

Funktionalismen och bättre rätt till fast egendom

Av jur. dr CLAES MARTINSON*

Avsikten med denna artikel är att belysa några frågor kring bättre rätt till fast egendom. Det handlar bl.a. om att B använder bulvanen C för att sälja till D, om vad ett beslut om ”bättre rätt” skall innebära, och om hur JB 18:9 skall användas. Jag behandlar temat genom att lyfta fram hur vår svenska (nordiska) funktionella argumentationstradition är ett särpräglad sätt att angripa och hantera förmögenhetsrätten. Poängen med att beskriva det funktionella angreppssättet i en analys av konkreta problem är att visa nytan med att beakta dessa aspekter. Genom att inte bara argumentera, utan också belysa hur detta görs, vill jag ge exempel på hur förhållningssättet medvetet kan användas för att analysera och konstruera argumentationen i sig.

1 En artikel med dubbla budskap

Jordabalkens 18 kapitel är ett intressant kapitel. Utöver att det reglerar centrala sakrättsliga frågor kring omsättningsskydd, är det huvudsakligen författat i den absoluta slutfasen för de substantiella tänkesättens inflytande över äganderättsbegreppet i svensk rätt. Med slutet för detta inflytande övergavs föreställningar om äganderätten som något mer än socialt konstruerat.¹ Kapitlet är därför en av milstolparna för den svenska funktionella argumentationstradition som idag dominerar vårt förmögenhetsrättsliga tänkande.² Funktionalismen har blivit en självklar utgångspunkt som varken behöver motiveras eller ens behandlas som ett särskilt fenomen. I en tid av internationalisering av privaträtten, där vi i högre grad kan antas stöta på andra tänkesätt och influeras av dessa, finns det emellertid anledning att framhålla vårt

* Jag vill tacka mina kollegor Svante O Johansson, Folke Grauers och Jens Andreasson för värdefulla synpunkter på ett utkast till denna text.

¹ Jfr Björne, Lars, Realism och skandinavisk realism, Institutet för rättshistorisk forskning 2007, s. 469–495.

² Med funktionalistisk dominans menar jag då att det finns funktionella karaktäristika i analysen och att argumentationen delas av de allra flesta. Det finns dock skillnader i rättsuppfattningar hos oss som följer den funktionella traditionen. Således skulle det kunna vara en gångbar beskrivning att tala om en del som mer rättspositivistiskt färgade funktionalister och om andra som mer rättsrealistiskt influerade. Det går också att tala om funktionalister som mer eller mindre intresserade, medvetna eller renlärliga. I detta sammanhang spelar dessa skillnader ingen roll. Likheter mellan våra förhållningssätt är i förhållande till substantialismen så stora att det finns all anledning att tala om en gemensam och dominerande funktionell tradition. Vad detta närmare kan innebära illustreras av denna artikel. För en annan sådan beskrivning av funktionalismen se exempelvis min artikel *How Swedish Lawyers Think about 'Ownership' and Transfer of Ownership — Are We Just Peculiar or Actually Ahead?* i antologin *Faber/Lurger — Rules for the Transfer of Movable, A candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier 2008.

svenska funktionella angreppssätt.³ Det är också så att de substantiella tänkesätten trots allt har en ”sterk makt över tanken” som alljämt kan behöva belysas.⁴ I denna artikel ger jag därför några konkreta exempel på hur vi, som svenska (nordiska) jurister, använder en, för den funktionella traditionen typisk, lagreglering som JB 18 kapitlet. Avsikten är samtidigt också att belysa några, mer eller mindre, oklara rättsfrågor kring bättre rätt till fast egendom. Artikeln har således två syften. För den som vill veta hur frågor om bättre rätt till fast egendom skall behandlas (enligt min mening) kan det kanske vara effektivt att inte fästa sig så mycket vid det funktionella temat. Avsnitt 3 blir då det egentliga avstampet. För den som vill veta varför vissa argument kan antas bli mer framgångsrika än andra, och likaså hur en analys och argumentation i dessa frågor kan byggas, finns det anledning att läsa texten med det funktionella temat som infallsvinkel. Detta tema slås an i avsnitt 2.

2 Funktionalismen som bakomliggande förhållningssätt ...

Regleringen i JB 18 kap behandlar problem som uppkommer p.g.a. att någon obehörigen förfogar över en fastighet. Problemen handlar om minst tre subjekt och minst tre relationer som brukar illustreras med schemat A – B – C. Den funktionella traditionens förhållningssätt till problemen är att ta utgångspunkt i varje partsrelation för sig och att tala om ”bättre rätt” för att markera att varje bedömning bara avgör ett förhållande.

Det nämnda funktionella förhållningssättet kan jämföras med en substantiell utgångspunkt där det blir avgörande att bestämma var ”äganderätten” är belägen. Även om ”substantiell” betecknar föreställningen att begreppen anses ha en faktisk motsvarighet i realiteten, behöver det inte vara fråga om metafysik.⁵ Syftet i en modern rättsstat är inte att avgöra frågan som en realitet, utan att laborera med äganderätt som en sammanhållande länk för ett system. Istället för att sträva efter att hålla relationer beträffande egendom åtskilda, är det en ambition att hitta likheter och gemensamma punkter för ”äganderättens övergång”. Därmed blir det också konsekvent att fråga sig var ”äganderätten” är belägen. Med ett ställningstagande i denna fråga kan problemet placeras in i systemet och analyseras. I klara fall

³ Jens Andreasson har i Inlösen, äganderättsövergång och ”legal transplants”, SvJT 2005 s. 522, pekat på hur svensk lagstiftningsprocess kan påverkas. Torgny Håstad har i bl.a. Inför en europeisk sakrätt — några principfrågor, JT 2002–03 s. 745, pekat på en del övergripande rättskulturella problem med det inflytande som EG-direktiv och andra initiativ på europeisk nivå, såsom projektet The Study Group on a European Civil Code, för med sig.

⁴ ”Det substansielle rettighetsbegrep har — til tross for de åpenbare tankefeil det bygger på — en sterk makt over tanken”, skriver Brækhus og ger sedan flera exempel på hur detta begrepp trots allt influerat det skandinaviska juridiska tänkandet även under 1900-talet. Brækhus, Sjur; Omsetning og kreditt 3 og 4, Omsetningskollisjoner I og II, 1998 s. 6.

⁵ Jfr Ross, Alf, Ejendomsret og Ejendomsøvergang, København 1935, s. 18–24.

görs detta genom enkel tillämpning och i oklara fall genom avvägningar kring undantag, justeringar eller omtolkningar av systemet.⁶

Den svenska funktionella traditionen står närmast i en sorts motsatsförhållande till de substantiella förhållningssätten. Även om det i ett modernt substantiellt förhållningssätt anses lika negativt med begreppsjurisprudens som i det funktionella, är det tydligt att utgångspunkterna är helt olika. Vad som med substantiellt tänkesätt ses som fördelar med ett sammanhållet system, uppfattas av funktionalisten närmast som argument emot att göra så. Utifrån den funktionella traditionens preferens för flexibilitet och "reelle hensyn" leder den substantiella logiken nämligen till verklighetsfrämmande lösningar och dess formella förutsägbarhet till bristande förutsägbarhet i materiell mening. Förklaringsmodellen "äganderättens övergång" har i stort sett utmönstrats i den funktionella traditionen.⁷ Med det funktionella

⁶ Jfr Ulf Göransson, som hävdar att han med sin genomgång av tysk, nederländsk, schweizisk och fransk rätt kring traditionsprincipen, visar att rättsutvecklingen i de substansstänkande rättsordningarna alls icke hämmats på borgenärsskyddsområdet, Traditionsprincipen, s. 422, Iustus 1985. Om tysk rätt ger Göransson omdömet, s. 123; "Av större intresse är då att finna, hur ett rättssystem som är utpräglat teoretiskt uppbyggt, likväl stått öppet för en flexibilitet, som är otänkbar i den svenska rättsmiljön." Se även Faber/Lurjer 2008.

⁷ Henrik Hessler uttryckte sig 1973 kring förklaringsmodellen som något tillhörande ett passerat stadium. Han menade också att det är ett "ointressant" konstaterande att tala om att "äganderätten övergått" vid en viss tidpunkt efter att ha fastslagit att någon aspekt, som exempelvis skydd mot säljarens borgenärer, uppstått vid denna tidpunkt. Allmän Sakrätt, Norstedts 1973, s. 18, 179–187, se även kritiken mot att synsättet användes bakom vissa regler i JB s. 262–263. Jan Hellner nämner 1982, (i finstilt), att frågan om när äganderätten övergick ofta ställdes i äldre rättsvetenskapliga arbeten. Han pekar på att Osten Undéns analys i Svensk Sakrätt introducerade beskrivningen att äganderätten övergick steg för steg och uppfattningen att det var onödigt och oriktigt att utpeka någon särskild tidpunkt. Vidare anger Hellner att diskussionen om äganderättens övergång i stort sett upphört i Sverige, se Speciell Avtalsrätt I Köprätt, Juristförlaget 1982, s. 250. Agell/Malmström avfärdar, i sin välkända lärobok, frågan om äganderättens övergång med att det är en sedan länge etablerad uppfattning i svensk rätt att frågor kring detta tema är fel ställda, Civilrätt, 20 uppl, Liber 2007, s. 146. För en kort utveckling av bakgrunden se Persson, Annina H, Förbehållsklausuler, Jure 1998, s. 110–113. — Exempel på att beskrivningen inte används kan illustreras med några titlar med typiskt funktionella angreppssätt: Knut Rodhe bygger sin systematik från en rent funktionell infallsvinkel där "anspråk på äganderätt", "anspråk på betalning" etc. blir de rubriker under vilka olika principiella intressekonflikter identifieras, Handbok i Sakrätt, Norstedts 1985. Torgny Håstad använder ett liknande perspektiv i Sakrätt avseende lös egendom, Norstedts, senast 6 upplagan, 1996, se särskilt s. 23. Han har i boken Den nya köprätten, valt att ta bort den korta passage där han i tidigare upplagor använde formuleringen "äganderättens övergång", jfr uppl 4, Iustus 1998, s. 145, uppl. 1 s. 91, med uppl 5, 2003. Bo Helander använder inte alls terminologin, men nämner, såsom Hessler, att man övergivit en "substantiell", av begreppsjurisprudens präglad, rättighetsuppfattning till förmån för den moderna uppfattningen av rättighetsbegreppet som ett funktionsbegrepp, Kreditsäkerhet i lös egendom, Norstedts 1984, s. 37. Motsvarande Johansson, Svante O, Stoppningsrätt under godstransport, Norstedts 2001, s. 232–233. Se även Falkanger, Thor, Tingsrett, Universitetsforlaget 1999. — Samtidigt kan det anmärkas att terminologin "rättighetsövergång" används av vissa författare utifrån andra syften: Sjur Brækhus använder beskrivningarna "rettighetsovergången mellan parterne" respektive "i relasjon til tredjeman", efter att först ha deklarerat sin funktionella ståndpunkt, Brækhus 1998. På motsvarande sätt använder Folke Grauers termen "den s.k. äganderättsövergången" som en sammanfattande struktur, men inte som

förhållningssättet är "äganderätt" ett relationellt och situationspassat begrepp som kan användas för att på ett förenklat sätt uttrycka resultatet av en lösning. Äganderättsbegreppet används inte i själva problemlösningen annat än i betydelsen "anspråk på företräde".

När JB 18 kapitlet skall användas är det därför viktigt att beakta det bakomliggande förhållningssättet. Trots att JB 18 kapitlet använder ord som "äganderätt" och "rätte ägaren", är det inte fråga om annat än språkliga förenklingar.⁸ Det är m.a.o. fråga om att använda en annan del av lagtextens terminologi, nämligen den om "bättre rätt", JB 18:9.

3 ...leder till att konflikterna hanteras var för sig...

För att illustrera det funktionella förhållningssättet till regleringen i JB 18 kap använder jag ett exempel.⁹

A säljer sin fastighet till B på kredit med hävningsförbehåll. B vill ha lagfart trots hävningsförbehållet, men vill samtidigt undvika att fastigheten då mäts ut för B:s andra skulder. B förfalskar därför en köpehandling och använder en bulvan, C. Förfalskningen som B gör får det att framstå som om det är C som köpt fastigheten av A. Lagfartsansökan görs i C:s namn.

B bryter efter en tid avbetalningsplanen och hamnar m.a.o. i dröjsmål gentemot A. A gör flera påstötningar för att förmå B att betala, men häver till slut köpet med B och försöker få tillbaka fastigheten. Eftersom A nu upptäcker att det är C som fått lagfart anser A det bäst att väcka talan mot C.

Innan A hinner ta steget att väcka talan mot C har fastigheten emellertid förvärvats av D.

Efter att talan har väckts och detta noterats i fastighetsregistret säljer D fastigheten till E.

En tid senare säljer E fastigheten till F.

den utgångspunkt beskrivningen utgör i ett substantiellt angreppssätt, Fastighetsköp, Juristförlaget i Lund 2007, s. 352–354.

⁸ Språkliga förenklingar som med en tydligare funktionell genomarbetning hade kunnat ersättas av tydligare formuleringar, exempelvis genom att äganderätt hade ersatts med "anspråk på äganderätt", och "rätte ägaren" med "någon med tidigare anspråk" eller "den som gjort tidigare förvärv". Det kan dock ifrågasättas om det finns anledning att vara så pass konsekvent.

⁹ För den läsare som gör antagandet att exemplet är osannolikt och alltför hypotetiskt för att vara praktiskt relevant skall anmärkas att jag känner till ett verkligt fall med liknande förutsättningar. Vidare förefaller problemen med felaktigt utfärdade lagfarter vara reella om än fåtaliga. I prop. 2001/01:61 avsnitt 5, redovisas att det bara finns tre fall sedan 1972 där staten beviljat ersättning för skada i anledning av förfalskning, vilket kan jämföras med de runt 150 000 lagfarter som beviljas varje år (1997–1999). Genom lagändring 2001:170 infördes JB 18:4a om ersättning av kostnader för att få felaktiga lagfarter undanröjda. I motion 2007/08:C235 hävdades att lagfartsförfalskningar blivit "en ny form av bedrägerier". Förebyggande arbete mot fälska lagfarter föreslås och åtgärden avisering till tidigare lagfartsinnehavare. Avisering är ett förslag som avisades i proposition 2001/01:16 avsnitt 7, p.g.a. de beräknade kostnaderna för handläggningen, som vida överstiger kostnaderna för ersättning till dem som hittills drabbats. Det är intressant att tänka sig en internationell jämförelse med de kostnader som följer med i andra länder använda formkrav och notariatsystem för fastighetsöverlåtelse. I media har temat "lagfartskapning" uppmärksamats, bl.a. i SvT:s Aktuellt 25 april 2007 och Rapport 18 december 2007.

Med den funktionella traditionen skall problemen om ”bättre rätt” i denna konflikt hanteras i varje partsrelation för sig.

Relationen A – B, dvs säljare och köpare, skall lösas med kontraktsrättsliga regler. Har A gjort hävningsförbehåll får A häva köpet p.g.a. utebliven betalning. Han får också häva p.g.a. B:s förfalskning och lagfartsansökan i C:s namn.

Även relationen A – C skall lösas med obligationsrättsliga principer. En bulvan som C gör inget förvärv av fastigheten och har därför ingen grund för att hävda bättre rätt än A. Även om C och B skulle ha upprättat formellt korrekta köpehandlingar mellan sig saknar de betydelse. Så länge C är B:s bulvan är avtalet ett skenavtal som inte skall ges verkan mot tredje man, jfr AvtL 34 §.

För relationen A – D skall de sakrättsliga reglerna i JB 18 kap användas. Har C och D avtalat och uppfyllt formkraven för avtal om fastighetsöverlåtelse har de sinsemellan ett giltigt avtal. För att D skall ges bättre rätt mot A krävs att bristen i B:s förvärv inte är av sådant slag som anges i JB 18:3, något som jag tar upp närmare i nästa avsnitt. Skulle bristen inte anses vara av sådant slag krävs att D varit i god tro om både bristen i B:s förvärv och bristen i C:s förvärv, JB 18:1 och AvtL 34 §.

A:s rätt gentemot E är beroende av om A ges bättre rätt än D. Skulle D ha gjort ett godtrosvärv skall E ges bättre rätt helt enkelt för att D var behörig att överlåta fastigheten. Om D förlorar mot A skall A kunna använda samma grund mot E om bristen är av sådant slag som avses i JB 18:3. Förlorar D trots att JB 18:3 inte skall användas är godtrosvärv för E ändå uteslutet. Detta eftersom E förvärvat fastigheten efter att A:s talan mot D antecknats i fastighetsregistret, JB 18:8. Får A bättre rätt mot D behöver A inte väcka särskild talan mot E. Domen mot D skall ges rättskraft även mot E, JB 18:9.

Relationen A – F skall i princip behandlas som relationen A – E. Att E säljer fastigheten till F förändrar inget. F får inte bättre ställning än E, JB 18:8 och 18:9.

Exemplet och regleringen föranleder några frågor som skall illustrera ytterligare aspekter av det funktionella angreppssättet till JB 18 kap.

4 ...likaså till att rekvisitet ”handling på vilken äganderätten grundas” bedöms utifrån säljarens intresse att undvika tredjemansrisker

En av de frågor som exemplet kan illustrera är hur ett funktionellt respektive ett substantiellt angreppssätt förhåller sig till beskrivningen ”äganderättens övergång”. Frågan är om B:s förvärv skall anses bristfälligt enligt JB 18:1 eller JB 18:3. Eftersom JB 18:3 handlar om förfalskning och B förfalskat kan det tyckas vara enkelt att avgöra. Emellertid kan det hävdas att avtalet mellan A och B från början är giltigt och att det är först genom A:s hävning som A kan hävda bättre rätt

mot B. Den förfalskning som B gör avser kanske bara köpebrevet och inte köpekontraktet. Beträffande förfalskning stadgar JB 18:3 p 1 att det skall vara "handling på vilken äganderätten grundas". Vilken handling skall då detta anses vara? Kan det vara köpekontraktet, köpebrevet, eller rent av någon annan, som exempelvis lagfartsansökan?

Trots att formuleringen i JB 18:3 p 1 använder termen "äganderätten grundas" på ett sätt som inte är helt konsekvent med den funktionella traditionen skall den rimligen uppfattas i enlighet med denna. Termen "äganderätten" skall läsas som *anspråk* på äganderätt eller anspråk på företräde. Ett tydligare sätt att formulera satsen vore därför "handling på vilken tidigare förvärvares anspråk på äganderätt grundats".

Det handlar således inte om att dra gränsen för när "äganderätten övergått" vid fastighetsköp. Med en sådan substantiell logik skulle vi avgöra frågan genom att besluta om huruvida äganderätten övergår då köpekontraktet eller köpebrevet upprättats. Det skulle m.a.o. avgöras om äganderätten övergår när avtalet ingås eller när säljaren avstår från hävningsrätt. Kanske skulle det också bli aktuellt att fråga sig om det inte rent av är när lagfart utfärdas som äganderätten övergår. Detta är inget reellt problem utan en fråga om begreppsbestämning som med nödvändighet leder över i andra problem och överväganden än de som är för handen. Det är symptomatiskt att vi, så snart äganderättsbegreppet används i problemlösningsfasen, riskerar att hamna i just sådana överväganden.

Med den funktionella traditionen skall vi istället beakta just reella aspekter för det specifika problemet. För det aktuella problemet behöver det inte handla om någon särskilt omfattande analys, utan den kan se ut som i nästa stycke.

Ett köpekontrakt med hävningsförbehåll (köpebrevsförbehåll), ger köparen företräde framför säljaren så länge köparen fullföljer betalningsplanen. Så länge säljaren inte avstår från sin hävningsrätt och upprättar köpebrev, har köparen dock inte behörighet att få lagfart. Därmed har köparen inte heller den behörighet eller ens det behörighetssken som behövs för att köparen skall kunna sälja till en annan som får företräde gentemot (den förre) säljaren. Effekten blir att säljaren har ett visst skydd. Så länge säljaren inte upprättar köpebrev skall han inte stå risken för att behöva vända sig mot tredje man för att kunna ta i anspråk sin säkerhet i form av hävningsrätten. Av betydelse är inte minst risken för att förlora mot tredje man, eller m.a.o. förlora sin sakrätt. I sakrättsligt hänseende är just risken för att behöva vända sig mot tredje man en central aspekt. Därför skall formuleringen i JB 18:3 p 1 "handling på vilken äganderätten grundas är förfalskad", anses stadga att köpebrev är en sådan handling. Köpebrevet och lagfarten ställer A inför risken att behöva kräva sin rätt mot senare förvärvare.

Med den funktionella traditionen är denna typ av reella överväganden ofta av avgörande betydelse. Även om normativa argument i form av tolkningar av lagreglernas lydelse används, är det ofta nödvändigt med någon form av motivering i sak. Exempelvis skulle argumentet att formuleringen ”handling”, i JB 18:3, är obestämd form singularis och därmed bör anses avse vilken som helst av de handlingar som kan grunda ett anspråk på äganderätt, inte godtas som enda avgörande argument. På motsvarande sätt förhåller det sig med argumentet att JB 18:3 hänvisar till 18:1. Ett sådant argument skulle gå ut på att JB 18:1 ger grunddefinitionen av sådana brister som skall ge A bättre rätt, och att JB 18:3 skall användas om dessa brister är av viss kvalificerad art. I 18:1 ges en bred definition; ”hans ... åtkomst var ogiltig eller av annat skäl ej gällde”. Hävning skall anses vara ett sådant ”annat skäl”. Genom kopplingen mellan JB 18:1 och 18:3 skall vad som anges i 18:3 p. 1, om ”handling på vilken äganderätten grundats”, även kunna omfatta en förfalskning som leder till hävning, och inte bara sådana förfalskningar som klassificeras som ogiltighet.

Tolkningsargument används således sällan som enda avgörande argument i den funktionella traditionen.¹⁰ Däremot kan de, som här, förstärka de reella övervägandena. Tillsammans blir dessa argument en argumentation som har förutsättningar att övertyga.

5 Funktionalismen använder i hög grad intresseanalyser och konsekvensargument för att avgöra frågor där A åberopar JB 18:1 mot B och JB 18:3 mot C för att vinna mot D

Ett ytterligare sätt att förstärka den funktionella argumentationen i den ovan behandlade frågan, är att variera förutsättningarna, och peka på lösningar av närliggande fall. Det handlar om en sorts konsekvensargumentation där det övertygande momentet ligger i att samma lösning skulle användas även om omständigheterna varit något mindre fördelaktiga för A. Jag varierar därför omständigheterna och pekar på fallet att C inte är en bulvan utan en person som genom en egen förfalskning skaffar sig lagfart. Efter att A och B tecknat köpekontrakt och B inte betalat förfalskar C ett köpebrev mellan A och B. Med detta söker han lagfart i B:s namn. Därefter förfalskar han ett köpebrev mellan B och sig själv samt söker lagfart. Vi får då ett läge där B:s förvärv från A p.g.a. den uteblivna betalningen och hävningen skall anses bristfälligt enligt JB 18:1, medan C:s förvärv från B skall anses bristfälligt enligt JB 18:3. Frågan är om A under dessa förhållanden skall ges bättre rätt än en godtroende D?

¹⁰ Ett tydligt exempel är argumentationen i NJA 1980 s. 197 där två olika lagregler ställdes mot varandra men det trots att den ena ansågs tillämplig framför den andra, ändå är så att de avgörande argumenten blev praktiska hänsyn som borgenärsrisker och möjlighet att och kontrollera. Det är också retoriskt intressant att justitieråden avrundar denna argumentation med att de på grund av de praktiska argumenten finner att den ena lagen är tillämplig.

Med den funktionella traditionen skall vi angripa problemet i varje partsrelation för sig. Vi kan konstatera att A skall ges bättre rätt än B p.g.a. av hävningen, och att B skall ges bättre rätt än både C och D p.g.a. förfalskningen. Ett argument är därför att A inte rimligen skall ha sämre möjligheter än B att kräva C. A skulle, med en beskrivning som gärna används i flerpartssituationer, "inträda" i B:s position.

Argumentet kan byggas kring just värderingen "rimlighet" och bottsna i att både B och C är "bovar" vars agerande har gjort att A förlorat lagfarten.¹¹ Samtidigt är argumentet dock till stor del ett konsekvensargument. A skall inte behöva vara beroende av att B väcker talan och vinner bättre rätt mot D, innan A skall kunna få bättre rätt än C. En konsekvens av ett sådant beroendeförhållande skulle kunna bli att B utnyttjar situationen och kräver ersättning av A för att agera mot C. Detta konsekvensargument är antagligen ganska avgörande. Antagligen är det få jurister som kan acceptera tanken på att den köpare som inte betalat sin skuld, skall kunna köpslå med sin borgenär om att göra något för dennes räkning. Situationen riskerar att bli en sorts ockerförhållande.

Genom att den här skissade konflikten på detta sätt avgörs till A:s fördel, blir också den i föregående avsnitt behandlade konflikten lättare att avgöra. Om D inte skall ges skydd ens om B inte själv gjort förfalskningen, finns det liten anledning att ge D företräde när B har gjort förfalskningen.

Förhållandet kan också i sin tur jämföras med att C skulle ha förfalskat ett köpebrev mellan sig själv och A direkt. Det finns då anledning att beskriva B:s och C:s relationer med A som ett dubbelförfogande. I konflikten mellan B och C, skall då B vinna eftersom C:s åtkomst inte är en överlåtelse, det är rent av inget förvärv alls, jfr JB 17:2 och rekvisitet "överlåtelse". I förhållandet mellan A och C skall A ges bättre rätt av samma skäl. C har inte gjort något förvärv alls från A utan förfalskat. I förhållandet A – D kan åter beskrivningen obehörigt förfogande användas; A – C – D. Här skall A ges bättre rätt mot D eftersom D har förvärvat från förfalskaren C, JB 18:3. Även denna argumentation är ett exempel på hur jämförelser och konsekvenser kan användas i argumentationen. I detta fall är argumentet inte lika avgörande som ockerargumentet ovan. Istället bottsna det värderingsmässigt i tanken att om A skall vinna mot D när C gjort en förfalskning, skall A också vinna om C behövt två förfalskningar för att skaffa sig lagfart. Det handlar också om att valet av beskrivning, dvs. som dubbelförfogande eller obehörigt förfogande, inte skall vara av avgörande betydelse när förfarandet är så likartat.

Intressant är att ett substantiellt tänkesätt här kanhända skulle ge en enklare väg till lösningen. När A häver köpet med B skulle då "äganderätten gå tillbaka" till A. Oavsett om C skaffar sig lagfart ge

¹¹ Med "bovar" syftar jag förstås på att subjektet B i det sakrättsliga schemat är "boven i dramat", Hessler 1973, s. 9.

nom förfalskning av ett förvärv direkt från A, eller via B, och oavsett om det istället är B som gör förfalskningen i C:s namn, skulle B vara borta ur bilden. När D förvärvar av någon som p.g.a. förfalskning ser ut att vara behörig, skall konflikten lösas genom företräde för A eftersom det var hos A "äganderätten var belägen". Så länge "äganderätten kan sägas vara belägen" hos A spelar det ingen roll hur många led av ogiltiga eller hävda förvärv som ligger emellan. Även en Z skall förlora om A av sådana skäl "har äganderätten" och något av förvärven bygger på en förfalskning.

Med denna positiva utsaga om substantiell logik vill jag inte påstå att den är att föredra. Beskrivningen kan möjligen vara användbar efter att analysen av de reella argumenten, konsekvenserna och partsintressena etc. redan gjorts, som här ovan. En analys som börjar med att "placera äganderätten" riskerar dock att stanna på detta plan. Som nämnts har de substantiella tänkesätten en "sterk makt över tanken".¹² Därmed blir analysen av partsintressen, konsekvenser och kanske rent av lagtextformuleringar lidande. Istället byggs dessa in i en objektivisering där subjekten hamnar i skuggan och tankemodellen blir mer framträdande än verklighetsbeskrivningarna. Detta medför att vi hamnar ännu ett steg längre bort från realiteten; att såväl egendom som äganderätt är konstruktioner för att hantera subjektens relationer avseende vissa resurser. Givetvis kan det diskuteras hur många steg från denna realitet som är lämpligt att ta med hänsyn till det behov av förenkling som vi behöver i vår kommunikation. Det finns förstås också olika uppfattningar om vad som skall beskrivas som realiteter, eller m.a.o. om hur det är lämpligt att beskriva verkligheten.¹³ I den funktionella traditionen har beskrivningarna dock hamnat på en nivå där redan terminologin äganderätt undviks i analysfasen.

Oavsett hur man väljer att beskriva förhållandena kan det konstateras att det finns flera argument för att ge A företräde mot D i det aktuella exemplet. Ett ytterligare argument som bör tas upp är formuleringen "... och var överlåtaren ej rätt ägare till egendomen på den grund att hans eller *någon hans företrädares* åtkomst var ogiltig eller av annat skäl ej gällde ...", JB 18:1 (min kursivering). Formuleringen kan tolkas så att det är tillräckligt att det finns en brist i någon företrädares förvärv. Med den hänvisning som görs från JB 18:3 till JB 18:1 skulle det därmed kunna hävdas att det är tillräckligt att ett av förvärven har en sådan kvalificerad brist som avses i JB 18:3 för att A skall ges företräde mot D. En sådan tolkning har också gjorts i doktrinen: "Undantagen i JB 18:3 ... tar sikte på vissa fall, där den ogiltighet eller det fel i övrigt som vidlåder överlåtarens ... eller någon hans föregångares förvärv är av viss allvarligare art ...".¹⁴ På så vis skulle alltså ett

¹² Brækhus 1998 s. 6.

¹³ Vare sig man nu anser att problemet med verklighetsbeskrivningar ligger i yttervärldens komplexitet, i vårt perspektivs begränsningar i att tolka, i de språkliga möjligheterna, eller i något annat.

¹⁴ Hessler 1983 s. 14.

företräde för A kunna motiveras även med normativa argument och därmed skulle argumentationen som helhet vara övertygande i frågan.

6 Likaså används ”reelle hensyn” i en analys av vad ”bättre rätt” skall ges för faktiska följder

Nästa fråga som exemplet föranleder illustrerar tre karaktäristiska för den funktionella traditionen; intresseanalysen, begreppsrelativiteten, och konsekvensargumentationen. Frågan gäller vad ”bättre rätt” skall innebära mer precist? I fall där B förvärvar fastigheten genom ett giltigt köpekontrakt men skaffar sig lagfart genom förfalskning, bedrägeri eller liknande, blir det tydligt att A:s anspråk i sak handlar om att få betalt. A har frivilligt avstått från fastigheten och hans återstående anspråk hade utsläckts genom en betalning från B. Det intresse av fastigheten som A har i skedet efter att köpekontrakt med köpebrevsförbehåll har upprättats, är i typfallet ett intresse av säkerhet. Samtidigt finns det en förvärvare som i typfallet har intresse av att äga fastigheten. Frågan är därför vad som bör vara de faktiska effekterna av att A ges bättre rätt? Skall A kunna kräva fastigheten eller skall D, E eller F kunna freda sitt intresse genom att betala A:s fordran?

Beskrivningen av A:s intresse som särpräglad i förhållande till intresset att äga ligger väl i linje med den svenska funktionella traditionen. Partsanspråk, eller om man så vill ”rättigheter”, skall betraktas funktionellt. Begreppet äganderätt skall användas relationellt och kontextuellt. När det handlar om en säljare som sålt på kredit mot säkerhet i det sålda, är det därför inte alls otänkbart att använda rättsföljder som enbart tillgodoser det begränsade intresset att få betalt. I några länder där lagstiftaren uppmärksammat och lagt vikt vid liknande synsätt på äganderättsbegreppet, har man tagit hjälp av annan terminologi för att markera att en säljare som sålt lös egendom på kredit har ett begränsat intresse av egendomen som sådan. Exempelvis används i Norge termen ”salgspant” och i USA kan säljarens intresse läggas på nivån av ”security interest”.¹⁵ I Sverige har någon motsvarande terminologi inte använts i lagtexten. I sak stadgas dock att en avbetalningssäljare av lös egendom bara kan räkna med att få kompensation för sitt fordringskrav, ränta och omkostnader, AvbetköpL 9 § och KonkredL 27 §. Detta för att skydda avbetalningsköparens intressen av egendomen och av att inte utsättas för alltför betungande ekonomiska åtaganden. Det är således tydligt att säljarens begränsade intresse både har identifierats och använts i rättsliga avvägningar.

Det faktum att en avbetalningssäljares intresse är begränsat bör med den funktionella traditionen beaktas även i en lösning av vad bättre rätt skall innebära. A:s intresse skall då ställas mot C:s, (eller i exemplet ovan D:s, E:s eller F:s), intresse som i typfallet är att få be-

¹⁵ Panteloven (LOV-1980-02-08-2) § 3–14 etc. Uniform Commercial Code § 1–201 (b) 35. Jfr Helander 1984 s. 101, 617–621.

hålla egendomen genom att lösa ut A. Det kan härvid antas att en C i allmänhet, i jämförelse med avbetalningsköpare i allmänhet, kan ha bättre ekonomiska förutsättningar att använda en lösningsmöjlighet. Likaså att en C kan ha viss, om än liten, möjlighet att få kompensation genom regress mot B. En lösenmöjlighet för C är därför inte bara ett hypotetiskt intresse. Beroende på hur stor fordran A har på B kan C:s intresse också vara ganska reellt.

Frågan om hur A:s och C:s intressen skall avvägas har ingen helt tydlig lösning sett till den rättsliga regleringen. För lös egendom kan den nämnda regleringen som begränsar avbetalningssäljarens möjligheter mot avbetalningsköparen användas som ett tungt argument för att A inte skall ges större möjligheter mot C. Om A bara kunde räkna med att få betalt från B skall A inte kunna välja att vägra ta emot betalning från C för att istället ta tillbaka egendomen från C. Det går visserligen att anföra andra argument i frågan, exempelvis att C typiskt sett inte har det skyddsbehov som en förmodat ekonomiskt svag avbetalningsköpare har, men först skall uppmärksammas att regleringen för fast egendom inte har samma utformning. I JB finns ingen specialreglering för avbetalnings- eller kreditköp. Därmed skulle det motsatsvis kunna hävdas att avbetalningsköpare av fast egendom inte skall ges någon lösningsmöjlighet när säljaren väl hävt köpet.

Den reglering som däremot finns i JB gäller återgång efter klander, d.v.s. återgång mellan andra än avtalsparter, såsom mellan A och C.¹⁶ Reglerna, JB 5 kap, är generella och fallet att A är avbetalningssäljare nämns inte särskilt. Utgångspunkten är att fastigheten "avträds", d.v.s. lämnas tillbaka till A.

Konsekvenserna av en ordning där avbetalningssäljaren A kan ta tillbaka fastigheten blir att hans intressen tillgodoses i högre grad än att få betalt. Det handlar inte bara om att avbetalningssäljaren i förhållande till sin köpare får ett starkt påtryckningsmedel mot betalningsdröjsmål. Det är t.o.m. så att A kan få anledning att föredra att ett betalningsdröjsmål eller annat hävningsgrundande kontraktsbrott inträffar. Om fastigheten ökat i värde efter försäljningen kan A komma åt denna värdeökning genom hävning och återgång. A:s möjligheter att tillgodogöra sig en värdeökning kan visserligen begränsas, men

¹⁶ JB kap 5 handlar om återgång efter "klander" och det hävdas att de därför inte skall vara direkt tillämpliga på hävningstalan, men väl i viss utsträckning analogt, se Grauers i Karnov lagkommentar. I prop. 1970:20 del B 1 s. 235–236 anges bl.a.; "Med klander avses här en talan, som någon i uppgiven egenskap av ägare till fastigheten anställer mot en person, som härleder sin rätt från en annan fångesman än käranden. ... Det kunde i och för sig ha varit lockande att låta kapitlet behandla alla fall av återgång eller hävande. I likhet med lagberedningen anser jag emellertid att detta inte är lämpligt. Såvitt gäller ägo- eller gränstvister kan de i förevarande kapitel föreslagna reglerna troligen i vissa hänseenden analogt tillämpas men de är inte generellt lämpliga. Detsamma gäller äganderättstvister som härflyter ur ett mellan parterna träffat avtal. I båda fallen får det överlämnas åt rättstillämpningen att med tillämpning av allmänna rättsgrundsatser och med ledning av bestämmelserna i förevarande kapitel avgöra hur parternas mellanhavanden skall regleras." Jfr NJA 1987 s. 845 I och II.

de normer som används lämnar ändå utrymme för att komma åt en värdeökning. Om säljaren får tillbaka en fastighet som han kan sälja till ett högre pris skall han beakta förtjänsten i beräkningen av sitt skadeståndskrav i anledning av kontraktsbrottet, *compensatio lucri cum damno*.¹⁷ Det belopp som köparen tillgodoräknas skall således maximeras till säljarens skadeståndskrav och i så fall kan säljaren tillgodogöra sig resterande del av värdeökningen. I JB:s regler om återgång, 5 kap, stadgas inget om rena marknadsvärdesförändringar utan tvärt om bara om förbättringsåtgärder och skador. Motsatsvis skulle det därmed kunna anföras att rena marknadsvärdesförändringar inte skall kompenseras, utan att dessa kommer A till godo.

Konsekvensen att avbetalningssäljaren skulle föredra att kontraktsbrott och återgång för att kunna tillgodogöra sig en värdeökning, är beaktansvärd. Det lämpliga i en sådan ordning kan ifrågasättas på samma grunder som för regleringen av lös egendom och med delvis liknande argument som för säkerhetsrätt i allmänhet, se AvtL 37 §. Detta bör ges betydelse i avvägningen för hur frågan skall lösas inom kontraktsförhållanden. För frågan om A:s möjligheter att vägra acceptera lösen från en ytterligare förvärvare, C, får det vidare betydelse att A står relativt sett aningen mindre risker för att drabbas av marknadsvärdeminskning på fastigheten. I de fall där en ytterligare förvärvare, C, blir inblandad, kan det nämligen antas att denne kan vara villig att betala A en relativt hög lösen för att behålla sin position och regressvis kräva B på lösenbeloppet, istället för att stå utan fastighet och kräva B på köpeskillingen. Samtidigt har A också viss möjlighet att få betalt av B, låt vara med liten sannolikhet och liten andel. I jämförelse med den risk avbetalningssäljaren står för värdeminskning så länge bara avbetalningsköparen är inblandad, får risken anses mindre. Sammantaget kan därför hävdas en obalans i det att A antas få minskade kreditrisker vid marknadsvärdeminskning samtidigt som A ges vissa möjligheter till förtjänst vid marknadsvärdeökning.

Den antagna obalansen för tredjemansförhållandena kan dock legitimeras med argument om att det inte är fråga om ett förhållande som A gett sig in i frivilligt. A har hamnat här på grund av B:s illojala agerande. För de fall där C är i faktisk ond tro om A:s anspråk, eller förlorar på grund av slarvig undersökning, finns det ytterligare moraliska skäl för att ge A denna fördel.

Ett annat viktigt argument i frågan om lösenrätt är att parterna i praktiken sannolikt gör upp om just en lösen. Istället för att A får tillbaka fastigheten och säljer den igen, är det smidigare för båda om förvärvaren löser ut A. Det finns exempelvis flera rättsfall avseende lös

¹⁷ Grauers 2007 s. 130. Iversen, Torsten, Erstatningsberegning i kontraktsforhold, Gadjura 2000, s. 733–802. Hellner/Hager/Persson, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, 4 uppl 2006, s. 227. Rodhe, Knut, Obligationsrätt, Norstedts 1956, s. 475–477. Herre, Johnny, Ersättningar i köprätten, Juristförlaget 1996, s. 59–60, 547. Johnson, Ingrid, Om skyldighet att begränsa skadan i köprätten, Affärsjuridiska uppsatser, Iustus 2006, s. 33. Se även KöpL 68–69 §.

egendom där det inte varit aktuellt att yrka annat än ersättning för egendomens värde.¹⁸ Därmed skulle behovet av att begränsa A:s möjligheter att faktiskt ta tillbaka fastigheten kunna antas vara litet. Å andra sidan innebär ett antagande att förvärvaren vanligen skulle lösa ut A, att en lösenrätt för C, hamnar nära den lösning som parter i dessa situationer ändå tenderar att använda, låt vara att lösenbeloppet kan bli annorlunda beroende på faktorer som parternas förhandlingsstyrka etc. Därmed skulle en lösenrätt vara ett sätt att slippa avtala i de fall parterna ändå kommer överens och ett sätt att avgöra konflikter för de fall där parterna inte gör det. Argumentet att parterna tenderar att använda lösen kan därför användas både för och emot att ta hänsyn till A:s begränsade intresse av den sålda fastigheten.

Analysen av frågan om vad bättre rätt skall innebära kan utvecklas. För sammanhanget saknas dock anledning att peka på mer än de argument som redovisats. Avsikten är bara att framhålla att några karaktäristiska drag i den funktionella traditionen är att beakta intressena bakom parternas anspråk och att använda antaganden om konsekvenser av olika lösningsalternativ. Begreppen kommer härigenom att användas relativt. Äganderätten hanteras som ett verktyg för att underlätta analysen och blir en sorts sorteringsredskap för flera olika slags intressen som de olika parterna kan ha. Genom att preliminärt sortera olika partsintressen med dessa sorteringsredskap, kan den närmare analysen av relationerna redas ut.

Jämfört med en substantiell tradition är detta en betydande skillnad. I en substantiell tradition används äganderätten i högre grad som en byggsten. Efter att byggstenen placerats vidtar analysen av om bygget är hållbart och om det passar in i den övriga strukturen. Med ett substantiellt förhållningssätt är frågan om vad bättre rätt skall innebära enkel i inledningsfasen. Det är helt enkelt fråga om att äganderätten går tillbaka till A. Konsekvensen att det därigenom skapas en obalans som inte accepteras i säkerhetsrelationer, eller ens i den närliggande relationen avbetalningssäljare-avbetalningsköpare för lös egendom, kan dock även här uppfattas som besvärande. I så fall används korrigeringsverktyg som principen om obehörig vinst. Detta verktyg har stor betydelse med ett substantiellt förhållningssätt. Med ett funktionellt förhållningssätt är detta verktyg däremot i stort sett onödigt.¹⁹ Den reella intresseavvägningen har gjorts redan i lösningen av den materiella frågan.

¹⁸ Exempelvis NJA 2007 s. 501, 2005 s. 502 och 1975 s. 222 — jfr dock exempelvis NJA 1989 s. 304, 1989 s. 784.

¹⁹ Mårten Schultz pekar på att behovet av verktyget är mindre m.h.t. att svensk rätt, till skillnad från tysk, inte skiljer mellan äganderättsövergång och obligationsrätt, Unjust Enrichment — Sweden, arbetsdokument inom ramen för The Study Group on a European Civil Code, juridicum.su.se/user/masc 2000, vid not 7. Han beskriver också saken som att obehörig vinst rent av har mindre betydelse i dagens svenska rätt än då Jan Hellner skrev sin avhandling 1950. Hellner beskrev läget som att svensk rätt endast gör ringa bruk av principen om obehörig vinst. Likaså att principen ansågs som främmande för svensk rätt, Obehörig vinst, Almqvist &

För att göra den här aktuella intresseavvägningen, d.v.s. förespråka en lösning av frågan om vad bättre rätt skall innebära, kan som sagt ytterligare analys vara gynnsam. Exempelvis kan ytterligare argument anföras beträffande skillnader mellan relationen avbetalningsköpare – avbetalningssäljare respektive A – C. Likaså kan argument grundas på skillnader i värdeutveckling för lös egendom och fast egendom. För att avrunda frågan skall jag dock ge ett förslag till lösning mot bakgrund av bara de argument som framförts:

Jag konstaterar då att den funktionella tanken om att äganderätten skall uppfattas kontextuellt närmast leder till att A:s rätt ses som begränsad. Därmed skulle C ges rätt att lösa ut A. Den obalans som antas med konsekvensargumenten pekar också i denna riktning. Att lagtextens generella formuleringar pekar i en annan riktning är kanhända inget argument som behöver ges avgörande vikt. För att göra en poäng av att funktionalismen också omfattar ett visst utrymme för formalism skall jag här dock förespråka just en sådan lösning grundad på lagtextens generella formuleringar. De kontextuella argumenten om begränsad rätt för A och konsekvensargumentet om obalans, är gångbara men ges inte avgörande vikt eftersom de inte entydigt talar för att ge C:s intresse företräde. Jag väljer därför att prioritera de formella argumenten och förorda en lösning som ger A företräde. A skall således kunna välja att ta tillbaka fastigheten även om C vill lösa ut honom genom att betala alla A:s fordringsanspråk på B.

7 Funktionalismens relationsfokus leder till att A:s talerätt inte skall anses särskilt begränsad av JB 18:9

En annan fråga i anledning av exemplet är mot vem A kan rikta talan om bättre rätt. Funktionalismen får betydelse även för hur vi uppfattar formella regler och procedurregler. I JB 18:9 stadgas att talan ”kan” riktas mot den som har lagfart eller den som senast har sökt. Stadgandet skulle kunna uppfattas som en begränsning av A:s möjligheter att rikta talan. Ordvalet ”kan” skulle kunna tolkas som ”kan

Wiksell 1950, s. 3. Enligt Hellner är förklaringen till att vinstterminologin inte använts att den svenska rätten i ”hög grad varit frigjord från konstruktioner över huvud taget och inställd på att finna praktiska lösningar”, s. 393. Hans slutsats var också att konstruktionen är onödig: ”Såsom den tidigare framställningen visat, tas vinstkonstruktionen i utländska rättsystem ofta till hjälp för att komma över de svårigheter, som den hävdvunna juridiska begreppsbildningen skapat. I dessa fall innebär vinstkonstruktionen ofta en terminologiskt olycklig lösning, vars godtagande leder till att mera väsentliga omständigheter vid ersättningskyldighetens uppkomst lämnas i dunkel, och till att regelsystemet får ett abstrakt och verklighetsfrämmande drag. Dessa verkningar har den svenska rätten lyckligen undgått”, s. 393. Jfr däremot Karlgren, Hjalmar, Obehörig vinst och värdeersättning, Norstedts 1982, s. 19–32. — Det skall anmärkas att termen obehörig vinst på senare tid åberopats i HD, exempelvis i NJA 2007 s. 519, 1999 s. 793, NJA 1999 s. 575. Det skulle därför vara aktuellt att göra en analys av det funktionella angreppssättet på de frågor som föranlett åberopandet av verktyget obehörig vinst, som är en konstruktion för substantiella rättstraditioner. Jfr Hellner, Betalning av misstag, JT 1999–00 s. 409. Jfr också The Study Group on a European Civil Code och deras sätt att formulera ett all-europeiskt generellt verktyg. www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm

bara". Mot detta kan givetvis anföras att "kan" bör kontrasteras mot alternativet "skall" ... osv. Vårt funktionella synsätt gör dock denna typ av ordvalsbryderier mindre avgörande. Med det synsätt som följer av vår funktionella tradition är svaret att A kan väcka talan mot vem som helst.²⁰ Begränsningen av talemöjligheterna ligger på ett annat plan än vad ett substantiellt angreppssätt skulle kunna leda till. Det handlar om att få sin relation med ett subjekt utredd, *inte* om att på substantiellt vis stämna det subjekt som "innehär äganderätten". Begränsningen av talemöjligheterna ligger därför på en generell nivå. En allmän förutsättning är att talan inte anses uppenbart ogrundad, jfr RB 42:5. Det är också så att en vinnande part som har inlett rättegång utan att motparten givit anledning därtill skall ersätta motpartens rättegångskostnader, RB 18:3.

Innebörden av JB 18:9 skall således ses som en annan än att begränsa A:s talemöjligheter. Syftet med regeln är att underlätta för den som lagvidrigt förlorat lagfarten.²¹ För att denne skall slippa att behöva rikta talan mot flera skall en talan mot den som har lagfart, eller senast sökte, ges viss verkan även mot senare förvärvare.²² Genom JB 18:9 får A den fördelen att han kan väcka talan mot den som har lagfart utan att behöva bry sig om någon som eventuellt förvärvat fastigheten från denne. En senare förvärvare skall visserligen kunna intervensera i A:s process enligt RB 14:9 och 14:11 st 2, men A behöver alltså inte ta initiativ till att få avgjort att han har bättre rätt mot denne. En annan sak är att A kan stämna också förvärvaren eller kalla denne som part i processen mot överlåtaren, RB 13:7 st 3.

8 Systemargument och koherens har också sin plats och JB 18:9 kan leda till att en passiv förvärvare går miste om ett godtrosvförvärv

Stadgandet i JB 18:9, att en talan mot den som har lagfart skall ges viss verkan även mot senare förvärvare, föranleder frågan hur en sådan verkan förhåller sig till de avvägningar som stadgas i de materiella reglerna JB 18:1? Om en dom som ger A bättre rätt mot den som har lagfart ges verkan mot en senare förvärvare i god tro, synes JB 18:9 inne-

²⁰ Jfr Rodhe 1985 s. 79.

²¹ Jfr SOU 1960:25 s. 585. Jag vill anmärka att förarbetena inte direkt tar upp frågan om huruvida JB 18:9 bara skall ge A incitament eller anvisa vissa subjekt som de enda mot vilken A kan väcka talan om bättre rätt. Vad som närmast nämns handlar om att förarbetsförfattarna avstår från att såsom "särskild legitimationsgrund" uppta befogenhet för A att instämna en efterträdare till den som har lagfart. Meningen därefter lyder: "Skulle det visa sig att den sålunda instämde efterträdaren före rättegångens inledande ytterligare överlätit egendomen till annan, kan överlåtaren ej anses som rätt part." SOU 1960:25 s. 589. Vad som i sammanhanget avses med uttrycket "ej anses som rätt part" är sannolikt att förarbetsförfattarna inte vill föreslå en reglering där en senare förvärvares förvärv tillmäts vad som i förarbetena kallar "legitimationsverkan", d.v.s. att en talan mot denne ges verkan mot ytterligare senare förvärvare. Istället väljer förarbetsförfattarna att föreslå att endast talan mot den som har lagfart (eller senast har sökt) skall ges denna verkan.

²² I förarbetena kallades vissa av dessa effekter för lagfartens "legitimationsverkan", se t.ex. SOU 1960:25 s. 585ff, prop. 1970:20 s. 476.

bära ett krav på att förvärvaren beviljas lagfart. Men, om ett så grundläggande requisit ställs upp för godtrosvärv — varför stadgas det inte direkt i JB 18:1 utan först i procedurreglerna i 18:9? Denna frågeställning leder till en illustration av ett ytterligare karaktäristika för funktionalismen. De argument som kan anföras från systematiska utgångspunkter, d.v.s. för att beskriva lösningarna som koherenta eller i vart fall inte motsägelsefulla, är viktiga. Trots att funktionalismen från substantiella utgångspunkter lätt uppfattas som osystematisk och ad hoc, ges argument om koherens och systematik nämligen stor relevans även i den funktionella traditionen.

För att förklara vad som kan läggas in i JB 18:9, om att talan ges verkan mot senare förvärvare, är det lättast börja med fall där JB 18:3 används, såsom i exemplet i avsnitt 3. I dessa fall skall A p.g.a. förfalskningarna ges företräde framför alla senare förvärvare, JB 18:3.²³ Som nämnts i föregående avsnitt kan A rikta talan mot den som har lagfart och med JB 18:9 få bättre rätt än dem som förvärvat senare. Om C har lagfarten får A genom domen bättre rätt mot D, E och F. Har D hunnit få lagfart innan A väcker talan mot C, måste A väcka talan även mot D, eller med RB 13:7 kalla D att inträda som part.²⁴ Däremot behöver A inte väcka talan mot E och F om de söker lagfart. När A stämt någon som vid stämningstidpunkten har, eller har sökt lagfart, drabbas alla senare förvärvare av domen mot denne. Eftersom det här handlar om en kvalificerad brist enligt JB 18:3 förlorar de även om de väljer att interveniera med hjälp av RB 14:9 och 14:11 st 2.

När det handlar om en okvalificerad brist som regleras i JB 18:1 är utgångspunkten alltså att A skall ges bättre rätt. I ett fall där B:s förvärv är ogiltigt p.g.a. bedrägeri och C är i ond tro om detta, skall A förstås ges bättre rätt mot dessa två. A skall också ges företräde framför alla förvärvare som förvärvar fastigheten efter att A väckt talan mot den som har lagfart, JB 18:8. Genom att A:s talan skall antecknas av inskrivningsmyndigheten utsluts godtrosvärv.²⁵ I de fall en godtroende förvärvare hinner förvärva fastigheten innan A väckt talan mot den som har lagfart kan A däremot förlora. Om förvärvaren intervenierar i A:s process mot den som har lagfart kan förvärvaren som part framställa en invändning om god tro, RB 14:9 och 14:11 st 2.²⁶ Skulle förvärvaren däremot inte interveniera har vi det fall där tolkningen av JB 18:9 blir akut på så sätt som nämnts i inledningen av detta avsnitt. JB 18:9 kan tolkas så att förvärvaren förlorar sin möjlighet att åberopa godtrosvärv. Enligt JB 18:9 skall förvärvaren ges samma ställning som om fastigheten överlåtits under rättegången. Om fastigheten överlåtits under rättegången mot den lagfarne hade förvärvaren inte fått åberopa god tro eftersom JB 18:8 utsluter detta.

²³ Dock med undantag av 20-årig hävd, JB 16:1 st. 1.

²⁴ Jfr Rodhe 1985 s. 85.

²⁵ Enligt JB 19:29 st. 3 skall domstolen genast anmäla till inskrivningsmyndigheten att en talan väckts.

²⁶ Jfr Rodhe 1985 s. 88.

Som nämnts innebär en sådan tolkning att JB 18:9 ges viss materiell betydelse. Kraven för godtrosvärv blir, utöver vad som stadgas i JB 18:1, att förvärvaren måste interveniera om A hinner väcka talan mot den lagfarne innan förvärvaren själv fått lagfart beviljad. Något absolut krav på lagfart blir det således inte men en lagfart utesluter definitivt risken för att A ges bättre rätt.

I doktrinen har tanken att en förvärvare som uppfyllt kraven i JB 18:1 ändå kan förlora, bemötts på aningen olika sätt. En författare redogör för denna effekt som om den är en klar följd av regleringen: ”Domen vinner rättskraft även mot S, vilket innebär, att denne kan gå miste om ett eget godtrosvärv, som i och för sig skulle ha varit giltigt enligt huvudregeln i JB 18:1 1 st JB.”²⁷ En annan författare förefaller ha samma utgångspunkt, men är mer tveksam och menar att om så vore fallet: ”... kan man kanske säga, att det på en litet konstig väg insmugits ett åtminstone faktiskt krav på lagfartsansökan för att godtrosvärvaren skall vara skyddad.”²⁸

Det går förstås att framföra argument för att skydda förvärvare som uppfyllt kraven i JB 18:1, även om de inte intervenierar när A hinner väcka talan mot den lagfarne innan förvärvaren själv fått lagfart beviljad. Några sådana argument är av lagtolkningskaraktär. Det faktum att det i JB 18:1 inte uppställs något krav på lagfartsansökan för godtrosvärv kan med en motsatsvis tolkning hävdas utesluta ett sådant krav. JB 18:1 skulle då närmast ses som en *lex specialis*. Likaså kan hävdas att JB 18:9 skall ses som en processuell regel där effekten att en dom ges verkan mot senare förvärvare bara avser fall där A faktiskt skulle ha bättre rätt även mot dessa. En annan typ av argument bygger på jämförelser med andra normer. Exempelvis kan godtrosvärv av lös egendom göras även om egendomen överläts under rättegång.²⁹

²⁷ Grauers 2007 s. 343. Jfr Ekelöf, Per-Olof, Om interventionsgrunden, Almqvist & Wiksell 1937, s. 141–142, där han behandlar domens rättskraft för motsvarande reglering i äldre rätt.

²⁸ Hessler 1983 s. 12. Jfr s. 24–25 där han tar utgångspunkt i ett förarbetsuttalande som han tolkar som att 18:9 skall vara generellt tillämplig, och sedan inleder sin fortsatta argumentation med orden: ”Det är dock kanske inte helt säkert, att resultatet måste bli att godtrosvärvaren är betagen varje möjlighet att i en senare rättegång mot A åberopa sitt godtrosvärv.”

²⁹ Godtrosvärvslagen innehåller till skillnad från JB inga särskilda regler för rättegång eller omtvistad egendom. Däremot stadgar RB 15:2 möjligheter för den som hävdar bättre rätt att skydda sitt anspråk genom kvarstad. RB 13:7 ger en A som hävdar bättre rätt den processuella fördelen att kunna kalla in en senare förvärvare att delta i processen. RB 14:9 och 11 st. 2 ger senare förvärvare motsvarande rätt att inträda. Vad som stadgas i RB 14:11 st. 2 om gällande mot intervenient p.g.a. ”rättsförhållandets natur”, skall inte användas för att ge en A företräde mot D, bara för att A genom domen får företräde framför C. I det funktionella förhållningssättets ”natur” ligger ju just att A kan ha bättre rätt till egendomen framför B och C, men ändå få sämre rätt mot D. Detta kan bero på att D har en självständig grund för sitt företräde i form av ett eget godtrosvärv. Det kan emellertid också bero på att D lyckas styrka att C gjort ett godtrosvärv, trots att C av något skäl själv förlorade mot A. — En dom har generellt sett inte rättskraft men viss praktisk bevisverkan mot tredje man, jfr Ekelöf, Per-Olof, Om interventionsgrunden, Almqvist & Wiksell 1937, s. 230–238. — Med ”rättsförhållandets natur” avses således andra situationer, som exempelvis talan om återvinning i konkurs som görs av en

Ytterligare argument kan baseras på värderingar. Ett sådant argument är kanske att det är orimligt att en förvärvare som inte alls får kännedom om rättegången skall gå miste om sin chans.³⁰

De nämnda argumenten kan angripas med direkta motargument. Att 18:1 skall tolkas motsatsvis eller som *Lex specialis*, strider mot annan förekommande kapitelsystematik där ytterligare rekvisit för särskilda fall ofta kan stadgas i efterföljande regler.³¹ Att procedurregler kan påverka de materiella möjligheterna är inte heller helt ovanligt. Att normer för lös egendom leder till en annan lösning kan motsägas av JB:s ordalydelse; förvärvaren skall ges samma ställning som om fastigheten överlåtits under rättegången (18:9) och A:s talan utesluter då ett åberopande av god tro (18:8). Att förvärvaren kan gå miste om en chans, skall ställas mot att förvärvaren kan skydda sig genom att söka den lagfart han ändå är skyldig att söka enligt JB 20:1.³² Likaså får han information om den pågående talan om han söker lagfart, eftersom ansökan kommer då inte att beviljas med annat än vilande lagfart, JB 20:7 p 3.³³ A har därför svårare att få information om att fastigheten överlåtits än vad den senare förvärvaren har att få information om att A väckt talan.

Beaktat de nämnda argumenten är frågan om inte avgörande vikt skulle läggas vid systemargument. Med lösningen att förvärvaren förlorar om han inte intervenierar för att hävda sitt företräde, eller är proaktiv och snabbt skaffar lagfart för att slippa risken, kan regleringen enklare beskrivas som koherent. A har då genom JB 18:9 givits fördelen att kunna väcka talan mot den som har lagfart och senare förvärvaren har ålagts att agera för att tillvarata sina intressen. I avvägningen mellan risken för att förvärvaren inte får information om den pågående processen och A:s intresse av att kunna inrätta sig efter en gynnande dom mot den lagfarne, skall A:s intresse därför ges företräde. I jämförelse framstår en omvänd ordning som mindre systematisk och mindre koherent med de andra regler som skapar incitament för att söka lagfart.

Det skall anmärkas att mitt antagande att argumenten om systematik och koherens skulle bli avgörande i frågan, förstås motsägs av att en central företrädare för funktionalismen, Henrik Hessler, i just

konkursborgenär och där andra konkursborgenärer har intressen, jfr NJA 2005 s. 342.

³⁰ Jfr beträffande samtliga dessa argument Hesslers argumentation i 1983 s. 24–25.

³¹ Exempelvis används en sådan struktur i JB kap 7:11–16.

³² Hessler nämner, som motargument mot vad han själv hävdar om att eventuellt ge förvärvaren företräde, att ett uttalande i förarbetena kan tolkas som att JB 18:9 skulle vara just generellt tillämplig på fall där förvärvaren inte sökt lagfart. Hessler 1983 s. 24–25. Han hänvisar till SOU 1960:25 s. 590. På denna sida antar förarbetsförfattarna att de aktuella fallen blir sällsynta eftersom det är en skyldighet att söka lagfart och att en förvärvare har möjlighet att kontrollera fastighetsboken och därmed kan inträda som intervenient.

³³ I förarbetena anges rent av möjligheten för förvärvare att göra en kontroll av om någon talan pågår som ett argument för "lagfartens legitimationsverkan". SOU 1960:25 s. 590.

denna fråga främst framfört andra slag av argument, låt vara att han i sak möjligen utgår från samma lösning. Att han i detta fall inte tryckt på samma systematik och koherens som jag gör, får illustrera något som är karaktäristiskt inte bara för funktionalismen utan juridisk argumentation generellt; juridisk argumentation följer ofta olika vägar.