheten framför allt måste röra sig just om gäldenärens handlingssätt, blir det något extraordinärt att tala om »Schulden getrennt von der Person».

bakom begreppet. Därav framgår också det fullständigt orimliga i en metod, som till utgångspunkt för undersökning av rättsregler angående hithörande frågor tager detta, att »skulderna» skulle vara »Bestandteile des Vermögenskomplexes, der übertragen ist». För att icke gå utanför det ämne, som nu behandlas, kunna vi hålla oss till affärsövertelseterna. Tanken, att här föreligger ett förmögenhetskomplex i *Haslers* mening, är överklig. Ty först och främst är talet om affärsrörelsens aktiva och passiva intet annat än ett vilseledande uttryck för att affärsinnehavares och vissa andra personers handlingssätt influeras av åtskilliga faktorer, särskilt uppehållandet av de regler, som mera direkt giva konsistens åt vad som kallas hans äganderätt till vissa ting, hans fordringar och skulder, vartill komma vissa för honom antingen förmånliga eller menliga tvångsreaktioner, när *in concreto* ett visst handlingssätt åsidosättes. Redan därav måste inses, att det är en *petitio principii* att utgå från uppfattningen om ett av »skulder» belastat affärskomplex för att därefter bedöma, vilka rättsregler som skola uppehållas och giva konsistens bl. a. åt det, som avses med »skulderna». Men vidare är det ju så, att möjligheten av de tvångsreaktioner gent emot affärsinnehavaren, vilka innefattas i de regler, som giva konsistens åt vad som kallas hans affärsskulder, ingalunda äro begränsade till den »aktiva», som innefattas i »affären». Därigenom blir ju talet om att »skulderna» voro beståndsdel av det »överlåtna förmögenhetskomplexet» i dubbelt avseende överkligt. Resonnemangets löslighet blir ju för övrigt tydlig redan vid en hastig blick på de verkliga förhållandena. Man har t. ex. köpt en samling inventarier eller annan löseegendom på kredit och avyttrar dem, innan de betalats. Icke kan väl in dubio säljaren vända sig mot nye köparen! I dylika fall skulle väl dock, om någonsin, förste köparens »skuld» utgöra beståndsdel i hans genom kreditköpet förvärvade förmögenhet.

Vad *Hasler* därefter anför om borgenärernas intresse såsom krävande efterträdarens ansvarighet gent emot dem är anmärkningsvärt i ett par avseenden. *Hasler* synes icke märka, att en sådan synpunkt blir alldeles meningslös med den åskådning han uttalat. Är det så, att »die Schulden» utgöra beståndsdelar i det förmögenhetskomplex som övertages, så är ju därmed förklaringen till efterträdarens ansvarighet gent emot borgenärerna fullständigt uttömd. Det enda som skulle kunna sägas är, att denna, med *Haslers* sätt att resonnera, absolut nödvändiga konsekvens icke strider mot borgenärernas intresse, en faktisk iakttagelse utan ringaste rättsliga betydelse. Även bortsett härifrån, är det emellertid ohållbart att åberopa borgenärernas intresse av att ha säkerhet i den överlåtna aktivan. Ty först framkallar detta frågan, varför detta borgenärernas intresse skulle få influera på rättsregler, som strida mot, närmast, affärsövertagarens intresse. Blotta konstaterandet av borgenärernas intresse kan icke leda till något giltigt argument i ämnet. Vidare måste anmärkas, att borgenärernas ifrågavarande intresse icke heller kan åberopas i den mening, att de, om de icke erhöle möjlighet att hålla sig till övertagaren, skulle principiellt få sin ställning försämrad. Det synes nu först egendomligt att tro en sådan synpunkt kunna ha någon betydelse i schweizisk obligationsrätt, vars 181 art. förutsätter efterträdarens underrättelse till borgenärerna om affärsöverlåtelsen för dessas anspråk mot honom. Men vidare utgör, som sagt, den överlåtna aktivan icke i överlåtarens hand någon specialsäkerhet för dem, och i dess ställe träder ju principiellt en ekvivalent, som gör, att deras ställning i trygghetsavseende gentemot överlåtaren, allmänt sett, är densamma efter som före överlåtelsen. Nu är det visserligen sant, att affären kan ha överlåtits benefikt eller i mot borgenärerna oredligt syfte.¹ För dylika fall kan dock föl-

¹ Jfr t. ex. *Ehrenzweig*, Die sog. zweigliedrigen Verträge, 1895, s. 131 f.; *Hasler* a. a. s. 130.

jande sägas. Dels motverkas skada för borgenärerna genom sådana handlingar av strafflagen, dels står återvinningsinstitutet borgenärerna till buds, dels leder synpunkten av borgenärernas intresse blott till övertagarens ansvar, så långt den övertagna affärsförmögenheten räcker, dels leder den närmast till, att de blott just i dessa benefika eller oredliga fall skulle kunna behandla efterträdaren som gäldenär,¹ dels är det ju en allmänt erkänd sak, att en sådan regel som den i 181 art. icke kan ha giltighet, om övertagaren i sitt meddelande till borgenärerna om affärens övertagande uttryckligen reserverar sig mot allt ansvar för överlåtarens affärskulder. — Gent emot det sista momentet replikeras kanske, att situationen i där avsedda fall gestaltar sig på ett helt annat sätt för borgenärerna, i det att dessa nu blivit varskodda och därför kunna tillvarataga sina ekonomiska intressen genom att i fall av behov anlita återvinningsvägen. Visserligen har detta nu icke allmängiltighet, men invändningen är av stort intresse, enär den vilar på en *petitio principii*. Ty v a r f ö r tillvarataga icke borgenärerna på samma sätt sina ekonomiska intressen gentemot överlåtare, när förbehåll om övertagarens frihet från ansvar icke skett? Därför att de nu räkna med, vare sig på grund av kännedom om lag eller rätts-tillämpning eller på grund av annan erfarenhet, att de efter

¹ Jag medgiver dock, att detta moment i invändningen, så vitt det rör sig om oredlighet, kan ifrågasättas motverkat av svårigheten att i tid eller överhuvud konstatera oredligheten och att med hänsyn härtill alla situationer måste »skäras över en kam». Detta skulle då vara det enda acceptabla på borgenärsintresset grundade skälet för en sådan regel som i 181 art. Men finns det någon sannolikhet för att en dylik mot hela jurisprudensens allmänna läror radikalt stridande regel skulle ha drivits fram av nu berörda synpunkt? Finns det någon sannolikhet härför i beaktande av de möjligheter, som dock finnas att på konkurs- och straffrättens områden motverka och begränsa ifrågavarande oredliga handlingssätt? Förvisso har det varit ett helt annat tryck, som i vekligheten legat i bakgrunden för denna rättsregel.

övertagandet av affären kunna behandla efterträdaren som gäldenär. M. a. o. om icke regeln om övertagarens ansvarighet gentemot affärsborgenärerna verkligen gällde, då vore ju situationen en och densamma, vare sig övertagaren gjort förbehåll mot sin ansvarighet eller icke. Därmed kan borgenärernas ifrågavarande intresse icke mera i senare än i förra fallet åberopas såsom grund för en regel om övertagarens ansvarighet.

Överhuvud kan sägas, att detta tal om borgenärernas intresse såsom grund för övertagarens ansvar är orkeslöst. Det beror på förväxling av sekundära och primära företeelser. Saken är i största korthet följande. Av skäl, som icke behöva närmare utvecklas, är det synnerligen lämpligt, att allt, som ekonomiskt har omedelbart samband med en affärsrörelse, såvitt möjligt bibehålles samlat på en hand, också efter det att affären övertagits, d. v. s. att överlåtaren såvitt möjligt avkopplas från den avyttrade affären. Detta låter sig nu också i allmänhet mycket väl ekonomiskt genomföras i förhållandet mellan övertagare och överlåtare. Vederlaget för övertagandet anpassas med hänsyn till passivans storlek och överlåtaren erhåller i fall av behov vissa garantier för att hans efterträdare verkligen gottgör borgenärerna. Nu är det emellertid av lätt insedda skäl uteslutet att genom transaktionen mellan före- och efterträdare beröva borgenärerna den förre som gäldenär. Å andra sidan vore det ju en onödig och tidsödande omgång, att borgenärerna krävde ut sina fordringar av företrädaren, för att denne i sin tur skulle få utläggerna täckta av efterträdaren. Därmed vore ju den förre alldeles icke avkopplad från affären. En väsentlig förutsättning för det praktiska i hela anordningen är givetvis, att borgenärerna i normala fall icke vända sig till företrädaren utan till efterträdaren för att få betalt. Men detta i sin tur förutsätter, att de i normala fall kunna lita på att få betalt av denne, d. v. s. lita på att icke av honom avvisas med invändningen

om, att icke han utan överlåtaren vore deras gäldenär. För att denna tillit skall bliva så effektiv som möjligt, måste en dylik invändning förebyggas. Detta åstadkommes därigenom, att övertagaren faktiskt kommer i gäldenärsförhållande till dem. I rättsprincipiellt avseende är saken sålunda fullkomligt analog med kontrahents rätt ur ett avtal. T. o. m. om i ett land, utan uttryckligt lagstadgande om denna borgenärernas rättsställning, rättspraxis på grund av skolastiska deduktioner skulle tveka att antaga densamma, så är sakens lämplighet så påtaglig för affärssinnet, att den likväl skulle komma att praktiseras. Härmed sammanhänger då också, att man i dylika fall skulle kunna säga, att affärsborgenärernas ifrågavarande tillit och därmed också deras intresse skulle kränkas, om i händelse av tvist deras anspråk mot efterträdaren skulle ogillas. Och om deras rättsställning kommer att uttryckligen erkännas i lagen, skulle man visserligen på sitt sätt kunna säga, att borgenärernas tillit legat i bakgrunden. Men ett sådant uttryckssätt får icke missförstås. Det är blott omedelbart sett, som tilliten fått denna legislativa betydelse. Är man icke alltför närsynt, då skall man finna, att det icke är tilliten såsom sådan, vilken förnuftigtvis kunnat motivera lagens ståndpunkt, utan det förhållande, att det är av vikt för ett sunt affärsliv, att denna tillit å borgenärernas sida verkligen uppehålls och icke blir rubbad.¹

Den allmänna tolkningen av 25 § i Tysklands Handels-gesetzbuch leder icke till samma resultat som det nu berörda

¹ *Haslers* skrift är visserligen en dissertation, men är ett gott uttryck för vissa nutida skolastiska tankegångar. Man beakte framför allt hans passus: »Die Bedürfnisse des Verkehrs waren, wie so oft (!) das nicht zu vernachlässigende und hier ausschlaggebende Moment». Här framträda den nutida jurisprudensens metoder i blyxtbelysning. Att hänsynen till det allmänna omsättningsbehovet måste vara den grundläggande, all begreppsjuridik undanträngande principen, har man intet sinne för. — I dessa mina antydningar angående 181 art. har jag måste begränsa mig till affärsöverlåtelser. Hade jag tagit upp jämväl överlåtelse av

schweiziska stadgandet. För övertagarens ansvar mot borgenärerna kräves i tysk rätt, att han antingen fortsätter affären under samma firma (med eller utan tillsats om sin egenskap av efterträdare) eller också — bortsett från förutsättningar, vilka i detta sammanhang äro utan intresse¹ — enligt handelsbruk kungjort »die Uebernahme der Verbindlichkeiten». Denna passus kan giva anledning till vissa tvivelsmål, huruvida ett kungörande blott om övertagande av affären vore tillräckligt eller om det skulle krävas, att kungörelsen uttryckligen omfattade övertagandet av gälden. Motiven giva tämligen tydligt vid handen, att det senare alternativet avsetts.² Detta är också den allmänna åsikten,³ ehuru jämväl

»förmögenhet» hade konsekvensen fordrat, att jag i det följande anställt en jämförelse med 419 § i Tysklands B. G. B., vilket alltför mycket skulle ha sprängt ramen för min framställning.

¹ 25 § i H. G. B. lyder: »Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. (1:sta st.) — Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräusserer dem Dritten mitgeteilt worden ist. (2:dra st.) — Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekanntgemacht worden ist.» (3:dje st.) — Enligt nästföljande paragraf preskriberas fordringarne mot affärsöverlåtaren efter fem år.

² Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, 1897, s. 40 f.

³ T. ex. *Cosack*, *Lerbuch des Handelsrechts*, 1910, s. 54; *Lehmann*, *Lehrbuch des Handelsrechts*, 1908, s. 115; *Makower*, *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, 1901, s. 59; *Wieland*, *Handelsrecht*, 1921, s. 282 f. och även, ehuru icke lika uttryckligt, *Staub's* *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 1926, 25 § anm. 22 och 23.

det förra alternativet synes ha förespråkare.¹ Jag tror nog, att den härskande tolkningen av stadgandet, sådant som det nu avfattats och i beaktande av motivens uttalande, har de bästa skälen för sig. Är det verkligen så, då synes stadgandet emellertid i samma mån också vara förfelat. Det praktiska intresset att få företrädaren i möjligaste mån avkopplad från det, som har med affärsrörelsen att skaffa, är ju lika stort i samtliga fallen av dennas föryttring. Och affärsborgenärernas föreställningar angående sin befogenhet att hålla sig till efterträdaren torde vara desamma, antingen firmanamnet bibehålles av efterträdaren eller denne, för motsatt händelse, dock kungör (genom cirkulär eller tidningar), att han övertagit den gamla affärsrörelsen, vilken alltså faktiskt notoriskt fortsättes lika väl, som när det gamla firmanamnet bibehållits.² Sker ej särskilt kungörande om rörelsens övertagande, då synes man visserligen nödsakad att för frågan om borgenärernas rätt mot efterträdaren lägga avgörande vikt vid firmans fortsättande. Fortsättes i dylik händelse icke firmans, finns för affärsborgenärerna icke mera anledning att räkna med rörelsens övertagande än med dess upphörande och startandet av en ny i samma bransch. Men har övertagandet kungjorts, då kan näppeligen någon anledning utletas, varför firmans bibehållande skulle ha någon betydelse i förevarade avseende.

Tyder redan avfattningen av 25 § H. G. B. sålunda på, att någon klar, omedelbart i samhällsnyttiga hänsyn grundad princip icke kan ha varit bestämmande för stadgandet, så blir

¹ Jag kan åtminstone icke fatta annat, än att *Hellwigs*, Verträge auf Leistung an Dritte, 1899, s. 403, gjorda uttalanden måste ha sådan innebörd.

² Jfr motiven i Reichsgerichts bekanta dom (1887, alltså före det ifrågasvarande stadgandets tillkomst, R. E. 17, s. 99): »Es mag dahingestellt bleiben, ob es gerechtfertigt sei, auf die Uebernahme der Firma und die Beibehaltung der Firma bei Fortführung des Geschäftes ein so entscheidendes Gewicht zu legen».

detta otvetydigt, när man går till motiven och de rättslärdas behandling av detsamma. Här finns icke någon antydan om, att varje rättsprincipiell skillnad mellan grunden för borge-närernas nya rättsställning och t. ex. grunden för en kontrahents rätt efter ett avtal saknas. T. o. m. *Hellwig*, den radikalare bland de hithörande författarne, betonar såsom en principiell motsättning till avtalsrätten, att, vare sig fråga är om paragrafens första eller tredje stycke, får man icke hänföra »den Schuldeintritt auf den Willen der Kontrahenten».¹ Detta utföres av *Hellwig* beträffande tredje stycket (efterträdaren har kungjort »die Uebernahme der Verbindlichkeiten») på följande sätt:

»Zwar bedingt hier eine Willensäußerung des Erwerbers seinen Eintritt in die Schulden, aber die geforderte handelsübliche Bekanntmachung hat nicht die Bedeutung, dass 'er durch sie (als eine 'streng einseitige Erklärung') seinen Eintritt in die Schulden vollzieht' (so *Cosack* a. a. O. S. 71), sie ist kein rechtsgeschäftlicher einseitiger Schuldeneintritt — einen solchen anzunehmen, widerstreitet den Gesetzen der Logik ebenso, wie den allge-meinen Grundprinzipien unseres neuen Privatrechts; vielmehr bildet die Bekanntmachung lediglich die Ergänzung des Tatbestandes (Erwerb des Geschäfts), an welchen das Gesetz (kurs. av *Hellwig*) ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien die Schuldenhaftung gerade so anknüpft, wie in dem Falle, dass die Firma von dem Erwerber fortgeführt wird.»²

Hela detta uttalande ådagalägger, att *Hellwig* tror, att något särskilt så att säga juridiskt-tekniskt här försiggår, som icke hade någon motsvarighet t. ex. ifråga om ett avtals rättsliga betydelse för kontrahenterna. Man bör särskilt märka, huru *Hellwig* understryker lagens betydelse såsom motsättning till partsviljan. Av en not hos *Hellwig* framgår, att han har den meningen, att det i förevarande fall är lagens befallning, som verkar. Ehuru det icke uttryckligen sägs, har han uppenbarligen den meningen, att det vid ett avtal är partsviljan som verkar. Söker man göra klart för sig, att det icke finns några lagbefallningar, att partsviljan icke har någon rättsgestaltan-

¹ *Hellwig* a. a. s. 403.

² *Hellwig* a. a. s. 403.

de förmåga, samt att avtalets rättsliga betydelse för kontrahenterna blott är ett annat uttryck för influerandet på vissa handlingssätt — från parter och myndigheters sida — genom vissa reglers uppehållande, så förstår man, att all principiell skillnad mellan uppkomsten av affärsborgenärernas rätt mot övertagaren av affären och kontrahents rätt ur ett avtal blott är en synvilla. I båda fallen är uppkomsten av en »rättighet» blott ett uttryck för, att särskilda regler till influerande på vissa handlingssätt uppehållas, regler som i båda fallen ha sin raison d'être i hänsyn till den allmänna omsättningen. Skillnaden är blott den, att de båda fallen tillhöra olika omsättningsområden, att omsättningsbehovet i ena fallet sedan tusentals år framdrivit rättsreglerna ifråga, under det att det i andra fallet först under sistförflutna seklet gjort sig tillräckligt starkt gällande, samt att de bakom de olika reglerna liggande allmänna intressena framträda med en särskild elementär styrka, när frågan gäller en sådan grundförutsättning för all samhällsekonomi som den rättsliga effekten för part av avtalen.

Denna kritik hindrar mig ingalunda från att erkänna det beaktansvärda i vissa av *Hellwigs* uttalanden beträffande affärsborgenärernas ifrågavarande rättsställning. Jag kan på visst sätt instämma, när *Hellwig* angående 1 st. i 25 § H. G. B. uttalar följande:

»Der Gesetzgeber knüpft hieran die Haftung deshalb, weil man im Verkehre aus jener Thatsache schliesst und im Zweifel zu schliessen berechtigt ist, dass der neue Firmeninhaber auch der Träger der durch den Handelsverkehr begründeten Rechte und Pflichten ist.» (A. a. s. 403.)

I avseende å detta uttalande kunna dock göras två anmärkingar. Först och främst är det för ytligt. Därigenom blir det missvisande. För en verklig förståelse av saken måste man veta, v a r f ö r dels allmänheten gör sådana slutledningar och dels dessa erhålla den ifrågavarande rättsliga betydelsen.¹

¹ Jag hänvisar i sådant avseende till det föregående bl. a. slutet av min kritik av *Hasler*.

— Men även bortsett från denna anmärkning har ur vetenskaplig synpunkt ett sådant uttalande i det sammanhang, vari det fällt, intet värde. Det står, vetenskapligt sett, i parietet med de i och för sig förnuftiga synpunkter, som efter vad jag ovan anfört *Ussing* anlagt på frågan om löftesmans regress.¹

Går man till annan litteratur angående stadgandet, så framträder här ännu tydligare, hur man blott försökt inspränga vissa, av hänsyn till affärlivet framgående synpunkter i de skolastiska tankegångarna. I motiven heter det sålunda i avseende å stadgandets första stycke följande:

»Mit der blossen Uebertragung des Handelsgeschäfts oder deren Kundmachung kann der Eintritt in die Geschäftsschulden und Forderungen nicht verbunden werden; denn es ist zunächst Tatfrage, ob die Parteien dies beabsichtigt haben. Die Uebertragung eines Handelsgeschäfts setzt, wie allgemein anerkannt wird, den Uebergang der Schulden und Forderungen auf den Erwerber an sich noch nicht notwendig voraus. Anders verhält es sich im Falle der Fortführung der bisherigen Firma. Im Verkehr wird vielfach die Firma ohne Rücksicht auf die Person ihres Inhabers als Eigentümerin des Handlungsvermögens, als Trägerin der durch den Handelsbetrieb begründeten Rechte und Pflichten angesehen. Diese Anschauung ist allerdings rechtlich nicht zutreffend; nichtsdestoweniger erscheint es gerechtfertigt, der Verkehrsauffassung nach welcher der jeweilige Inhaber der Firma als der Verpflichtete und Berechtigte angesehen wird, in Bezug auf die Frage des Ueberganges der Geschäftsschulden und Geschäftsforderungen entgegenzukommen. Denn der Erwerber eines Geschäfts, der die Firma wengleich nur mit einem Zusatze, fortführt, erklärt dadurch seine Absicht, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Geschäftsinhabers soweit als möglich einzutreten. Das Reichsgericht legt auch schon gegenwärtig der Fortführung der Firma in gewissen Beziehungen massgebenden Einfluss bei.»²

Detta uttalande är högst intressant. Först deklarerar den skolastiska utgångspunkten bl. a., att det för uppkomsten av affärsövertagarens gäldeärsförhållande till affärsborgenärerna icke vore tillräckligt med blott affärens övertagande och dettas kungörande, utan att det måste finnas ett uttryck för

¹ Se ovan s. 175 f.

² Entwurf s. 39 f.

de avtalande parternas på sådant gäldenärsförhållande inriktade gemensamma avsikt. Nu kan emellertid sådant icke utletas bland de fakta, som bilda affärens övertagande och fortsättande under samma firma. Därmed borde ju konsekvensen vara given: avvisandet av en sådan regel som den i 25 § 1 st. H. G. B. inneslutna. Men man inser, att affärlivet ovillkorligen fordrar denna regel, som också trängt sig fram med sådan styrka, att den faktiskt, trots frånvaro av uttrycklig lag därom, redan gäller: domstolarne ha sedan många år helt enkelt dömt efter densamma. Men den rättsvetenskaplige lagstiftaren måste för sin sanktion av regeln ha något stöd i den »verkliga rätten», som kräver partsavsikt. Med bästa vilja kan dock blott halvt sådant stöd utletas: man får nöja sig med ett uttryck för blott en a kontrahentens, övertagarens, på uppkomsten av gäldförhållandet i fråga inriktade avsikt. Men nu uppstå två frågor. Den första är den, hur man lyckas anskaffa detta halva stöd, som skall bilda en brygga mellan rättsvetenskapen och det nya stadgandet. Det anskaffas på så sätt, att det uppdiktas eller, såsom det på juristspråket heter, fingeras. Att en affärsövertagare genom att fortsätta den gamla firman skulle förklara någon som helst avsikt i avseende å betalning av överlåtarens affärsskulder är ett osant påstående. Hur pass reflekterande en affärsövertagare i sådant avseende överhuvud är, låter sig naturligtvis icke för alla fall bestämma. Och att han i det gamla firmanamnets bibehållande inlade en ifrågavarande avsikt torde näppeligen i något enda fall kunna konstateras eller ens göras sannolikt.

Den andra frågan är, hur man kan komma att nöja sig med detta blott halva förbindelseled för den ifrågavarande rättsregeln med den vetenskapliga rätten, ett led som dessutom icke ens i denna sin halvhet finnes till. Svaret är följande. Det finns inom affärlivet en visserligen utbredd men »rättsligen icke riktig» uppfattning, att bl. a. en affärs-

övertagare genom firmans fortsättande kommer i gäldenärsförhållande till affärsborgenärerna. Denna rättsligen falska uppfattning »synes rättfärdiga», att man inför en rättsregel — i enlighet med densamma! Man ser här tydligt, hur icke blott sakliga synpunkter förkvävas, utan också hur man nödgas till löjligt absurda resonnemang genom bundenheten vid vissa skolastiska utgångspunkter. Det sakligt intressanta går man helt och hållet förbi. Detta utgöres närmast av följande spörsmål: vad är anledningen till, att man verkligen så allmänt hyser denna »rechtlich nicht zutreffende Anschauung» inom affärslivet? Men med utgångspunkt i konstruktioner om partsavsiktens såsom sådan rättsliga betydelse förlorar en dylik fråga allt intresse och man nöjer sig med att konstatera, att denna allmänna uppfattning inom affärslivet är »rechtlich nicht zutreffend», samt att, *mirabile dictu*, följa densamma.

Giver icke detta yttrande ett ganska tydligt bevis på, att de specifikt »rättsliga» synpunkterna icke äro något annat än vissa hokus pokus, som blott har kraft mellan juristerna inbördes, men som förlora all betydelse vis å vis den allmänna omsättningens intressen, om blott dessa bli tillräckligt påträngande? Det är dock icke mer än omkring 30 år sedan nu berörda yttrande avgivits i en officiell utredning angående en omsättningslivet i eminent mening rörande lagstiftningsfråga i världens i rättsvetenskapligt avseende främst stående land! När fråga uppstår om en vetenskaps frigörelse från sådan skolastisk anda, som detta yttrande vittnar om, så är en tid av 30 år en mycket kort tid. Och den som söker gentemot kritik av rådande rättskolastik hävda, att »nutida juridik» arbetade efter förnuftiga metoder, får allt lov ha godheten något precisera, varifrån dessa metoder härleda sig.

Att, när firman icke bibehålles, borgenärerna efter övertagarens kungörelse om die »Uebernahme der Verbindlichkeiten» kunna hålla sig till denne förklaras i motiven bero därpå, att detta kungörande i överensstämmelse med stadgad

handelssedvanerätt erkännes utgöra en särskild övertagarens »Verpflichtungsgrund».¹ Meningen är oförtydligt den, att kungörandet från övertagarens sida har en särskild rättsstiftande kraft, att en sådan kraft hos hans handlingssätt strider mot vanlig juridik, men att detta oaktat handlingssättet, tack vare handelssedvanerätt, blivit av denna rättsliga betydelse. Detta är också den gängse uppfattningen, som emellertid kan åberopa uttrycklig lag i stället för handelsvanerätt.² Särskilt tydligt uttalar sig *Cosack* i ämnet. Frågan huruvida en affärsövertagare i sådan egenskap bleve ansvarig gentemot borgenärerna vore, säger han,

»regelmässig fürs erste zu verneinen. Denn aus der Tatsache, dass der Erwerber das Geschäft samt den Schulden übernommen hat, lässt sich weiter nichts als der soeben erwähnte Schuldbefreiungsvertrag folgern; dieser giebt aber nur dem Veräusserer Rechte, nicht den Gläubigern: er ist kein Vertrag zu Gunsten Dritter, wirkt also nur unter den Vertragsparteien. Nach einem wichtigen Gewohnheitsrecht, das jetzt durch das Handelsgesetzbuch (25 III) auch gesetzlich anerkannt ist, erlangen aber die Geschäftsgläubiger dann ein unmittelbares Forderungsrecht gegen den Erwerber, wenn dieser die Uebnahme der Geschäftsschulden in verkehrüblicher Art, durch gedruckte Mitteilungen, Zeitungsanzeigen u. dgl., bekannt macht...»

Av särskilt intresse är här betonandet, att det ej vore fråga om »Vertrag zu Gunsten Dritter». Bakom detsamma ligger, att parterna i sitt avtal om affärens överlåtande icke haft någon avsikt att befämja borgenärernas intressen. Alltså kunde dessa icke på avtalet grunda någon rätt emot affärsövertagaren, oaktat man genom figuren »Vertrag zu Gunsten Dritter» sedan något århundrade banat väg för en viss generell möjlighet av en persons berättigande ur andras avtal. Det är visserligen, såsom jag ovan framhållit, sant, att olika syn-

¹ Entwurf s. 40 f.

² Se t. ex. *Staub's* Kommentar, 25 § 22 anm., *Makower*, Handelsgesetzbuch, s. 59, *Cosack*, Lehrbuch des Handelsrechts, s. 54, samt *Wieland*, Handelsrecht, s. 278 ff.

punkter i olika kategorier av fall måste anläggas på frågan om tredjemans självständiga rättsställning på grund av ett avtal. Men dessa synpunkter hava icke ens vid de s. k. »Verträge zu Gunsten Dritter» något att skaffa med tanken på partsviljan såsom en rättsstiftande kraft, huru mycket än partsviljan i sådana fall måste beaktas, när det gäller att bedöma rättsläget för tredjeman.¹ Och av alldeles särskild vikt är att beakta, att synpunkterna på frågan om tredjemans berättigande förnuftigtvis aldrig kunna på det sätt divergera, att grunden för tredjemans rätt kunde »juridiskt» vara olikartad i de olika kategorierna av fall. Över hela linjen för övrigt, vid vanliga avtal icke mindre än vid tredjemansavtalen, har rättseffekten av avtalet »juridiskt» ingen annan grund, än att vissa rättsregler uppehållas, ett uppehållande framdrivet av hänsyn till den allmänna omsättningen och dess förutsättning, alstrandet och uppehållandet av en allmän tillit i samhället.

I Österrike, där ännu gäller Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch av 1861 och där sålunda uttryckliga lagbud saknas, synes man i allmänhet anse, att affärsöverlåtelse medför successors ansvarighet gentemot affärsborgenärerna, om det kungjorts, att han också överlagit passivan.²

Nu några ord om den nordiska jurisprudensens ståndpunkt. I Danmark synes man vara på det klara med, att där

¹ Se mina anmärkningar ovan angående undantagskontraktet till förmån för tredjeman, och jfr nedan s. 220 ff.

² Se *Krainz-Pfaff-Ehrenzweig*, System des Österr. allg. Privatrechts, II, 1915, s. 180; *Krasnopolski-Kajka*, Österr. Obligationenrecht, 1910, s. 288. Äsikten är också erkänd i praxis men bestrides av Dniestrzanski, Zur Theorie der Schuldübernahme, Jur. Vierteljahrschrift, Prag 1907. Dessutom gäller enligt 1409 § i Österrikes Allg. bürg. Gesetzbuch, att affärsövertagaren svarar gentemot borgenärerna, så långt den övertagna förmögenhetskomplexen räcker. Detta stadgande vilar på samma princip som 419 § i Tysklands B. G. B., en princip vilken det, såsom ovan s. 195 n. 1 nämnts, skulle föra för långt att här upptaga till behandling.

icke gäller någon rättsprincip, efter vilken affärsborgenärerna skulle kunna hålla sig till affärens övertagare. *Lassen* behandlar i sin hithörande framställning¹ icke direkt denna fråga, men uttalandena äro sådana, att några tvivelsmål icke kunna uppstå. Hans åsikt är tydligen densamma som *Cosacks*, att borgenärernas anspråk mot övertagaren principiellt böra avvisas, enär affären icke är att betrakta som en egentlig »Tredjemansretshandel» d. v. s. icke såsom ett avtal till förmån för tredjeman. Gentemot sådana synpunkter, som jag i ämnet söker hävda, blir detta ingen argumentation.²

I Norge har man att räkna med en ståndpunkt, motsatt den danskrättsliga. I Norge synes rättspraxis rentav stå på den mot icke blott dansk utan även flertalet andra rättsordningar stridande allmänna ståndpunkten, att, om en person i avtal med annan åtager sig dennes skuld, borgenären får självständigt anspråk mot övertagaren.³ *Stang* gör denna ståndpunkt till sin egen.⁴ Och angående »salg av forretning med overtagelse av dens passiva» uttalar han följande:

»At avtalen, naar ikke det motsatte fremgaar av forholdene, maa medføre, at overtagaren hefter direkte overfor fordringshavare, er ikke tvilsomt».⁵

Det är tydligtvis *Stangs* mening, att borgenärernas anspråk mot övertagaren förutsätter, att avtalet måste kunna så tolkas i förhållandet mellan parterna, att övertagaren av affären tagit skulderna på sig. Detta är också en konsekvens av hans ovan⁶ omnämnda åsikt, att det icke vore »hensyn til tredjemand» utan »hensyn til promissaren», som hade betydelse. De synpunkter, jag framställt, torde ådagalägga denna åsikts

¹ *Lassen*, Haandbog, 59 §, III.

² Se mina antydningar emot *Cosack* ovan s. 203 f.

³ Se *Lassen* a. a. s. 684 n. 14 och i not. 13 därstädes antecknad norsk litteratur.

⁴ *Stang*, Norsk Formuleret, s. 264.

⁵ *Stang* a. a. s. 281.

⁶ Ovan s. 184 n. 1.

ohållbarhet och giva vid handen, icke mindre att övertagaren, oaktat han i avtalet utfäst sig att betala affärsskuldena, stundom icke bör kunna antastas av borgenärerna (nämligen om han i meddelandet om affärens övertagande reserverat sig mot att betala skulderna), än att han bör kunna bli borgenärernas gäldenär, oaktat avtalet mellan parterna icke så kan tolkas (nämligen om, trots detta, meddelandet angående affärens övertagande, såvitt det varit uppfattbart för allmänheten, icke angivit, att affären övertagits utom passivan).

I avseende å finsk rätt må nämnas, att *Chydenius* anser, att, om efterträdaren gent emot överlåtaren övertagit affärs-gälden, den förre blir omedelbart ansvarig till affärsborgenärerna. Emot hans ståndpunkt är sålunda att göra samma anmärkning som mot *Stang*, att denna ansvarighet måste kunna inträda, även om efterträdaren i avtalet icke övertagit gälden. *Chydenius'* argumentation utmärkes f. ö. liksom *Stangs* av att den i verkligheten grundläggande synpunkten — hänsynen till alstrandet och uppehållandet av affärsborgenärernas tillit till att de kunna vända sig mot övertagaren — blivit förbisedd. De skolestiska synpunkterna om betydelsen av överlåtarens avsikt och övertagarens i avtalet uttryckta utfästelsevilja taga hos *Chydenius* överhand och förkväva vissa ansatser till mera verklighetstroga synpunkter.¹

¹ *Chydenius*, Finsk kontraktsrätt, II, Hälsingfors 1925, s. 229 f.:

»Då rörelse utan eller med firma överlättes, övertager förvärvaren ofta rörelsens gäld, vanligen de skulder, vilka bokförts såsom sådana... Borgenärens rätt synes emellertid, vare sig firma överlåtits eller icke, kunna mot rörelsens förvärvare göras gällande, utan att denna till borgenären avgivit någon särskild förbindelse; det kan icke antagas, att den, som fortsätter rörelse, vilken han övertagit jämte gäld, velat för gälden ansvara endast gentemot överlåtaren, vilken således, även där han droge sig till privatlivet, skulle tänkt sig att betala skulderna för att sedan av förvärvaren kräva beloppen: en så opraktisk anordning är säkerligen för affärlivet främmande; borgenären vänder sig, även om han icke befriat överlåtaren, naturligen till den,

Vad svensk rätt angår, har man att observera ett lagförslag i ämnet, anmärkningsvärt frigjort från de vanliga rätts-skolastiska synpunkterna.¹ Enligt 6 § i detta lagförslag² må firma »ej överlåtas eller eljest övergå på annan . . . annorlunda än i sammanhang med den rörelse, för vilken firman begagnats, jämte alla därtill hörande skulder och tillgångar». En-

som utövar rörelsen, i synnerhet om denne även innehar firman. Men förvärvarens omedelbara ansvarighet för gälden beror icke därav, att firman överlåtits och inskrivits, utan uppstår, då han vid förvärv av rörelsen övertager gälden, vilket verkar för borgenären såsom negotium in favorem tertii. Överlåten firmas inskrivning åter synes icke innebära förvärvarens till borgenärer avgivna förbindelser; möjligt är ju, att förvärvaren i själva verket ej övertagit gälden, och vår lag för binder icke utan vidare gäldsansvar med förvärv av firma».

Dessa synpunkter hava uppenbarligen ingen kontakt med min åsikt i ämnet. Ett närmare bemötande torde vara överflödigt. Blott den frågan: hur kan det vara så naturligt, att borgenären vänder sig mot affärens övertagare, om han icke trodde, att han hade anspråk mot denne, och hur skulle han i allmänhet ha en sådan tro, om det icke funnes grund för densammas överensstämmelse med verkligheten?

¹ Man åberopade sig emellertid till stöd för sitt förslag på 1121 art. i code civil. Detta är oriktigt. Detta stadgande avser avtal »au profit d'un tiers» och har sålunda icke med förevarande fråga att skaffa (jfr *Cosacks* uttalande ovan s. 203). Detta stadgande tolkas så, att tredjeman icke får något anspråk mot promittenten, såvida icke en härmed överensstämmande avsikt kan uttolkas ur avtalet. Visserligen ha i sådant avseende domstolarne den vidsträcktaste prövningsbefogenhet. Men man har dock icke tillämpat stadgandet så, att affärsborgenärer på dess grund skulle kunna behandla övertagaren som gäldenär. Stadgande i den andan saknas även i den franska handelsrätten. Har en affär sålts till annan (den avsedda försäljningen måste två gånger offentligen kungöras), så ha affärsborgenärerna anspråk på gottgörelse ur vederlaget. Till förhindrande av dettas förskingrande kunna borgenärerna göra invändning mot dess utbetalande till avyttraren. Allt enligt en lag av 17 mars 1909, varom *Wieland*, *Handelsrecht* s. 273, 276, 278 n. 8. Eventuella senare lagändringar känner jag icke till.

² Förslag till Förordning angående handelsregister, firma och prokura, upprättat på föranstaltande av Stockholms Handels- och Sjöfarts-Nämnd år 1877.

ligt uttryckliga ordalag i paragrafen vore »firmans nye innehavare lika med företrädaren förbunden i avseende å alla de förbindelser, som blivit med firmans begagnande slutna». Jag säger icke, att detta förslag är tillfredsställande. Det synes mig på ett för affärlivet icke nyttigt sätt binda affärsinnehavarens transaktionsmöjligheter. Av motiven¹ framgår emellertid, att man här på ett mera fördomsfritt sätt direkt tagit vad man uppfattat såsom affärlivets intressen till ögonmärke. Emellertid avsatte sig tanken, att efterträdaren skulle bli affärsborgenärernas gäldenär, aldrig i den blivande lagen. — Inom vårt lands rättsvetenskap torde ingen ha i denna fråga från trycket uttalat sig senare än *Eberstein*, som lämnar därhän, huruvida affärsövertagarens ifrågavarande ansvarighet vore »av praktiska hänsyn de lege ferenda önskelig».² Däri ligger inneslutet, att några egentligen rättsvetenskapliga grunder för en sådan ansvarighet icke kunde utletas. Detta framgår med all önskvärd tydlighet av *Ebersteins* omdömen angående den rättsvetenskapliga kontrovers i ämnet, som föregick 25 § i Tysklands nya H. G. B.³ — Om jag bortser från ett fall,⁴ som straxt skall upptagas till behandling, känner jag från vår prejudikatsamling intet direkt uttryck för domstolarnes sätt att betrakta föreliggande fråga.

¹ Förslag till Förordning etc., s. 31 f.

² *Eberstein*, Bidrag till läran om namn och firma enligt svensk rätt, 1909, s. 81 n. 2.

³ »Om vi skulle», skriver *Eberstein*, a. a. s. 81, »försöka att kort karakterisera densamma, ville vi säga, att den företer å ena sidan upprepade, utpräglat tendensiösa försök, grundade på hänsyn till billighet och det praktiska livets behov, att än på ett sätt än på ett annat såsom grundad i sakens natur deducera fram övergången av skulder och tillgångar vid en firmaövertåtelse, och å andra sidan tillbakavisande av dessa försök såsom i saknad av verkligt underlag och påvisande av, att ifrågavarande förhållande icke kan antagas i och för sig, utan för sin existens kräver särskilt stöd av lag.»

⁴ N. J. A. 1924 not. A nr. 277—280. Samtliga domar här angingo samma »fall» i vidsträckt mening.

Men att de synpunkter, som jag hävdar — enligt vilka det icke bör vara avgörande, huruvida parternas avtal kan tolkas såsom dem emellan innebärande ett övertagande av gälden eller icke — måste verka främmande för våra domare synes framgå av underrättens dom i nyssantydnda rättegång, stödd av N. Rev. samt ett justitieråd. Oaktat den allmänna omsättningens av mig åsyftade intressen här voro på ett alldeles särskilt sätt i ögonen fallande, ogillades i denna dom borgenärernas anspråk mot affärsövertagaren.¹ I denna tvist hade jag lämnat ett utlåtande, framhävande en del av här ovan och nedan andragna synpunkter. Hovrätten och H. D. godkände borgenärernas anspråk mot affärsövertagaren. Detta kan mycket väl ha skett under inflytande av min utredning, låt vara att denna på grund av tvungen brådska och min dåtida² ofullständiga inblick i det rättsliga sammanhanget är otillfredsställande. Hovrättens och H. D:s ifrågavarande domar kunna därför näppligen anföras såsom uttryck för vår rättspraxis' hittillsvarande ståndpunkt i ämnet. Beaktar man nu vidare, att mitt utlåtande bemöttes av en rättsvetenskapsman, sedermera professor i civilrätt, vilken hävdade, att mina synpunkter till den grad stode i strid med svensk rättspraxis, att de ginge ut på en »nog så epokgörande» sedvanerättslig nybildning, så torde man utan överdrift kunna säga, att min uppfattning i ämnet varit främmande för hittillsvarande svensk rättsåskådning.

Jag gör nu ånyo uppmärksam därpå, att jag — trots det utrymme, som lämnats åt framställningen i detta ämne — blott

¹ I avseende å rättspraxis må ytterligare erinras om det konsekventa ogillandet av inteckningshavares anspråk mot fastighetsköpare på grund av dennes övertagande av intecknad gäld. Härom, liksom om en möjlig tendens i motsatt riktning i ett rättsfall av 1926, se nedan.

² Utlåtandet avgavs i januari 1921. För den händelse någon skulle söka fram detsamma, vill jag nämna, att det i en parentes innehåller en uppgift angående *Cosacks* åsikt på en viss punkt i äldre framställning, vilken uppgift måste bero på mitt misstag. Mina knapphändiga anmärkningar om rättslitteraturen i övrigt kunna också lätt missförstås.

av grunden för affärsövertagarens ansvar emot företrädarens borgenärer, att detta strängt begränsas till sådana skulder, som enligt inom affärsvärlden rådande uppfattning ha tillkommit i omedelbart samband med utövande av själva rörelsen.¹ Det kan bli en särskild fråga för olika slag av affärsrörelser att avgöra, vilka fordringar blott på grund av detta utåt för publiken framträdande faktum — firmanamnets bibehållande eller affärsövertagandets kungörande (eller, naturligtvis bådadera) — skola kunna göras gällande mot efterträdaren. Stundom kan dock situationen vara så utpräglad, att hans ansvarighet gentemot vissa borgenärer näppeligen borde kunna dragas i det ringaste tvivelsmål. Sådan var situationen i det fall, som jag nyss berörde och där borgenärernas anspråk mot affärsövertagaren godkändes av hovrätten och H. D. Jag skall nu, delvis med de synpunkter, som jag meddelade i mitt i rättegången² givna utlåtande, belysa detta fall.

Enligt två den 27 juni 1919 dagtecknade depositionsbevis hade en person hos bankirfirman Bruno Söderström & C:o Kommanditbolag insatt vissa belopp. Redan dessförinnan hade för övertagande av kommanditbolagets rörelse bildats aktiebolaget Provinsbanken. Aktiebolaget erhöll K. Maj:ts oktroj den 26 juli 1918, inregistrerades den 11 juli 1919 och trädde därefter i verksamhet. Fråga uppstod nu om aktiebolagets betalningsskyldighet för nämnda belopp, förfallna till betalning den 27 oktober 1919.

Mellan de båda bolagen hade givetvis träffats avtal om övertagande från aktiebolagets sida av den av kommanditbo-

¹ Om en mera detaljerad begränsning av området för övertagarens ansvarighet lämpligen kan fastställas i lagparagrafer är dock högst tvivelaktigt.

² Det var i själva verket fyra olika borgenärers mål som avgjordes, N. J. A. 1924 not. A n:r 277—280. Mitt utlåtande avgavs på begäran av borgenärernas advokat i målen under nr. 277 och 288. Jag vill minnas, att det åberopades även i de båda andra rättegångarna, en sak som emellertid är betydelselös, enär det givetvis måst dömas på samma sätt i alla målen. I det följande håller jag mig endast till det under nr. 278 antecknade fallet

laget bedrivna bankrörelsen. Detta övertagande hade bragts till allmänhetens kännedom på flera sätt. Det framgick av handlingarna angående oktroyen, den tryckta berättelsen för år 1918 av aktiebolagets styrelse, tryckta cirkulär, en synnerligen ymnig annonsering i tidningar, aktiebolagets övertagande av kommanditbolagets lokaler samt stämplingar å kommanditbolagets depositionsbevis om dessas framtida utbytande mot bevis, utfärdade av aktiebolaget. Om också aktiebolaget självt icke ombesörjt allt detta kungörande om bankrörelsens övertagande, hade det dock otvivelaktigt både positivt och negativt medverkat därtill.

Med bankrörelse menas »sådan verksamhet, i vilken ingår inlåning från allmänheten, på räkning, som av bank allmänligen begagnas» (lag om bankrörelse $\frac{22}{6}$ 1911, 1 §). Övertagande av bankrörelse måste sålunda bl. a. innebära övertagande av företrädarens depositionsräkningar, vilket åter, kontrahenterna emellan, icke kan in dubio ha annan mening, än att insättarne för utfående av sina tillgodohavanden skola hålla sig till den övertagande banken. Och den allmänhet, som i dylika ting reflekterar något, skulle den väl med kännedom om affären kunna få någon annan uppfattning om dess innebörd? Säkerligen icke. Med hänsyn till det sagda måste alltså kungörandet om bankrörelsens övertagande för den reflekterande allmänheten te sig såsom ett meddelande, att aktiebolaget trädde i kommanditbolagets ställe och att allmänheten sålunda efter övertagandet hade att för sina tillgodohavanden å kommanditbolagets bankräkningar hålla sig till aktiebolaget. Skulle nu rätten i dylika fall vara sådan, att insättarna icke hade något anspråk mot övertagaren, så skulle, i den mån kunskap härom nådde allmänheten, denna nödgas korrigera sin nämnda uppfattning och icke mera lita på, att den hade något anspråk emot övertagaren. Följden härav skulle åter bliva, att insättarne nödgades uttaga sina medel från den upphörande banken för att insätta dem i annan pen-

ninginrättning. Att denna skulle bliva den likviderande bankens efterträdare, därtill finns ingen som helst särskild anledning. Snarare tvärtom; den bank, som genom sitt övertagande av en annan bank skulle vålla dennas kunder sådant extra besvär, skulle förvisso icke förvärva sig några större sympatier hos dessa utan nödgas söka sig insättningskunder på annat håll. Men med en sådan konsekvens skulle ju hela överlåtelse-transaktionen ur affärssynpunkt bli fullständigt förfelad. Ty det mest väsentliga momentet i övertagandet av en bank är ju s t ö v e r t a g a n d e t a v d e n n a s insättningskunder. Övertagandet av en bankrörelse, utan att dessa följde med, bleve därför meningslöst.

Här giver sig sålunda rättsregeln om övertagande bankens ansvarighet gentemot den upphörande bankens insättningskunder av sig själv, så snart man förstår, att den avgörande synpunkten måste vara hänsyn till »Samfundets økonomiske Liv», till den allmänna omsättningen och dennas förutsättning, en allmän trygghetskänsla. Det är helt enkelt nödvändigt att giva insättarna rättslig trygghet eller tillit gentemot övertagande banken, på det att ö v e r h u v u d s å d a n a transaktioner som ö v e r t a g a n d e a v e n b a n k r ö r e l s e må kunna ha en realiserbar mening. Det är olika allmännyttiga synpunkter, som tillgodoses genom regeln om övertagande bankens ansvarighet. Först har man att märka den allmänna principen om möjligheten för två affärskontrahenter att kunna företaga, praktiskt taget, vilka transaktioner som helst. Den förevarande transaktionens effekt förutsätter uppkomsten av rättslig tillit för insättarna till att den nya banken gent emot dem trätt i den gamlas ställe. Utan sådan tillit skulle parternas transaktion utmynna i något helt annat, än vad som med en dylik i allmänhet åsyftas. Det går naturligtvis icke att häremot invända, att i förevarande fall bankrörelsen dock faktiskt kunnat övertagas, oaktat den uppfattningen tydligtvis rått inom juristvärlden, att rättsregeln

ifråga icke hade giltighet. Ty vad som — även om t. ex. H. D. hade ställt sig på en sådan ståndpunkt och denna där- efter omedelbart hade sanktionerats genom lagstadgande — då varit det som möjliggjort transaktionens realiserande, det skulle ha varit insättarnas tro, låt vara falsk, att de kunde lita på aktiebolaget Provinsbankens ansvarighet gent emot dem. I framtiden skulle en sådan transaktion icke ånyo kunna ha skett. Därav förstår man också kortsyntheten i ett sådant resonnemang, som att insättarnas tillit till aktiebolagets ansvarighet skulle vara grund till denna.¹ — Men möjligheten att genomföra en ifrågavarande affär är icke blott av betydelse med hänsyn till vikten för den allmänna omsättningen av att personer avtalsvis må på enklaste sätt kunna åstadkomma de affärsändringar, som de önska. Det är givetvis också för bankernas insättningskunder av stor betydelse, att en bankrörelse må kunna på detta sätt överlätas, utan att insättarne därav behöva förorsakas extra besvär. Sådant hör helt enkelt till en klok organisering av bankrörelsen i ett samhälle.

I föreliggande fall ingick emellertid nu i avtalet mellan kommanditbolaget och aktiebolaget en bestämmelse om att övertagandet av bankrörelsen skulle ske successivt, intill dess kommanditbolaget enligt K. Maj:ts resolution vore likviderat, därvid ifråga om inlåningsrörelsen skulle så tillgå, att de bevis, som å särskilda insättningar blivit av kommanditbolaget utfärdade, utbyttes mot av aktiebolaget utfärdade insättningsbevis. Det heter nu i hovrättens av H. D. fastställda dom, att denna bestämmelse »icke kunde tillerkännas den innebörd, att aktiebolaget... skulle vara för insättarnas tillgodohavanden hos kommanditbolaget ansvarigt, allenast i den mån dylikt utbyte blivit av dem verkställt». Förvisso kan emot detta uttalande ingenting invändas. Det kan emellertid vara visst tvivel underkastat, huruvida domstolen menar, att de

¹ Se härom ovan s. 195.

kontraherande parterna icke avsett en så begränsad ansvarighet, eller att bestämmelsens rättsliga innebörd utåt, oberoende av vad parterna avsett med densamma, vore den angivna. Av skäl, som jag angav i mitt utlåtande, men som för denna framställning äro utan intresse, torde nu visserligen ur avtalsbestämmelsen ifråga icke kunna utläsas någon partsavsikt gående ut på aktiebolagets på antytt sätt begränsade ansvarighet. Vad som här är av vikt är dock, att, även om avtalsbestämmelsen ifråga borde tolkas såsom givande uttryck åt en partsavsikt gående ut på en aktiebolagets begränsade ansvarighet, så kunde detta gentemot insättarne icke spela någon roll, alldenstund den omdebatterade bestämmelsen icke hade på något sätt brags till allmänhetens kännedom. De restriktioner i avseende å ansvarighet gentemot insättarne, vilka möjligen stipulerats i avtalet mellan parterna, kunde, såvitt de icke kungjorts, gentemot insättarna icke ha större betydelse än, vid ett vanligt avtal, t. ex. kontrahents s. k. mentalreservation gentemot sin medkontrahent. En motsatt uppfattning vederlägges av de i hänsyn till den allmänna om sättningen grundade synpunkter, vilka här ovan just hävdats såsom bestämmande för en rättsregel, enligt vilken aktiebolaget måste bli ansvarigt för insättningsräkningarna.

Man finner av det sagda, huru synpunkterna i nu berörda fall icke äro alldeles desamma som vid en vanlig affärsöverlåtelse. I sådana fall som det med Provinsbanken får ju hela transaktionen icke någon mening under annan förutsättning, än att övertagaren blir ansvarig gentemot överlåtarens affärsborgenärer (insättarne). Vid vanliga affärsöverlåtelser är uppkomsten av rättslig tillit för affärsborgenärerna visserligen av stor betydelse för transaktionens mest praktiska realiserande. Men i Provinsbanksfallet är uppkomsten av borgenärernas rättsliga tillit en förutsättning, för att själva affären skall vara något att övertaga. Vid de vanliga affärsöverlåtelserna är det, om man nu blott ser till de avtalande parternas

intressen, överlåtare (promissaren), som omedelbart har intresse av borgenärernas rättsliga tillit till sitt anspråk mot övertagaren; i fall av sådan art som Provinsbankens är det övertagaren (promittenten), som omedelbart har intresset av affärsborgenärernas nämnda rättsliga tillit.

Som förut nämnts, ogillades insättarens talan mot aktiebolaget av Stockholms rådhusrätt. Käranden befanns icke ha »styrkt att aktiebolaget övertagit betalningsansvaret för i målet ingivna, av kommanditbolaget den 27 juni 1919 utfärdade depositionsbevis». I hovrätten och H. D. godkändes, såsom nu ofta nämnts, hans talan. Domen motiverades därmed, att »mellan kommanditbolaget och aktiebolaget träffats avtal om övertagande från aktiebolagets sida av den av kommanditbolaget bedrivna bankrörelsen», samt att »sedan detta avtal i huvudsakliga delar bragts till allmänhetens kännedom, aktiebolaget, som bildats i och för nämnda övertagande, efter att hava den 11 juli 1919 registrerats, trätt i verksamhet». Denna motivering står i full överensstämmelse med både de synpunkter, jag här ovan sökt hävda, och dem, som jag meddelade i rättegången. Särskilt bör märkas, att domstolen icke uttalat något, som kunde tolkas därhän, att insättarnes anspråk mot aktiebolaget skulle förutsätta, att detta i avtalet med kommanditbolaget direkt åtagit sig betalningsskyldighet för insatta belopp.

Härefter skall jag med några ord beröra ett annat fall av skuldövertagande, där frågan om borgenärs rätt mot övertagaren icke sällan blir aktuell. Jag åsyftar följande spörsmål: uppstår för inteckningshavare anspråk mot köparen (personligen) av den intecknade fastigheten, därigenom att köparen i fastighetsköpet övertagit betalningsansvaret för den intecknade gälden? I svensk rättspraxis synes denna fråga konsekvent vara nekande besvarad.¹ Enligt min mening är

¹ Se särskilt plenardomen i N. J. A. 1895, s. 518; vidare N. J. A. 1904 s. 39 och 1909 s. 351. Fallet i N. J. A. 1926 not. A nr. 357 skall nedan beröras.

emellertid en sådan ståndpunkt icke acceptabel. Jag kan icke finna annat, än att bestridandet av in-teckningshavares ifrå-gavarande anspråk blott kan grundas på formalistiska syn-punkter, bottnande i förut kritiserade föreställningar om vad som bestämmer ett avtals rättsliga verkan. Vad som åsyftas i allmänhet med en rättshandel av ifrå-gavarande art, är ju detta praktiska förhållande, att skulden skall komma på sam-ma hand som pantegendomen. Naturligtvis vore det oför-nuftigt, om rätten nu vore sådan, att den icke möjliggjorde realiserandet av detta syftemål utan att indraga de olika in-teckningshavarna i uppgörelsen mellan säljare och köpare. Man tänke sig endast, vilka konsekvenser sådant skulle leda till! Och vilken grund skulle kunna anföras, för att en kö-pare icke skulle bli personligen ansvarig mot in-tecknings-havaren? Det är ju en erkänd sak, att s. k. succession i borgenärsförhållanden äger rum alldeles oberoende av gälde-närens medgivande.¹ Och någon efterräkning från säljarens sida kan ju köparen icke rimligtvis vänta sig, genom att han betalar den skuld, som han dock just gentemot säljaren har åtagit sig. Tvärtom. Skulle säljaren räkna med, att köparen i framtiden skulle möta in-teckningshavarnes krav med in-vändningen, att icke han utan säljaren vore gälldenär, så skulle han givetvis betänka sig väl, innan han inlät sig i en rätts-handel med sådana konsekvenser.² Naturligtvis går det icke

¹ Det är visserligen sant, att köparen icke emot in-teckningshavaren — såsom en debitor cessus emot cessionaren — skulle kunna framställa invänd-ning om kvittning med fordran mot säljaren. Men saken ligger ju också här på ett särskilt sätt: köparen åtager sig ju själv expressis verbis gälden. Före detta åtagande må han beakta, vad han kan förlora genom att bli betal-ningsskyldig till in-teckningshavaren, och därefter inrätta sin uppgörelse med säljaren. Jfr *Stang*, Norsk Formueret, s. 282.

² Jfr *Stang*, a. a. s. 282: »Naar f. eks. kjøperen av en fast eiendom over-tar pantegjælden og fratrækker den i kjøpesummen, kunde forholdet tænkes ordnet saaledes, at panthaverne ikke derved fik noget obligatorisk krav mot ham, men at alene sælgeren fik det. Misligholdes pantobligationerne, maatte

att hävda, att tryggheten för in-teckningshavare skulle minskas genom oppkomsten av deras anspråk mot köparen, oaktat de icke deltagit i affärsoppgörelsen. Något helt annat är det, att in-teckningshavares medgivande självfallet har betydelse, för att köparen skall kunna träda i den förre gäldenärens ställe, så att denne frigöres (jfr 28 § Int. F.). Redan anförda synpunkter giva nu vid handen följande: lika givet som det vore stridande mot all princip för omsättningen inom samhället, om köparen av en skuldbelastad fastighet, i stället för att betala direkt till in-teckningshavaren, fullgjorde likvid av räntor och amorteringar till säljaren, för att denne i sin tur skulle betala dem till in-teckningshavarna — lika givet måste den rättsregeln av omsättningshänsyn vara motiverad, att en oppgörelse mellan köpare och säljare om den förres övertagande av den in-tecknade skulden grundar anspråk för in-teckningshavare att utkräva denna skuld av köparen. Det senare är endast en logisk konsekvens av det förre.

Saken har emellertid en annan sida, som måste beröras. Det är icke nog med att, såsom nyss nämndes, hänsyn till in-teckningshavare självfallet icke kan åberopas emot oppkomsten av fordringsrätt mot köparen; den kan t. o. m. mycket starkt åberopas för oppkomsten av denna rätt. Låt oss se, hur de ställer sig i praktiken. Köparen har ju övertagit skulden. I allmänhet handlas det också i enlighet med detta övertagande, så att köparen och icke säljaren betalar förfallna poster till in-teckningshavarna. Dessa upplysas därigenom, om icke på annat sätt, om, att panten skiftat ägare och att nye ägaren övertagit skulden. Detta innebär i själva verket — med hänsyn till det förut sagda — att de upplysas om fakta, vilka enligt förnuftiga synpunkter måste

i saa fald panthaverne holde sig til sælgeren, og han maatte igjen søke dækning hos kjøperen. Herved paalægges man imidlertid sælgeren hensigtsløse byrder. Man sparer ham for uleilighed og risiko, hvis man tillater fordringshaveren at gaa ham forbi og søke sin dækning direkte hos kjøperen.»

anses ådagalägga, att numera köparen är deras gäldenär. Men vilket stöd skulle de väl ha för en uppfattning, att köparen icke vore deras gäldenär? Jo, endast vissa rättsskolastiska tankar om avtalets betydelse, vilka tankars oriktighet kan ådagaläggas. Men det är naturligtvis för främjande av den allmänna omsättningen i samhället genom avtal av största vikt — bl. a. när ju de särskilda rättsvetenskapliga konstruktionerna icke kunna göras till allmänhetens intellektuella egendom — att rätten i verkligheten är sådan, som den med stöd av allmänt förnuftiga synpunkter synes vara. Blott därigenom alstras den allmänna tillit, som i högsta grad möjliggör avtalens användning såsom omsättningsmedel. Också om av någon säregen anledning mellan köpare och säljare skulle ha överenskommits, att inteckningshavare icke skulle ha fordringsanspråk mot köparen, bör han därför likväl erhålla sådant, såvitt han icke vid underrättelsen om att köparen övertagit den intecknade gälden upplyses om det särskilda förhållandet.

Också här framträder tydligt, att det är på olika vägar, som man kommer fram till uppfattningen om en inteckningshavares självständiga anspråk mot sådan köpare av intecknad fastighet, som övertagit den intecknade gälden. Dels är denna regel grundad i omsättningsnyttiga hänsyn på det sätt, att genom densamma största möjlighet gives för realiserande av parternas avtalsintentioner. Denna synpunkt kommer nära den, varmed man har att motivera tredjemans anspråk efter t. ex. ett undantagskontrakt till hans förmån. Dels är rättsregeln ifråga nyttig också på det sätt, att den giver en inteckningshavare rättslig grund för och därmed trygghet i det handlings sätt, som han ur sin egen synpunkt måste finna vara det förnuftigaste, nämligen att behandla innehavaren av den intecknade fastigheten såsom sin gäldenär.

Av vad som i annat sammanhang antytts om norsk rätts allmänna hållning i hithörande frågor är det givet, att i Norge

en fastighetsköpare skall vara personligen ansvarig gentemot in-teckningshavare för den övertagna gälden. »Den ret», säger emellertid *Stang*,

»fordringshaveren saaledes faar overfor gjældsøvertageren, faar han ikke for sin egen skyld, men av hensyn til de kontraherende parter og særlig av hensyn till gjældsøverdrageren».¹

Detta uttalande, överensstämmande med annat av *Stang*, förut berört,² är icke hållbart och just ägnat att förvirra hithörande frågor. Redan av vad jag nyss påpekat följer, att in-teckningshavaren icke kan få anspråket mot köparen blott för parternas »skyld». Viktigare är emellertid, att han får detta anspråk överhuvud icke för någons »skyld», för säljarens lika litet som för sin egen. Hans anspråk är, liksom alla andra anspråk, endast och allenast en annan sida av att vissa rättsregler uppehållas, och detta uppehållande åter sker här, på det att de i hithörande situationer mest praktiska, onödiga omgång undvikande handlingssätten må kunna i rättslig trygghet iakttagas, vilket åter just är ägnat att på bästa sätt tillgodose det hithörande omsättningslivet. Antag t. ex. att säljaren har eller har fått motfordran mot in-teckningshavaren. Det skulle nu kunna vara en betydande förmån för honom att få in-tecknade belopp av köparen utbetalta till sig för att vid likvid till in-teckningshavaren innehålla så mycket, som svarar mot hans fordring mot denne. Icke desto mindre måste han med rättsregeln ifråga nöja sig med, att penningarna gå direkt från köparen till in-teckningshavaren. Överhuvud ligger saken naturligtvis ofta så, att säljaren aldrig ägnat någon tanke åt fördelen för sig att slippa inkassera belopp av köparen för att tillställa dem åt in-teckningshavare. Att rättsregeln ifråga likväl skulle gälla av hänsyn till en sådan fördel för säljaren verkar ju väl krystat. En av de största fördelar för en in-teckningshavare av rättsregeln i fråga är, att han, oaktat in-teckningens

¹ *Stang* a. a. s. 282.

² Ovan s. 184 n. 1.

förfallande, kan söka ut beloppet av köparen, därest fordringspreskription icke inträtt. Det förefaller nu också rätt krystat, att denna fördel skulle uppstå såsom en följd av beaktande »av hensyn til de kontraherende parter og særlig av hensyn til gjældsoverdrageren».

Man måste överhuvud söka förstå, att det blott beror på närsynthet, när man uppställer frågan, »för vilkens skull» in-teckningshavaren har anspråk mot köparen.¹ Det är icke för någon viss persons skull. Det är heller icke för alla sådana säljares, sådana köpares eller sådana in-teckningshavares skull. Utan det är — för att nu använda *Stangs* uttryck — för alla s vår skull, för s a m h å l l e t s skull, som man har att under-söka vilken regel, som här lämpligast uppehålls. Det gäller att på varje område inom rättslivet söka tillse, att sådana regler uppehållas, att samhällsekonomin har största möjliga gagn därav. Saken är också här i stora drag fullt analog med förklaringen till avtalets rättsliga betydelse. Löftesmottagaren i ett avtal får icke något anspråk för sin skull utan blott såsom en nödvändig konsekvens av att den ordning uppehålls, enligt vilken människors deklARATIONER (under särskilda om-ständigheter) av sina blivande handlingssätt medföra visst regelmässigt tvång å dessa. Och denna ordning uppehålls, på det att samhället skall kunna existera. De avtalandes deklARATIONER komma med i spelet helt enkelt därför, att det för influerande på handlingssätten till samhällsekonomiens be-främjande icke finns något bättre att anknyta en ordning för dessa till än just människors deklARATIONER av, vad de önska sig och hur de komma att handla. Dessa deklARATIONER måste därför tilldraga sig den största uppmärksamhet, och parternas intentioner måste beaktas i görligaste mån — men för visso icke »för parternas egen skull». Tvärtom visar oss ju hela avtalsläran på mest tydliga sätt, att parternas deklARATIONER

¹ Eller överhuvud, »för vilkens skull» tredje man kan härleda rätt ur andras avtal.

alls icke tolkas efter hänsynstagande till parterna, så att rättigheter skulle uppstå »för deras skull». Utan de tolkas så, att en allmän tillit till och trygghet i handlingssätten må kunna uppstå, vilket är en nödvändig förutsättning för befrämjande av det allmänna omsättningslivet.

På ett med nyssantydde omständigheter vid det vanliga avtalet jämförligt sätt förhåller det sig nu också i förevarande fall (liksom naturligtvis för övrigt, enligt vad jag förut erinrat om, i alla frågor angående en rätt för tredjeman ur andras avtal). Förvisso måste både säljarens och den inteckningsgälden övertagande köparens intentioner och intressen beaktas, så långt detta låter sig göra utan att föranleda en omsättningshämmande otrygghet för andra. Skedde icke största möjliga beaktande av parternas intressen, skulle rättshandeln ifråga icke bli på bästa sätt användbar i allmänhet för de människor, som kunna önska betjäna sig av densamma, och därmed icke på bästa sätt användbar för omsättningslivet i samhället. Skulle åter beaktandet av parternas eller viss parts intressen ske på sådant sätt, att otrygghet uppstode för inteckningshavare eller annan genom brist på tillräckligt markerad regelmässighet i ordningen eller genom dennas brist på överensstämmelse med förnuftigt affärssinne, så leder detta till en motsvarande hämning i omsättningen och måste därför undvikas. Vad som framför allt bör förstås är därför följande. Det är alls icke tal om, att någon rättighet kan uppkomma för rättighetshavarens skull. Det är vidare blott skenbart som partens och andra enskildas intressen äro bestämmande för hithörande rättsregler och deras tillämpning. I verkligheten är det allmänna intressen, som äro bestämmande. Det är nödvändigt eller nyttigt för den allmänna omsättningen och samhällsekonomin — d. v. s. för tillvaratagande av alla s våra gemensamma intressen — att personer efter sina önskningar genom överenskommelser skola kunna åstadkom-

ma en rättslig press på de överenskommandes eller någons av dem handlingssätt, vare sig nu detta handlingssätt omedelbart länder blott part eller även tredjeman till gagn. Men överenskommelserna få ingalunda alltid och böra med hänsyn till den allmänna omsättningen ingalunda alltid få effekt i enlighet med parternas vare sig önsningar eller intressen i det förevarande fallet; men de böra alltid, i frånvaro av däremot stridande uttryckligt lagstads-gande, erhålla den tolkning, som förutsätter en allas våra intressen tillgodoseende rättsregel. Och det är på denna väg, som man enligt min mening kommer fram till regeln, att in-teckningshavarna få anspråk mot den fastighetsköpare per-sonligen, som i köpet övertagit den in-tecknade gälden.

Att den sålunda motiverade regeln lika litet som övriga här förfäktade rättsprinciper kan antagas råka i strid med en utbredd rättfärdighetskänsla, s. a. s. *in abstracto*, synes mig uppenbart. Icke förty skulle möjligen kunna ifrågasättas, huruvida icke regelns hävdande inom svensk rättslitteratur *de lege lata* — i beaktande av både rättspraxis' och väl också den hittillsvarande rättsvetenskapliga åskådningens starkt utpräg-lade motsatta ståndpunkt — kunde innebära en viss sido-vördnad för gällande rätt. Jag kan här icke gå närmare in på denna, med allt vad den drager med sig, vidsträckta fråga. Jag vill endast säga, att den ifrågasatta positionen synes mig leda till den oantagliga konsekvensen, att varje vid sidan av lagstiftningen gående rättsutveckling, stödd på kritik av rådande doktriner, vore något förkastligt. Här är ju dessutom alldeles icke fråga om brytande mot någon allmän p o p u l ä r uppfattning, om vad som är gällande rätt i en viss fråga. Tvärtom torde kunna sägas, att det populära föreställnings-sättet — i den mån man kunde tala om sådant i denna fråga — snarare antager, att fastighetsköparen genom gäldens över-tagande blir omedelbart ansvarig gentemot borgenären-in-teck-ningshavaren.

Jag har i det föregående blott avsett att yttra mig om rättsställningen mellan inteckningshavare och fastighetsköpare i den senares egenskap av innehavare av fastigheten. Blotta övertagandet i uppgörelsen med säljaren såsom sådant av skulden kan ej motivera, att köparen, också efter det att han i sin tur avyttrat fastigheten med uppgörelse om den intecknade skuldens övertagande av sin successor, skulle förbli ansvarig gentemot inteckningshavare. Det är ju nyttan för den allmänna omsättningen, som förklarar regeln om fastighetsköparens personliga ansvarighet. Och denna nytta sammanhänger med det praktiskt lämpliga i att pant och »skuld» komma på samma hand. Nu får naturligtvis regeln om fastighetsköparens personliga ansvar icke onödigtvis urgeras på bekostnad av andra lämplighetshänsyn. Det synes emellertid ganska påtagligt, att därest en fastighetsinnehavares betalningsskyldighet till inteckningshavare skulle kvarstå efter avyttrandet av fastigheten — utan att han genom påteckning å inteckningshandlingen enligt 28 § Int. F. befriat föregående innehavaren från dennes ansvar — såskulle ett olämpligt sakernas tillstånd inträda, som stundom skulle kunna medföra en kännbar rättsosäkerhet. Inteckningshavare skulle — i händelse fastigheten icke längre, på grund av nedgång i pris, gäve honom tillräcklig trygghet — hava lika många gäldenärer att hålla sig till, som det funnits fastighetsöverlåtelser, vilka just i fluktuationstider kunna på kort tid gå upp till ett betydande antal. Ser man detta ur synpunkten av f. d. fastighetsinnehavare, framträder det betänkliga i situationen. Dessa skulle före sina skulders preskribering icke vara tryggade mot att en gång i framtiden få gälda belopp, som icke kunna utfås ur fastighetens nedgångna värde. En sådan ordning är icke acceptabel. Vart den kan leda till framgår av *Stangs* skildring angående förhållandena under spekulationstiden i Oslo i slutet av 1800-talet. »Da hvirvledes», säger han, a. a. s. 280 f.,

»gaardene i rastløst jag fra haand til haand; alle kjøpere overtok pantegjælden, men de fleste av dem hadde ingen anelse om, at de derved blev heftende for gjælden ogsaa utover sin eiendomstid. Da kraket kom, blev spørmaalet om gjældsovertagelsens retsvirkninger meget praktisk og blev i mange former forelagt domstolene. Disse fastholdt fremdeles den opfatning, som var uttalt i domen av 1845.¹ Som følge deraf kom kraket til at gaa ut ogsaa over de spekulanter, som i tide hadde solgt sine gaarde og trodde, de derved hadde viklet sig ut av affærerne. Panthaverne hadde ofte en hel række skyldnere att vælge mellem og kunde holde sig til den, som efter kraket var mest solvent. De farer, den nuværende regel indebærer, kom derved til att træ fram i et meget skarpt lys.»²

Det torde utan vidare kunna sägas, att dylika förhållanden äro så olämpliga, att de måste göra en regel om fastighetsköparens personliga ansvarighet gentemot in-teckningshavare oantaglig, därest de vore nödvändiga konsekvenser av en sådan regel. *Stang* anser för sin del det »være heldig, om man ved lov kunde begrænse den store fordel, pantehavarne har av gjældeovertagelsen», men finner, att den norska regeln med sina nyss skildrade olyckliga konsekvenser »er den eneste, som kan opstilles uten hjælp i en særlig lovregel».³

Här framträder nu tydligt en väsentlig skillnad mellan min och jurisprudensens ståndpunkt. Enligt *Stang* är ett särskilt stadgande erforderligt, för att det personliga ansvaret skall begränsas (till tiden för fastighetsinnehavet eller på annat sätt). Detta måste också falla sig helt naturligt med gängse uppfattningen om existensen av rättigheter och skyldigheter. Har en till personen hörande rättslig makt uppstått och en däremot svarande rättslig skyldighet, då måste i brist på laglig föreskrift en särskild dispositionsakt från rättighetshavaren föreligga, för att denna rättsmakt skall bringas till upphö-

¹ Den dom, från vilken uppfattningen i Norge om fastighetsköparens personliga ansvarighet daterar sig.

² Se vidare *Stang* a. a. s. 286.

³ *Stang* a. a. s. 286.

rande. Förvisso är *Stangs* åsikt nära besläktad med den, som tagit sig uttryck i motiveringen till den hoiesteretsdom av 7 maj 1845, som anses bilda vändpunkten till förmån för inteckningshavares anspråk mot köparen personligen i norsk rättsuppfattning. Det heter i denna motivering:

»Naar det først er erkjendt, at kjøperen et eneste øjeblik har heftet personlig, forstaaes det ikke, hvorledes denne personlige forpligtelse kan ophøre, fordi han skiller sig ved pantet. Denne forpligtelse maa gjælde naar ingen indskrænking i overtagelsen findes» (citater efter *Stang* a. a. s. 279).

Anlägger man av mig hävdade synpunkter — enligt vilka hithörande »rättigheter» och »skyldigheter» blott kunna vara konsekvenser av vissa rättsreglers uppehållande, rättsregler vilka bestämmas av hänsyn till den allmänna omsättningen på området ifråga och dennas förutsättning, en allmän känsla av trygghet i förevarande transaktioner — då kan resultatet icke bli något annat, än att fastighetsköparen på grund blott av övertagandet av intecknade gälden visserligen svarar personligen emot inteckningshavaren, men endast så länge han innehar fastigheten. En sådan ansvarighetsregel följer av det allmänna intresset, att fastighet och skuld komma på samma hand. Redan därmed är fastighetsköparens ansvarighet icke motiverad längre än under den tid, han innehar fastigheten. Till detta kommer att hans ansvarighet därutöver skulle positivt råka i konflikt med nyss angivna trygghetsintressen. — Till förebyggande av missuppfattning av dessa antydningar om min ståndpunkt tillåter jag mig, utan att ytterligare kunna uppehålla mig vid ämnet, precisera min mening sålunda. Det torde, trots brist på stöd i uttryckligt lagställe, vara motiverat att för svensk rätt hävda, det fastighetsköparen personligen ansvarar gentemot inteckningshavare — på grund a l l e n a s t av sitt övertagande, i avtalet med säljaren, av intecknade gälden — under följande omständigheter:

1. Så länge han innehar fastigheten.

2. Även efter det att han avyttrat fastigheten, i följande två fall, varvid dock frågan i det senare av dessa synes mig diskutabel:¹

a. Om han avyttrat fastigheten, efter det att inteckningen under hans innehav av fastigheten dödats eller förfallit (naturligtvis under förutsättning, att detta icke är att tolka såsom en befrielse från det personliga ansvaret).

b. Om han avyttrat fastigheten utan att — av någon tänkbar anledning — av efterträdaren betinga sig dennes övertagande av den intecknade gälden.

Har fastighetsköparen gjort påteckning enligt 28 § Int. F. faller saken uppenbarligen helt utanför denna framställning.

*

Ovanstående synpunkter angående fastighetsköparens ansvar för övertagen inteckningsgäld meddelade jag i ett yttrande i en rättegång, antecknad i N. J. A. 1926 not. A nr. 357. Här hade fastighetsköparen i köpet (den 30 april 1908) icke blott övertagit den intecknade gälden utan också uttryckligen åtagit sig att teckna sin personliga betalningsansvarighet å inteckningsreverserna. Redan första efter köpet förfallna räntelikviden betalades av fastighetsköparen. Inteckningarna förföllo emellertid, på grund av underlåten förnyelse, inom ett år efter köpet (den 13 mars 1909). Fastighetsköparen fortsatte emellertid detta oakat att under elva år där-efter inbetala räntorna till inteckningshavaren. Slutligen blev det tvist, varvid fastighetsköparen hävdade, att å honom icke vilade någon personlig betalningsskyldighet, samt att fastigheten alltsedan 1909 icke vore graverad med inteckningarna ifråga. Inteckningshavarens betalningsanspråk ogillades av Stockholms rådhusrätt samt hovrätten på den grund, att fastighetsköparens

»åtagande i köpekontraktet att övertaga betalningsskyldigheten för intecknade skuldförbindelserna icke inneburit vidsträcktare förplik-

¹ En diskussion, som dock faller utom ramen för dessa antydningar.

telse för honom än att befria Edit, Greta m. fl. (säljarne) från dem möjligen åvilande personlig ansvarighet för förbindelserna»

samt att denna ansvarighet upphört enligt 29 § Int. F. i följd av att inteckningarne fått förfalla. — H. D. godkände emellertid inteckningshavarens anspråk, men ingalunda med stöd av sådana synpunkter, som jag framhävde i mitt yttrande. Och dock är det icke alldeles uteslutet, att sådana synpunkter övat inflytande på H. D:s dom, ehuru man icke varit beredd att genom deras intagande i motiveringen binda sig för desamma. Detta kan ifrågasättas av den anledning, att den av H. D. uttalade motiveringen för dess de underordnade domstolarnes motsatta dom näppeligen är hållbar. Det heter i denna dom:

»I målet vore upplyst, att, då svaranden (fastighetsköparen) med brev ²⁹/₉ 08 till Anna Kristina Bergström (förutvarande inteckningshavare, från vars sterbhus nuvarande innehavet härledde sig) översände den räntelikvid för de intecknade skuldebreven, som efter ifrågakomna fastighetsköp först förföll, svaranden tillika anhöll att komma i förbindelse med Anna Kristina Bergström 'för tillställande av omslagsrevers å inteckningarna'. Härigenom finge svaranden anses hava förklarat sig beredd att i förhållande till Anna Kristina Bergström ikläda sig personligt betalningsansvar för gälden; och svaranden hade icke gittat bestämt påstå, att Anna Kristina Bergström avböjt detta erbjudande. För antagande att så ej skett utan att fast hellre svaranden och Anna Kristina Bergström enats om att svaranden skulle övertaga dylikt ansvar talade ock den omständigheten att, sedan inteckningarna ¹³/₃ 09 förfallit, svaranden dock alltfort till ¹/₁₀ 19 å skuldebreven guldit ränta till Anna Kristina Bergström, som för anteckning om likviderna tillhandahållit svaranden skuldebreven. Med hänsyn härtill och till övriga omständigheter i målet kunde avseende ej fästas vid svarandens uppgift, att sistnämnda räntebelopp överlämnats till Anna Kristina Bergström såsom gåva».

På grund härav dömdes fastighetsköparen att till innehavaren av inteckningsreverserna betala de föreskrivna beloppen. — Denna motivering är nu synnerligen intressant. På papperet ser det ut, som om man hade ett till intecknings-

havaren avgivet, av denne icke avslaget betalningslöfte att grunda inteckningshavarens anspråk på. Men i verkligheten förhåller det sig icke så. Det måste vara en ren fiktion, att fastighetsköparen vid sin anhållan att komma i förbindelse med Bergström »för tillställande av omslagsrevers å inteckningarna» haft någon tanke på att åtaga sig något, som han icke redan på grund av avtalet med säljaren måste ha känt sig skyldig till. Köparen hade ju i detta åtagit sig icke blott att betala inteckningsskulderna utan också att teckna sin personliga ansvarighet å reverserna. Nu kan visserligen detta senare åtagande icke tillmätas någon särskild betydelse, enär det rimligtvis måste involveras i det allmänna övertagandet av inteckningsskulderna. Ett sådant övertagande kan ju parterna emellan svårigen tolkas på annat sätt, än att efter detsamma köparen och icke säljaren skall vara inteckningshavarens skuldenär. Men säljarens befrielse från galdenärsskapet åstadkommes på enklaste sätt därigenom, att köparen tecknar sin betalningsskyldighet å reversen. I enlighet härmed behandlas ju också i vår rättspraxis köparens övertagande, i avtalet med säljaren, av den intecknade galden såsom medförande skyldighet att göra nämnda påtecknande.¹ Alltnog, det finns ingen som helst faktisk grund för antagandet, att köparens hänvändelse till Bergström i slutet av september 1908 av någon av dem själva rimligtvis kunnat uppfattas såsom annat än utförande av ett handlingssätt, som den förre i köpeavtalet åtagit sig. Det saknas allt stöd, för att köparen haft någon tanke på att *u t ö v e r* sin utfästelse i avtalet ytterligare åtaga sig något. Lika tydligt är det, att köparens inbetalning av räntorna de elva följande åren — i den mån han nu icke skulle ha menat sig skänka beloppen åt inteckningshavaren — icke kan vara uttryck för något annat än hans vilja att fullgöra, vad han åtagit sig genom övertagandet i köpeavtalet av inteckningsskulderna. Det förefaller sålunda vara uppenbart, att den fak-

¹ Se t. ex. N. J. A. 1925 s. 265 m. fl. fall.

tiska grund, som enligt jurisprudenten här skulle vara nödvändig för köparens personliga ansvarighet, icke finnes. Likväl har den av H. D. åberopats, såsom om den funnits. Därmed blir denna dom i verkligheten ett starkt stöd för de synpunkter, som jag i denna fråga meddelat. Domstolen har för att, i obruten harmoni med jurisprudentens läror, kunna nå fram till godkännande av inteckningshavarens anspråk — det enda med omsättningslivets intressen överensstämmande resultatet — nödgats bygga på en faktisk grund, vilken icke existerat utan måst uppkonstrueras. Därmed har domstolen ådagalagt, att den i förevarande fall i verkligheten icke kunnat göra något bruk av jurisprudentens läror i ämnet.¹

VIII.

Till sist tillåter jag mig helt kort fästa uppmärksamheten på vissa andra betydande frågor, vilka kunna röna inflytande av vad i dessa föreläsningar blivit utrett.

Straffrätten, både *de lege lata* och *ferenda*, kan näppeligen i längden förbli oberörd av att sådana hittills inom densamma antagna utgångspunkter, som att vissa handlingssätt utgjorde

¹ För fullständighetens skull må här blott påpekas, att det övertagande av fastighetssäljarens gäld, som avses i fallet i N. J. A. 1881 s. 278, icke kommer under samma synpunkter, som nu utvecklats. Jag lutar åt uppfattningen, att borgenären i ett dylikt fall icke borde erhålla anspråk mot köparen. I sådant fall som det i N. J. A. 1923 s. 263 nämnda synes mig icke heller något anspråk för borgenären-tredjeman böra uppstå. Vanskligare att bedöma torde saken vara i fallet i N. J. A. 1904 s. 510. En undersökning av dessa fall skulle föra mig för långt utanför ramen för dessa antydningar. — Gärna skulle jag ha önskat åskådliggöra mina synpunkters tillämpning å frågor angående livförsäkringsavtalet till förmån för en tredje. Såsom jag ser på saken, måste emellertid här först ske en grundlig utredning av den benefika rättshandels ställning i svensk rätt, något som givetvis faller helt utanför ämnet. — Till sist får jag här för säkerhets skull meddela, att jag naturligtvis i det hela övergivit den ståndpunkt, som jag förfäktade för 20 år sedan i mitt arbete angående tredjemansavtalet.

ingrepp i äganderätten eller andra rättighetskränkningar, visats vara ohållbara, ja en upp- och nedvändning av de verkliga förhållandena.

Lagstiftningen även på andra områden kan icke blunda för den ändring i läget, som uppstår genom icke mindre insikten om, att det icke finns några rättigheter, än förståelsen för de realiteter, om vilka det i verkligheten rör sig. Diskussionen i legislativt hänseende av sådant som expropriation, »rätt» till arv, förhållandet mellan legogivare och legotagare vid fast egendom o. s. v. måste dirigeras av delvis nya principer, betingade av det förändrade läge, som jag nyss antydde.

Slutligen må även nämnas, att om man erkänner riktigheten i det väsentliga av mina i 3—6 §§ här ovan meddelade synpunkter, så måste folkrättsvetenskapen uppgiva hela sin nuvarande grundval. Denna grundval utgöres nämligen av ingenting annat än det idéskum, som i folkfantasien flutit upp på den inom varje land uppehållna statliga ordningen och under namn av rättigheter och skyldigheter, rätt och orätt, avtalets såsom sådant rättsstiftande förmåga o. s. v. bemäktigat sig sinnena. Sådana chimäriska rättsföreställningar ha inom ett land, som antytts, en viss reell bakgrund i det faktiska rättsmaskineriet, vilket också håller rättsföreställningarna så att säga i tygeln och hindrar dem att, till människornas fördärv, med fantasien löpa alltför långt bort från verkligheten. Mellan folken fungerar icke detta rättsmaskineri, ingen rättsordning. Den skenbara tillvaron av en dylik, av en folkrätt, har i korthet följande förklaring. Man har icke förstått, att rättighets- och rättspliktsföreställningarne, föreställningarne om rätt och orätt samt om avtalets rättsliga kraft endast varit idéskummet på ytan av det nationella rättsmaskineriet. Man har trott, att alla dessa rättsidéer i sig själva varit något att bygga på. Därför har man också trott — fastän något verkligt rättsmaskineri mellan staterna aldrig funnits — att dessa likväl ha rättigheter och rättsplikter samt att de

kunna avsluta berättigande och förpliktande avtal. Denna tro är grunden för antagandet av en folkrätt. Denna vilar sålunda blott på det chimäriska idéskummet inom de olika länderna, vilket så att säga flutit ut på det mellanfolkliga området. Men här flyter det icke på ytan av något, som är verkligt, utan fladdrar bokstavligen i tomma rymden. Den bristande insikten härom är ödesdiger. Utrikespolitiken blir därigenom stundom till en seglats med ledning av falska fyrar. Förr eller senare kan en kollision medföra katastrof. Dessa mellanfolkliga rättsidéer ha icke någon tillförlitlig styrsel. Släppas de under särskilda omständigheter lösa, störta de hejdlöst fram, uppjagande hos människorna och berusande dem med deras primitivaste instinkter av hat och hämnd. Genom sin förödande natur äro de att förlikna vid elden. De kunna liksom denna vara nyttiga. Men förutsättningen härför är, att människorna ha herraväldet och kontrollen över dem. I motsatt fall äro de farliga och kunna sätta hela världsdelar i brand. Inom de olika staterna utövas omedvetet denna kontroll genom rättsmaskineriets uppehållande. Men i internationella förhållanden finns ju intet sådant. Och okungheten om dessa rättsföreställningars beskaffenhet utesluter möjligheten av någon medveten kontroll å dem. Därmed innebära de en ständig fara för krigiska förvecklingar. Emot denna fara skulle t. o. m. enbart en faktiskt skedd allmän avrustning intet förmå. Ty när rättsföreställningarna träda i hämndinstinkternas tjänst, när vedergällning på fullaste allvar kräves i rättens helgade namn, då skola med vetenskapens och teknikens förenade hjälp alltid de nödiga angrepps- och försvarsmedlen kunna produceras, snart sagt, i en handvändning.

Av det sagda måste kunna inses, att med rådande folkrättsvetenskapliga åskådning det över hela världen skallande ropet på uppbyggande av en ständig världsfred på rättens grund är ett nödrop, som icke har någon förnuftig mening. Men

det skall få en mening, när man börjar begripa, att det icke finns någon folkrätt och att rättsföreställningarna äro falska. Då skall människornas rop på världsfred få innebörden av ett krav på en omläggning av våra rättsföreställningar, på deras anpassande efter sådana maximer, vilka visa sig vara nyttiga för världshushållningen och gagneliga för en internationell politik, som vill sätta hänsynen till hela mänsklighetens välfärd framför det egna landets uppkonstruerade »rättigheter», vilka ofta intet annat äro än dess krasst egoistiska intressen. Har jag icke i huvudsak tagit miste i mina utredningar under föregående paragrafer, då är den konsekvensen oavvislig, att folkrättsvetenskapens metoder äro odugliga och att den måste inrätta sig efter helt andra metoder, om den vill på något sätt understödja människornas strävanden efter en tryggad världsfred.¹

¹ Angående mina åsikters närmare förhållande till folkrätten och världsfreden får jag hänvisa till min »Superstition etc.» samt mina uppsatser »Några drag ur internationell politik» i Tiden 1926 samt »Das trojanische Pferd» i Preussische Jahrbücher 1928, den senare uppsatsen tyvärr behäftad med några vilseledande tryckfel. — I det föregående har jag bl. a. också i avseende å ett par rättsfall direkt påvisat betydelsen av de av mig hävdade metoderna för rättspraxis. Nu är det ju, såsom jag i dessa »Kompletterande anmärkningar» inledningsvis framhävde, u p p e n b a r t, att rättspraxis, om mina från jurisprudensen avvikande synpunkter äro sakligt grundade, förr eller senare m å s t e influeras av dem. För dem, som ha särskilt intresse för denna sida av saken, kan jag emellertid nämna, att jag också i rättegångar utänför här behandlade områden, i vilka min åsikt inhämtats, såvitt jag har mig bekant, nästan undantagslöst haft tillfredsställelsen se det slutliga avgörandet gå i den av mig hävdade riktningen. I ett par fall har hovrätten varit sista instans. I fallet i N. J. A. 1928 s. 240 förefaller det, som om H. D. bland flera rättslärdas utlåtanden godtagit just mina synpunkter. Detta framgår kanske icke fullt tydligt av referatet, s. 249 f., men den intresserade kan taga del av samtliga de rättslärdas yttranden, vilka äro tryckta i »Den Linhultska donationen», 1926. Särskilt beakte man s. 54 f. och s. 61 ib. samt ett av mig efter domen avgivet utlåtande, tryckt i skriften »Kan rättskraftig dom opåtalt kränkas?», 1928, varest man bl. a. märke s. 50 ff. — Kanske får jag även nämna plenardomen i N. J. A. 1918 s. 441 angående

pactum reservati domini. Det finns viss anledning förmoda, att denna dom — stående i strid med en kort förut av *Almén* i Sv. J. T. 1918, s. 5 ff., hävdad ståndpunkt — rönt inflytande av vad jag i ämnet anfört angående vikten av att laga hänsyn till den allmänna tryggheten och omsättningen; se min »Byggnadsborgenärernas rättsliga ställning etc.» 1917, s. 18 ff. Den därstädes utvecklade grundtanken står jag för alltjämt, ehuru jag, såsom jag numera ser på saken, skulle ha utfört den på ett delvis annat sätt.

Rättelse:

Å sidan 9 står: D. 44, 73 pr., läs: D. 44, 7, 3 pr.



