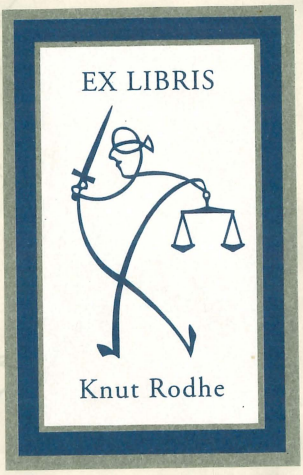
EX LIBRIS
Knut Rodhe

Juridikbok.se

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 vidaredistribuera 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 gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f44b0

UPPSALA UNIVERSITETS ÅRSSKRIFT 1938 : 3
(RECUEIL DE TRAVAUX PUBLIÉ PAR L'UNIVERSITE D'UPPSALA)

SUCCESSIONSRÄTTSLIGA STUDIER

AV

ÅKE MALMSTRÖM

UPPSALA
A.-B. LUNDEQUISTSKA BOKHANDELN

LEIPZIG
OTTO HARRASSOWITZ

I Uppsala Universitets Årsskrift hava utkommit:

Afzelius, I., Om cession af fordringar enligt svensk rätt. 1876. *(Utsåld.)*
Almquist, J. E., Den s. k. mellersta lagens bestämmelser om istadarätt. 1924. *1: 50.*
——, Tidelagsbrottet. En straffrätts-historisk studie. 1926. *1: 50.*
——, Vår äldsta kommentar till landslagen. 1927. *2 kr.*
——, Innebörden av 36 och 49 §§ i gällande gruvstadga. 1929. *1 kr.*
——, Den moderna romanistikens betydelse för studiet av romersk rätt. 1932. *1 kr.*
——, Det sakrättsliga momentet i den klassiska jurisprudensens vektigalrättsbegrepp. 1932. *75 öre.*
——, Förarbeten till Sveriges rikes lag 1666—1686. 1933. *6 kr.*
——, Johan Stiernhöök och den yttre laghistorien. 1934. *1: 50.*
——, Studier rörande senatus consultum Macedonianum. 1935. *4 kr.*
Andersson, A., David Svenssons Breviarium Juridicum Hallandicum. 1895. *1 kr.*
Annerstedt, L., Om jordstyckning. 1865. ——, Om straffmätning. 1869. *(Utsålda.)*
——, Om domarens processledande verksamhet vid civila rättstvister. 1875. *50 öre.*
Berger, O., Om tillsynen å förmyndares förvaltning af omyndigs egendom samt om förmyndarekamrar enligt svensk rätt. 1883. *2: 50.*
Bergfalk, P. E., Om utomordentliga penningehjälper till kronan under sekstonde århundradet och början af det sjuttonde. 1894. *3 kr.*
Berglund, H., Några ord om legalt skiljemannaförfarande i svensk rätt. 1921. *3 kr.*
Blomberg, H., Om Sveriges högsta domstols statsrättsliga ställning och betydelse. 1880. *(Utsåld.)*
Brock, F., Till det tyska skadeståndsproblemet. 1929. *1: 25.*
Brück, S., Studier över strafflagen kap. 23. 1933. *4: 50.*
Davidson, D., Bidrag till jordränteteoriens historia. 1880. *2: 25.*
Engströmer, T., Några anmärkningar rörande den nya lagstiftningen om utländska skiljeavtal och skiljedomar. 1929. *2: 50.*
——, Om skyldigheten att i rättegång förete föremål för syn eller besiktning. 1. 1933. *75 öre.* — 2. 1934. *75 öre.*
——, Några anmärkningar rörande de processuella rättsmedlen. 1935. *75 öre.*
——, Das schwedische Prozesswesen. 1935. *50 öre.*
——, Om reformatio in pejus i brottmål. 1. 1937. *75 öre.* 2. 1938. *50 öre.*
Fehr, M., Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit. 1910. *(Utsåld.)*
Hagströmer, J., Om frihetsstraffen. 1875. *(Utsåld.)*
Hamilton, G. K., Om penningar och kredit. 1861. *(Utsåld.)*
Hammarskjöld, C. G., Om lösdrifvare och deras behandling, företrädesvis enligt svensk lag. 1866. *1: 40.*
Hammarskjöld, Hj., Om tankearbetets rätt. 1929. *75 öre.*
Heimer, E. H., Om vittnesbevis angående sådant som blivit sagt mellan fyra ögon. 1929. *1: 75.*
——, Om bevisbördan. En processrättslig undersökning. 1930. *1: 50.*
Holmbäck, Å., Studier över de svenska allmänningarnas historia. I. 1920. *2 kr.*
——, Studier i äldre sjörätt. Tillika ett bidrag till Grotiusjubileet. 1926. *1: 25.*
——, Hand skall hand få. Ett bidrag till godtrosförvärvens historia. 1928. *50 öre.*
——, Den fasta mellanfolkliga domstolen åren 1922—1929. Några fakta. 1929. *1 kr.*
Hägerström, A., Das magistratische Ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte. 1929. *2: 75.*
Landtmanson, I. S., Om concursbo, dess begrepp, uppkomst och omfattning. 1866. *(Utsåld.)*
——, Om commodum possessionis och besittningsskydd. 1863. *65 öre.*
——, Studier i arfsrättens historia. 1869. *(Utsåld.)*
——, Svensk rättshistoria i utlandet. 1883. *1 kr.*
Lindahl, E., Om förhållandet mellan penningmängd och prisnivå. 1929. *50 öre.*
Lundstedt, V., Den historiska rättspositivismen. 1929. *2: 25.*
Malmström, Å., Till frågan om villkor vid fastighetsköp. I. 1932. *5 kr.* — II. 1933. *4 kr.*

UPPSALA UNIVERSITETS ÅRSSKRIFT 1938 : 3
(RECUEIL DE TRAVAUX PUBLIÉ PAR L'UNIVERSITE D'UPPSALA)

SUCCESSIONSRÄTTSLIGA STUDIER

AV

ÅKE MALMSTRÖM

UPPSALA
A.-B. LUNDEQUISTSKA BOKHANDELN

LEIPZIG
OTTO HARRASSOWITZ

UPPSALA 1938. WRETMANS BOKTRYCKERI A.-B. 40577

INNEHÅLLSFÖRTECKNING.

Sid.

Innehållsförteckning III

Källor och litteratur VII

Förkortningar XV

INLEDNING 1

Inledande ord, s. 1. Vissa principiella synpunkter på juridiska begrepp och deras användning i olika sammanhang, s. 3.

KAP. I. Sättet för arvingars och därmed jämställda successorers förvärv av en avliden persons kvarlåtenskap. Allmänt doktrinhistoriska och komparativa synpunkter 13

§ 1. Hur och när sker successionen? Den traditionella problemställningen 13

Frågeställningen, s. 13. Det historiska sambandet med diskussionen om dödsboets ev. karaktär av juridisk person; vissa uttalanden av Lagberedningen, s. 14.

§ 2. »Succession vid dödsfallet.» Olika typiska, på doktrinhistorisk och komparativ grundval framträdande betydelser hos en dylik formulering .. 15

Uppgiftens innebörd, s. 15. Ipso-iure-systemet och aditionssystemet, s. 18. De österrikiska och engelska systemen, s. 19. Olika tänkbara betydelser hos påståendet om succession vid dödsfallet, s. 20 ff.: 1. Närmast till hands ligger, att därmed avses ipso-iure-systemet i dess vanliga form, s. 21. 2. Succession via ett förmedlande subjekt (»indirekt» succession), s. 25. 3. Arvsförvärv, som hänföres till dödsfallstidpunkten endast genom en retroaktivitetskonstruktion (succession vid dödsfallet i »oegentlig» mening), s. 30.

§ 3. Speciellt om konstruktionerna rörande gemenskapen mellan flera arvingar 36

1. Gemenskap av samäganderättstyp, s. 37. 2. Typen egendomsgemenskap (Gesamthandtypen), s. 40. 3. Idén om dödsboet som juridisk person, s. 44. 4. Konstruktioner, som förläna arvskiftesförvärven en tillbakaverkande effekt, s. 45 (fransk rätt, s. 48).

Sid.

KAP. II. Några drag ur nyare svensk successionsrättslig utveckling 55

§ 1. Den allmänna uppfattningen rörande successionens sätt att fungera 56

1700-talet, s. 56. Äldre uttalanden om dödsbo som juridisk (moralisk) person och deras innebörd i belysning av dåtida uppfattning om juridiska personer, s. 59. Schrevelius, s. 64. Nordling, s. 66. Nyare uppfattningar, s. 67. Lagkommittén och äldre lagberedningen, s. 70. Uppfattningen i Finland, s. 71.

§ 2. Gemenskapen mellan flera arvingar 71

A. Vissa allmänna historiska synpunkter, s. 72 (därunder bl. a. Gesamthand-idén, s. 73 f., bolagsbeteckningen använd på dödsbo, s. 76 ff.).

B. Det legala underlaget, s. 80.

C. Vissa äldre skiftes- och överlåtelsesedvänjor. Folklig andelsuppfattning, s. 83.

D. Praxis fram till mitten av 1800-talet, s. 90.

E. Tendenser under senare delen av 1800-talet, s. 103 (samäganderättstendenser, s. 103, Nordling, s. 109, tendenser i praxis mot typen egendomsgemenskap, s. 115).

F. Utvecklingen under 1900-talet, s. 117.

KAP. III. Successionen för arvingar och universella testamentstagare enligt nu gällande regler. Dödsboets plats i successionssystemet 124

§ 1. Vissa utgångspunkter 124

BL:s formella tankeschema. Diskussion av vissa yttranden av Lagberedningen.

§ 2. Dödsboets ställning och karaktär. Synpunkter och riktlinjer 133

A. Diskussionens uppläggning, s. 133.

B. Lagberedningens uttalanden om dödsboet som juridisk person; »formella» och »sakliga» konsekvenser av idén i fråga, s. 134.

C. Tankegångar om uppkomst och upphörande av boet som juridisk person, s. 138.

D. Förhållandet mellan den också till fall med en delägare utsträckta rättssubjektskonstruktionen i BL:s motiv och 2 § LF, s. 142.

E. Tanken om boets formellt-tekniska identitet, oberoende av delägarnas växling, s. 148.

F. Boets formella ägareställning i fråga om tillgångarna; ev. därmed av lagen åsyftade praktiska handlingsregler, s. 154.

Sid.

G. Gäldsbelastning och rättshandlande med verkan för boet, s. 162.
H. Vissa egendomskategorier i boet, som intaga en familje- eller successionsrättslig särställning (saklegat, efterlevande makes av boet förvaltade enskilda egendom i äldre äktenskap), s. 164.

§ 3. Vissa hävdeproblem i samband med successionen till arvingar och universella testamentstagare .. 167
A. Förutsättningarna för hävd för dödsboet såsom sådant på en fastighet, som den döde efterlämnat, s. 168. (Hur skall dödsboets goda eller onda tro bestämmas, s. 174.)
B. Godtroskravet beträffande arvinge, när denne övertagit fastighet av boet, s. 182.
C. Vem är ur hävdesynpunkt att anse som arvingens fångesman beträffande fastighet, som arvingen erhåller genom arvskifte resp. såsom ensam delägare utan skifte? s. 193.

§ 4. Arvskiftet såsom moment i successionen till den enskilde arvingen. Tillika några synpunkter på frågan, huruvida idén om arvskiftesförvärvets tillbakaräknande till dödsfallet har något reellt underlag 197
A. Inledande anmärkningar, s. 197.
B. Närmare undersökning av tillbakaräknandets tänkta konsekvenser, s. 200 ff.: 1. Lagfartsreglerna, s. 200. 2. Kan arvlåtaren eljest betecknas som arvingens omedelbara fångesman beträffande föremål, som arvingen får i arvskiftet? s. 202. 3. Finnas i svensk rätt några idéer om att fångestidpunkten genom ett tillbakaräknande skall anses vara dödstillfället? s. 204. 4. Arvskiftets verkningar såsom fång i vissa avseenden, s. 205 (ej grund för godtrosförvärv, s. 206 f.). 5. Jämförelse med fransk rätt i visst hänseende, s. 208. 6. Avkastningen, kostnaderna och faran beträffande objekten i kvarlåtenskapen, m. m., s. 210.
C. Avslutande synpunkter rörande arvskiftet såsom moment i successionen, s. 211.

KAP. IV. Successionen till saklegat 218
§ 1. Utgångsläget för undersökningen 218
Olika uppfattningar av saklegatets natur, s. 218. Den traditionella svenska uppfattningen, s. 219. Allmän kritik mot uppdelningen i två enkla huvudtyper (»sakrättsligt» legat belastande oskiftade boet,

Sid.

och »obligatoriskt» legat, belastande viss successors lott), s. 222.

§ 2. Undersökning av legatariens ställning vid saklegat, som skola fullgöras av dödsboet 224

A. Kräves formlig överlåtelse från boet? s. 225.

B. Legatariens prioritet i förhållande till andra anspråk, s. 227.

C. Har legatarien en »sakrättslig» position? s. 229 ff.: Vissa synpunkter i motiven till tyska BGB och några kritiska reflektioner, s. 230. Närmare undersökning av svensk rätt. 1. Förhållandet till boets borgenärer, s. 233. 2. Har legatarien ordinär vindikationsmöjlighet mot tredje man, om boet förfogar över legatet? s. 237 (lös egendom, s. 238, fast egendom, s. 240, speciella frågor om samtycke, när boet avyttrar fastighetslegat, s. 245).

D. Särskilda lagfarts- och inteckningsspörsmål beträffande legat av fast egendom, s. 249.

E. När blir legatet åtkomligt för legatariens borgenärer? s. 262.

F. Hävdespörsmål beträffande fastighetslegat, s. 263.

G. Legatarien är icke ett slags borgenär hos boet, s. 265.

H. Avkastning, kostnader och fara för casus, s. 266.

I. Situationen, när legatarien avlider efter testators död men före legatets verkställande, s. 270.

Avslutande synpunkter, s. 270.

§ 3. Legatariens position vid saklegat, som skola fullgöras av viss successor 271

A. Saklegat, som skall omedelbart utgå, s. 272.

B. Saklegat med framskjutet förvärv, s. 280.

KÄLLOR OCH LITTERATUR.

På vissa punkter har framställningen i kap. II byggts på stickprovsundersökningar i äldre lagfartsprotokoll. De protokoll, som åberopats, finnas i resp. landsarkiv. I en del fall ha dock i stället renoverade protokollsexemplar i riksarkivet använts.

De på vissa ställen åberopade otryckta manuskripten till professor J. E. Boëthius' föreläsningar finnas på Uppsala universitetsbibliotek.

Den litteratur, som använts, upptages i nedanstående förteckning (med undantag för en del smärre tidskriftsuppsatser o. dyl.).

Almén, T., Om auktion såsom medel att åvägabringa aftal. II. Upsala 1900.

Almén, T., Om köp och byte av lös egendom. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. Tredje delvis omarb. uppl., ombesörjd av R. Eklund. I. Stockholm 1934.

Ask, J., Föreläsningar i svensk sakrätt. Lund 1889.

Augdahl, P., Lærebok i norsk skifterett. Oslo 1935.

Beckman, S., Boutredning och arvskifte. Handbok med formulärsamling. Stockholm 1933.

Benckert, K., Om exstinktiva förvärv av lös egendom i god tro enligt H. B. 11:4 och 12:4. II. Stockholm 1925.

Benckert, K., Om testamentsexekutorer enligt svensk rätt. TfR 1926.

Bentzon, V., Den danske Arveret. Tredje Udgave gennemset og ændret under Samarbejde med Poul Plate. København 1931.

Bergman, C. G., Bo och arv. Nordiska Historikermötet i Göteborg 5—7 juli 1923, Göteborg 1924, s. 35 ff.

Bergendal, R., Aktiebolagets författning och dess yttre rättsförhållanden enligt svensk rätt. Ak. avh. Lund 1922.

Betti, E., Delation und Erwerb der Erbschaft nach italienischem Recht. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16, 1922/23.

Boehmer, G., Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben. I Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. III. Berlin und Leipzig 1929.

Bring, E. S., Grunderna till Swenska Civil-Lagfarenheten. I. Lund 1817.

Buchda, G., Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre. Marburg in Hessen 1936. Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von Prof. Dr. Ernst Heymann, Berlin. Nr. 76.

Calonius, M., Praelectiones in iurisprudentiam civilem, ed. W. Chydenius et V. Nordström. Helsingforsiae MCMVIII.

[Cassel, C. G., och Norin, P. G.,] Tablå, innefattande jemnförelse emellan LagCommiteens förslag till allmän civillag och den nu gällande. Förra delen. Giftermåls- ärfda- jorda- och byggningabalkar. Stockholm 1839.

Cheshire, C. G., The modern law of real property. Second edition. London 1927.

Chydenius, W., Om arfsbevakning och arfstvist. FJFT 1904.

Chydenius, W., Lärobok i finsk arfs- och testamentsrätt. 3 uppl. Helsingfors 1920.

Code civil, Le, 1804—1904. Livre du centenaire. I—II. Paris 1904.

Cuq, É., Manuel des institutions juridiques des romains. Paris 1917.

Deuntzer, J. H., Nogle Bemærkninger om Legatarers Retsforhold. UfR 1870.

Deuntzer, J. H., se Nordisk Retsencyklopædi.

Eberstein, G., Om skatt till stat och kommun enligt svensk rätt. II. Stockholm 1937.

Ehrenzweig, A., System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. II: 1, 2. Wien 1920, 1924.

Ekeberg, B., och Guldberg, H., Den nya testamentslagen jämte dithörande författningar med förklaringar. Stockholm 1931. (Cit. Ekeberg-Guldberg.)

Ekeberg, B., Guldberg, H., och Bergendal, R., Den nya lagen om boutredning och arvskifte jämte dithörande författningar med förklaringar. Stockholm 1937. (Cit. EGB.)

Ekelöf, P. O., Om interventionsgrunden. Akad. avh. Uppsala 1937.

Ekström, F. W., Privaträttens allmänna läror. Helsingfors 1921—25.

Endemann, F., Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. III. 7. Aufl. Berlin 1900.

Endemann, Fr., Die Rechtsquellen des bürgerlichen Rechtes und ihre Auslegung. I Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. II. Berlin und Leipzig 1929.

Fischer, H. A., Familie und Erbe. Berlin 1936. (Cit. vanligen blott Fischer.)

Fischer, O., Das Reichsgericht und das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten. I Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. II. Berlin und Leipzig 1929.

Freytagh-Loringhoven, A., Der Sukzessionsmodus des deutschen Erbrechts. Berlin 1908.

Funck, J., Genväg til kundskap och utöfning af swensk lagfarenhet. Stockholm 1761—62.

Förslag [Lagkommitténs] till allmän civillag. Stockholm 1826.

Förslag [Äldre lagberedningens] till giftermåls-balk, ärfda-balk, jordabalk och byggninga-balk. Stockholm 1847.

Förslag, Underdåniga, till förändrade stadganden för betryggande af ägande-, pant- och nyttjande-rätt till fastighet. Stockholm 1867.

Förslag, Nya lagberedningens, till förordning angående tioårig och tjuguårig häfd. Stockholm 1880.

Förslag till lagar om enkla bolag och handelsbolag, om aktiebolag samt om föreningar för ekonomisk verksamhet m. m. Stockholm 1890.

Gesetzbuch, Das Bürgerliche, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Dr. Bessau u. a. Achte, wesentlich umgearb. Aufl. III, V. Berlin und Leipzig 1934, 1935. (Cit. RG-Komm.)

Gierke, O., Deutsches Privatrecht. I, II. Leipzig 1895, 1905.

Girard, P. F., Manuel élémentaire de droit romain. 8 éd. par Félix Senn. Paris 1929.

Guldberg, H., Den svenska lagstiftningen om boutredning och arvskifte. TfR 1935.

Hagströmer, J., Om aktiebolag enligt svensk rätt. Ak. afh. Upsala 1872.

Hallstein, W., Anfall der Erbschaft. Rvergl HWB.

Hallstein, W., Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Ib.

Hallstein, W., Miterben. Ib.

Hammarskjöld, Hj. L., Redogörelse för den utländska bolags- och föreningsrättens utveckling och nuvarande ståndpunkt, den svenska bolagsrättens utveckling samt de svenska föreningarna (för ekonomiskt ändamål). Bilaga till bolagskommitténs betänkande 1890.

Hassler, Å., Om ställföreträdarskap i rättegång enligt svensk rätt. Ak. avh. Lund 1920.

Heikonen, A. R., Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisten omistusoikeussuhteita. I, II. Helsingissä 1936, 1937. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja N:o 6, 9.

Heusler, A., Institutionen des deutschen Privatrechts. I, II. Leipzig 1885, 1886.

Holmbergson, J., Historisk och analytisk utredning af juridiska begrep, isynnerhet med anledning af förefallna rättegångsmål. Lund 1834.

Holmbergson, J., Juridiska skrifter. Ordnade af en den aflidnes lärjunge samt efter författarens död utgifne af Carl Justus Nerman. Christianstad 1845.

Hult, Ph., Om kommissionärsavtalet. I. Stockholm 1936.

Hultgren, O. J., Om testamentsklander enligt Sveriges lag. Ak. afh. Stockholm 1858.

Hultgren, O. J., Förklaringar öfver de till civilrätten hörande delar af handels-balken. 2 uppl. Stockholm 1878.

Hägerström, A., Om begreppet viljeförklaring på privaträttens område. Theoria 1935.

af Hällström, E., Arvejordsinstitutet. I Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland. II. Stockholm 1934.

Josef, E., Verfügungen über Erbschaftsanteile. AZP 1906.

Josserand, L., Cours de droit civil positif français. III. 2:me éd. Paris 1933.

Jung, E., Bürgerliches Recht. I Stammler, R., Das gesamte deutsche Recht. I. Berlin 1931.

Jusleen, J., Samling af Kongl. Maj:ts bref, hwilka på inkomna förfrågningar om lagens rätta förstånd, eller eljest i sådana mål som rättegången röra, utfärdade blifwit. Stockholm 1751. (Cit. Jusleen I.)

Jusleen, J., Fortsättning af then Samling utaf Kongl. Maj:ts bref, hwilka på inkomna förfrågningar om lagens rätta förstånd, utfärdade blifwit til och med 1759. Stockholm 1761. (Cit. Jusleen II.)

Kallenberg, E., Svensk civilprocessrätt. Bd I. Lund 1917—26.

Karlgren, Hj., Studier över privaträttens juridiska personer och samfälligheter utan rättspersonlighet. Ak. avh. Göteborg 1929.

Kipp, Th., Das Erbrecht. 1. und 2. Aufl. Marburg 1911. (Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von Enneccerus-Kipp-Wolff II: 3.)

Knoph, R., Norsk arverett. Oslo (1929—)1930.

König, Chr., Lärdoms-öfning. Tom. II. Stockholm 1745.

Lagberedningens förslag till jordabalk. II. Stockholm 1908. (Cit. Lagberedningen, JB II.)

Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken. I. Förslag till lag om förmynderskap m. m. Stockholm 1921. (Cit. Lagberedningen, ÄB I.)

Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken. II. Förslag till lag om arv m. m. Stockholm 1925. Statens offentliga utredningar 1925: 43. (Cit. Lagberedningen, ÄB II.)

Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken. III. Förslag till lag om testamente m. m. Stockholm 1929. Statens offentliga utredningar 1929: 22. (Cit. Lagberedningen, ÄB III.)

Lagberedningens förslag till revision av ärvdabalken. IV. Förslag till lag om boutredning och arvskifte m. m. Stockholm 1932. Statens offentliga utredningar 1932: 16. (Cit. Lagberedningen, ÄB IV.)

Landtmanson, I. S., Om Concursbo, dess begrepp, uppkomst och omfattning. Uppsala universitets årsskrift 1866.

Landtmanson, I. S., Studier i arfsrättens historia. Uppsala universitets årsskrift 1869.

Landtmanson, I. S., Till frågan om testamentsinstitutets utveckling i svensk rätt. TfR 1899.

Lind, E., Om arvskiftes form. I Festskrift tillägnad Erik Marks von Würtemberg den 11 maj 1931. Stockholm 1931.

Lindhagen, A., och Lind, E., Den nya arvslagen jämte dithörande författningar med förklaringar. Stockholm 1929.

Lundstedt, A. V., Kritik av nordiska skadeståndsläror. TfR 1923.

Lundstedt, A. V., Realitetssynpunkter i skadeståndsrätten. I Nordiska Juristtämman i Stockholm och Uppsala den 5—18 september 1926. Stockholm 1926.

Malmström, Å., Till frågan om villkor vid fastighetsköp. I. Ak. avh. Uppsala 1932. II. Uppsala 1933. Uppsala universitets årsskrift 1932. Juridik 3. 1933. Juridik 3.

Malmström, Å., Rättsutvecklingen 1736—1809. I Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland. I. Stockholm 1934.

Montgomery, R., Om bolagskontraktet i 1734 års lag. Helsingfors 1870.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. V. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888. (Cit. BGB-Motive 1888.)

Müller, G., BGB. Drittes Buch. Sachenrecht. Berlin und Leipzig 1936.

Naendrup, H., Die Ersitzung als Rechtscheinswirkung. I Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. III. Berlin und Leipzig 1929.

Nehrman, D., Inledning til then swenska iurisprudentiam civilem. Lund 1729.

Nehrman, D., Then swenska jurisprudentia civilis, efter Sweriges Rikes år 1734 antagna lag förbättrad. Stockholm 1746.

Nehrman, D., Föreläsningar öfwer Ärfda-Balken. Stockholm och Upsala 1752.

Nial, H., Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut. Stockholm 1934.

Nordisk Retsencyklopædi. II. Privatretten. Den nordiske Familie- og Arveret ved J. H. Deuntzer. Kjøbenhavn 1878.

Nordling, E. V., Om präskription enligt svensk allmän förmögenhetsrätt. Stockholm 1877.

Nordling, E. V., De nye lagfarts- och intekningslagarne med tillhörande författningar. Upsala 1877. [2 uppl. Upsala 1888 under titeln Lagfarts- och inteckningslagarne af den 16 juni 1875 med tillhörande författningar.]

[Nordling, E. V.,] Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar öfver ärfda balken. 3 uppl. Upsala 1885.

[Nordling, E. V.,] Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt, allmänna delen. Upsala 1891.

[Nordling, E. V.,] Anteckningar efter prof. E. V. Nordlings föreläsningar om boskilnad och om behandlingen af död mans bo. 3 uppl. Upsala 1892.

Norell, C. J., Sjette samlingen af Kongl. Maj:ts bref, rescripter och förklaringar etc. Stockholm 1800.

Olivecrona, Karl, Studier över begreppet juridisk person i romersk och modern rätt. Ak. avh. Uppsala 1928. Uppsala universitets årsskrift 1928. Juridik 2.

Olivecrona, Karl, Om innebörden av ett aktiebolags »upplösning». SvJT 1929.

[Olivecrona, S. R. D. K.,] Förmögenhetsrätten efter Professor K. Olivecronas föreläsningar. I. Sakrätt. II. Obligationsrätt. (Övertryck.)

Olivecrona, S. R. D. K., Om lagbestämd giftorätt i bo. Diss. Upsala 1851. Samma arb. 4 uppl. under titeln Om makars giftorätt i bo. I—II. Upsala 1876—78. 5 uppl. Upsala 1882.

Olivecrona, S. R. D. K., Testamentsrätten enligt svensk lagstiftning. Upsala 1880. Samma arb. 2 uppl. Upsala 1898.

Palmgren, B., Konkursförutsättningarna. En studie i Finlands gällande konkursrätt. Ak. avh. Helsingfors 1936.

Peric, Z., Le mysticisme dans le Droit de succession. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16, 1922/23.

Planiol, M., och Ripert, G., Traité pratique de droit civil français. III. IV. V. Paris 1926, 1928, 1933.

Platou, O., Forelæsninger over Norsk Arveret. Anden Udgave. Christiania 1910.

Rabenius, O., Primae jurisprudentiae communis svecanae lineae. Diss. Upsala 1760—63.

Rehme, P., Deutsches Recht. I Stammler, R., Das gesamte deutsche Recht. I. Berlin 1931.

RG-Komm., se Gesetzbuch.

Sandberg, L., Om viss tids häfd af eganderätt till fast egendom enligt svensk rätt. Lund 1895.

Sandström, E., Skadeståndsskyldighet på grund av farlig verksamhet. Oslo 1934. NJMF 1934, Bil. II.

Schrevelius, Fr., Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. II, III. Lund 1847, 1849. Samma arbete, 2 uppl. I—III. Lund 1851—58.

Schröder, R., Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Sechste, verbesserte Auflage fortgeführt von E. v. Künssberg. Berlin und Leipzig 1922. (Cit. Schröder-v. Künssberg.)

[Sellander, M.,] Brefställare, innehållande samling af sådane bref och skrifter, som i samlefnaden allmännast förefalla. Lund 1787.

Serlachius, J., Om arfskifte. FJFT 1885.

Serlachius, J., Om sameganderätt i 1734 års lag. FJFT 1890.

Serlachius, J., Samling af justitiedepartementets domar i tvistemål under åren 1829—1865. Helsingfors 1905.

Sjögren, I. W., Studier angående fastighetsköpet enligt konung Magnus Erikssons allmänna stadslag. I Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland. II. Stockholm 1934.

Sjögren, W., Förarbeten till Sveriges rikes lag 1686—1736. Efter offentligt uppdrag utg. af W. Sjögren. I—VIII. Uppsala 1900—09.

Sohm, R., Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts. 16. Aufl. München und Leipzig 1920.

Solander, D., De transmissione hereditatis. Diss. Upsala 1769.

Solander, D., De cretione hereditatis. Diss. Upsala 1781.

Solander, D., Strödda besvarade lagfrågor. Diss. Upsala 1774—1783.

Staudinger, J., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. V. Band. Erbrecht. Erläutert von F. Herzfelder. 9 Aufl. München, Berlin und Leipzig 1928.

Stenbeck, E., och Lindhagen, A., Den nya förmynderskapslagen jämte dithörande författningar med förklaringar. Stockholm 1924.

Stobbe, O., Handbuch des Deutschen Privatrechts. V. 1—2 Aufl. Berlin 1885.

Strahl, I., Utvecklingen av den svenska skadeståndsrätten på det utomobligatoriska området. I Minnesskrift ägnad 1734 års lag av jurister i Sverige och Finland. II. Stockholm 1934.

Tengwall, L., Afhandling om börds-rätten. Lund 1792.

Tengwall, L., Twistemåls lagfarenheten. Lund 1794.
Thyrén, J. C. W., Kommentar till strafflagen kap. 20. Lund 1908.
Trygger, E., Kommentar till utsökningslagen. 2 uppl. Första häftet. Uppsala 1916.
Tuor, P., Erbrecht. Bern 1913—29. (Gmürs Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III.)
Undén, Ö., Svensk sakrätt. I, II: 1. Lund 1927, 1936.
Undén, Ö., Kommentar till lagfartsförordningen. Andra genomsedda uppl. Uppsala 1932.
Walker, G., Internationales Privatrecht. 5. Aufl. Wien 1934.
Westring, Hj., Den nya giftermålsbalken jämte dithörande författningar med förklaringar. 2 uppl. ombesörjd av B. Ekeberg och E. Stenbeck. Stockholm 1933.
Wildte, S., Om kostnader i civil rättegång och deras gäldande. Ak. avh. Göteborg 1931.
Windscheid, B., Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl., bearb. von Th. Kipp. II, III. Frankfurt am Main 1906. (Cit. Windscheid-Kipp.)
Winroth, A. O., Om arfvingarnes ansvarighet för arflåtarens förbindelser. Upsala 1879.
Winroth, A. O., Svensk civilrätt. II, IV, V. Stockholm 1900—01, 1903—04, 1909.
Winroth, A. O., Handbok i svensk civilrätt. II. Stockholm 1911.
Zivilgesetze der Gegenwart, Die. Sammlung europäischer und außereuropäischer Privatrechtsquellen. Begründet von K. Heinsheimer.
I. Frankreich. Code civil. Mannheim, Berlin, Leipzig [1928—]1932.
II. Das Zivilrecht Englands in Einzeldarstellungen. Ib. 1931.
III. Brasilien. Codigo Civil. Ib. 1928.
X. Das Zivilrecht der nordischen Länder. I. Abt.: Finnland und Schweden. Lief. 1. Ib. 1933. Lief. 2a. Berlin 1936.

FÖRKORTNINGAR.

De i litteraturförteckningen upptagna arbetena ha i regel citerats endast med författarnamnet eller med detta jämte arbetets titel i förkortad form. Där så har ansetts behövligt, har i litteraturförteckningen angivits den beteckning, som använts vid citeringen.

Utom allmänt gängse förkortningar av balkrubrikerna i 1734 års lag, av benämningarna på olika domstolar m. m. ha i huvudsak följande förkortningar begagnats.

ABGB = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österrike).
AK = andra kammaren.
AL = 1928 års lag om arv.
AZP = Archiv für die zivilistische Praxis.
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Tyskland).
BL = 1933 års lag om boutredning och arvskifte.
BP = 1933 års lag om införande av lagen om boutredning och arvskifte.
FJFT = Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland.
FK = första kammaren.
FL = 1924 års lag om förmynderskap.
HF = 1881 års hävdeförordning.
HWB der RW = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
IF = inteckningsförordningen av 1875.
KL = konkurslagen.
LF = lagfartsförordningen av 1875.
NJA = Nytt juridiskt arkiv, avd. I.
NJA II = samma tidskrift, avd. II.
NJMF = de nordiska juristmötenas förhandlingar.
NT = Tidskrift för lagstiftning etc., utg. af NAUMANN.
Rvergl HWB = Rechtsvergleichendes Handwörterbuch des Zivil- und Handelsrechts.
SJA = Juridiskt Arkif, utg. af SCHMIDT.
SL = strafflagen.
SvJT = Svensk juristtidning.
TfR = Tidsskrift for rettsvidenskap.
TL = 1930 års lag om testamente.
UfR = Ugeskrift for Retsvæsen.
ZAIP = Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
ZGB = Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZPO = Zivilprozessordnung (tysk).

INLEDNING.

De omfattande lagverk, genom vilka svensk familje- och successionsrätt de senaste decennierna nydanats, tyckas måhända lämna föga rum för undersökningar från den juridiska teoriens sida. Lagstiftningen är ny och dess förändring knappast aktuell. Bestämmelserna äro noggranna och detaljerade, och motiven upptaga med en långt driven fullständighet till diskussion de spörsmål, som kunna yppas vid reglernas tillämpning i det praktiska livet. Vid en närmare analys torde likväl åtskilliga problem av intresse dyka upp. Det är på vissa dylika problem inom successionsrättens område, som föreliggande studier inriktats. Till stor del rör det sig därvid om frågor, som mera klart trätt i dagen i och med lagen om boutredning och arvskifte av den 9 juni 1933 (nedan kallad BL) — slutstenen i den lagbyggnad, som ersatt den gamla ärvdabalken. Det skall icke förnekas, att motiven till denna lag äro alldeles särskilt utförliga, ett förhållande, som ju till och med föranledde kritik från en lagrådsledamots sida.[1] Den följande framställningen får visa, i vad mån det oaktat en diskussion må vara påkallad av nyss åsyftade successionsrättsliga spörsmål. På vissa punkter kan just motivens utförlighet ge anledning till debatterande av synpunkter, som där återfinnas, och insättande av desamma i ett mera allmänt doktrinhistoriskt sammanhang.

Självfallet kan i stort sett något nämnvärt material ur rättspraxis ännu icke stå till buds från tiden efter den nya lagstiftningens tillkomst, och detta kommer med nödvändighet att medföra, att framställningen delvis får en natur, som något avviker från den i nyare civilrättslig litteratur vanliga; de praktiska resultaten få också därigenom en på vissa punkter mera osäker karaktär. Ett annat förhållande, som icke kunnat undgå att

[1] JustR Alexanderson, se NJA II 1933 s. 703 f.

influera på undersökningens gång, är det, att våra nyare successionsrättsliga lagar liksom annan nyare civilrättslig lagstiftning i själva verket fått en mycket mera teoretiskt finslipad och tekniskt betonad utformning än äldre rätt — trots en påtaglig strävan från lagförfattarnas sida att undvika allmänt abstrakta stadganden och i stället bevara en enklare, mera konkret avfattning. De använda begreppen liksom formuleringarna över huvud äro med andra ord mycket mera omsorgsfullt avvägda och få därigenom ofrånkomligen större betydelse. Vidare möta stundom i motiven teoretiskt betonade resonemang eller uttryckssätt. Dessa omständigheter göra det nödvändigt att tämligen ingående dröja vid vissa principfrågor och diskutera innebörden av vissa begrepp. Det bör måhända framhållas, att en dylik diskussion kan vara erforderlig, även om resultatet eventuellt på någon punkt skulle bli, att några positiva bidrag till lagtolkningen icke därigenom kunna vinnas. Det negativa resultatet behöver ju icke på förhand ligga i öppen dag, och dess påvisande måste då vara av betydelse. Samtidigt ges också tillfälle att tillgodose det rent doktrinhistoriska intresset.

Det är givet, att en systematiskt fullständig behandling av någon viss del av successionsrätten icke åsyftats. I undersökningen just av de principiella och praktiska spörsmål, som gjorts till föremål för dessa studier, ligger icke heller något påstående om att dessa spörsmål för närvarande skulle vara successionsrättens viktigaste, utan endast uppfattningen, att de i och för sig förtjäna en undersökning.

Sedan föreliggande arbete var i sina huvuddrag skisserat och delvis i det närmaste färdigställt, kom i förf:s hand den utförliga finskspråkiga framställningen av dr A. R. Heikonen om arvingarnas gemenskap i finsk rätt med särskild hänsyn till arvingarnas äganderättsliga förhållanden (Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisten omistusoikeussuhteita, I, 1936, II, 1937). Delvis rör sig denna framställning på samma område som föreliggande undersökningar, och dr Heikonens arbete bidrager givetvis att belysa situationen även för svensk rätts del, sådan den tedde sig före antagandet av BL. Emellertid har den av språkliga skäl tyvärr icke kunnat här beaktas i annan mån än såvitt dess innehåll framgår av sammanfattningarna på tyska (I s. 255—268, II s. 221—239). De aktuella

problemen ligga för övrigt väsentligt annorlunda till i Sverige i många stycken på grund av BL:s tillkomst. Av de nyss åberopade sammanfattningarna framgår vidare, att dr Heikonen i fråga om rättsvetenskaplig metod arbetar med helt andra utgångspunkter än dem, som här läggas till grund.

*

Med hänsyn till vad ovan anförts och med tanke på de meningsskiljaktigheter i fråga om grundläggande problemställningar, som göra sig gällande inom den juridiska teorien, synes det vara nödvändigt eller i varje fall lämpligt att inledningsvis kort skissera vissa principiella synpunkter, på vilka denna framställning är baserad (någon fullständig redovisning av grundvalen i detta avseende kan det självfallet icke bli fråga om). Som utgångspunkt må därvid väljas det förhållandet, att man vid genomförande av en undersökning som denna i olika sammanhang anträffar teoretiskt-juridiska satser eller konstruktioner av sådan typ som t. ex. att successionen på grund av dödsfall sker vid en viss angiven tidpunkt eller att dödsboet är eller icke är en juridisk person eller att den eller den rättsägaren har sakrätt resp. blott obligatoriskt anspråk o. s. v. Därmed kommer man in på det allmänna spörsmålet om innebörden av att dylika hävdvunna redskap ur rättsteoriens arsenal komma till användning i skilda sammanhang, däribland stundom också inom lagstiftningen.

Det säges ofta, att det här rör sig om rent terminologiska frågor. Det är naturligtvis också riktigt, att det här gäller terminologi i olika former, men talet om »rent» terminologiska frågor får icke undanskymma det förhållandet, att det finnes terminologi av olika slag eller rättare med olika betydelse, varvid ett och samma ord i olika sammanhang kan representera olika sådana typer av terminologi. Närmast till hands ligger det väl att peka på den skillnad i betydelse, som består mellan en terminologi med rent vetenskapliga syftemål och en sådan terminologi, som förekommer i en lagtext. Det torde dock icke vara ur vägen att dessutom erinra om att man inom den juridiska teorien måste röra sig med termer även med andra syftemål än de rent vetenskapliga. Den juridiska teori, som skall fylla sin sociala uppgift, måste ju ägna sig åt en verksamhet, som i princip är av

tvåfaldig art: däri måste rymmas först och främst vetenskapliga undersökningar i inskränkt mening (undersökningar angående faktiska förhållanden och sammanhang av olika art) men därjämte också försök att anvisa lösningar på praktiska rättspolitiska problem. Dessa senare lösningsförsök måste naturligtvis bygga på en vetenskapligt korrekt uppfattning om fakta men bli genom sitt beroende av de använda värdepremisserna själva icke några objektiva vetenskapliga resultat.[2]

Om man med utgångspunkt från det sagda upptar frågan om olika typer av terminologi och därvid börjar med sådana termer, som komma till användning i en rent vetenskaplig framställning i nyss antydd mening — den må syssla med gångna historiska skeden, med fakta och förhållanden i modernt samhällsliv eller med de sannolika följderna av någon föreslagen men ännu ej genomförd åtgärd —, så är det tydligt, att terminologien måste inriktas på att klart återge de fakta och mellan dem bestående sammanhang, vilka skola skildras, resp. de tänkta faktiska tillstånd, som kunna under vissa förutsättningar beräknas inträda. Terminologien är deskriptiv. Vid beskrivning av faktiskt tillämpade regler o. s. v. kan rättsvetenskapen säkerligen ej helt undgå att begagna sig av termer, som s. a. s. ha en rättsideologisk belastning. Men de måste då begagnas så, att den åsyftade rent realistiska betydelsen klart framgår. Vi tänka oss därefter det fall, att en juridisk författare ställer upp vissa principer (regler) för hur exempelvis en domare i vissa situationer enligt hans mening bör handla. Den terminologi och begreppsbildning författaren i fråga betjänar sig av, när han ställer upp reglerna, kan här sägas få en något annan innebörd. Den kan visserligen också här kallas deskriptiv, men vad den syftar till att beskriva är ej blott och bart vissa givna fakta utan vissa tänkta sätt att handla vilka av författaren förordas. För läsaren representerar den vägen att tränga in i författarens tankegång och få kunskap om vilka handlingssätt som avsikten verkligen varit att förorda. Tänkbart är nu visserligen, att vederbörande författare själv fattar sina satser såsom på en gång konstaterande vissa ideellt redan existerande fakta (vissa förhållanden i »rättens värld») och angivande vissa handlingssätt, som enligt författarens mening böra följas. Så blir förhållandet, i den mån den uppställda handlings-

[2] Jfr Malmström, Till frågan om villkor vid fastighetsköp II (1933) s. 4.

regeln fattas som en i »rättens värld» redan given objektiv norm, varvid motiveringen för normens tillämplighet ligger i dess egen tänkta karaktär av objektivt förbindande. Även om man nu — i överensstämmelse med det ovan antydda — måste avvisa en dylik teoretisk innebörd av en uppställd regel såsom oriktig, kvarstår i allt fall det förhållandet, att vederbörande författare har rekommenderat regeln till praktiskt genomförande, och man har att efter praktiska rättspolitiska synpunkter bedöma frågan härom.[3] Det har då förutsatts — vilket också uppenbarligen är förhållandet — att de termer och begrepp, av vilka en juridisk sats av åsyftat slag kan tänkas uppbyggd, kunna på en gång innesluta (ev. ursprungligen ha inneslutit) vissa ohållbara teoretiska föreställningar och uttrycka vissa fullt begripliga anvisningar för praktiskt handlande. Även om de förra utmönstras, kunna de senare eventuellt vara rimliga om än av doktrinhistoriska skäl formulerade på ett sätt, vars lämplighet åtminstone i många fall kan diskuteras (jag nödgas här förbigå frågan, om ett traditionellt, motsägelsefullt uttryck praktiskt sett fyller en önskvärd »suggestionsteknisk» funktion, d. v. s. har särskild förmåga att gripa tag om rättsmedvetandet).[4]

Om man därefter övergår till terminologi och begreppsbildning i lagtext, erinrar situationen på flera sätt om den nyss skildrade utan att dock vara helt densamma. Av lätt insedda skäl knyter sig ett särskilt intresse till frågan om terminologiens och begreppsbildningens innebörd, för den händelse lagen tagit upp eller byggt på begrepp, som också av gammal tradition användas i den juridiska litteraturen, begrepp av typen rättighet, skyldighet, rättssubjekt o. s. v. I första hand kan man då tillämpa detsamma, som nyss sagts om författaren, som ställer upp regler. För den, som avfattar en lagtext, måste ju formuleringsfrågan

[3] Tänkbart är naturligtvis då även det fall, att vederbörande författare själv ställer sig tvivlande till den förordade regelns praktiska värde och framför den endast därför, att han anser den »teoretiskt» riktig. Tänkbart är emellertid också, att viktiga praktiska skäl tala för regeln. Ihågkommas bör, att det praktiska rättspolitiska bedömandet ej blott har att taga hänsyn till regelns lämplighet i och för sig utan — om det ej gäller lagstiftande utan rättstillämpning — till nödvändigheten av respekt för existerande lagstadganden, en viss konsekvens i rättspraxis o. s. v.

[4] Om de juridiska begreppens suggestionstekniska roll jfr Ekelöf, Interventionsgrunden s. 43—51.

— om den ses realistiskt — bli en fråga om lämpligaste sättet att klart uttrycka vissa tänkta sätt att handla, avsedda att realiseras i rättslivet (eventuellt göra sig också samtidigt gällande önskningar att uttrycka regeln på ett suggestivt sätt och i stilistiskt tilltalande form). Det kan då tänkas, att lagtextförfattaren — med rätt eller orätt — anser det ändamålsenligt att utnyttja vissa i det juridiska tänkandet utbildade tankefigurer av förut berörd art, vilka i så fall för lagtextförfattaren te sig som koncentrerade uttryck för vissa åsyftade handlingsregler.[5] Begrepp av antydd art kunna emellertid tänkas ha blivit använda i lagtexten av rent rättsideologiska (»teoretiska») eller också systematiska (ev. rent dekorativa) skäl, alltså utan att syftet varit att just med begreppen i fråga självständigt uttrycka några handlingsregler. Nära till hands ligger naturligtvis då också möjligheten, att vissa använda begrepp samtidigt vila på motiv av de olika här berörda slagen.

Självfallet medför det vissa risker, om en lagtext eller motiven till en sådan taga upp och begagna sig av begrepp och konstruktioner, hämtade från den juridiska doktrinen. Vid lagtolkningen kunna slutsatser komma att dragas, vilka äro främmande för den ifrågavarande lagens egentliga syften.[6] Kunna då över huvud med fog några praktiska slutsatser ur begreppen och konstruktionerna dragas eller skall man förvisa dem till de s. k. »rent terminologiska» frågornas område? Svaret är i viss mån redan antytt men torde böra något närmare utvecklas.

I den mån faktiskt en term valts eller ett begrepp utnyttjats i syfte att antyda vissa handlingsregler, äro tydligen dessa senare för den eller dem, som bestämt lagens avfattning, det primära, och termen eller begreppet kommer s. a. s. i efterhand. Men för den, som sedermera i rättslivet skall tillämpa lagen, kan lagtextens (i viss mån också eventuella lagmotivs) sätt att uttrycka sig icke vara ett rent terminologiskt spörsmål, om därmed skall avses en sekundär, sakligt betydelselös ordfråga. Lagtillämparen kan icke utan vidare se bort från de begrepp, på vilka lagen

[5] Av praktiska skäl måste ju juridiskt språk till stor del röra sig med termer, som arbetat sig fram under en lång utveckling och vilkas rent rättsideologiska sida därför icke behöver vara väsentlig för den, som i nutiden rör sig med dem.

[6] Jfr Olivecrona, Studier över begreppet juridisk person s. 169.

är byggd. Om man t. ex. talar om lagstiftningens »idéinnehåll»,[7] höra uppenbarligen ifrågavarande begrepp dit, och idéinnehållet måste rimligen inverka på tillämpningen. Det är här av vikt att fasthålla vid det redan sagda, att begreppen, även om de tilläventyrs ha doktrinär karaktär och kanske delvis irrationellt ursprung och innehåll, i vissa fall *kunna* vara praktiskt betydelsefulla därigenom, att de kunna dölja faktiskt åsyftade handlingsregler.[8]

Nu är saken i detta fall icke lika enkel, som den i princip kan sägas vara i det förut behandlade fall, då en juridisk författare ställer upp vissa regler, som han rekommenderar till efterföljd. I sistnämnda fall finnes bakom regeln en bestämd person, vars avsikt kommer till uttryck i regeln. Den »lagstiftare», vars syften man brukar tala om såsom liggande bakom en lagregel, upplöser sig däremot i verkligheten i en månghövdad skara personer, som på mer eller mindre avgörande sätt medverkat i lagens tillkomstprocedur och som i högst olika grad reflekterat igenom de med lagens tillämpning sammanhörande problemen och delvis kanske haft skilda meningar. Till en viss grad täcker det oaktat det för korthetens skull användbara uttrycket »lagstiftarens mening» någonting påtagligt och praktiskt fixerbart. Ytterligare gäller emellertid beträffande utläggning av lagtext, att denna av tvingande rättspolitiska grunder aldrig kan helt fastkedjas vid lagstiftarens ursprungliga mening utan måste kunna i vissa avseenden — i stort sett mer ju äldre lagen är — avvika därifrån.[9] Uttalanden i lagmotiv rörande bredvidliggande spörsmål kunna vidare självfallet icke tillmätas samma betydelse som yttranden beträffande centrala tolkningsproblem o. s. v. En närmare diskussion kan här ej ske. Otvivelaktigt måste dock lagstiftarens mening vara en av de viktigaste faktorerna vid lagtolkningen.

Enligt en konsekvent rättspositivistisk åskådning borde man

---

[7] Jfr Hägerström i Theoria 1935 s. 43, 50.

[8] Jfr om begreppen rättighet och skyldighet i detta avseende Hägerström i Theoria 1935 s. 46 ff.

[9] Lagens ålder måste få betydelse genom förändringarna i samhällslivets faktiska karaktär sedan lagens tillkomst (jfr Endemann i Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben II s. 141) samt genom rättsordningens omstöpning i andra delar (förändring av ett stadgandes »juridiska miljö») o. s. v.

med hjälp av lagstiftningen och med stöd av andra »rättskällor» på vetenskaplig väg kunna bygga upp det slutna, enhetliga system, som skulle utgöra gällande rätt. Som av det föregående framgår, är föreliggande framställning främmande för ett dylikt betraktelsesätt. En fullständigt objektiv lagtolkning — som alltså skulle ha rent vetenskaplig karaktär i sträng mening — är en illusion. Lagtillämpningen innebär praktiskt rättspolitiskt handlande och icke logisk deduktion.[10] Hela det system för rättslivets teknik, som i praktiken användes, bygger emellertid — och detta strider på intet sätt mot det nyss sagda — på att domare och andra i rättslivets tjänst verksamma personer i sitt handlande utgå från vissa, såsom gällande rätt betecknade regler, bl. a. de i lag givna. Vid tillämpningen av dessa regler skapas — trots att det icke är fråga om logiska slutsatser i egentlig mening — i varje fall i ett utvecklat rättssamhälle en hög grad av fasthet genom vissa hävdvunna tolkningsprinciper, genom respekt för prejudikat såsom utfyllande lagens ram o. s. v. I verksamheten för närmare fixering och utveckling av regelsystemet, vari även teorien har att taga del, måste de i lagtexten använda termerna och begreppen spela en viktig roll.

[10] Det kan alltså *icke* medgivas, att rättstillämpningen skulle vara »in erster Linie die wissenschaftlich geordnete Methode, aus der geltenden Rechtsordnung durch logischen Schluss die zutreffende Beurteilung und Rechtswirkung für den Einzelfall abzuleiten» (cit. från Endemann, a. a. s. 132). Det kan f. ö. påpekas, att denna utgångspunkt icke hindrar samme förf. att längre fram (s. 142) påstå, att varje positiv rättsnorm »nach ihrem Sinne und Zwecke abhängig ist von dem Lebensinhalte, zu dessen Ordnung sie bestimmt ist»; norminnehållet »wandelt sich und schreitet fort mit der Entwicklung der Verkehrsverhältnisse», och därför »bedeutet jede echte Auslegung des gesetzen Rechtes die Anpassung des Sollens an das Sein». »Es kann nicht zweifelhaft sein», heter det (s. 149), »dass unsere Rechtsprechung berufen ist, den nur wegweisenden Blankettnormen Inhalt und Bedeutung zu verschaffen und darüber hinaus gegenüber unzulänglichen oder veralteten Gesetzesvorschriften verbessernd und ergänzend einzuwirken. Vielleicht auch im Namen eines höheren ewigen Rechtes das Gehege der positiven zeitbegrenzten Gesetzesnormen zu durchbrechen.» — Om intressejurisprudensen och andra strömningar i tysk rättsvetenskap, vilka reagerat mot en ensidigt logiskt-konstruktiv metod, skall här icke talas. De sista åren har otvivelaktigt det nationalsocialistiska genombrottet betytt ett tillbakaträngande av sistnämnda metod och en utbredning i motsvarande mån av ändamålsöverväganden, självfallet då byggda på allmänt nationalsocialistisk grundval. Den vetenskapliga problemställningen är dock ofta synnerligen oklart formulerad.

Så är förhållandet framför allt därigenom, att de representera medel att få kunskap om lagstiftarens syftemål. Dessutom bör märkas, att lagens terminologi ju ej förlorar all betydelse, även om praxis i sin tolkning skulle känna sig nödsakad att avlägsna sig från den ursprunglige lagstiftarens mening eller någon fastställbar sådan skulle saknas. Det kan visserligen påstås, att teoretiskt de i lagen använda uttrycken kunna tolkas på de mest vitt skilda sätt, när man avstår från eller saknar den fasta utgångspunkt, som en viss ursprungligen avsedd mening dock kan sägas utgöra, men i praktiken sättas likväl genom språkbruket, den juridiska traditionen o. s. v. vissa, låt vara obestämda och tänjbara gränser — i varje fall så länge det är fråga om något, som skall utges för tolkning. Allmänna intressen av klarhet, enkelhet och rättssäkerhet tala i sin mån för fasthållande vid bestämda, ej alltför egendomliga betydelser på lagens termer och för tillämpning i viss utsträckning — synnerligen olika på olika rättsområden — av en mekanisk, skenbart logiskt deducerande tolkningsteknik.[11]

Vi återvända till den synpunkt, till vilken huvudintresset här knyter sig, nämligen att ett begrepp *kan* — ehuru icke behöver — dölja en rad av lagstiftaren mer eller mindre klart åsyftade handlingsregler, som icke på annat sätt uttalats i lagen. Är begreppet hämtat från doktrinen och där kanske har en lång historia bakom sig, är det möjligt, att det historiskt sett är »ärftligt belastat» med allehanda dunkla och motsägelsefulla föreställningar. Vare sig nu lagstiftaren också behärskats av dessa eller ej, kunna desamma naturligtvis icke såsom sådana tillmätas någon betydelse för lagens tillämpning. *Om* begreppet emellertid tillika har en i verkligheten realiserbar innebörd — uttrycker vissa regler för handlandet — och denna innebörd varit åsyftad, bör den rimligen få sig samma betydelse tillerkänd som andra uttryck för lagstiftarens mening.[1]

Det må vara tillåtet att söka belysa det ovan utvecklade genom ett schematiskt exempel, avsett att illustrera även det förhållan-

[11] Jfr Ekelöf, a. a. s. 208.

[1] Häri ligger alltså icke någon bundenhet vid lagstiftarens eventuella juridiska »konstruktioner» såsom sådana; en sådan inställning vore ju orimlig. Är en lag starkt »konstruktivt» byggd — en lagstiftningsmetod, som ju lyckligtvis aldrig dominerat hos oss — kunna naturligtvis svårbedömda

det, att ett i lag använt eller förutsatt, från teorien eller den juridiska traditionen hämtat begrepp delvis — kanske till och med övervägande — blott fyller en dekorativ, sekundär uppgift och endast delvis kan antagas ha självständig betydelse såsom indicium på vissa åsyftade regler. Eftersom resonemanget här förts rent allmänt, har även exemplet fått en abstrakt form. Vi tänka oss ett i doktrinen förekommande begrepp A. Vi bortse från dess eventuella rent rättsideologiska sida och antaga, att detsamma innesluter föreställningen om en rad olika konkreta handlingsregler — »praktiska konsekvenser» — a_1, a_2, a_3, a_4, a_5 a_6, a_7, a_8.[2] Om nu begreppet A vinner insteg i lagstiftningen och lagstiftaren därvid har klart för sig dess nyss angivna innebörd, måste anledningen till att begreppet upptages vara, att lagstiftaren vill skänka lagen ett innehåll, som åtminstone i vissa viktiga avseenden stämmer med begreppets gängse reella innebörd. Därmed är dock icke sagt, att begreppet såsom moment i lagtexten eller förutsatt i densamma får motsvarande *självständiga* betydelse för tolkande av lagen och fastställande av lagstiftarens mening med denna. Om de praktiskt viktigaste detaljreglerna — »konsekvenserna» — äro a_1, a_2 och a_3, låter lagstiftaren måhända lagen *direkt* uttala dessa tre regler. För lagtillämparen blir då detta positiva fastslående av de tre reglerna i dessa hänseenden det väsentliga och begreppet A blir på dessa punkter även för honom sekundärt. Lagstiftaren har kanske vidare velat, att regeln a_4 icke skall tillämpas, och för tydlighetens skull satt in en undantagsbestämmelse härom. Vad beträffar a_5 och a_6, har lagstiftaren icke låtit lagen uttala sig, men förarbetena visa, att han icke velat belasta lagtexten med dem men tänkt sig dem tillämpade såsom inneslutna i det allmänna begreppet A, varmed han opererat. Här kan begreppet sägas ha självständig

---

fall uppkomma, i vilka tvekan kan råda om betydelsen av lagens konstruktioner (jfr den metodiskt dock på andra synpunkter än de här företrädda byggande framställningen hos Fischer i Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben II s. 129), men detta strider i princip icke mot det sagda.

[2] Som redan påpekats, är exemplet ytterst schematiskt. De i verkligheten förekommande begreppen ha givetvis aldrig en så enkel och fixerad betydelse och kunna icke utan vidare uppdelas i ett begränsat antal beståndsdelar. Exemplet torde dock kunna på ett nöjaktigt sätt illustrera tankegången i texten.

betydelse för lagtillämparen i så måtto, att det är en anknytningspunkt i lagtexten för och jämte vissa data i förarbetena ett indicium på det förhållandet, att lagstiftaren faktiskt åsyftat även a_5 och a_6. I *denna* mening bli a_5 och a_6 konsekvenser ur A för en lagtillämpning, som vill stå i överensstämmelse med lagstiftarens syfte (i vad mån det kan tänkas avvikelser från sagda syfte är en annan fråga, och det bör också betonas, att begreppet A naturligtvis icke alls är någon motivering för att det i och för sig är sakligt riktigt att ha sådana regler som a_5 och a_6) Vad slutligen beträffar a_7 och a_8, ge kanske varken lagtext eller förarbeten någon klar fingervisning. Det vore då falskt att resonera så: lagen har byggt på begreppet A, och därur följer med logisk nödvändighet även dessa konsekvenser. Möjligen kan man däremot tala om en sannolikhetsslutsats i denna riktning angående avsikten med lagen, särskilt som ju lagstiftaren ansåg uteslutande av a_4 kräva särskild bestämmelse härom. Men *om* denna sannolikhet är ringa eller ingen, står man — även om man i princip vill bygga på lagstiftarens mening — inför nödvändigheten att fritt bedöma lämpligheten av dessa sistnämnda två regler. Det är självfallet, att vid detta bedömande även rättstekniska hänsyn kunna vara värda beaktande. Dessa dölja ju för övrigt ofta vissa sakliga intressen. Sålunda kunde det måhända göras gällande, att det vore önskvärt att acceptera även a_7 och a_8 för att få ett så fast funktionerande, till synes efter enkla formella konsekvenslinjer förlöpande system som möjligt (värdet av denna redan tidigare berörda synpunkt kan naturligtvis icke på ett fruktbart sätt in abstracto diskuteras, då förhållandena i detta avseende äro mycket olika inom olika rättsområden).

Ville man nu i det anförda exemplet skildra begreppet A och dess roll i lagen, finge man naturligtvis icke begränsa sig till fallen a_5 och a_6 (eventuellt därjämte a_7 och a_8), där begreppet A ur viss synpunkt kunde sägas ha en självständig betydelse för lagtolkningen, utan i skildringen taga med även de övriga ovan berörda detaljreglerna. Det i lagen upptagna eller i allt fall tydligt förutsatta begreppet A blir i så fall en formell ram, inom vilken de olika fallen kunna placeras in. Skildringen kan icke vara utan de tre särskilt i lagen fastslagna a_1, a_2 och a_3, då lagstiftaren säkerligen aldrig använt sig av begreppet A, om han

tänkt sig dessa tre huvudtillämpningsfall borta. Att en författare kan tänkas finna det ändamålsenligt att i sin framställning av ifrågavarande område bygga upp sin disposition och skildring på annan grund än lagens begrepp A blir en annan sak. För eller emot något sådant kan i ett abstrakt exempel intet sägas.

KAP. I.

Sättet för arvingars och därmed jämställda successorers förvärv av en avliden persons kvarlåtenskap. Allmänt doktrinhistoriska och komparativa synpunkter.

§ 1.

Hur och när sker successionen? Den traditionella problemställningen.

Liksom man t. ex. beträffande köp brukat diskutera sättet och tidpunkten för äganderättens övergång, har man även frågat sig, hur och när successionen sker beträffande en avliden persons egendom. När, har man bl. a. sport, äger själva rättsövergången rum?[3] Att en sådan problemställning, som doktrinhistoriskt sett uttrycker det traditionella betraktelsesättet i fråga om alla slag av succession i vidsträckt mening, i själva verket är principiellt ohållbar, om de ovan i inledningen skisserade synpunkterna accepteras, är uppenbart. Det är omöjligt att vidhålla tanken, att någon succession verkligen sker — vare sig vid dödsfallet eller vid någon annan tidpunkt — i den meningen, att parallellt med det faktiska händelseförloppet förelåge ett objektivt rättsligt skeende. Praktiska juridiska slutsatser av värde kunna då heller icke vinnas på dylik väg. Skulle nu såsom ett historiskt faktum — i form av lagregel eller en lärosats inom doktrinen el. dyl. — förefinnas en sats av exempelvis den formuleringen, att successionen på grund av dödsfall sker då eller då (vid dödsfallet eller vid viss på annat sätt bestämd tidpunkt), är en sådan sats emellertid icke utan vidare avfärdad med det nyss sagda. Det framstår nämligen som en uppgift av intresse att efter de allmänna riktlinjer, som utstakats ovan i inled-

[3] Av hänsyn till svensk rätts struktur är det icke nödvändigt att här samtidigt taga upp frågan om succession i den dödes förbindelser till närmare undersökning.

ningen, undersöka satsens möjliga reella innehåll (alltså de med densamma eventuellt åsyftade praktiska handlingsreglerna) och taga ställning till detsamma. Särskild uppmärksamhet förtjäna naturligtvis uppfattningar, som i en eller annan form vunnit insteg i gällande lagar eller erhållit anslutning under förarbetena till sedermera antagna lagbestämmelser. Utöver den undersökning, som ur denna synpunkt visar sig påkallad, är en viss ytterligare behandling önskvärd ur rent doktrinhistorisk synvinkel.

Den före BL härskande lära, som icke ville betrakta dödsboet som ett särskilt rättssubjekt, stod i samband bl. a. med den gängse teorien om sättet för successionen i den dödes egendom. »Den mindre fasta karaktär», yttrar *Lagberedningen,* »som dödsboet hittills i verkligheten haft, torde, liksom den härav beroende obenägenheten att i dödsboet se en juridisk person, ytterst hava sin grund i uppfattningen, att successorernas rätt inträder omedelbart vid dödsfallet.»[4] Vilket som här är det historiskt primära, må tills vidare lämnas därhän. Sambandet är i varje fall påtagligt. KALLENBERG, som lämnat ett av de viktigaste beläggen för beredningens påstående, förklarar sålunda, att en grundläggande synpunkt för besvarande av spörsmålet, huruvida ett dödsbo äger juridisk personlighet och till följd därav även partshabilitet, förefaller honom vara den, som kommer till uttryck i frågan, när succession i död mans kvarlåtenskap äger rum. I detta avseende finner han svensk rätt bygga på den ståndpunkten, att successionen äger rum omedelbart vid dödsfallet, och han anser det svårt att härmed förena föreställningen om boet som ett särskilt rättssubjekt.[5] Att teorien om succession omedelbart vid dödsfallet varit den i svensk doktrin härskande är ett förhållande, som närmare kommer att framgå av den följande framställningen (nedan kap. II).

Lagberedningen synes nu i motiven till BL utgå från att den av beredningen själv konstaterade uppfattningen, att nämnda successionsteori och rättssubjektskonstruktionen i fråga om dödsboet vore oförenliga, skulle bero på en teoretisk felsyn. Sedan beredningen uttalat sig för tanken om dödsboet såsom ett särskilt rättssubjekt, fortsätter den nämligen: »Den historiskt givna uppfattningen, att successionen äger rum omedelbart vid

[4] NJA II 1933 s. 145. En bidragande faktor nämnes ib. s. 163 näst sista st.
[5] Kallenberg bd I s. 532.

dödsfallet, synes icke stå i motsättning till det betraktelsesätt, som ovan återgivits [d. v. s. rättssubjektskonstruktionen]. Ehuru successionen räknas från arvfallet, sker förvärvet på sådant sätt, att egendomen är underkastad särskild förvaltning, under vilken dödsboets egendom utgör en självständig förmögenhetsmassa.»[6] Måhända får uttrycket »synes icke» anses tyda på en viss tveksamhet, men man har dock att räkna med att beredningen anser de båda tankelinjerna vid närmare undersökning icke strida mot varandra, trots vad tidigare förmenats. Redan denna olika mening om deras inbördes förenlighet föranleder frågan, om verkligen talet om succession omedelbart vid dödsfallet representerar en entydig uppfattning. Man föres därigenom naturligt in på en doktrinhistorisk undersökning av hithörande begrepp. En sådan undersökning måste emellertid, för att verkligen kunna belysa tankegångarna rörande successionens sätt att fungera, utföras på komparativ grundval och ej göras för snävt begränsad. En dylik av den doktrinhistoriska synpunkten bestämd ram kan naturligtvis tyckas vara väl vid, om man endast önskar utreda förhållandet mellan lagberedningens nyss berörda betraktelsesätt och det närmast förut härskande, men detta syfte skadas i varje fall icke genom den vidare ramen. Som begränsande princip för denna har fungerat intresset att få klarhet rörande olika viktigare betydelsenyanser hos lärorna om succession vid dödsfallet; tanken har alltså icke varit att ge en i alla avseenden fullständig orientering i den förekommande begreppsbildningen i fråga om »successionsmekanismen», om uttrycket tillåtes, än mindre någon fullständig redovisning av de i utländsk rätt förekommande systemen i alla deras praktiska konsekvenser.

§ 2.

»Succession vid dödsfallet.» Olika typiska, på doktrinhistorisk och komparativ grundval framträdande betydelser hos en dylik formulering.

När i det följande ett försök skall göras att skissera olika typiska tankegångar, som kunna dölja sig bakom uttrycket succession vid dödsfallet (ofta skärpt till succession omedelbart

[6] NJA II 1933 s. 163. Jfr nedan s. 128 not 1.

vid dödsfallet), är uppgiften självfallet endast att klarlägga faktiskt påvisbara tankeriktningar och begreppsbildningar, sådana de fullt utbildade eller stundom rudimentärt föreligga, för att därigenom nå den åsyftade överblicken; att »förklara» någonting genom att ställa upp nya s. k. juridiska konstruktioner avses icke. Vid inventeringen av de olika tankegångarna är det icke möjligt att i detalj gå in på dessas praktiskt juridiska innebörd eller underlag. Det är nödvändigt att i stort sett begränsa sig till deras praktiska huvudinnebörd samt deras teoretiska struktur och inre formella konsekvens.

De idéer om »succession vid dödsfallet», som här intressera oss, äro idéer, som på ett eller annat sätt gå ut på ett förvärv vid dödsfallet för arvingarna (resp. andra ifrågakommande successorer) personligen.[7] En närmare undersökning visar emellertid snart, att man trots antydda begränsning har att räkna med ett flertal olika betydelser och betydelsenyanser. Det är dock icke så lätt att vinna ett fast grepp om de olika uppfattningarna och få en systematisk överblick över desamma. Man har ofta en känsla av att glidningar i tankegångarna förekommit eller att de använda begreppen äro inkommensurabla; ibland förefalla tankefigurerna tämligen bristfälligt genomtänkta, ibland distinktionerna så hårfina, att de tyckas på väg att helt förlora gripbar innebörd.

Till de tankegångar, som det icke blir anledning att här närmare diskutera, hör bl. a. idén om en universalsuccession i sträng mening. I förbigående må blott erinras om att denna idé stundom även i modern tid får den för ett naturligt tänkesätt egendomliga formen, att arvlåtaren och successorn sägas vara juridiskt identiska. »Le de cuius n'est mort que physiquement, juridiquement il n'est pas mort, il vit toujours, et il vit dans la personne de l'héritier.» Arvlåtaren och arvingen »ne représentent

---

[7] I regel skall här för enkelhetens skull talas endast om arvingarna, ehuru — särskilt med den begränsade betydelse ordet arvinge har enligt svenskt språkbruk — problemen röra även andra successorer. Anmärkas bör dock med tanke på nedan gjorda tyska citat, att ordet »Erbe» åsyftar såväl legala arvingar som »testamentsarvingar» (ej däremot legatarier). Motsvarande språkbruk förekommer även på andra håll, så även i Danmark och Norge.

— — — qu'une seule et même personne».[8] En dylik åskådning, som bygger på satsen »heres et defunctus una eademque persona esse intelliguntur»,[9] tenderar, driven till sin spets, mot ett upphävande av själva begreppet succession, som ju förutsätter två skilda subjekt.[1] Att emellertid över huvud taget den från romarrätten stammande, vanligen naturligtvis icke i nyss antydda extrema form uttryckta universalsuccessionsidén i egentlig mening[2] icke behöver här särskilt analyseras, sammanhänger dels därmed, att förhållandena i svensk rätt icke göra det nödvändigt för oss att nu syssla också med ansvaret för den dödes förbindelser, och dels därmed, att karakteriseringen av successionen som en universalsuccession av antydd art icke mer än andra successionsteorier i sig innesluter någon tanke om en viss bestämd bland olika tänkbara tidpunkter för successionen beträffande tillgångarna.

Här bör också förutskickas, att frågan om den tidpunkt, då successionen anses »ske» (d. v. s. en aktuell rätt till tillgångarna anses uppstå för successorerna), icke utan vidare får identifieras med frågan om den tidpunkt, som är avgörande för vilka som räknas som de rätta successorerna. I sistnämnda avseende — beträffande spörsmålet, vilka personer som skola kallas till arvet[3]

[8] Perić, Le mysticisme dans le Droit de succession (Archiv für Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie 16, 1922/23) s. 457. Uppsatsen i fråga, vars förf. själv synes vara anhängare av denna »mysticism», tillhör de mera egendomliga. Jfr Ehrenzweig II: 2 s. 327 med not 17. Som av E:s framställning framgår, har Österrikes ABGB spår av tanken om en personenhet mellan arvlåtare och arvinge. Om den romerskrättsliga bakgrunden jfr Sohm s. 676 ff., 690.

[9] Perić, a. a. s. 468.

[1] Jfr Fischer s. 67, Cuq s. 677.

[2] Jfr Ehrenzweig, a. st., Boehmer i Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben III s. 216 ff., Planiol-Ripert IV nr 184 ff. (»La continuation de la personne du défunt»). Det är intressant att i stundom oväntade sammanhang finna en formell återklang av idén om arvlåtarens juridiska fortlevande, såsom när Sparre i AK 1875 $^{18}/_{5}$, prot. V nr 53 s. 31, yttrar: »vid arv övergår äganderätten icke från en person till en annan genom överlåtelse; den avdöde anses fortleva i arvtagarens person, vilken ansvarar för arvlåtarens personliga förbindelser, och det blir således icke något nytt rättsförhållande».

[3] I tyskt juridiskt språkbruk brukar detta betecknas som frågan om »die Berufung» (se t. ex. Endemann III s. 30); en annan, på romersk grund vilande term är »Delation» (jfr Windscheid-Kipp III s. 194 not 1, Sohm

— är på de flesta håll dödsfallsögonblicket (med vissa undantag) avgörande. Det är nu mycket vanligt, såsom i det följande skall beröras, att samtidigt också successionen anses »ske» — d. v. s. arvingarnas förvärv äga rum[4] — och på grund därav sammansmälta de båda frågorna i många framställningar. Detta hindrar dock icke, att de i vissa fall äro klart åtskilda.[5] Visserligen är det så, att om successionen anses »ske» redan vid dödsfallet, någon annan tidpunkt icke gärna kan läggas till grund för bestämmande av de rätta successorerna.[6] Men om successionen anses ske först genom något särskilt faktum senare än dödsfallet, kan tydligen ändock frågan om de rätta successorerna bedömas med ledning av förhållandena vid dödsfallet.[7]

Frågan om det sätt, på vilket successionen skall anses ske, har lösts efter ett flertal olika linjer. Den allmänna uppmärksamheten i litteraturen har framför allt fångats av motsättningen mellan vad man kan kalla *ipso-iure-systemet* och *additionssystemet*. Enligt det förra anses successionen till arvingarna ske ipso iure i och med arvlåtarens död, utan några särskilda mått och steg från arvingarnas sida. Enligt det senare anses successionen komma till stånd först i och med att de där-

---

s. 682, Endemann III s. 30, 325). Att genom dödsfall ett »Erbfall» inträffar och därmed en »Berufung» träder i funktion, betecknas stundom — särskilt i något äldre tysk litteratur — som »Anfall der Erbschaft», och en likartad terminologi förekommer i österrikisk rätt. Se t. ex. Stobbe V s. 16, 30 f. etc., Windscheid-Kipp III s. 194 m. fl. st., Ehrenzweig II:2 s. 334 ff. Emellertid användes, i varje fall i senare tysk litteratur, uttrycket »Anfall der Erbschaft» merendels i en något annan betydelse; se nästa not.

[4] Det är detta, som i regel numera i tysk litteratur betecknas med »Anfall der Erbschaft» (efter mönster av BGB § 1942, cit. nedan s. 21). Se t. ex. Hallstein, Anfall der Erbschaft (i Rvergl HWB) samt nedan s. 21 ff. Jfr även Endemann III s. 33, 36, Staudinger V s. 81. Termen Anfall har anor i äldre germansk rätt, se Heusler II s. 560 f.

[5] Jfr Windscheid-Kipp III s. 429.

[6] Därvid förutsättes, att det är fråga om en teori om succession vid dödsfallet i vad nedan kallas »egentlig» mening; se i det följande s. 35. — Jfr Endemann III s. 24 f.

[7] Om dödsfallet såsom avgörande för frågan om »die Berufung» i tysk rätt se t. ex. RG-Komm. V till BGB §§ 1922, 1923, Kipp, Erbrecht s. 8 f. För schweizisk rätt se Tuor s. 25 f., 498 f., för österrikisk rätt Ehrenzweig II:2 s. 334 ff. (om terminologien jfr ovan not 3), för fransk rätt Planiol-Ripert IV s. 37, 43. Beträffande svensk rätt må erinras om AL 10:1 med motiv i Lagberedningen, ÄB II s. 418 f., samt Lagberedningen, ÄB III s. 87 f.

till berättigade successorerna tillträda arvet. En sådan tillträdesakt (aditio hereditatis) fordrades i romersk rätt beträffande heredes extranei, ej däremot beträffande heredes necessarii, av vilka de viktigaste utgjordes av de s. k. heredes sui.[8] Före tillträdet sades kvarlåtenskapen »vila» (»hereditas iacet», se t. ex. D. 43, 24, 13, 5, därav beteckningen »hereditas iacens»).[9] Den egentliga, till en del även praktiskt betydelsefulla skillnaden mellan de båda systemen är tydligen, allmänt uttryckt, att enligt det ena en arvinge intar sin ställning som arvinge i och med dödsfallet och fortfar därmed, till dess han eventuellt avstår från arvet (eller eljest går miste om det), under det att enligt det andra en arvsberättigad person icke får intaga sin ställning som arvinge, innan han genom en tillträdeshandling accepterat arvet (motsättningen är dock uppenbarligen icke sådan, att icke övergångsformer av olika slag mycket väl kunna tänkas). Till denna grundläggande åtskillnad ansluta sig nu doktrinhistoriskt sett en rad formellt-teoretiska olikheter mellan systemen, sådana de i olika varianter framträda. Ipso-iure-systemet har, såsom strax skall beröras, en mycket stor utbredning i modern rätt, ehuru naturligtvis den närmare utformningen varierar.

Stundom uppställas i komparativ litteratur ytterligare två system såsom självständiga typer.[1] Det ena av dessa skulle utmärkas av att arvingarnas förvärv skedde först i och med beslut

---

[8] Heredes necessarii hade som bekant sitt namn av att de ursprungligen tillika *måste* mottaga arvet (ehuru de därmed även inträdde i den dödes skulder). Jfr om romersk rätt t. ex. Sohm s. 683 ff., Cuq s. 726 ff., Heusler II s. 559 f., Windscheid-Kipp III passim.

[9] Om tankefiguren hereditas iacens må hänvisas t. ex. till Sohm s. 688 ff., Windscheid-Kipp III § 531, Endemann III s. 33 ff., Fischer s. 85, Ehrenzweig II: 2 s. 331 f., Steinlechner enligt Ehrenzweig II: 2 s. 331 not 15 b, Ekström, Allm. läror s. 163 med not. Windscheid-Kipp III s. 195 not 3 förklarar översättningen »ruhende Erbschaft» ej fullt tillfredsställande, ty det latinska uttrycket »will nicht die Untätigkeit der Erbschaft betonen, als wenn sie mit dem Erwerbe in eine besondere Aktion träte, sondern die Vorstellung, auf welcher er beruht, ist einfach die eines Liegens ohne aufgenommen zu sein». Det ligger utanför ramen för denna undersökning att taga ställning till de problem, som den romerska successionsrätten erbjuder. — I brasiliansk rätt förekommer »herança jacente» men, såvitt man kan döma, i en principiellt annan mening än den, som vanligen inlägges i uttrycket hereditas iacens; se Zivilgesetze der Gegenwart III s. 332 f.

[1] Så Hallstein, Anfall der Erbschaft (i Rvergl HWB).

av myndighet. Det praktiska exemplet utgöres av österrikisk rätt. De där gällande reglerna äro dock sådana, att de sakligt sett synas erbjuda beröringspunkter såväl med aditionssystemet som med ipso-iure-systemet, varför man delvis — ej helt — kan tala om en mellanform.[2] Det andra nyss åsyftade systemet finnes i engelsk rätt, som onekligen till sin utformning på detta liksom många andra områden intager en särställning. Det, som just på denna punkt ger engelsk rätt dess teoretiska särprägel, är att arvet först tillfaller en särskild förvaltare (personal representative, antingen executor eller administrator) med ställning som trustee (han är alltså ett slags formell ägare till tillgångarna). Den behållning, som uppstår sedan utredningen slutförts, överför förvaltaren till successorerna.[3] Motsvarigheter till de i andra rättssystem debatterade frågorna om tidpunkten för successionen o. s. v. saknas dock icke helt.[4]

Om vi nu antaga, att vi stå inför ett påstående, att succes-

[2] Jfr nedan s. 25 not 7, 28 not 3.

[3] Skulle en executor icke finnas utsedd av arvlåtaren, tillsättes en s. k. administrator av rätten, och innan detta hunnit ske anses den formella äganderätten tillkomma ordföranden i the Probate, Divorce and Admiralty Division av High Court, tydligen enär engelsk juridisk uppfattning betraktar äganderätten som någonting, som i ett visst tidsmoment ovillkorligen måste finnas någonstädes (tillsättandet av administrator har emellertid en viss tillbakaverkande effekt, jfr nedan s. 27 not 1). I vissa fall överföres behållningen icke omedelbart efter utredningens slut till successorerna. När avkomlingar till arvlåtaren ärva enligt lag, fördelas det dem tillkommande arvet lika på alla, som levde vid arvlåtarens död (varvid i en redan då avliden avkomlings ställe inträda hans bröstarvingar enligt stirpalgrundsatsen), men detta sker först, när de uppnå 21 års ålder eller ingå äktenskap (levde en avkomling till arvlåtaren vid dennes dödsfall men dör sedermera, innan han blivit 21 år eller gift sig, tillfaller hans lott däremot *icke* hans arvingar utan den ursprunglige arvlåtarens arvingar). För engelsk rätt se Cheshire s. 733 ff., 751 ff., Hallstein, Anfall der Erbschaft (i Rvergl HWB) s. 197 samt Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (ib.) s. 221 ävensom Miterben (ib.) s. 354 ff., 360 f., Pringsheim i Zivilgesetze der Gegenwart II s. 645 ff., Lagberedningen, ÄB III s. 38, IV s. 66. Walker s. 937 ff. synes ha förbisett reformerna genom bl. a. Administration of Estates Act 1925.

Äldre österrikisk rätt synes såtillvida ha erinrat om det engelska systemet, att »die Verlassenschaftsabhandlung» (det officiella boutredningsförfarandet genom domstol) då hade karaktären av verklig likvidation, så att blott nettot överlämnades till arvingarna (Ehrenzweig II:2 s. 332 not 15 c; jfr Hallstein, Miterben s. 354).

[4] Jfr nedan s. 27 med not 2.

sionen till en avliden persons egendom äger rum vid dödsfallet, vilken innebörd kan under olika förutsättningar tänkas ligga i en dylik formulering?

1. Det ligger nära till hands att antaga, att därmed avsetts att hävda, att ipso-iure-systemet gäller i den rättsordning, som påståendet åsyftar. Först och främst skulle då vara utsagt, att någon tillträdesakt icke fordras utan att arvingarna automatiskt med dödsfallet inträda i sin position som arvingar. Denna position fattas emellertid — detta bör vidare framhållas — allmänt så, att arvingarna nu också personligen skola anses såsom ägare till tillgångarna (noggrannare uttryckt ägare till den dödes saker av olika slag, borgenärer beträffande hans fordringar, innehavare av hans övriga transmissibla rättigheter o. s. v.). Arvingarna tänkas ha (i egentlig mening) succederat i den dödes rättigheter, d. v. s. i detta avseende direkt trätt i den dödes ställe; de ha förvärvat icke blott arvsrätt utan omedelbart själva arvet.

En sådan uppfattning synes merendels ligga till grund, när det inom litteraturen talas om ipso-iure-systemet och när sådana lagstadganden kommenteras, vilka stadga succession i och med dödsfallet. Lagbestämmelser av dylik art finnas som bekant många. Norska arveloven uttalar t. ex. i sin 76 §: »All arv skal, hvor ikke anderledes i denne lov eller ved gyldig testament er bestemt, ansees falt ved arvelaterens død, således at den antas erhvervet av dem som på den tid er hans nærmeste arvinger, hvad enten de melder sig i boet eller ikke.»[5] Samma princip anses gälla i dansk rätt.[6] Tysklands BGB stadgar i § 1922 första stycket: »Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über» och i § 1942 första stycket: »Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechtes über, sie auszuschlagen (Anfall der Erbschaft).»[7] »Erbfall» och

[5] Jfr om ifrågavarande stadgande Knoph, Arveret s. 279 ff. Stadgandet har här citerats efter Knoph, a. a. s. 279.

[6] Bentzon, Den danske Arveret s. 269 ff. Jfr även Deuntzer i UfR 1870 s. 759 samt samme förf. i Nordisk Retsencyklopædi: Den nordiske Familie- og Arveret (1878) s. 121.

[7] Jfr t. ex. RG-Komm. V anm. 2 till § 1922 och anm. 1 till § 1942, Staudinger V s. 23 f., 80 ff.

»Anfall» (i betydelsen »Erwerb») sammanfalla med andra ord enligt BGB:s system.[8] Den schweiziska ZGB har likaledes ett stadgande i ämnet, nämligen art. 560, som här må in extenso återges, ehuru det berör även frågor, som icke i detta sammanhang äro aktuella: »Die Erben erwerben die Erbschaft als Ganzes mit dem Tode des Erblassers kraft Gesetzes. — Mit Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen gehen die Forderungen, das Eigentum, die beschränkten dinglichen Rechte und der Besitz des Erblassers ohne weiteres auf sie über, und die Schulden des Erblassers werden zu persönlichen Schulden der Erben. — Der Erwerb der eingesetzten Erben wird auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Erbganges zurückbezogen, und es haben die gesetzlichen Erben ihnen die Erbschaft nach den Besitzesregeln herauszugeben.»[9] Ehuru något lika uttryckligt stadgande icke kan anses ingå i Code civil,[1] återfinnes mycket klart samma åskådning i fransk rätt. Det må vara nog att här anföra ett representativt uttalande ur fransk doktrin: »Un point est certain: la transmission aux héritiers des biens laissés par le défunt est *immédiate;* elle a lieu *de plein droit.* Le patrimoine du défunt est acquis à ses successeurs sans qu'il se produise une solution de continuité dans la propriété. Il n'y a plus en droit français de *jacence de l'hérédité* comme il s'en produisait en droit romain; les biens d'une succession ouverte ne sont jamais *res nullius,* en supposant bien entendu qu'il y ait des successeurs disposés à l'acquérir. Cette règle s'applique aux successeurs irréguliers et aux légataires universels et à titre universel aussi bien qu'aux héritiers; les uns comme les autres sont, aussitôt après la mort du défunt, propriétaires, créanciers et débiteurs à sa place»[2] [3]

[8] Endemann III s. 336, RG-Komm. V anm. 2 till § 1922, Windscheid-Kipp III s. 457. Om terminologien jfr ovan s. 17 f. noterna 3 och 4.

[9] Att stadgandet även ger uttryck åt den romanistiska universalsuccessionsidén är för ögonblicket av mindre intresse. — Jfr för här relevanta frågor Tuor s. 473, 565 ff. Om den oklarhet, som ligger i sista stycket i förhållande till den generella regeln i första stycket, jfr ib. s. 572 f. samt Hallstein, Anfall der Erbschaft (i Rvergl HWB) s. 198 f.

[1] Jfr nedan s. 24 noten.

[2] Planiol-Ripert IV s. 231. Jfr även Josserand III s. 473 f. Om fransk rätt jfr även nedan s. 48 ff.

[3] Här må hänvisas även till Brasiliens 1916 utfärdade Codigo civil, vars art. 1572 i tysk översättning lyder: »Mit Eröffnung der Erbfolge geht das Eigentum und der Besitz der Erbschaft sofort auf die gesetzlichen und die Testamentserben über.» Se Zivilgesetze der Gegenwart III s. 328.

Onekligen tillgodoses genom en dylik åskådning formellt det krav på absolut kontinuitet i den arvsrättsliga successionen, som man stundom hänvisar till som ett av de bakomliggande motiven.[4]

Ur historisk synpunkt brukar man som bekant allmänt sätta dylika regler i samband med den germanskrättsliga satsen »Der Tote erbt den Lebendigen» och den därmed besläktade principen »le mort saisit le vif» (i medeltidslatinsk språkdräkt »mortuus saisit vivum»).[5] Det historiska sammanhang, som på denna punkt må föreligga, skall dock icke här undersökas.[6] Det är

---

[4] Jfr Heusler II s. 559 f.: kontinuitetskravet härledes av H. ur uppfattningen av arvsrätten såsom i motsats till den rena ockupationen innebärande en speciellt legitimerad åtkomst, vilket den skulle vara just genom att ej innebära nygrundade av »Recht und Herrschaft» utan rättsställningens härledning från den döde.

[5] Jfr Winroth, Arfvingarnes ansvarighet s. 96, Knoph, a. a. s. 281 f., Hallstein, a. a. s. 196, RG-Komm. V anm. 2 till § 1922, Ehrenzweig II: 2 s. 328. Jfr även Landtmanson i TfR 1899 s. 8, Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 37 med not 2.

[6] När äldre germansk rätt anses ha byggt på uppfattningen om omedelbar succession vid dödsfallet, möter man även andra förklaringsförsök än det ovan i not 4 nämnda. Sålunda hänvisas även till den i germansk rätt levande tanken om arvingarna (åtminstone de närmare) som medberättigade redan under arvlåtarens livstid, med vilken tanke ett krav på tillträde icke läte sig lika väl förena som ett system, enligt vilket dödsfallet automatiskt utlöste och i full aktualitet försatte det redan förut i princip erkända meddelägarskapet. Se sålunda Endemann III s. 31, 330 ff. (för parallellen med sui heredes i romersk rätt jfr D. 28, 2, 11 och Endemann III s. 38, 323 f., Landtmanson, Studier i arfsrättens historia s. 15 f., Wenger i TfR 1936 s. 202, 206 ff.); rörande tanken om medberättigande i arvlåtarens livstid jfr Sjögren i Minnesskrift ägnad 1734 års lag II s. 281.

Allmänt om de i texten anförda satserna t. ex. hos Schröder-v. Künssberg s. 823, Stobbe V §§ 281, 282, Heusler II s. 531, 559 ff. Man känner även formerna mortuus revestit vivum, le mort revêt le vif (Endemann III s. 331 not 4).

Det är här omöjligt att gå in på den invecklade frågan om de anförda satsernas ursprungliga tankeinnehåll, som helt visst måste ses i sitt samband med hela föreställningssättet under den tid, då de uppkommo, och därför säkerligen icke kan återges med rent juridiska begrepp, allra minst en nyare tids. Vi nödgas därför lämna åsido en undersökning av tanken, att endera eller båda ordstäven »Der Tote erbt den Lebendigen» och »le mort saisit le vif» skulle ha hänfört sig på en i rättsuppfattningen från själva rättssuccessionen skild »ideell besittning». En sådan undersökning skulle rulla upp problemet om hela Gewere-begreppet. Jfr Betti i Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 16 (1922/23) s. 483 (som även har satsen »mortuus facit vivum possessorem sine ulla adprehensione»), Endemann III

s. 41 f., 331. Hallstein, Anfall der Erbschaft synes anse »le mort saisit le vif» mera än »Der Tote erbt den Lebendigen» ha possessorisk inriktning (Rvergl HWB II s. 198 sp. 2 jfrd med s. 196 sp. 2); jfr även Rehme i Stammler s. 437. Huru därmed än må vara, får man icke utan vidare identifiera innebörden av den förra satsen i dess ursprungliga mening med den betydelse, som sedermera kommit att inläggas i begreppet saisine, sådant detta alltjämt förekommer i fransk rätt.

»Le mort saisit le vif» återklingar i Code civil i art. 724, som i sin nuvarande lydelse stadgar: »Les héritiers légitimes et les héritiers naturels sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession.» Se även artt. 1004, 1006. Det är måhända möjligt att lagstiftaren i anslutning till Pothier utgått från en vidsträckt innebörd av »le mort saisit le vif», d. v. s. därunder innefattat även själva rättighetssuccessionen (jfr Betti, a. a. s. 483 med noterna 6 och 7), men skulle något sådant anses vara direkt åsyftat med art. 724, måste påpekas att denna art. ej ger alla arvingar »la saisine» (ursprungligen f. ö. blott les héritiers légitimes). När de i art. 724 nämnda arvingarna »sont saisis de plein droit des biens» etc., d. v. s. ipso iure få »la saisine», synes detta i varje fall enligt nutida tolkning icke i sig innefatta själva »rätten» till kvarlåtenskapen, om det än också anses stå fast, att även själva »rätten» övergår ipso iure vid dödsfallet, såsom antytts ovan i texten. Den egentliga rättssuccessionen anses inträda även i vissa fall, då en successor icke får saisine ipso iure utan för att få hand om kvarlåtenskapen måste utverka en »envoi en possession». Som härav antydes, har begreppet saisine i nutida fransk rätt en possessorisk anstrykning, ehuru det knappast utan vidare kan översättas med det svenska ordet besittning. Planiol-Ripert IV s. 265 definierar la saisine såsom »l'autorisation légale de se comporter *de plano* en possesseur de l'hérédité: ou encore, l'investiture légale de la possession de l'hérédité». »La saisine», heter det ib. s. 261, »n'a aucun rapport avec la transmission de la propriété qui s'accomplit immédiatement aussi bien au profit des successeurs qui en sont privés que de ceux qui la possèdent», men förf. medger, att frågorna ofta sammanblandas. La saisine är emellertid, betonas det vidare (s. 262), icke detsamma som »la transmission de la possession des biens héréditaires» (»quoiqu'on dise souvent le contraire», jfr Zivilgesetze der Gegenwart I s. 204, Hallstein, a. a. s. 198 sp. 2). Josserand III s. 475 bestämmer la saisine som »la possession de plein droit de l'hérédité elle-même, envisagée dans son ensemble, en tant qu'universalité juridique»; däremot består den *icke* i »la transmission de la possession des biens successoraux isolément envisagés; cette transmission s'effectue de plein droit, même au profit des héritiers non saisis, tel le conjoint survivant».

Utpräglat possessorisk är avfattningen av italienska civillagen art. 925 (»il possesso dei beni del defunto passa di diritto nella persona dell'erede, senza bisogno di materiale apprensione»); i överensstämmelse därmed synes den också tolkas av en utbredd riktning i italiensk doktrin, om än frågan är omstridd (se Betti, a. a.). På flera håll har man direkta stadganden dels om att arvingarna ipso iure succedera i den dödes rättigheter och

nog att konstatera, att den ovan berörda åskådningen har en betydande utbredning i modern rätt.[7]

2. Som ovan betonats, anses ipso-iure-systemet allmänt innebära, att arvingarna i och med dödsfallet succedera i den dödes rättigheter. Dessa tillfalla direkt arvingarna personligen, d. v. s. systemet uppfattas så, att det teoretiskt s. a. s. icke lämnar plats för något rättssubjekt mellan arvlåtaren och arvingarna. Det har ju icke funnits något annat utan vidare givet rättssubjekt, som det synts naturligt att tänka sig som den dödes omedelbara

---

dels om att de tillika ipso iure succedera i hans besittningsförhållanden. Så bl. a. i tysk och schweizisk rätt. En genom dylika regler inträdande »ideell» besittning kan dock naturligt nog icke i alla avseenden ha samma verkningar som faktiskt besittningstagande (beträffande italiensk rätt talar Betti, a. a. s. 492, om en i motsats till faktisk besittning stående »civilissima possessio», en term, som ju härrör från äldre doktrin, jfr Stobbe V s. 31 not 16). För tysk rätt se BGB § 857 samt Kipp, Erbrecht s. 3, 128 not 5, RG-Komm. III s. 8 f., Fischer s. 88, Müller, Sachenrecht s. 10, 166 f. För schweizisk rätt se ZGB art. 560 (cit. ovan i texten) samt Tuor s. 565 f., 571 f., 771. Som antydes bl. a. genom avfattningen av ZGB art. 560, synes man då ofta betrakta besittningen såsom en tillgång bland andra i den förmögenhet, vars övergång det är fråga om.

Jfr vidare även det ovan s. 22 not 3 citerade stadgandet ur Brasiliens Codigo civil, Pfeifer, Besitz (i Rvergl HWB) s. 523 f., Sohm s. 695.

[7] Jfr utom det redan sagda Walker s. 926 ff., Hallstein, a. a. Åskådningen är dock — såsom redan framgått av det som sagts om österrikisk och engelsk rätt — icke den enda i modern rätt förekommande. Vad österrikisk rätt beträffar, få arvingarna ta hand om kvarlåtenskapen först efter domstols beslut (»Einantwortung»), och detta förutsätter en tillträdesförklaring (»Erbserklärung»). Jfr Walker s. 931 ff., Hallstein, a. a. s. 197. Einantwortung kallas i den österrikiska civillagen (ABGB) § 797 för »die Übergabe in den rechtlichen Besitz» och anses därför först och främst göra arvingen till »Erbschaftsbesitzer», ge honom »die ideelle Gewere des älteren deutschen Rechtes» (Ehrenzweig II:2 s. 468 f.). Enligt den allmännast omfattande meningen sker emellertid tillika själva rättssuccessionen i och med Einantwortung, och dessförinnan bildar kvarlåtenskapen en hereditas iacens (ruhende Erbschaft). Samtidigt talas dock i ABGB och gängse rättsspråk om »Erbrecht» såsom inträdande vid dödsfallet (arvfallet, der Erbfall). Se Ehrenzweig II:2 s. 327, 334 f., 471 m. fl. st. Om österrikisk rätt jfr även Hallstein, Miterben (i Rvergl HWB) s. 354. — I italiensk rätt synas skilda meningar råda om gällande reglers principiella innebörd; se Bettis anf. uppsats. Betti förfäktar teorien, »dass, was nach dem System des it. BGB. dem Berufenen durch den Erbfall von Rechts wegen erworben wird, nur der Nachlassbesitz nebst dem Recht der Erbschaftsannahme ist» (a. a. s. 487). Jfr vidare nedan s. 28 not 3.

efterföljare, och att speciellt konstruera ett sådant har man ur ipso-iure-principens synvinkel icke funnit anledning till. Som ett tankeexperiment kan man emellertid — utan uppgivande av en kritisk inställning till själva förutsättningarna — undersöka de formella konsekvenserna av ett begreppssystem, enligt vilket ett särskilt för ändamålet avpassat rättssubjekt inskötes mellan arvlåtaren och arvingarna men grundidén i ipso-iure-principen ändock såvitt möjligt bevarades.

Vid det närmare genomförandet av detta tankeexperiment kunde det förmedlande rättssubjekt, till vilket i princip rätten till tillgångarna under en övergångstid anknötes, vara exempelvis en särskild dödsboförvaltare — jfr engelsk rätt[8] — eller också dödsboet betraktat såsom juridisk person, eller eventuellt gemenskapen mellan flera arvingar, varvid man då lämnade fall med blott en universell successor utanför.[9] Begreppsmässigt skulle dylika konstruktioner tydligen innebära en väsentlig modifikation av det vanliga ipso-iure-systemet. Såtillvida skulle man dock

---

[8] När hänvisningen till engelsk rätt endast fått formen av en hänvisning för jämförelse, har avsikten varit att undvika intrycket, att engelsk rätt här skulle ha pressats in i det på andra rättssystems teoretiska förutsättningar uppbyggda schema, som bildas av motsättningen mellan ipso-iure- och aditionsprinciperna. Redan ovan s. 20 har den engelska rättens säregenhet i begreppsbildningen framhävts. Observera bl. a., att arvingar (och testamentstagare) aldrig bli föremål för någon succession för dödsfalls skull i kontinental doktrins mening. Det de få, få de genom en rättshandling av förvaltaren (om än den särskilt för överlåtelse till vissa testamentstagare brukliga formen assent fingeras hänföra sig på arvlåtarens vilja och därför anses verka retroaktivt från dödsfallet, se Pringsheim i Zivilgesetze der Gegenwart II s. 704 ff., så märk å andra sidan, att även assent systematiskt sett räknas som en art av »transfer inter vivos», se Cheshire s. 658). Hela systemet ligger därför till sin formella struktur s. a. s. på ett annat plan än det, där de vanliga kontinentala distinktionerna höra hemma. Säregenheten hos det engelska teoretiska betraktelsesättet har naturligtvis lagt hinder i vägen för dess spridning till utom-anglikanska rättsområden och väl även minskat de engelska reglernas möjlighet att i sak påverka andra rättssystem.

[9] Idén om dödsboet eller åtminstone gemenskapen mellan flera arvingar såsom särskild juridisk person har som bekant — om man undantar vår nya svenska lagstiftning — hittills icke lyckats vinna något nämnvärt fotfäste. Jfr RG-Komm. V s. 56 om »Nachlassverbindlichkeiten»: »Ihr Schuldner ist, da es ein von seiner Person losgelöstes Nachlassvermögen nicht gibt, der Erbe» (ev. dock med begränsat ansvar, jfr Walker s. 941). Jfr även

kunna tala om ett bevarande av grundidén i ipso-iure-principen, att något tillträde från arvingarnas sida icke behövde fordras och att det alltså fortfarande bestode en motsättning i förhållande till aditionsgrundsatsen. Man finge då förutsätta, att tankegången vore, att en aktuell rätt med avseende å kvarlåtenskapen ipso iure skulle anses uppstå för arvingarna i och med dödsfallet, ehuru detta icke tänktes ske i den formen, att arvingarna ansåges som de direkta rättsinnehavarna beträffande den dödes egendom (ipso-iure-successionen i den omedelbara rättsställningen ansåges ju träffa det förmedlande rättssubjektet).[1] Tänktes det förmedlande rättssubjektet vara en särskild förvaltare, kunde denne ju nämligen icke göras till oinskränkt och oberoende rättsinnehavare, utan arvingarna finge vid sidan därav tänkas ha vissa anspråk, vare sig nu dessa föreställdes riktade mot förvaltaren personligen eller även ansåges s. a. s. afficiera själva egendomen (onekligen i så fall en säregen art av »begränsade sakrätter»).[2] Tänktes det förmedlande rättssubjektet vara dödsboet, betraktat såsom särskilt rättssubjekt, bleve tydligen den formella konsekvensen visserligen, att arvingarna icke vore de direkta rättsinnehavarna beträffande kvarlåtenskapen, men arvingarna tänktes dock ipso iure inträda i en aktuell rättsposition beträffande arvet, ett slags indirekt ägar-

---

Planiol-Ripert IV s. 495, 514. — Däremot har det ofta visat sig tendenser att, om en hereditas iacens ansetts föreligga, personifiera denna »vilande kvarlåtenskap», då man ryggat tillbaka för tanken om en subjektslös förmögenhet. En dylik konstruktion är ju ej ovanlig beträffande romarrättens hereditas iacens, med vilken historisk rätt må lämnas därhän. Jfr Sohm s. 689, Ehrenzweig II: 2 s. 331 ff., nedan s. 34 med not 8.

[1] För att undvika en teoretisk lucka i successionen till förvaltaren, om denne måste utses av domstol efter dödsfallet, har engelsk rätt tillgripit den ovan nämnda egendomliga metoden att skjuta in en myndighetsperson som bärare av rättigheterna under mellantiden (ovan s. 20 not 3, jfr Pringsheim i Zivilgesetze der Gegenwart II s. 679). När administrator utsetts, synes man emellertid anse detta ha retroaktiv effekt tillbaka till dödsfallet (ib. s. 681, Cheshire s. 753).

[2] De engelska reglerna kunna sägas ge upphov till ett system, där tillträde icke kräves men likväl arvingarna ej i egentlig mening succedera vid dödsfallet utan i och med detta få blott vissa i princip begränsade rättigheter. Som redan nämnts, skjutes ju the executor resp. administrator emellan som det rättssubjekt, till vilket kvarlåtenskapen teoretiskt anknytes, ehuru med utnyttjande av trust-begreppet.

ställning, vare sig denna nu tekniskt rubricerades som delägarskap i dödsboet eller betecknades på annat snarlikt sätt. Grundmotsättningen till aditionsprincipen kunde sägas bevarad.[3] Någon succession i ordets egentliga mening för arvingarna i och med dödsfallet kan emellertid formellt icke sägas inträda enligt de berörda tankegångarna, eftersom ju förvaltaren resp. dödsboet såsom sådant föreställdes omedelbart succedera. Om det ändock talades om succession ipso iure för arvingarna i och med arvlåtarens död, toges i så fall ordet succession i en vidsträckt, mindre strikt betydelse.

Inskränktes personifikationen till gemenskapen mellan flera arvingar, bleve avvikelsen från den sedvanliga ipso-iure-principen något mindre men formellt dock för handen, så snart arvingarna vore fler än en.

För att fullfölja undersökningen av den formella strukturen hos olika på traditionell basis uppbyggda tankegångar rörande successionens sätt att fungera ha vi i det närmast föregående

[3] Inklusive avvisandet av tanken om ett mellantillstånd, då det skulle föreligga en hereditas iacens i romersk mening. Genom de senast i texten antydda modifieringarna av den vanliga ipso-iure-principen framträda dock de formellt-teoretiska olikheterna i förhållande till aditionssystemet såsom något mindre skarpa. Begreppsbildningen glider in på en väg, på vilken man kan komma fram till olika övergångsformer till aditionsprincipen, särskilt om man tänker sig en aditionsprincip, som erkänner tillträde genom konkludenta handlingar. Det är vidare att märka, att system, som bygga på idén om själva successionen såsom knuten till tillträde eller senare akt av annan art, dock bruka erkänna, att dödsfallet ger upphov till en aktualiserad »arvsrätt», en rätt att bli definitiv arvinge. Denna »arvsrätt» representerar i olika utformning just olika mellanstadier mellan de formellt-teoretiska motpolerna. Jfr t. ex. den av Betti framförda konstruktionen beträffande italiensk rätt (jfr ovan s. 25 not 7), enligt vilken dödsfallet visserligen medför blott besittning jämte befogenhet att antaga arvet men denna befogenhet — »im Gegensatz gegen die römischrechtliche Auffassung derselben als einer prinzipiell unvererblichen Rechtslage der Persönlichkeit»; jfr Windscheid-Kipp III s. 429, 446 ff., Endemann III s. 31, 327 f. — betraktas såsom »verpatrimonialisiert» och förvandlad »zu einem subjektiven vererblichen Vermögensrecht» (Betti, a. a. s. 492); till det sista jfr Stobbe V s. 31. Jfr likaså Ehrenzweig II:2 s. 334 (arvingen får i österrikisk rätt genom arvfallet »ein vererbliches und veräusserliches Recht auf die Erbschaft», ehuru han, som förut sagts, anses bli ägare först genom »Einantwortung»).

Det är klart, att ett fastsittande i det ena eller det andra begreppssystemet ej, om lämpliga modifikationer göras, behöver förhindra, att ungefär samma praktiska resultat nås såväl från den ena som den andra utgångspunkten.

i viss mån kompletterat det doktrinhistoriska materialet genom att draga ut vissa ej i allo fullt klart förhandenvarande tankelinjer — självfallet utan att därmed acceptera deras förutsättningar. En sådan komplettering är det dock icke fråga om på den viktigaste punkten, ty det formella schema, enligt vilket successionen vid dödsfall närmast sker till dödsboet såsom särskilt rättssubjekt och enligt vilket arvingarna då visserligen inträda i en aktuell rättsposition men denna tekniskt tar gestalten av delägarskap i dödsboet, finnes ju numera givet i svensk rätt i och med den uppfattning, som präglar BL och dess motiv. Det blir anledning att ytterligare återkomma till detsamma längre fram.

Om man står inför ett påstående, att arvingarnas succession sker vid dödsfallet, torde det emellertid för de flesta ligga närmast till hands att tänka på den ovan under 1 angivna betydelsen och att icke stanna vid den under 2 angivna innebörden (en »indirekt» succession av något slag). Belysande är i detta avseende särskilt att tänka på fall med endast en arvinge. Det måste ju förefalla ganska bestickande att, *om* man utgår från traditionella teoretiska tankevanor, resonera så: om arvsrätten inträder ipso iure med arvlåtarens död, måste arvingen från denna tidpunkt — låt vara villkorligt, då han kan avstå från arvet eller borgenärerna taga detsamma o. s. v. — anses vara ägare till tillgångarna.[4] Att här skjuta in ett särskilt bildat rättssubjekt mellan arvlåtaren och arvingen skulle man i de flesta rättssystem förmodligen uppfatta såsom onödigt konstruerat. Äro arvingarna flera, framstår situationen naturligtvis som mera komplicerad, och det kunde synas, som om det med hänsyn till de juridiska tankevanorna på andra områden skulle ha legat nära till hands att

[4] När det i hithörande sammanhang talas om villkorligt förvärv, tillhör villkoret den typ, som i doktrinen brukar betecknas som condicio iuris (Rechtsbedingung) i motsats till egentliga (genom rättshandling stipulerade) villkor. Jfr Tuor s. 567. I konsekvens med tanken om förvärv omedelbart vid dödsfallet torde villkoret allmänt anses vara resolutivt; jfr nedan s. 32 med not 4. Uppfattades det som suspensivt, skulle ju detta enligt gängse villkorslära innebära att arvingarna icke förvärvade en »aktuell» utan blott en »eventuell» rätt till arvet (jfr Malmström, Villkor II s. 42). Att dessa distinktioner icke äro hållbara, är en sak för sig, som icke här skall närmare behandlas. Här är ju meningen att i typologiskt syfte få fram den formella strukturen hos olika idéer rörande successionens sätt att fungera.

personifiera om ej dödsboet i allmänhet så dock gemenskapen mellan flera arvingar. Att uttömmande historiskt förklara, varför tendenser därtill i så ringa grad visat sig, är en vansklig sak.[5] Hur man brukar uppfatta den gemenskap, som ofrånkomligen kommer att bestå för tiden före arvets skiftande, skall beröras i nästa §. Här skall blott konstateras, att ipso-iure-principen faktiskt regelmässigt hittills brukat fattas så, att vid flertal av arvingar dessa personligen, icke något av deras gemenskap bildat särskilt rättssubjekt, tänkts succedera vid dödsfallet, ehuru sedan arvingarnas inbördes förhållande på skilda håll utformats på olika sätt.

3. I system, som bygga på ipso-iure-principen och därmed proklamera en succession omedelbart vid dödsfallet, kan man naturligtvis icke undgå att taga hänsyn till det förhållandet, att det stundom kan vara omöjligt att redan vid dödstillfället ange de definitiva successorerna. Allmänt råder ju den regeln, att arvsrätt tillkommer den, som vid arvlåtarens frånfälle var avlad och sedermera föddes vid liv.[6] Vidare kan ju regelmässigt arvinge avstå från arvet med verkan, att annan arvinge inträder i hans ställe. En annan, praktiskt ännu vanligare grund till att frågan om de rätta successorerna hålles svävande viss tid efter dödsfallet är, att den döde upprättat testamente, som till förmån för andra helt eller delvis utesluter arvingarna. I regel är det ju vid dödstillfället ännu icke avgjort, om testamentet blir stån-

[5] Vilka orsakerna än må vara, kan i varje fall sägas, att ett försök att personifiera gemenskapen mellan flera arvingar skulle ha omöjliggjort det i utländsk doktrin vanliga förfaringssättet att systematiskt sett behandla grundprinciperna för successionen oberoende av antalet arvingar, d. v. s. konstruera principerna så, att de både gälla för fall med en och för fall med flera arvingar (ehuru det senare fallet i praktiken måste vara det normala, helst som man ju oftast med arvingar förstår även testamentsarvingar, alltså vad vi kalla universella testamentstagare; jfr Staudinger V s. 350). Ett typiskt exempel är systematiken i BGB och i tysk doktrin. I BGB avhandla §§ 1942—2063 »Rechtliche Stellung des Erben», varvid till en början ges regler oberoende av antalet arvingar och f. ö. ofta blott talas om »arvingen»; först i slutet av avsnittet möter man en särskild titel med rubriken »Mehrheit von Erben» (§§ 2032—2063). Jfr också RG-Komm. V anm. 10 till § 1922 samt uppläggningen t. ex. hos Fischer § 17 (s. 85 ff.).

[6] Detta kan man ju, om man vill, beteckna som en modifikation av regeln, att successorernas »Berufung» bedömes efter förhållandena i dödsfallsögonblicket.

dande, för att använda den svenska lagstiftningens uttryckssätt. I dylika situationer kunde det synas omöjligt för anhängarna av ipso-iure-principen att hålla fast vid tanken om succession omedelbart vid dödsfallet (även om bedömandet av successorernas habilitet etc. i huvudsak alltjämt kan ske efter förhållandena vid sagda tidpunkt). Ibland säges, att det i dylika fall föreligger exempel på vakans beträffande rättighets subjekt.[7] I den mån strävandena inrikta sig på att i största möjliga utsträckning teoretiskt genomföra principen om den omedelbara successionen, brukar lösningen av antydda svårighet emellertid sökas i en retroaktivitetstanke: de, som definitivt visa sig vara de successionsberättigade, skola anses ha succederat redan vid dödsfallet.[8] Bedömd så, som den formellt är uttryckt, lider tanken uppenbarligen — liksom alla retroaktivitetsidéer — av en inneboende

[7] Ekström, Allm. läror s. 163 (beträffande foster, som ännu icke framfötts).

[8] Beträffande en vid dödsfallet avlad men ännu icke född person uttryckes retroaktiviteten i BGB § 1923 så, att sedan första st. förklarat: »Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt», andra st. stadgar: »Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren». Jfr RG-Komm. V, anm. till § 1923, Staudinger V s. 24 överst, 25. För schweizisk rätt se ZGB art. 544 och Tuor s. 502 ff., beträffande fransk rätt Code civil art. 725 med anm. i Zivilgesetze der Gegenwart I.

Om situationen, då arvinge avstår från arvet, heter det i BGB § 1953 (1 och 2 st.): »Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt. — Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt.» Jfr RG-Komm. V, anm. till § 1953; genom retroaktivitetsregeln blir, betonas det där (anm. 3), »auch für den Fall der Ausschlagung der Grundsatz des unmittelbaren Übergangs der Erbschaft auf den Erben gewahrt». Se även Jung i Stammler s. 1102, Fischer s. 85 f., Walker s. 940, Hallstein, Anfall der Erbschaft s. 196 sp. 2, dens., Annahme und Ausschlagung der Erbschaft s. 230, Endemann III s. 339 ff., Staudinger V s. 113 ff. (regeln är »eine selbstverständliche Konsequenz des Erwerbes der Erbschaft kraft Gesetzes»). I schweizisk rätt finner man en likartad princip, se Tuor s. 592 (jfr s. 566, 567, 615 och ZGB art. 572). Likaså i fransk rätt; se Code civil art. 785: »L'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été héritier.» Jfr Planiol-Ripert IV s. 268, 386 f., Zivilgesetze der Gegenwart I, anm. till art. 785. I norsk rätt talas även om att avstående av arv har tillbakaverkande effekt och att arvingen skall behandlas, som om han varit död före arvfallet. Jfr Knoph s. 285. Jfr vidare Nordisk Retsencyklopædi: Den nordiske Familie- og Arveret s. 121, Bentzon s. 270 f.

motsägelse.[9] Emellertid kan tanken naturligtvis möjligen innehålla en antydan om vissa praktiska handlingsregler, och en sådan eventuell antydan kan uppenbarligen icke a priori förklaras såsom till sitt innehåll orimlig men är tydligen i vissa hänseenden obestämd och vag; i detta avseende kan emellertid någon diskussion ej ske här.[1]

Det är nu tydligt, att de i det föregående berörda, på ipso-iure-principen baserade tankegångarna om succession omedelbart vid dödsfallet egentligen innefattat idén om ett i dödsfallsögonblicket genast skeende rättsförvärv för arvingen; just därigenom ha de kommit i så markant formellt-teoretisk motsättning till system, vilka uppställa senare faktum, t. ex. tillträde, som förutsättning för arvingens rättsförvärv (och i följd därav ge plats åt begreppet hereditas iacens). Det är emellertid då uppenbart, att de förstnämnda tankegångarna principiellt måste vidkännas en viss uppluckring genom den nyss antydda möjligheten av en — icke blott subjektiv — ovisshet i dödsögonblicket om de rätta successorerna; utgångspunkten kunde där bevaras formellt orubbad endast genom en retroaktivitetsprincip, vilket ju betyder införande av en motsägelse i systemet och tillika innebär, att grundtanken om den omedelbara successionen icke kunnat restlöst i egentlig mening genomföras.[2] Om A är närmaste arvinge och B är den, som rycker in, därest A avstår från arvet, är det från ipso-iure-systemets synvinkel konsekvent att säga, att A omedelbart förvärvar arvet under det resolutiva villkor,[3] att han icke senare avstår från det.[4] Sker emellertid

Även i system, där — som t. ex. i österrikisk rätt — arvfallet såsom sådant icke anses medföra egentlig succession i tillgångarna utan i och för sig blott har en i princip mera begränsad effekt, uppkomma m. h. t. denna effekt motsvarande problem. Jfr Ehrenzweig II: 2 s. 334, 336, 343, 422 f., 468.

[9] Om retroaktivitetsspörsmål jfr Malmström, Villkor II s. 52 f. not 109.

[1] Den är vag därför, att man icke i alla avseenden kan handla så, som om de definitivt successionsberättigade haft denna ställning redan från dödsfallet, utan endast kan göra det i vissa avseenden. Det blir anledning att senare återkomma till likartade problem i annat sammanhang. Jfr även Hallstein, Annahme etc. (i Rvergl HWB) s. 230 sp. 2.

[2] Jfr Hellman i Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 39 (1897) s. 215 f.

[3] Jfr ovan s. 29 not 4.

[4] Jfr Bentzon s. 271 not 15: »Arvingen erhverver straks Arven under den *resolutive* Betingelse at han ikke afslaar den; efter romersk Ret erhvervede

dylikt avstående, tillfaller arvet B, och endast genom en retroaktivitetsprincip kan B:s förvärv hänföras på dödstillfället. Uttryckt i den sedvanliga villkorslärans termer borde detta konsekvent innebära, att B vid dödsfallet tänktes göra ett suspensivt villkorat förvärv men att det suspensiva villkorets uppfyllelse föreställdes ha retroaktiv effekt.[5]

I en dylik oegentlig mening skulle det uppenbarligen — för den, som vore villig att acceptera retroaktivitetstankegången — kunna bli mycket stora möjligheter att konstruera fram en »succession vid dödsfallet». Här bleve det icke ens till något absolut hinder, att tillträde krävdes från arvingens sida; det erfordrades bara att komplettera denna regel med en regel om tillträdets tillbakaverkande kraft. Nu brukar man otvivelaktigt icke, även på håll, där tillträdet anses ha dylik effekt, — i regel åtminstone — *beteckna* detta som något slags teori om »succession vid dödsfallet». Talas det i nyss anförda exempel om succession vid dödsfallet för B, som får arvet, när den närmaste arvingen A avstått från det, skulle det emellertid lika väl, när tillträde kräves men detta har retroaktiv verkan, i efterhand kunna talas visserligen icke om succession ipso iure men om ett slags »succession vid dödsfallet». Det ena är icke orimligare än det andra; motsägelsen är rättare sagt lika påtaglig i första fallet som i det senare.

Att tillträdet har retroaktiv effekt är en tankegång, som är belagd redan från romersk rätt: heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur (D. 29, 2, 54, Florentinus).[6] Om det nu skulle ligga något särskilt

heredes extranei vel ogsaa Arven fra Dødsfaldet at regne, men under den *suspensive* Betingelse at den blev modtaget.» Jfr Hallstein, Annahme etc. (i Rvergl HWB) s. 221 f., Staudinger V s. 84. Jfr också Tuor s. 567 (schweizisk rätt): »Die Ausschlagungsmöglichkeit macht für die Zeit ihrer Dauer den Erbschaftserwerb zum resolutiv bedingten...». Se även ib. s. 626 f.: den i ZGB art. 574 stadgade möjligheten för efterlevande make att, när alla arvsberättigade avkomlingar avstått, tillträda arvet uppfattas som ett av tillträdet suspensivt betingat förvärv. Jfr för en något annorlunda beskaffad situation (tillämpning av Code civil art. 790) Planiol-Ripert IV s. 269.

[5] Att saken alltid ses så, är därmed ej påstått. Jfr Staudinger V s. 114.

[6] Jfr även ställen som D. 50, 17, 138 pr. (omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur); D. 50, 17, 193 (omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent). Jfr Windscheid-Kipp III s. 199, Cuq s. 741.

eftersträvansvärt eller för rättsmedvetandet tilltalande i en absolut »kontinuitet» i successionen, tyckes man ju genom detta teoretiska konstgrepp ha formellt tillgodosett detta intresse. Som CUQ uttryckt saken: regeln »supprime toute solution de continuité entre le défunt et l'héritier»,[7] n. b. i »rättens värld». Kanske ännu mera konsekvent utlägger SOHM tankegången: »Der Rechtssatz, dass die Wirkung des Erbschaftserwerbes zurückbezogen wird, bedeutet, dass nach geschehenem Erbschaftsantritt der Erbe *von vornherein,* unmittelbar nach dem Tode des Erblassers, Subjekt aller Rechte und Schulden des Erblassers *gewesen ist.* Der Erblasser wird direkt und ohne Unterbrechung von dem Erben beerbt, auch wenn dieser erst lange nachher erwirbt, nie aber von seiner Erbschaft.»[8] Vare sig nu detta uttalande är historiskt riktigt eller ej, visar det, att man vid en undersökning av tänkbara betydelsenyanser bakom uttalanden om succession i och med dödsfallet kanske ej teoretiskt bör förbise möjligheten, att idén om en dylik succession icke blott partiellt utan över hela linjen upprätthålles via en retroaktivitetstankegång (trots en sådan tankegångs principiella motsägelsefullhet).[9] Tanken om tillträdets retroaktiva effekt har funnit en viss jordmån även i moderna successionssystem, i den mån dessa lämna utrymme för aditionsprincipen, men det torde dock, som nyss antytts, icke vara vanligt, att man i doktrinen talar om »succession vid dödsfallet», försåvitt man skulle nödgas stödja en sådan tes *helt* på retroaktivitetskonstruktioner.[1]

---

[7] Cuq, a. st. Jfr Endemann III s. 34, 329 f.

[8] Sohm s. 689. Jfr även Hellman i Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 39 (1897) s. 216. De sista i texten citerade orden rikta sin spets mot teorien, att hereditas iacens enligt romersk rätt hade karaktären av en särskild juridisk person. Diskussionerna i detta avseende kunna här lämnas åsido, eftersom syftet här närmast blott är att med stöd av exempel påvisa olika typer av successionsteorier. Jfr Stobbe V s. 30, Windscheid-Kipp III § 531, Cuq s. 738 ff., Staudinger V s. 24.

[9] Observera, att — såsom påpekas hos Windscheid-Kipp III s. 199 not 14 med anledning av motsvarande passus i en tidigare uppl. av Sohm — Sohm säger »gewesen ist», ej »als Subjekt gedacht wird» el. dyl. Med rätta talar Windscheid om »einen nackten Widerspruch».

[1] Om tillträdets tillbakaverkande effekt jfr Hallstein, Anfall der Erbschaft (i Rvergl HWB) s. 197: »Die Regel ist — unter Abschneidung einer Streitfrage des gemeinen Rechts — Rückwirkung der Antretung.» Jfr Betti, a. a. s. 490 med not 20. Som där påpekas, är uttryckssättet i Frankrikes Code civil art. 777

Vår analys av den formellt-teoretiska strukturen hos förekommande successionsuppfattningar ger emellertid vid handen, att det är berättigat att skilja mellan idéer om succession vid dödsfallet i *egentlig* mening och i *oegentlig* mening. Den senare typen utgöres av idéer om succession vid dödsfallet, vid vilka sagda succession tänkes såsom föreliggande endast med hjälp av en retroaktivitetseffekt. Tillika ha vi funnit, att det för den successionsteoretiska spekulationen visat sig mycket svårt att genomföra en tanke om succession vid dödsfallet i egentlig mening fullt ut; luckor ha av praktiska orsaker uppstått, som fyllts igen genom antagande av succession vid dödsfallet i oegentlig mening. Vanligen uppvisa tankegångarna därför en »blandad» karaktär.

* *
*

Redan ovan ha vissa motsägelser i de behandlade tankegångarna antytts. Det vore lätt att påvisa ytterligare motsägelser i den formella strukturen, likaså att påvisa den roll, som historiska tillfälligheter och verklighetsfrämmande föreställningar rörande fenomenen på det rättsliga området spelat för den successionsteoretiska begreppsbildningen. Redan själva tanken om en succession, som »sker» då eller då, innesluter ju ofta — såsom

(»L'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession») egendomligt ur den synpunkten, att retroaktivitetstanken förefaller obehövlig i ett system, som bygger på ipso-iure-förvärvet som ledande idé och därmed måste låta »l'acceptation» blott ha betydelsen att låta det redan skedda resolutivt villkorade förvärvet bli fullt definitivt (jfr Planiol-Ripert IV s. 355: »L'acceptation est l'acte normalement volontaire par lequel l'héritier confirme et consolide sur sa tête les effets de la transmission légale»). Mindre konsekvent synes det därför vara, när det om art. 777 i Zivilges. der Gegenwart I s. 222 säges: »Eine *Folge* [kurs. här] des Grundsatzes, dass die Rechtsstellung des Erblassers unmittelbar auf den Erben übergeht.» Jfr Hallstein, a. a. s. 196 sp. 2. Självständig betydelse skulle art. 777 dock möjligen ha, när den tillämpas på det i art. 790 nämnda fallet (jfr Hallstein, Annahme etc. s. 228 f., Planiol-Ripert IV s. 377 f.). — I schweizisk rätt anses ZGB art. 574 visserligen innebära ett suspensivt betingat förvärv för efterlevande make (ovan s. 32 not 4) men tillträdet verkar retroaktivt till dödsfallet, Tuor s. 626. Ehrenzweig II: 2 s. 333 f. avvisar för österrikisk rätt den av vissa förf. företrädda uppfattningen, att det genom »Einantwortung» inträdande förvärvet för arvinge skall räknas tillbaka till dödsfallet.

i början av detta kap. berörts — just ett verklighetsfrämmande betraktelsesätt. För syftet med denna framställning torde det emellertid vara obehövligt att i detalj utföra dessa kritiska synpunkter; det är nog att låta den verkställda kartläggningen av vissa successionsrättsliga tankelinjer åtföljas av denna allmänna erinran. Det sagda gäller även den kompletterande framställning av vissa konstruktioner rörande förhållandet mellan flera medarvingar, vilken lämnas i nästföljande §.

§ 3.

Speciellt om konstruktionerna rörande gemenskapen mellan flera arvingar.

Avsikten i denna § är att undersöka, hur man från den principiella utgångspunkten, att successionen skall anses »ske» vid dödsfallet, brukat uppfatta sättet för den enskilde arvingens succession vid fall med flera arvingar. Detta hänger samman med de olika sätt, på vilka gemenskapen mellan arvingarna före skifte kan tänkas ordnad. I successionen beträffande egendomen måste vid flertal av arvingar normalt framträda två stadier: först övergången på arvingarna som en totalitet och sedan överförandet av särskilda tillgångar på var och en av arvingarna genom arvskiftet.[2] Den gemenskap, som då måste bestå före arvets definitiva delning, kan emellertid vara ordnad på olika sätt. Framför allt kan den vara mer eller mindre lös.[3] De olika systemen i detta avseende avspegla sig i de olika i det juridiska tänkandet förekommande konstruktionerna av samfälligheten mellan arvingarna. Det har redan i föregående § antytts, att det mera sällan framkommit tendenser att personifiera den speciella gemenskap, som uppstår, när arvingarna äro flera. Den viktigaste motsättning, som beträffande gemenskapens art trätt i dagen, har varit den mellan gemenskap av »samäganderättstyp» (för att anknyta till den hos oss vanliga innebörden av termen samäganderätt) och gemenskap av »Gesamthand-typ»;[4] vi kunna för att få en svensk term kalla den sistnämnda typen för egendomsgemenskap. Det är nödvändigt att taga hänsyn till dessa

[2] Jfr Tuor s. 472, 569.

[3] Jfr Tuor s. 761.

[4] Jfr Knoph s. 308 f., Heikonen II s. 221 ff.

olika system, när man söker utreda innebörden av talet om succession omedelbart vid dödsfallet för den händelse, att flera arvingar finnas. I denna situation måste man ju fråga, om denna succession omedelbart vid arvlåtarens död på något sätt tänkes inträda för den enskilde arvingen såsom sådan eller endast tänkes föreligga för arvingarna gemensamt.

Om man har att göra med en successionsteori, som antager en succession för arvingarna personligen ipso iure vid dödsfallet (alltså en teori om succession vid dödsfallet i »egentlig» mening), utsäger ju teorien, att successionen skall anses träffa icke ett av arvingarnas gemenskap bildat särskilt rättssubjekt utan just arvingarna personligen. Konsekvensen blir då, att varje enskild arvinge på ett eller annat sätt tänkes personligen succedera ipso iure, d. v. s. föreställes omedelbart vid dödsfallet — utan senare tillträde — få något slags aktuell rätt till kvarlåtenskapen, ehuru begränsad av hänsyn till medarvingarna. Hur man brukat fatta den enskilde arvingens ställning, tarvar emellertid närmare undersökning. Därtill ansluter sig naturligt en framställning av vissa läror rörande arvskiftets karaktär.

Har man åter att göra med en lära om dödsboet i allmänhet eller åtminstone gemenskapen mellan flera arvingar såsom bildande en juridisk person, återverkar detta i flera hänseenden på tankebyggnadens formella struktur; tillika ter det sig naturligtvis som möjligt, att själva rättssubjektskonstruktionen åsyftar att uttrycka vissa reella handlingsregler rörande kvarlåtenskapen.

1. En gemenskap mellan arvingarna av samäganderättstyp[5] innebär, att före arvskifte varje arvinge tänkes äga en mot hans arvsrätts omfattning svarande bråkdel (ideell andel) i varje särskilt föremål och varje särskild rätt i boet och att arvingarna kunna var för sig åtminstone regelmässigt förfoga över dessa andelar i de särskilda objekten (om de dessutom ha möjlighet att förfoga över hela andelsrätten i kvarlåtenskapen som en totalitet spelar däremot i detta sammanhang mindre roll).[6] Ett

[5] Enligt tysk terminologi »Miteigentum», ofta med tillägget »nach Bruchteilen»; »Bruchteilsgemeinschaft».

[6] Jfr Hallstein, Miterben (i Rvergl HWB) s. 356 f., Heikonen II s. 226 f. ang. Hakulinen. Konsekvent böra arvingarnas personliga borgenärer kunna komma åt dylika andelar. Ett närmare ingående härpå och på den dödes borgenärers remedier gentemot arvingarnas personliga borgenärer kan emellertid icke här ske.

sådant uppfattningssätt har — väsentligen efter romerskt föredöme — framträtt på åtskilliga håll.[7] Om nu — vilket ju visst icke alltid är fallet — med en dylik åskådning kombineras en teori om ipso-iure-succession omedelbart vid dödsfallet, innebär detta tydligen ett antagande av en succession för de särskilda arvingarna s. a. s. till konkreta förmögenhetsobjekt redan vid dödsfallet (i form av omedelbara andelsförvärv), ehuru man obestridligen ännu icke vet, hur tillgångarna vid blivande arvskifte komma att fördelas.

[7] Ang. romersk rätt i detta stycke, sådan den brukar uppfattas, se t. ex. Sohm s. 678 f., 758, Endemann III s. 466 ff., Tuor s. 761, Fischer s. 89 f., Hallstein, a. a. s. 357. På romersk grund byggde gemeines Recht. Varje arvinge ansågs äga viss bråkdel av de särskilda tillgångarna och kunde självständigt förfoga över sin andel i rättsligt delbara objekt (vid rättsligt odelbara dylika ansågs ett slags solidariskt berättigande föreligga). Delbara fordringar (liksom skulder) ansågos eo ipso uppdelade mellan arvingarna (nomina ipso iure divisa sunt), vilket i princip kan sägas innebära ännu mera än en samäganderätt efter ideella andelar, nämligen en verklig uppdelning, så att på denna punkt någon gemenskap teoretiskt ej alls förelåg. Över andelen i hela massan kunde den enskilde arvingen däremot icke enhetligt förfoga, och förfogande över viss sak som helhet krävde naturligt nog allas samtycke. Se Kipp, Erbrecht s. 209, Windscheid-Kipp III § 608 (jfr II § 299). Fransk rätt anses i princip bygga på en liknande åskådning, som emellertid till sina praktiska konsekvenser där ej blir så betydelsefull, då dess effekt delvis upphäves av en annan tankegång, som senare skall beröras, nämligen idén om arvskiftets retroaktiva verkan. Se ang. fransk rätt nedan s. 48 ff. I österrikisk rätt, där ju förvärvet för arvingarna anses ske först med »Einanwortung», anses arvingarna då få »das Miteigentum der körperlichen Nachlass-sachen nach Verhältnis ihrer Erbteile», och delbara fordringar »zerfallen von selbst in entsprechende Teilforderungen», se Ehrenzweig II: 2 s. 471 (före »Einantwortung» anses icke kvarlåtenskapen, som är »främmande egendom» för arvingarna, utan »arvsrätten» vara gemensam, Ehrenzweig ib.). Jfr även Hallstein, a. a. s. 357. Före ZGB kunde i Schweiz gemenskapen mellan medarvingar på grund av kantonal rätt vara av samäganderättstyp, se Tuor s. 764. Enligt Macris i Zeitschr. für ausl. u. int. Privatrecht 1935 s. 612 f. bygger ett för arbetet på ny grekisk civillagbok utarbetat förberedande utkast till arvsrättsliga stadganden, som därvid står på gällande grekisk rätts basis, på de principer, som karakterisera en gemenskap av samäganderättstyp. Kvarlåtenskapen tillhör enligt utkastet arvingarna efter bråkdelar »in Höhe ihrer Anteile»; delbara fordringar (och skulder) äro ex lege uppdelade. Arvinge, som när som helst kan begära skifte, kan fritt förfoga såväl över hela sin arvsandel som över andelen i enskilda föremål; han kan begära, att hans andel i de enskilda objekten bevaras åt honom.

Vad arvskiftet beträffar, kunde man från den skildrade uppfattningens utgångspunkter strängt taget sätta i fråga, om ett arvskifte såsom särskilt utbildat rättsinstitut vore nödvändigt. Man kunde ju bara lämna åt delägarna att genom överlåtelser till varandra eller till utomstående ordna förhållandena, med möjligheten jämväl öppen för delning in natura av delbara objekt, utan att dessa överlåtelser eller ens denna sistnämnda delning behövde taga karaktär av ett specifikt successionsrättsligt institut. Emellertid är det tämligen givet, att det även med de antydda utgångspunkterna regelmässigt i varje fall i praktiken utbildar sig ett arvskifte som ett särskilt delningsavtal eller en delningsförrättning. Det antydes då stundom, att det av utgångspunkterna skulle följa, att denna delning (arvskiftet) principiellt vore endast deklarativ.[8] Detta kan dock icke medges för andra fall, än då skiftesavtalet (skiftesförrättningen) inskränker sig till att fastslå de redan tidigare bestående ideella andelarna. Varje förändring häri, om det så vore blott föreskrift om delning in natura av vissa särskilda delbara objekt, innebär något genom arvskiftet nytillkommet, som betager detsamma dess påstådda rent deklarativa karaktär. Och det är uppenbart, att den formella konsekvensen av samäganderättsuppfattningen borde bli, att ett skifte av vanlig typ — d. v. s. ett sådant, där en arvinge får vissa förmögenhetsobjekt i deras helhet, en annan andra o. s. v. — tänktes som ett avtal (resp. förrättning) åsyftande ömsesidiga överlåtelser av de olika andelarna (detta gäller för övrigt tydligen, även om dessa andelar tänkts uppstå icke i och med dödsfallet utan t. ex. först genom senare tillträde el. dyl.). Skiftet har då ingalunda någon »deklarativ» utan tvärtom »translativ» karaktär.[9] En viss arvinges definitiva förvärv av viss sak skulle då i princip vila på dubbla successionsled (först ett andelsförvärv vid dödsfallet — resp. vid tillträdet etc. — sedan ett förvärv vid skiftet av medarvingarnas andelar i saken).[1]

---

[8] Jfr Heikonen II s. 228.

[9] Jfr Planiol-Ripert IV s. 736 f.

[1] Så synes för österrikisk rätt Ehrenzweig II: 2 s. 474, jfrt med II: 1 s. 683, uppfatta saken (hänvisningen II: 2 s. 474 till »oben § 417, III» måste avse § 421, II). Jfr Illch i Zivilges. d. Gegenw. I s. 252. När i gemeines Recht en fordran (eller skuld) ansågs automatiskt uppdelad, ansågs ett tilldelande av fordringen (resp. skulden) till en viss arvinge verka som en regelrätt

2. Från den nyss berörda uppfattningen av gemenskapsförhållandet skiljer sig på avgörande sätt den åskådning, som utformar sagda förhållande till något, som i anslutning till tysk terminologi skulle kunna kallas »Gesamthand-typ» och som ovan i brist på bättre term kallats »egendomsgemenskap». Klart utbildad föreligger typen i fråga i tysk och schweizisk rätt.[2] Det väsentliga och praktiskt viktiga ligger i detta sammanhang däri, att arvingarna, om samfälligheten anses vara av sistnämnda art, icke kunna självständigt förfoga över några andelar i särskilda objekt — eventuellt däremot över totalandelen i hela massan.[3] I sin mest renodlade form tar Gesamthand-konstruktionen, känd även från andra rättsområden än successionsrätten och utformad

---

cession (resp. gäldsövertagande); Windscheid-Kipp III s. 501. Om en person mot ersättning övertager hela kvarlåtenskapen, blir detta ju ej något skifte i egentlig mening och kan även formellt taga sig uttryck på särskilt sätt. Så räknar Ehrenzweig II:2 s. 473 med två möjligheter att ordna dylikt totalt övertagande; antingen förmår övertagaren genom vederlag de andra att *avstå* från arvsrätt (ausschlagen) i den mån förhållandena äro sådana, att övertagaren därigenom blir ensam arvinge, eller också *överlåta* de sin arvsrätt till övertagaren.

[2] Beträffande tysk rätt se t. ex. Endemann III s. 474 ff., Fischer s. 67, 89 ff., Kipp, Erbrecht s. 209, Goldschmidt i HWB der RW, art. Miterben s. 95, RG-Komm. V s. 131 f., Staudinger V s. 347 ff. BGB ansluter sig i detta avseende till tidigare preussisk rätt (sådan den i regel tolkades) men avviker från gemeines Recht (jfr ovan s. 38 not 7) och det första utkastet till BGB, som byggde på systemet med gemenskap av samäganderättstyp. För schweizisk rätt se Tuor s. 760 ff. Om den före BGB gällande preussiska rätten jfr Endemann III s. 472 ff., Fischer i Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben II s. 119, 125. Jfr även Brasiliens Codigo civil art. 1580 pr. i tysk övers. enl. Zivilgesetze der Gegenwart III s. 330: »Sind zwei oder mehr Personen gleichzeitig zu einer Erbschaft berufen, so haben sie ein ungeteiltes Recht auf Besitz und Eigentum, solange nicht die Erbteilung durchgeführt ist.» (med anm. ib.). — Det erinras, att här endast talas om rätten till tillgångarna. Gesamthand-systemet i detta avseende hindrar ej, att man utgår från individuellt solidariskt ansvar för skulderna (i st. f. Gesamthandansvar). Jfr Tuor s. 763.

[3] BGB talar i § 2032 om kvarlåtenskapen som »gemeinschaftliches Vermögen der Erben» och låter i § 2033 arvingen kunna förfoga över totalandelen men ej över någon andel i särskilda objekt. Jfr Josef, Verfügungen über Erbschaftsanteile, AZP 1906 s. 315 ff. I schweizisk rätt är däremot någon egentlig överlåtelse till utomstående icke möjlig ens i fråga om totalandelen (dock kan anspråket på utdelning vid kommande skifte överlåtas), se Tuor s. 762, 764, 766, 1008 ff.

i anslutning till traditioner från äldre germansk rätt,[4] här den gestalten, att boet endast som enhet övergår till samtliga arvingar och att en enskild arvinge icke blott står utan förfogandemöjlighet över andel i ett enstaka föremål utan helt och hållet saknar dylik andel och endast äger ideell kvotdel i hela massan.[5] Man har för dylika fall talat om en »Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung».[6] I en något svagare form tar Gesamthandkonstruktionen den formen, att delägarna visserligen tänkas äga andelar i de olika enskilda förmögenhetsobjekten men att dessa andelar äro oöverlåtbara för den enskilde arvingen.[7] Man har

---

[4] Jfr Endemann III s. 469 ff., Heusler I s. 227 ff., Gierke I s. 664 f., 670. Ingående behandling av Gesamthand-lärans historia hos Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre (1936).

[5] Till allmän orientering rörande tanken bakom Gesamthand-konstruktionen kunna tjäna några ord hos Tuor s. 762: »Die Natur dieser Gemeinschaft zur gesamten Hand besteht darin, dass die Teilhaber in ihrer Gesamtheit, ihrer Verbundenheit Träger der hierzu gehörenden Rechtsverhältnisse, der von dem besonderen Vermögen der einzelnen zu scheidenden Gemeinsphäre sind. Diese Vereinigung ist so enge, dass kein Platz ist für selbständige, eines eigenen rechtlichen Schicksals fähige Anteile der Teilhaber an einzelnen Objekten, sie ist aber nicht so enge, dass diese selber vollständig ausschieden und ihre Rolle abträten einem neuen zur Entstehung gelangenden Rechtssubjekt. Die Gemeinschaft wird nicht zur juristischen Person.» (Jfr Gierke I s. 682, Buchda s. 175 ff. Se dock även Tuor s. 775, 776.) Beträffande medarvingarnas situation i schweizisk rätt betonar Tuor även (s. 762): »Der Anteil bezieht sich auf das Gesamtvermögen, nicht auf die einzelnen Gegenstände als solche.» Detta är ett också i tysk rätt ganska vanligt betraktelsesätt. Så t. ex. Goldschmidt, Miterben (i HWB der RW) s. 95, under hänvisning till »das Wesen der Gesamthand», Endemann III s. 479 not 9. Man har sökt stöd därför i den i BGB framskymtande uppfattningen, att kvarlåtenskapen som en enhet övergår på delägarna. Jfr även Buchda s. 199 f.

[6] Heikonen II s. 222.

[7] Så Kipp, Erbrecht s. 211 f. (jfr även Gierke II s. 389 f.), Buchda s. 300. Denna lära har ett visst formellt stöd i avfattningen av BGB § 2033 st. 2 (»Über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen kann ein Miterbe nicht verfügen»); jfr ZPO § 859. RG-Komm. V s. 136 lämnar frågan öppen; jfr även Jung i Stammler s. 1161, 1162, Staudinger V s. 350 f., 352, 354 sub 5 (Fischers uttryck s. 67: »jeder Miterbe ist an jedem Einzelgegenstand und an jeder Nachlass-schuld beteiligt» torde av sammanhanget att döma ej avse att markera någon ståndpunkt i nyssberörda hänseende). Jfr i detta sammanhang Hagströmers konstruktion av aktiebolags rättsliga struktur (Aktiebolag s. 125 ff.).

betecknat detta som »gebundenes Miteigentum».[8] Läran går vanligen under namnet »die Theorie der geteilten Mitberechtigung.»[9] I vissa hänseenden har stundom frågan om den ena eller andra utformningen av »egendomsgemenskapens» natur ansetts ha praktiska återverkningar.[10] I varje fall föreligger emellertid en avgörande praktisk åtskillnad i förhållande till en gemenskap av samäganderättstyp.

Om man tänker på arvskiftets karaktär, bör ett formellt konsekvent betraktelsesätt leda till olika resultat, om utgångspunkten är den ena eller den andra av de nyss berörda varianterna av Gesamthand-konstruktionen. Idén om »gebundenes Miteigentum» borde visserligen leda till att arvskiftet aldrig kunde vara rent deklarativt (även ett skifte, som blott fastsloge andelarna i de olika objekten, skulle ju upphäva andelarnas bundenhet och därigenom skapa andelar av helt ny karaktär; skedde ej ens detta, kunde man över huvud icke tala om något skifte). Men i övrigt inträdde konsekvenser, som rent formellt erinrade om det, som ovan utvecklats angående arvskiftets karaktär vid en gemenskap av samäganderättstyp. Om ett visst föremål vid skiftet tillföll viss arvinge, innefattade detta då avtal om överlåtelse av *de övrigas* andelar i föremålet. Nämnde arvinges förvärv borde alltså även här tänkas vila på dubbla successionsled. Ur en annan synvinkel skulle detta betyda ett slags idé om succession för den enskilde arvingen till konkreta tillgångar (i form av andelsförvärv) redan vid dödsfallet (ehuru andelarna här tänktes bundna).[1]

Tanken om »ungeteilte Gesamtberechtigung» leder däremot konsekvent till att allt tal om succession i egentlig mening för varje enskild arvinge till konkreta tillgångar redan vid dödsfallet framstår som ohållbart. Successionen i konkreta tillgångar för den enskilde förlägges helt till arvskiftet, som fixerar vars och ens reella anpart av behållningen. Skiftet bör följaktligen även här uppfattas som translativt och — om man tänker på dess betydelse för tilldelande av ett visst föremål till en viss arvinge —

---

[8] Heikonen II s. 222, Buchda s. 201.

[9] Motsättningen mellan de båda teorierna skildras ingående hos Buchda s. 193 ff., som även berör andra konstruktionsförsök.

[10] Heikonen II s. 229.

[1] Jfr ovan s. 38.

tolkas som avtal om överlåtelse av *hela* föremålet till sagda arvinge.[2]

Båda konstruktionsvarianterna leda emellertid vid ett följdriktigt resonemang till att arvskiftet — i varje fall ett arvskifte av normal typ — fattas »translativt», vilket är av ett visst intresse att konstatera. Denna »translativa» uppfattning finnes också på många håll.[3] Därmed är dock icke påstått, att man då alltid anser överlåtelsen färdig i och med själva skiftet; eventuellt fordras härför ytterligare åtgärder.[4]

---

[2] Jfr Kipp, Erbrecht s. 212. Att vissa inre konstruktionssvårigheter göra sig gällande är vid närmare eftertanke tydligt. Jfr Serlachius i FJFT 1885 s. 202 ff. Resonemang sådana som t. ex. hos Heikonen II s. 231 f. eller Endemann III s. 477 f. skapa knappast erforderlig klarhet. Med speciell tanke på arvskiftet kan bl. a. följande sägas. Om skiftet innesluter avtal om överlåtelse av *hela* föremålet, vilka äro då egentligen överlåtare? Om man svarar de övriga arvingarna, kunde frågas, hur dessa kunna överlåta hela föremålet, som de ju blott äga tillsammans med förvärvaren. Ett sätt vore att söka räddningen i en konstruktionen av gemenskapen (der Gesamthand) som juridisk person, men en dylik konstruktion avvisas allmänt (jfr Endemann, a. st.). Det medges emellertid stundom, att vissa svårigheter uppstå. Jfr Jung i Stammler s. 1161: BGB:s sats, att medarvinge icke kan förfoga över sin andel i enskilda objekt och att alltså över enstaka föremål blott kan förfogas gemensamt, är »allerdings besonderer Aussprache wert, weil hier bei Gesamthandsgemeinschaft, also auch beim Gesellschaftsvermögen und bei der familienrechtlichen Gemeinschaft, sich ja tatsächlich nicht ganz einwandfrei sagen lässt, solange wir der Gesamthand nicht eigene Rechtsfähigkeit zusprechen, wem dieser Gegenstand gehört; ob denn überhaupt Anteile der Miterben an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses bestehen». Någon gång synas personifikationstendenser förmärkas; jfr Jung, ib. s. 1151, 1158, Buchda s. 218 ff. Jfr även Josserand III s. 683 f., som beskriver det tyska systemet så, att »les copropriétaires, considérés individuellement, n'ont pas de droit réel, mais un simple droit de créance, puisque c'est la collectivité qui est propriétaire»; Buchda s. 197, 299 f. Buchdas omfattande kritik (s. 225 ff.) av tidigare Gesamthand-läror kan icke här närmare beröras.

[3] Jfr Hallstein, Miterben (i Rvergl HWB) s. 357 sp. 2, Jung i Stammler s. 1166, RG-Komm. V s. 147 ff. (passim). BGB § 2042 st. 2 hänvisar bl. a. till § 757, vilket medför, att när en arvinge på sin lott får ett föremål medarvingarna häfta som säljare (efter måttet av sina andelar) för rättsliga och faktiska brister hos föremålet. Jfr Hellman i Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 39 (1897) s. 239. Se vidare Staudinger V s. 351, 385, 386 f., Tuor s. 776 f.

[4] I tysk rätt fordras utöver skiftesöverenskommelsen sedvanliga åtgärder för att åstadkomma sakrättslig verkan, sålunda för fastighet Auflassung

3. Skulle idén om dödsboet som en juridisk person komma till användning, kan detta — såsom i vår svenska BL — i princip ske, oavsett om successorerna äro en eller flera, men tänkbart vore naturligtvis också, såsom tidigare antytts, att idén tillämpades blott på gemenskapen mellan flera arvingar. Här skall idén i fråga med några ord beröras i sin tillämpning på fall med flera arvingar, vare sig den sedan tillika utsträckes till fall med en arvinge eller ej. Det förutsättes därvid, att den sålunda konstruerade juridiska personen tänkes före arvskiftet äga tillgångarna (vara borgenär beträffande fordringarna o. s. v.). Som redan ovan i § 2 berörts, kan det oaktat ipso-iure-systemet i så måtto bevaras, att arvingarna tänkas ipso iure förvärva rätt till kvarlåtenskapen i form väsentligen av delägarskap i dödsboet.

Vad som här med hänsyn till de olika tänkta teoriernas formella struktur bör understrykas är, att om ett särskilt rättssubjekt, dödsboet, tänkes äga kvarlåtenskapen, det icke utan formell motsägelse samtidigt kan påstås, att arvingarna i och med dödsfallet bli ägare till de särskilda föremålen o. s. v. efter kvotdelar. Det är en tydlig motsägelse mellan idén om en »Bruchteilsgemeinschaft» och idén om en juridisk person som ägare. Successionen till konkreta tillgångar måste konsekvent här — liksom när vid Gesamthand-konstruktionen andelar före skifte i de särskilda objekten förnekas — helt förläggas till arvskiftet, som då får karaktären av en rättsövergång från dödsboet som juridisk person till de olika arvingarna med avseende på de objekt, som tilldelas var och en av dem. Succession för varje arvinge personligen vid dödsfallet inträder icke annat än i den mera allmänna betydelse, som redan förut berörts, eftersom den analyserade konstruktionen ju just innebär, att dödsboet såsom särskilt rättssubjekt succederar i kvarlåtenskapen efter

---

och inskrivning i fastighetsbok (redan skiftesavtalet, som då tänkes innehålla ett åtagande att överlåta fastigheten, synes böra ingås i den i BGB § 313 stadgade formen). Jfr Endemann III s. 488, Staudinger V s. 386, 391, 400 f., RG-Komm. V s. 147, Windscheid-Kipp III s. 509; för tidigare preussisk rätt Otto Fischer i Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben II s. 125. (Annorlunda möjligen, om hela arvet övertages av en av arvingarna eller genom avtal gemenskapen förvandlas till samäganderätt.) I viss mån avvikande Jung i Stammler s. 1165. — För schweizisk rätt se Tuor, a. st.

den döde och sålunda någon strikt succession vid dödsfallet icke inträder ens för arvingarna personligen tillsammantagna (såsom i Gesamthand-fallet). De reella handlingsregler, som kunna spåras bakom en rättssubjektskonstruktion, kunna naturligtvis i åtskilliga hänseenden variera men kunna näppeligen innesluta någon dispositionsfrihet för varje enskild arvinge över enskilda föremål i boet eller andelar i sådana. Man har tvärtom anledning att räkna med att de skola innebära en bundenhet för den enskilde i minst lika hög grad som vid typen »egendomsgemenskap» (Gesamthand-typen). Själva konstruktionen markerar ju formellt gemenskapen ännu starkare, om situationen karakteriseras med kategorien juridisk person. Någon detaljanalys skall emellertid icke här företagas. Problemet återkommer i det följande med speciell hänsyn till svensk rätt.

4. När det i det närmast föregående (under nr 1—3) diskuterats, i vad mån vid fall av flera arvingar olika teorier om gemenskapen innesluta antagandet av en succession till konkreta tillgångar för den enskilde arvingen i och med dödsfallet, har därvid hela tiden förutsatts, att man haft att göra med teorier, som räkna med succession vid dödsfallet i »egentlig» mening. Annorlunda ställer det sig däremot naturligtvis, därest frågan skulle gälla, i vad mån de olika konstruktionerna av gemenskapen låta förena sig med antagandet av en succession vid dödsfallet för den enskilde arvingen beträffande konkreta tillgångar men i oegentlig mening, d. v. s. med hjälp av en antagen retroaktiv effekt hos ett i själva verket senare inträffat förvärv (detta »räknas tillbaka» till tiden för dödsfallet). Vad som därvid kan tänkas bli föremål för ett eventuellt tillbakaräknande är framför allt de särskilda arvingarnas förvärv vid arvskiftet av olika speciella förmögenhetsobjekt. Arvingen skall — nu i efterhand — anses ha förvärvat, vad på hans lott kommit, redan vid arvlåtarens död. Tydligt är, att *om* väl en gång en dylik retroaktivitetsidé accepterats inga direkta begreppsmässiga hinder föreligga att kombinera densamma med de skilda teoretiska systemen beträffande gemenskapens natur före skifte. Praktiskt sett uppstå i alla fallen vissa svårigheter, och det torde knappast vara möjligt att i praktiken fullt ut realisera konsekvenserna av en regel om arvskiftets tillbakaverkande effekt, även om en enhetlig uppfattning om vilka dessa konsekvenser egentligen skulle

vara kunde förutsättas, vilket torde vara tämligen verklighetsfrämmande. I det följande skall emellertid visas, att idén om arvskiftesförvärvens tillbakaverkande effekt dock på sina håll gjort sig gällande i det juridiska tänkandet.

Bakom de allmänna föreställningarna om succession omedelbart vid dödsfallet och väl även bakom den romerskrättsliga idén om den tillbakaverkande effekten hos arvingens tillträde av arvet kan man ju bl. a. spåra en strävan att teoretiskt bevara en full kontinuitet i successionen, en omedelbar förbindelse mellan arvlåtaren och arvingen.[5] Överhuvud är det psykologiskt förklarligt, om kortare ovisshetstillstånd av typen hereditas iacens eller liknande i begreppsbildningen s. a. s. icke fått rang, heder och värdighet av självständiga led i successionskedjan utan blott betraktats som osjälvständiga övergångsstadier.[6] Det torde nu i vanligt föreställningssätt icke saknas vissa anknytningspunkter för en överflyttning av dylika betraktelsesätt även

[5] Jfr ovan s. 23, 33 f. samt Windscheid-Kipp III s. 199: »Wird der Berufene durch den Erwerb der Erbschaft Rechtsnachfolger der Erbschaft oder des Erblassers? Es ist dem römischen Recht unnatürlich erschienen, dass der Erbe die Erbschaft aus der Hand der Erbschaft selbst erwerben sollte, und deswegen erklärt es ihn für den Rechtsnachfolger des Erblassers, und nicht der Erbschaft. Dadurch sah es sich aber genötigt, der Rechtsnachfolge des Erben eine andere zeitliche Beziehung zu geben, als sie in Wirklichkeit hat, und sie auf die Zeit des Todes des Erblassers zurück zu übertragen.» Det tillägges: »Praktische Bedeutung darf dieser lediglich durch die bezeichnete Auffassung hervorgerufenen Rückübertragung nicht beigemessen werden.» Jfr dock Cuq s. 741.

[6] När Ehrenzweig II:2 s. 332 som »eine müssige Spitzfindigkeit» rubricerar frågan, hur i österrikisk rätt tillståndet mellan dödsfallet och Einantwortung skall karakteriseras (man har nämligen diskuterat, om »der ruhende Nachlass» är en juridisk person eller ej o. s. v.), tillägger han: »Es liegt ja im Wesen eines Übergangszustandes zwischen zwei Zuständen A und B, dass er in der Zwischenzeit weder A noch B ist. *Ist der Übergang einmal vollzogen, so kommt die Zwischenzeit in der Regel nicht mehr in Betracht* [kurs. här]; während der Zwischenzeit aber genügt theoretisch die Auskunft, dass wir uns eben in der Zwischenzeit befinden.» Man torde häri kunna konstatera, hur tanken om arvingarna (tagna som enhet) såsom den dödes omedelbara rättsefterföljare antydningsvis lyser fram (till orden »in der Regel» fogar E. följande anm. i not: »Nämlich wenn der ruhende Nachlass den Übergang nur v e r m i t t e l t hat. Anders wenn er eine Sache e r w o r b e n hat: da ist der Erbe freilich Rechtsnachfolger des ruhenden Nachlasses.») Emellertid drar E. icke ut konsekvenserna av dessa antydningar ända fram till en retroaktivitetskonstruktion. Se ovan s. 34 not 1.

på den merendels kortvariga gemenskapen mellan flera arvingar och därmed på den enskilde arvingens begreppsmässiga förhållande till den döde såsom fångesman. Om man tänker på en enskild arvinges förvärv av en viss sak genom arvskiftet, torde det nog för vanligt tänkesätt ofta förefalla egendomligt att på linjen mellan den döde och arvingen räkna med två fång. Minst lika stor resonans finnes säkerligen ofta för tanken, att det föreligger ett enda fång, som har sitt upphov i dödsfallet och definitivt utkristallerar sig i och med skiftet. Den avgörande rättsförändringen tyckes ske med dödsfallet och skiftet blott omformar, s. a. s. konkretiserar och materialiserar, den redan vunna rätten,[7] som även i denna sin förändrade gestalt härledes direkt från arvlåtaren och ej till en del från denne, till en del från medarvingarna.[8] Det torde med andra ord vara en icke ovanlig — ehuru naturligtvis sällan genomreflekterad — tankegång, att om en person fått ett föremål vid arvskifte efter en annan, vars arvinge han varit, och han sålunda, såsom man ju i dagligt tal säger, ärvt föremålet efter denne, han är arvlåtarens omedelbare efterföljare.[9] Men därmed är tanken inne på ett antagande av ett fång för arvingen direkt från arvlåtaren just beträffande föremålet i fråga, och då arvlåtaren icke tyckes kunna äga föremålet efter sin död, kan på denna väg tänkas uppstå en mer eller mindre stark tendens att tänka sig detta fång principiellt äga rum vid dödstillfället (arvfallet). Men detta fordrar antagande av en återverkande effekt hos arvskiftet.

Det har redan av den tidigare skildringen framgått, att de nu berörda tendenserna dock icke kommit till allmänt genombrott i de moderna rättsordningarna utan att ett klart translativt betraktelsesätt har stor utbredning (ehuru detta på vissa håll dragit

---

[7] Jfr Josserands allmänna karakteristik (III s. 682) av skiftet enligt fransk rätt (varom mera nedan i texten): »Il ne déplace, il ne transfère rien; son rôle, d'ordre distributif, consiste à situer, à localiser les droits préexistants, à substituer des choses à des quotités.»

[8] Jfr Josserand III s. 683 (»le titre de l'héritier est un et non pas fragmentaire et divers»).

[9] Jfr Planiol-Ripert IV s. 740: »le bon sens dit que c'est du défunt que l'héritier tient ses droits et, malgré la necessité d'une opération de lotissement commune, c'est bien au fond dans la transmission héréditaire que repose l'origine des attributions individuelles». Jfr även citatet från Tuor i nästa not.

med sig hårdare fiskalisk belastning).[1] Det är dock icke allenarådande. Det mest framträdande undantaget bildar Frankrike, där de förut berörda tendenserna att teoretiskt anknyta den enskilde arvingens definitiva förvärv direkt till arvlåtaren fått en markant och även praktiskt betydelsefull utformning i den redan långt före Code civil framvuxna läran om arvskiftets »effet déclaratif».[2] Denna lära förekommer även i andra, med det franska besläktade rättssystem.[3] Någon anledning att här gå in på dessa finnes emellertid ej. För den doktrinhistoriska typundersökning det här gäller är analysen av den franska åskådningen tillräcklig.

Gemenskapen mellan flera medarvingar före skiftet (l'indivision héréditaire) regleras ytterst knapphändigt i Code civil.[4] Den romerskrättsliga satsen *nomina ipso iure divisa sunt* återfinnes i Code civil art. 1220.[5] Den dödes fordringar (liksom hans skulder) placeras därigenom teoretiskt helt utanför gemenskapen. Den gemenskap, som i övrigt även i princip måste

---

[1] Jfr Tuor s. 777 ang. schweizisk rätt: »Die Miterben erhalten also, im Gegensatze zum Alleinerben, nicht unmittelbar durch den Erbgang die ihnen bestimmten oder durch Teilung zugewiesenen Bestandteile der Erbschaft, sondern nur durch die Gemeinschaft hindurch infolge eines Rechtsgeschäftes mit dieser. Allerdings ergibt sich daraus eine kaum zu rechtfertigende Erschwerung und Belastung des Überganges von Liegenschaften auf einen Miterben, wenn die Kantone nebst einer Erbschaftssteuer auch noch die Handänderungsgebühr erheben (die hier wohl der inneren Begründetheit entbehrt, da ja wirtschaftlich nur ein Vorgang, nur ein Besitzwechsel stattfindet — wozu die Erbengemeinschaft nur rechtlicher Durchgangspunkt ist).» Den translativa konstruktionen av skiftet brukar gärna härledas från romersk rätt, Illch i Zivilges. der Gegenw. I s. 252, Josserand III s. 682, Planiol-Ripert IV s. 737.

[2] Det historiska underlaget för lärans uppkomst synes icke vara fullt klargjort. Jfr Josserand III s. 684, Planiol-Ripert IV s. 737 f., Zivilgesetze der Gegenwart I s. 252, Hallstein, Miterben (i Rvergl HWB) s. 357.

[3] Jfr Hallstein, a. a. s. 357, Brasiliens Codigo civil i Zivilgesetze der Gegenwart III s. 146 (jfr s. 367).

[4] Planiol-Ripert IV s. 572.

[5] »L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu' à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur.» Vissa undantag angivas i art. 1221.

erkännas, bestämmes i lagen icke närmare till sin karaktär.[6] Redan den nyss berörda regeln i art. 1220 vittnar emellertid indirekt om att lagstiftaren icke satt som sitt mål att skapa en fast sammanknuten gemenskap. L'indivision héréditaire anses också i fransk rätt lyda under de allmänna reglerna om copropriété, vilka ha en tämligen individualistisk utformning (»régime de propriété collective modelé sur la propriété individuelle»), i många stycken erinrande om vår samäganderätt.[7] I princip kan därför den enskilde arvingen före skifte förfoga över sina tänkta andelar i de olika objekten (avyttra dem, belasta dem med begränsade sakrätter o. s. v.).[8] Emellertid tillintetgöres till en god del den praktiska verkan härav just genom arvskiftets deklarativa effekt, på sätt strax skall beröras. Erinras bör också om att Code civil art. 2205 helt förbjuder exekution för den enskilde arvingens personliga borgenärers räkning i dennes ideella andel i fast egendom i boet.[9] Yttermera bör nämnas, att praxis visat en benägenhet att i viss mån röra sig bort från den rena samäganderättslinjen; »elle accuse», har det sagts, »une tendance nette vers une notion moins précaire de l'indivision et souligne l'utilité de concevoir la masse indivise comme une universalité distincte, conservant jusqu' au partage accompli une individualité propre qui l'isole des patrimoines personnels de chacun des cohéritiers».[1]

Med arvskiftets deklarativa effekt åsyftas den konstruktion, som

[6] Ett av skälen härtill torde väl just ha varit arvskiftets deklarativa effekt. Jfr Planiol-Ripert IV s. 572: »Le législateur de 1804 voyait dans l'indivision une situation précaire et transitoire, destinée non seulement à cesser à bref délai par l'exercice normal de l'action en partage, mais encore à être effacée dans ses conséquences et son existence même par la théorie de l'effet déclaratif.»

[7] Se närmare Planiol-Ripert III s. 274 ff. Citatet i parentesen från Josserand III s. 684.

[8] Han kan också som en enhet överlåta sin andel i hela boet; jfr Code civil art. 841. — En doktrin, som i detta sammanhang icke kan undersökas, är läran om »l'indivisibilité de la saisine», varom se t. ex. Planiol-Ripert IV nr 200.

[9] Jfr Planiol-Ripert IV s. 766. Regelns förklaring sökes ofta i den nedan berörda deklarativa effekten hos arvsdelningen men går tydligen längre än som av denna grund vore absolut nödvändigt. Jfr Hallstein, Miterben (i Rvergl HWB) s. 357 sp. 2.

[1] Planiol-Ripert IV s. 573.

fastslås av Code civil i art. 883: »Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.»[2] Konstruktionens närmare principiella innebörd är i fransk doktrin delvis omtvistad.[3] Detta är ju ingalunda överraskande. Redan beteckningen »deklarativ effekt» är egendomlig; beteckningen »retroaktiv effekt» är dock ej heller idealisk.[4] Även konstruktionens praktiska innebörd — den är ju i lagen tänkt icke blott som en tilltalande teori utan som en praktisk handlingsregel — skulle, om man blott hade lagtexten att hålla sig till, vara synnerligen oklar. En annan sak är, att så småningom — under livliga kontroverser — genom doktrin och praxis utbildat sig åtminstone vissa tämligen fasta resultat.[5] Regeln är i varje fall dock ett gott belägg på det redan tidigare[6] antydda förhållandet, att en retroaktivitetsregel, betraktad som en teknisk handlingsregel, merendels lider av betydande oklarhet och obestämdhet.[7]

[2] Regeln anses dock icke tvingande utan torde genom uttryckligt avtal kunna sättas ur kraft, Planiol-Ripert IV s. 747.

[3] Mot uppfattningen av det hela som en »fiction légale» (se t. ex. Josserand III s. 684), vilken uppfattning har ett visst formellt stöd i lagens ord (»est censé avoir succédé»), stå andra teorier, som med hjälp av villkorskonstruktioner m. m. söka så mycket som möjligt komma ifrån fiktionsuppfattningen (se Planiol-Ripert IV s. 738 ff., Illch i Zivilgesetze der Gegenwart I s. 252).

[4] En akt, som brukar betraktas som deklarativ (t. ex. en vanlig dom), plägar ju inom rättsteorien fattas såsom icke-konstitutiv: den tänkes endast fastslå ett i princip redan förhandenvarande rättsläge (att en dom rätteligen icke bör fattas som ett dylikt konstaterande är en annan sak). Vid en rent deklarativ akt borde därför varje behov av retroaktivitet saknas; en retroaktivitet innebure något konstitutivt och strede därigenom mot utgångspunkten. Den »deklarativa effekten» enligt art. 883 måste däremot innebära, att först ett tillstånd tänkes existera (l'indivision) och därpå ett faktum inträffar (arvsdelningen), som har förmågan att verka tillbaka, d. v. s. retroaktivt upphäva det föregående tillståndet. Av en anhängare till konstruktionen kunde visserligen invändas, att i förhållande till det tillstånd, som tack vare retroaktiviteten skulle tänkas ha existerat ända sedan dödsfallet inträffade, arvsdelningen vore deklarativ. Detta visar emellertid ytterligare hela tankegångens långt drivna motsägelsefullhet. — Jfr även nedan s. 199 f.

[5] Om utvecklingen i praxis fram till 1904 se Wahl i Le Code civil 1804—1904 s. 443 ff.

[6] Ovan s. 32 med not 1.

[7] Jfr Planiol-Ripert IV s. 738: »Aussi n'y a-t-il pas dans le droit civil français de matière où les conceptions de la doctrine soient plus opposées

Den civilrättsliga huvudinnebörden av regeln i art. 883 har alltid ansetts vara, att rättigheter, som tillkommit under tiden före skiftet, retroaktivt förintas, om rättighetsobjektet vid skiftet tillfaller en annan arvinge än den, som gjort rättighetsupplåtelsen (men i motsatt fall få definitiv karaktär).[8] Den principiella möjligheten av allehanda tidigare förfoganden t. o. m. över andelar i särskilda föremål från de enskilda arvingarnas sida får därför ett starkt reducerat praktiskt värde.[9] Däri ser man också i fransk rätt regelns praktiska funktion: den utgör ett skydd mot menliga konsekvenser av den principiella karaktären hos gemenskapen, under det att själva gemenskapens reglering t. ex. efter tyskt mönster — eller, kunna vi tillägga, efter de linjer, som vår svenska BL representerar — skulle göra regeln obehövlig.[1] Därför kan man också tala om en viss inre motsättning mellan å ena sidan den ovan berörda tendensen i fransk praxis att göra gemenskapen mellan arvingarna fastare och å andra sidan den alltjämt bestående principen i art. 883.[2]

De viktigaste civilrättsliga konsekvenser, som man i fransk

---

et les decisions de la jurisprudence plus incertaines ou contradictoires que celle de l'effet déclaratif.» Jfr även Wahl i Le Code civil 1804—1904 s. 443: »Ce que présentent de très particulier les problèmes relatifs à l'effet déclaratif du partage, c'est que, posés pour la première fois plusieurs siècles avant le Code civil, tranchés d'une manière qu'on on aurait pu croire irrevocable par les Parlements, ils ont cependant, en face d'un texte qui prétendait condenser l'expression de l'ancienne jurisprudence, — l'art. 883 du Code civil, — été agités de nouveau dès la promulgation du Code, suscité des conflits extrèmement vifs dans la doctrine et dans la jurisprudence, et provoqué des changements ininterrompus dans les directions suivies par cette dernière.» Det bör dock tilläggas, att Wahl synes anse frågan om principens konsekvenser i egentlig mening mindre omtvistad än övriga frågor, som han behandlar (dess tillämpningsområde m. m.). Se a. a. s. 512—514. Han tar emellertid då »conséquences» i en mycket inskränkt mening.

[8] Josserand III s. 685. Dessutom har den sedan gammalt använts för att motivera, att man icke i fiskaliskt hänseende behandlade skiftet som ett nytt, skattepliktigt fång (stundom — om med rätta eller ej må lämnas därhän — har principens historiska rot sökts i dylika fiskaliska förhållanden, se hänvisningarna ovan s. 48 not 2). Emellertid är i varje fall numera principens fiskaliska tillämpning mera begränsad än dess civilrättsliga. Jfr Planiol-Ripert IV s. 768 ff., Josserand III s. 687 f.

[9] Jfr Illch i Zivilgesetze der Gegenwart I till art. 815.

[1] Josserand III s. 683 f.

[2] Detta påpekas också hos Planiol-Ripert IV s. 741.

rätt härleder ur principen om arvskiftets »effet déclaratif», torde närmare bestämt vara följande.[3] Varje förfogande av en enskild arvinge före skiftet över något objekt i kvarlåtenskapen eller över hans andel i dylikt objekt (överlåtelser och upplåtelser av alla slag av »droits réels») och vissa på annat sätt tillkomna rättsförhållanden, hänförande sig till en viss arvinge, förlora retroaktivt sin giltighet, om objektet icke vid delningen tillfaller just denne arvinge (försåvitt icke någon speciell regel till tredje mans skydd i det särskilda fallet ingriper, t. ex. vid avyttring av lös sak art. 2279). Detta har sin största praktiska betydelse för alla slag av »hypotèques», speciella eller generella, konventionella, legala eller judiciella.[4] Vidare anses beträffande skiftet icke den tysta lex commissoria enligt Code civil art. 1184 gälla. I fråga om fastighet erfordras icke på grund av skiftet någon överföring i inskrivningsurkunderna (transcription) på den nye ägaren (vilket i doktrinen medges vara en praktisk olägenhet). Ytterligare anses skiftet aldrig kunna fungera som justus titulus i och för en »usucapion».[5] Ömsesidigt hemulsansvar för medarvingarna beträffande de skiftade föremålen består emellertid, trots principen i art. 883, på grund av uttrycklig regel i art. 884, men detta ansvar härleder man teoretiskt icke från någon ens

---

[3] Effekten i fråga anses knuten icke blott till partage en nature utan även till vissa andra förfaranden, varom se Planiol-Ripert IV s. 743 ff., Josserand III s. 692 f.

[4] Planiol-Ripert IV s. 764. Undantag dock beträffande »hypotèque maritime» enligt specialbestämmelse, a. a. s. 766, Josserand III s. 686.

Det diskuterades tidigare, om ett hypotek blev fullt giltigt, om det tillskapades genom samtliga medarvingarna tillhopa och ej blott någon eller några av dem. Cour de cassation drog i ett avgörande 1909 den ytterliggående slutsatsen ur skiftets »effet déclaratif», att ett dylikt hypotek icke hade full verkan. Detta föranledde emellertid lagstiftaren att inskrida och genom ett tillägg till art. 2125 av år 1910 förklara ett dylikt hypotek giltigt, Planiol-Ripert IV s. 764 ff.

[5] Om det sagda se Josserand III s. 685 ff., Planiol-Ripert IV s. 763 ff., Hallstein, Miterben (i Rvergl HWB) s. 357 f., Illch i Zivilgesetze der Gegenwart I till art. 883.

I en annan fråga, nämligen om till grund för den ekonomiska uppgörelsen mellan arvingarna skola läggas värdena vid dödsfallet eller vid skiftet, bör man i varje fall enligt Planiol-Ripert IV s. 631 icke tillmäta den deklarativa effekten någon betydelse utan låta skiftestidpunkten vara avgörande.

partiell translativ karaktär hos skiftet utan från den allmänna grundsatsen om arvingarnas likställighet (förlusten vid en vindikation bör drabba alla lika).[6] Den principiellt intressanta frågan om förhållandet beträffande fordringar i boet mellan art. 883 och den ovan berörda art. 1220, enligt vilken fordringarna ipso iure äro uppdelade, skall icke här undersökas.[7]

Om — i överensstämmelse med en konsekvent utveckling av de idéer, som antydas i fransk rätts formellt-teoretiska struktur — omedelbart vid dödsfallet anses uppstå en gemenskap av samäganderättstyp men detta system kombineras med idén om arvskiftets deklarativa eller retroaktiva effekt, får man tydligen dubbla, varandra korsande tankegångar — enligt tidigare använd terminologi en »egentlig» och en »oegentlig» — om succession i konkreta tillgångar för de särskilda arvingarna vid arvfallet: först anses andelsförvärv i de särskilda föremålen ske, men sedermera utplånas dessa förvärv genom att arvskiftesförvärven teoretiskt hänföras till tiden för arvlåtarens död, varigenom en succession till konkreta tillgångar för den enskilde arvingen i ny mening enligt teorien skall anses ha skett vid dödsfallet.

Tänkes läran om arvskiftets retroaktiva verkan kombinerad med andra gemenskapstyper än samäganderättstypen, uppstår naturligtvis icke just *den* korsning av tankegångar, som nyss antyddes. En kombination exempelvis med typen »egendomsgemenskap» (Gesamthand-typen) skulle medföra, att ett till dödsfallet daterat fång för den enskilde arvingen till konkreta objekt kunde framkonstrueras *endast* via arvskiftets retroaktivitet, alltså enbart i »oegentlig» mening. Emellertid vore man uppenbarligen därför icke befriad från egendomliga tankemotsättningar. Över huvud är det ju så, att ju längre retroaktivitetskonstruktionens konsekvenser drivas, desto mera förlorar frågan om den före skifte bestående gemenskapens karaktär sin mening; dreves konstruktionen till sin spets, skulle ju alla rättsliga

---

[6] Planiol-Ripert IV s. 773 f.: garantin enligt art. 884 »se justifie cependant, quoique les copartageants ne soient pas ayants cause les uns des autres, par le principe supérieur et nécessaire du maintien de l'égalité dans les partages». Jfr Josserand III s. 703 (som dock anser, att garantin strider mot principen i art. 883 och att art. 884 därför innebär, att lagstiftaren för likställighetens skull gjort våld på logiken).

[7] Jfr härom Planiol-Ripert IV s. 754 ff.

dispositioner mellan dödsfallet och skiftet genom detsamma retroaktivt mista sin effekt. Konstruktionen, som är orimlig som beskrivning på ett reellt skeende och lika ohållbar som motivering för vissa regler, de må vara vilka som helst, och som därför kunde vara försvarbar endast såsom ett sätt att uttrycka vissa handlingsregler, erbjuder tydligen även ur denna synvinkel uppenbara svagheter, i det att den framstår som ett tekniskt onöjaktigt uttrycksmedel. Att någon skulle vilja driva den så till sin spets, som nyss antyddes, är otänkbart; men skulle man med »konsekvenserna» stanna på halva vägen, var ginge då gränsen?

KAP. II.

Några drag ur nyare svensk successionsrättslig utveckling.

Den kartläggning, som i det föregående skett av vissa delar av successionsteoriernas komplicerade formationer, har lämnat påtagliga belägg för den rättsideologiska mångtydbarheten och och den praktiskt-juridiska oklarheten i en rad successionsteoretiska tankegångar och slagord. För denna undersökning är det av särskild vikt att konstatera, att tanken om »succession vid dödsfallet» i denna sin allmänna form har en allt annat än fix innebörd. Mot bakgrunden av utredningen i föregående kapitel blir det emellertid möjligare att få grepp om nämnda tankes uppträdande inom svensk successionsrätt liksom om uppfattningarna hos oss rörande gemenskapen mellan flera arvingar före skifte o. s. v. Därmed vare dock icke sagt, att det är lätt att vinna klarhet rörande utvecklingen i svensk rätt i nyss antydda hänseenden. Materialet till en teckning av denna utveckling är ur många synpunkter knappt. En teoretisk genomarbetning av de successionsrättsliga problemen har i Sverige aldrig skett på samma intensiva sätt som i ledande utländska rättssystem, och själva begreppsbildningen har därför i svensk juridik fått en mera diffus prägel. Vi ha emellertid redan sett, att teoretiska konstruktioner icke helt saknats. Vissa svårigheter göra sig naturligtvis gällande, om man söker uppspåra förbindelselinjerna från senare tiders teorier bakåt till äldre åskådningar; dels kommer man till stadier av ännu mindre pregnant begreppsbildning, dels riskerar man också feltolkningar genom att terminologiens innebörd varit en annan än senare. Även när det gäller att utreda, hur den faktiska rättstillämpningen varit beskaffad, uppstå svårigheter på åtskilliga punkter att utan ingående specialundersökningar, som skulle falla utanför detta arbetes ram, ange säkra detaljresultat.

Ett försök skall i det följande göras att peka på huvuddragen av den utveckling, som ägt rum i svensk rätt sedan 1700-talet beträffande uppfattningen av sättet för arvingars succession i kvarlåtenskapen, gemenskapen mellan flera medarvingar samt arvskiftets natur. Till följd av nyss berörda omständigheter är det omöjligt att framlägga en fullständig, definitiv och i detalj belagd skildring. Så pass många förhållanden torde dock kunna framdragas, att man får en fullständigare allmän bild än tidigare av utvecklingen i antydda hänseenden fram till BL, varigenom vissa sidor av denna utveckling framträda i en delvis ny belysning.

§ 1.

Den allmänna uppfattningen rörande successionens sätt att fungera.

Söker man fastställa den allmänna åskådning angående successionens sätt att fungera, som varit den i svenskt rättsliv rådande, och utgår man därvid från situationen vid tiden för tillkomsten av 1734 års lag, får man naturligtvis icke utan vidare förutsätta, att någon klart fattad och teoretiskt utmejslad, i rättslivet allmänt spridd åskådning har funnits. Man får snarare räkna med att 1700-talets jurister icke ställde frågorna i den konstruktivt tillspetsade form, som de stundom senare fått. Med denna allmänna reservation i minnet kan man säga, att man redan då byggde på ett slags ipso-iure-princip. Redan i NEHRMANS Inledning till den svenska jurisprudentiam civilem av 1729 heter det:[8] »Så snart den, efter vilken arvet faller, med döden avgår: får arvingen rätt till arvet, så att den rätt, som den döda haft, continueras uti arvingen.» 1734 års lag uppställde i likhet med äldre rätt icke något krav på tillträde i romerskrättslig mening från arvingarnas sida, och stadgandena i ÄB vila tydligt på principen, att så snart en arvinge om än aldrig så kort tid överlevat arvlåtaren ett arvfall har ägt rum, varför arvet går vidare till arvlåtarens arvingar.[9] Dessa båda

[8] S. 380 f.

[9] Se ÄB 4: 1—3, 5: 1. I sistnämnda § förekommer uttrycket, att arv »faller», en term som redan under förarbetena och ofta senare (se t. ex. Solander, Str. besv. lagfr. s. 11, 12) användes som ett slags teknisk term (uttrycket

omständigheter[10] lägga ju s. a. s. förutsättningarna till rätta för en ipso-iure-teori.[11] I NEHRMANS föreläsningar över ÄB (1752) heter det också, att man bör påminna sig, »att ingen aditio hereditatis fordras efter Sveriges lag; så att när någon dör, är kvarlåtenskapen genast arvingarnas egendom, jämväl innan de frånvarande själva veta, att deras frände döder är; fast var sedan, genom lott och skifte, får sin del».[12]

I de anförda uttalandena, som med all säkerhet kunna betraktas som representativa för tidens åskådning,[13] framträder en uppfattning, som — ehuru den väl ej får betraktas såsom alltför

har i detta avseende bibehållit sig mera i dansk-norsk rätt än i svensk, jfr Knoph s. 279, Platou s. 297 ff., Bentzon s. 269). De olika tidigare ärvdabalksförslagen vila på samma principer som den färdiga lagen. De i Sjögrens edition av förarbetena publicerade protokollen och utlåtandena ha genomgåtts men innehålla intet av större intresse i detta sammanhang.

[10] Man kunde måhända vara frestad att i detta sammanhang även åberopa, att lagen i JB 1:1 nämner arv bland de laga fången, men detta säger i och för sig ej mera än ungefär vad Boëthius i manuskript till föreläsningar från 1820-talet (ms. B 176 b nr 3 s. 248, Upps. univ. bibl.) återger med orden: »då lagen uppräknar arv ibland laga fång så menas därmed att då jag genom bouppteckning och arvskifte som lagligen blivit förrättade kan visa mig hava erhållit en egendom så anser lagen mig även såsom rätter ägare eller verus dominus och jag kan i avseende på en sådan egendom företaga alla de actus som åtfölja dominium allt efter den särskilta beskaffenheten av den ärvde egendomen».

[11] Preskriptionsreglerna i ÄB kap. 15 få naturligtvis ej betraktas som ett däremot stridande förhållande.

[12] S. 70 f. Jfr även ib. s. 134, där han i en viss fråga avvisar Carpzovs argument »hereditas non habet certum dominum» och betonar, att »alle arvingarne äro ägare där till, som förr sagt är». Jfr vidare Nehrman, Jurispr. civ. (1746) s. 136, anm. till pag. 390 § 17.

[13] Möjligen kunna orden hos König II (1745) s. 119 tolkas i samma riktning som Nehrman. Jfr även Funck, Genväg till kunskap och utövning av svensk lagfarenhet (1761—62) s. 133: »Vid arv är i övrigt noga att akta, det man väl efterspörjer, vem av arvingarna levat vid den avlidnes dödsstund, ty vid samma tid, som den döde avlidit, i samma stund äro de, som lagligen äro hans arvingar, berättigade till allt det i ljuvt och lett, som den döde sig efterlämnat. Härigenom kan det hända, att en moder, vars enda barn haft andedräkt efter faderns död, kan utesluta alla mannens arvingar» etc. I övrigt är 1700-talsdoktrinen föga upplysande. Uttrycket »le vif saisit le mort» (sic) möter hos Solander, Strödda besvarade lagfrågor s. 38, men fattas där av S. som en utsaga om barns istadarätt efter föräldrar. S. använder formen »le mort saisit le vif» i diss. De transmissione hereditatis (1769) s. 7 men på ett speciellt sätt, som saknar intresse här.

intensivt teoretiskt genomtänkt — synes ha räknat med en succession omedelbart vid dödsfallet av en typ, som i huvudsak överensstämmer med den, som kommer till uttryck i ipso-iure-principen, sådan den enligt framställningen i föregående kapitel vanligen brukar tolkas. Däri ligger då, att man torde ha tänkt sig att arvingarna genast i och med dödsfallet blevo de omedelbara (direkta) ägarna till kvarlåtenskapen. Inga belägg finnas nämligen för att man vid denna tid skulle ha föreställt sig vare sig en ensam arvinges eller ens flera medarvingars förvärv såsom till en början indirekt, förmedlat av dödsboet som ett särskilt bildat, i relation till arvingarna själva som rättspersoner för tanken fristående rättssubjekt. Detta gäller även för den fortsatta utvecklingen och är i själva verket klart redan av den grund, att en sådan konstruktion till hela sin typ är främmande för tidens kynne långt in på 1800-talet och utformad efter en senare tids föreställningar om juridiska personer.[14]

---

[14] I sin diskussion, om enligt svensk rätt (sådan den var före BL) dödsbo borde betraktas som juridisk person, åberopar Kallenberg, som ju förnekar en dylik karaktär hos dödsboet, bl. a. (Sv. civilprocessrätt bd I s. 535), att det i RB icke saknas uttalanden, som tydligt skulle ge vid handen, att lagstiftaren utan undantag betraktat arvingarna såsom parter efter arvlåtarens frånfälle. Han hänvisar särskilt till RB 11:8 i dess ursprungliga lydelse: »Nu sökas död mans arvingar i oskift bo; gånge då en stämning å alla arvingarna tillsammans, och ej å vardera särskilt: Och vare den skyldig, som i boet sitter, evad han är arvinge eller syssloman, att samma stämning anamma, och sedan låta var arvinge en trovärdig avskrift få, och njuten de stämningstid efter den ort, där den vistas, som är längst borto. Är bo skift; då äger var arvinge särskilt stämmas.» Emellertid är det omöjligt att av dylika uttalanden i och för sig draga några bestämda slutsatser. Man kan i varje fall icke däri se ett medvetet avvisande av en rättssubjektskonstruktion beträffande boet, detta med hänsyn både till hela arten av 1734 års lags avfattning och till tidens allmänna föreställningar om juridiska personer. Möjligen kan man säga, att en viss sannolikhet talar för att lagstiftaren skulle ha valt en något annan formulering, om han hyllat idén om dödsboet som ett särskilt juridiskt-tekniskt rättssubjekt, men det avgörande skälet mot att lagstiftaren haft en dylik tanke ligger icke häri utan i tidens allmänna åskådning. — Lagens formulering utesluter icke möjligheten, att man betraktat dödsbo som juridisk person i *dåtida* mening. Kunde man fråga en 1700-talsjurist, skulle han måhända svara, att arvingarna tillsammans just utgjorde en persona moralis men att detta ingalunda hindrade, att arvingarna personligen voro parter, och att RB 11:8 icke strede mot utan snarare bestyrkte det förhållandet, att

Det kan visserligen synas, som om det nyss sagda angående arvingarnas förvärv icke vore riktigt åtminstone med avseende å det juridiska tänkandet under slutet av 1700-talet och förra hälften av 1800-talet, så snart fråga är om fall med flera sterbhusdelägare (bland vilka man får inräkna även efterlevande make). Man påträffar nämligen i litteraturen en rad i senare tid föga observerade uttalanden om dödsbo såsom juridisk (»moralisk») person. Det blir emellertid ganska snart tydligt, att de åsyftade uttalandena, som bilda en naturligt sammanhörande grupp, icke utgöra belägg för en sådan konstruktion som den ovan antydda, enär de bygga på äldre tankegångar om juridiska personers natur och därigenom få en helt annan innebörd. I själva verket strida de icke mot en ipso-iure-teori av väsentligen samma innebörd som den, vilken ovan spårats hos NEHRMAN.

I äldre svenskt juridiskt tänkande finner man icke samma skarpa motsättning som i senare tiders juridik mellan de enskilda medlemmarna av en grupp såsom själva i egna personer rättsinnehavare resp. förpliktade och gruppen i egenskap av juridisk person såsom subjekt för rättigheter och skyldigheter.[1] Tanken

arvingarna bildade en persona moralis, d. v. s., ehuru flera, betraktades under en endas villkor. Hos König II s. 121, där RB 11:8 beröres, heter det blott helt kort: »Som av oskifto gäld bör gäldas, så bör borgenär tilltala samtliga arvingarne; men stämningen ställes på alla.» Ib. s. 316 tillägger han som motiv, att »arvingar av odelt bo leva i en gemenskap, och de, som äro i gemenskap, liknas vid bolag». Jfr till det sagda framställningen nedan i texten samt s. 77 f. not 9. Jfr om arvingars processuella gemenskap även KM:ts utslag 20 mars 1745 (Jusleen I s. 145) »uppå avlidna N:s arvingars, A, B, C och D däröver anförda besvär, att Svea HovR vägrat att utgiva handlingarna uti saken emot E, för det en av dessa arvingar F icke skall fullgjort HovR:ns dom», där det heter: »och alldenstund HovR:n uti dess dom icke pålagt N:s arvingar, att alle för en och en för alle vara ansvarige för den däruti ådömda summan, och förenämnda fyra sig besvärande arvingar, som fullgjort vad efter domen på deras andelar belöper, icke bör vara deras revisions sökande förlustiga om den femte för sin del däruti brustit» etc.

[1] För nyare doktrin brukar det ju te sig självfallet att räkna med två principiellt skilda rättssfärer. Jfr Undén, Sakrätt I s. 237: »Det förekommer sålunda olika typer av samfälld äganderätt. Bland dessa kunna emellertid i detta sammanhang [vid behandlingen av 1904 års lag om samäganderätt] avskiljas alla de rättsförhållanden, som låta sig inordnas under kategorien *juridiska personer*. Denna konstruktion — som för övrigt är av det största

om den juridiska personens egen, från delägarnas i princip skilda rättssfär hade ännu icke på allvar slagit igenom.[2] Man gav också sitt tämligen obestämda begrepp juridisk eller moralisk person en mycket vidsträckt räckvidd.[3] Att OLOF RABENIUS, som med sina korta antydningar i Primae iurisprudentiae communis suecanae lineae (1760 ff.) §§ 175 ff. lade grunden till uppfattningen om juridiska personer inom doktrinen långt in på 1800-talet,[4] icke arbetar med en senare tids begrepp juridisk person visar hans val av exempel, när han skall förklara de olika slagen av personae compositae privatae (sådana uppkommo enligt R. antingen iubente vel adprobante summo magistratu eller fictione legis eller consensu privatorum). Som exempel på dylika tillkomna fictione legis nämner han situationen vid istadarätt (»exemplum est in persona repraesentante et repraesentata, ubi de iure hereditario agitur»). Exempel på personae compositae privatae tillkomna consensu privatorum är ej blott societas utan även matrimonium och t. o. m. otillåtna conventiculae religiosae.[5] Hans begrepp persona composita (han återger det i annat sammanhang med persona iuridica vel moralis) är sålunda mycket allmänt och obestämt.[6] KARL OLIVECRONA, som påpekar, att för RABENIUS icke existerade den motsättning mellan juridisk person och societas, som senare vanligen antagits,[7] särskilt inom tysk doktrin, anger, att motsättningen i stället skulle ha stått mellan persona composita och samäganderätt (communio positiva).[8] Det synes emellertid förhålla sig så, att RABENIUS icke ens utesluter samäganderätten från sitt begrepp persona com-

---

värde ur juridisk-teknisk synpunkt — innebär, att samfälligheten som sådan karaktäriseras såsom ett självständigt rättssubjekt, vilket äganderätten tillkommer. Här blir alltså ej fråga om gemensam äganderätt för delägarna eller medlemmarna i samfälligheten.»

[2] Se t. ex. Olivecrona, Studier över begreppet juridisk person s. 112 f. Jfr motiveringen för handelsbolagsmäns solidariska ansvar hos König II s. 212 nr 16; se vidare framställningen nedan.

[3] Jfr för utländsk doktrin Buchda s. 31, 146.

[4] Olivecrona, a. a. s. 110 f. samt nedan i texten.

[5] Rabenius, a. a. §§ 179, 180.

[6] Om terminologien hos Rabenius jfr nedan not 9.

[7] Jfr Montgomery, Bolagskontraktet s. 91 (själv står M. dock kritisk däremot).

[8] Olivecrona, a. a. s. 111 med hänvisning till Rabenius, a. a. § 235.

posita.[9] Därvid får emellertid ihågkommas, att dåtidens communio positiva eller condominium var ett vidsträcktare, mindre fixerat begrepp än det moderna svenska begreppet samäganderätt, om än communio positiva måste ha omfattat även former, som närmast motsvara samäganderätt i nutida mening; ett klart teoretiskt utskiljande av sådana former från andra gemenskapstyper hade emellertid ännu icke skett och skulle icke på länge ske i svensk doktrin.[1]

Mot denna bakgrund har man att se de nyss åsyftade uttalandena om dödsbo, som för övrigt äro oklara och icke närmare utförda. Det första av dem härrör från TENGWALL, som i Tvistemålslagfarenheten (1794) säger: »Persona moralis [är] flere enskilda en för alla och alla för en under en endas villkor, d. ä. rättigheter, förmåner och skyldigheter betraktade, t. ex. stånd, samhällen, skrå: bolag, byelag, arvingar i oskift bo.»[2] BRING, som i Grunderna till svenska civillagfarenheten (1817) nära ansluter sig till RABENIUS' schema,[3] anför såsom exempel på privata

---

[9] Rabenius, a. a. § 235: »Plures homines, unam personam iuridicam vel moralem repraesentare possunt, § 175. Quando vero pluribus coniunctim in re indivisa pro rata dominium competit, *communio positiva* vocatur, ubi de condominis simul sumtis valet, quod de domino, qui in hoc casu persona moralis, est, supra dictum.» Det sista kan, trots det egendomliga kommat före est, icke betyda annat än »communio positiva, i vilket fall beträffande samägarna tillsammantagna gäller, vad ovan sagts om ägaren [han har strax förut talat om en ägares allmänna ställning och befogenheter], vilken i detta fall är en persona moralis [el. är den moraliska personen]». — Nehrman, Inledning s. 229, antyder en skillnad mellan communio positiva och societas, vilket emellertid tydligen icke behöver visa en annan uppfattning än den Rabenius sedermera hade. — Med det sagda har icke förnekats, att andra inom samtida doktrin (om man inbegriper den utländska) kunna ha skilt mellan persona composita och communio positiva; i tysk doktrin hade differentieringen av olika gemenskapstyper drivits mycket längre än hos oss (jfr Buchda, passim).

[1] Jfr Heikonen II s. 225. Att svensk doktrin därvid stod långt efter den tyska doktrinen med dess ingående analyser och distinktioner är ofrånkomligt (se föregående not in fine).

[2] A. a. s. 25. Tengwall har säkerligen haft i huvudsak samma uppfattning om juridiska personer som Rabenius. Jfr Olivecrona, a. a. s. 111 not 6. Jfr även Tengwall, a. a. s. 95, Montgomery, Bolagskontraktet s. 97 f.

[3] Bring, a. a. s. 67 ff. Jfr Olivecrona, a. a. s. 111 not 1. Bring opponerar dock mot att Rabenius betraktar även hemliga och olagliga sammankomster eller sammanslutningar som juridiska personer. — Före Bring hade Calonius

juridiska personer, som uppkomma genom »lagens fiktion», dels såsom RABENIUS förhållandet vid istadarätt (»en eller flera representanter, och den som representeras vid arvsrätt 2: 2—3: 2 ÄB»), vilket ju på ett klart sätt visar, att man icke får lägga in för mycket i hans begrepp juridisk person, dels även sterbhus. I RABENIUS' och BRINGS fotspår går HOLMBERGSON, när han i Jurisprudentia civilis communis (i Juridiska skrifter, efter förf:s död utg. 1845) yttrar: »Genom lagens fiktion betraktas tvenne eller flera personer såsom en; t. ex. ett sterbhus, flera arvingar, som representera en enda» (fortfarande åsyftas tydligen istadarätten, ehuru H. synes betrakta fallet ur en något annan synvinkel än föregångarna).[4] Liknande yttranden återfinnas i manuskript till föreläsningar av BOËTHIUS från 1820-talet.[5]

---

i sina — dock först i våra dagar tryckta — Praelectiones in iurisprudentiam civilem byggt på Rabenius. Se Calonius, a. a. s. 106 f. (jfr även s. 253 ff.). Bland personae compositae privatae, uppkomna fictione legis, anför C. även »persona repraesentans et repraesentata ubi de iure hereditario agitur» samt dessutom »creditores ad bona cessa concurrentes» men icke sterbhus.

[4] Jurispr. civ. comm. s. 13. Beträffande istadarätten tänker H. tydligen på den enhet, som flera arvingar bilda, vilka gemensamt träll i stället för avliden ascendent, medan för Rabenius, Calonius (se föreg. not) och Bring (liksom för Boëthius, se nästa not) den dominerande tanken synes ha varit enheten mellan den eller de representerande och den avlidne, som de trätt i stället för (märk den dåtida skillnaden mellan successiva och liktidiga — ävensom »blandade» — juridiska personer, utvecklad t. ex. av Bring s. 68 och av Boëthius i den i nästa not åberopade framställningen i B 176 b nr 3 s. 38).

[5] Se B 176 b, föreläsningsserien nr 3 s. 38 ff., där hans vidsträckta begrepp juridisk person framträder. Beträffande privata juridiska personer, återfinner man även här (s. 39) Rabenius' tredelning. Om sådana, som härröra från lagens fiktion, säger han: »Härmed förstås de händelser då lagen betraktar flera fysiska personer, vilka icke genom någon den offentliga maktens sanktion ej heller genom en därpå riktad enskild överenskommelse äro associerade, under synpunkten av en enda. Så utgöra t. ex. i lagens ögon de särskilda delägarna uti ett sterbhus såsom en enda, så även t. ex. i frågor om arv där representationsrätt äger rum, [då] den representerande [anses] för en och samma person med den som representeras». Anmärkas bör, att fallet istadarätt, sådant det här fattats, icke synes gå väl ihop med den av B. själv strax efteråt (s. 40) betonade tanken, att juridiska personer just såsom personer kunna äga rättigheter, ingå förbindelser, fö.etaga juridiska handlingar o. s. v. Det är väl just renodlandet av denna senare, i den äldre doktrinen visserligen förefintliga men icke till sina konsekvenser till fullo utnyttjade tanke, som leder över i den senare doktrinens

Det torde av det sagda vara tydligt, att betecknandet av sterbhuset som juridisk (moralisk) person i dessa fall ingalunda kan anses bevisa, att man tänkt sig kvarlåtenskapen först tillfalla sterbhuset såsom ett från arvingarna principiellt fristående rättssubjekt, så att dessas förvärv till en början blott kunde sägas vara indirekt. En sådan teori vore med hänsyn till det allmänna läget inom dåtida juridisk spekulation knappast tänkbar hos de nämnda författarna. Ehuru något närmare utförande av deras tankegångar icke föreligger, är den naturliga tolkningen utifrån

---

mera inskränkta och juridiskt-tekniskt preciserade begrepp juridisk person. Att nämnda tanke icke för den äldre uppfattningen av juridiska personer var den avgörande lyser ytterligare fram t. ex. i följande uttalande av Boëthius om bolagsmäns ställning vid upplösning av bolag enl. 15 kap. HB (B 176 c nr 10 ark 17—18): »Ingen uppteckningsförmån eller urarvagörelse kan för dem äga rum [ehuru bolagets upplösning kan jämföras med en persons död] emedan de äro samma personer som endast kollektivt varit betraktade såsom en persona moralis men vilka därför ock naturligen måste vara ansvariga för vad denna persona moralis gör. Icke heller kan ett sådant bolag cedera bonis på annat sätt, än att de enskilda ledamöterna uppgiva all deras egendom till borgenärerna, utan här gäller den regeln att tage var sin del så i lett som ljuvt.» (Överensstämmande B 176 b nr 4 ad HB 15:8.) B. går i sistnämnda avseende tydligen längre i förnekande av gemenskapens självständighet beträffande bolag än beträffande dödsbo, då han ju icke gärna kan ha bestritt möjligheten att avträda den dödes egendom till urarvakonkurs.

I B 176 b nr 5 ark 51 kommenterar Boëthius det ovan s. 58 not 14 berörda stadgandet i RB 11:8. Han förklarar där, att så länge kvarlåtenskapen icke är skiftad arvingarna utgöra ett bolag, vars forum domicilii är den domstol, varunder den döde i livstiden lytt (stället är egendomligt ur den synpunkten, att det vanliga även hos B. synes ha varit att använda beteckningen bolag först efter avtal om sammanlevnad i bo oskifto; jfr dock König ovan s. 58 not 14). Han synes emellertid icke därav draga den slutsatsen, att stämningen principiellt riktar sig mot bolaget som en fristående juridisk person. Han icke blott betonar, att den som vill stämma måste göra sig underrättad om vilka alla arvingarna äro och var de vistas (detta beror väl närmast på stadgandets regel om stämningstidens beräkning men kan också tänkas sammanhänga med att han ansett det principiellt riktigt, att de alla nämnas i stämningen), utan framhåller även, att om käranden ej litar på dens redlighet och skyndsamhet, som sitter i boet, det står käranden öppet att själv besörja om arvingarnas speciella kommunicerande (om den, som sitter i boet, ej fullgör sin i stadgandet uttalade skyldighet att delge de andra delägarna stämningen, blir detta tydligen enligt B. till kärandens processuella nackdel, d. v. s. B. söker icke konstruera fram en behörig delgivning med sterbhuset såsom sådant).

de givna förutsättningarna i stället den, att man tänkt arvingarna såsom personligen direkta rättsägare men att arvingarna just i denna sin egenskap i en mängd hänseenden framträdde såsom en enhet, vilken under åberopande av en legal fiktion kunde betecknas som en persona moralis. Om deras föreställningar om tidpunkten för arvingarnas förvärv ha icke direkta vittnesbörd anträffats, men med hänsyn till lagens hållning och NEHRMANS förut berörda uppfattning och avsaknaden av indicier i motsatt riktning[6] talar all sannolikhet för att man övervägande alltjämt ansett arvingarnas rätt inträda ipso iure med dödsfallet.[7] Ett belägg för sistnämnda uppfattning ur 1840-talets rättspraxis ha vi i *SJA XIV s. 490,* och andra rättsfall peka i samma riktning.[8]

När sedermera SCHREVELIUS — ävenledes utan mera ingående

---

[6] Det enda, som skulle kunna åberopas i detta avseende, är vissa uttalanden i Boëthius' föreläsningsmanuskript, B 176 b nr 3 s. 106 ff. Han ger där en framställning av svensk successionsrätt, som i åtskilliga punkter åtminstone formellt är påverkad av romerskrättsliga begrepp om aditio och repudiatio hereditatis, universalsuccession m. m. Emellertid gör han knappast något klart sakligt avståndstagande från ipso-iure-principen, och hela framställningen är teoretiskt ganska oklar och torde icke såsom en ensamstående företeelse kunna tillmätas någon egentlig betydelse. Ofta ställde man nog helt enkelt, som förut antytts, icke den teoretiska frågan om tidpunkten för successionen, åtminstone icke i mera tillspetsad form, och markerade därför icke mera skarpt någon motsättning i förhållande till romersk rätt. Se t. ex. Solander, De cretione hereditatis (1781). Calonius diskuterar i sina Praelectiones icke tidpunkten för successionen. Han refererar romarnas åtskillnad mellan heredes necessarii och voluntarii (extranei) och tillfogar (s. 572): »Has subtilitates ius nostrum ignorat. Apud nos nemo est heres defuncti necessarius. Permiserunt iura uniuscuiusque arbitrio an adquirere hereditatem an omittere illam velit.» Genomgående synes han räkna med att antingen ett tillträde eller ett avträdande äger rum, men härvid får »tillträde» en helt annan betydelse än enligt den i föreg. kap. skildrade aditionsprincipen. Se vidare t. ex. ib. s. 583.

[7] Jfr även nedan s. 70 om lagkommittén.

[8] Man drog i SJA XIV s. 490 slutsatser ur principen om den omedelbara successionen beträffande avkastningen av egendom i kvarlåtenskapen (jfr i detta avseende även SJA XIX s. 268, XXII s. 35, XXVI s. 363). — Se också SJA X s. 155: i sin av HD fastställda dom (av 1836) fann väl HovR:n, att, på sätt svarandena i vadeinlagan anmärkt, arvingars rätt till avliden persons kvarlåtenskap inträdde vid hans död, som ärvas skulle; men som etc. (jfr vidare om detta fall nedan s. 102). Jfr tillika SJA XII s. 282 (särskilt ass. Quiding), XIII: 469, XIX: 288 (HD:s dom), XXI: 336, XXVII s. 271. Att icke antalet belysande rättsfall är så stort hänger naturligtvis

diskussion — dels ger ett klart uttryck åt ipso-iure-principen beträffande successionen och dels i annat sammanhang avvisar beteckningen juridisk person för ett sterbhus, torde detta därför icke tyda på att någon förändring ägt rum i successionsuppfattningen utan förklaras till fullo genom att SCHREVELIUS bygger på en annan teori om juridiska personer, vilken väsentligt inskränker och samtidigt något mera preciserar sagda begrepp.[9] I förra avseendet heter det hos SCHREVELIUS: »arvingen blir ipso iure ägare, så att äganderätten i samma ögonblick, som arvlämnaren dör, går över från honom till arvingen, ehuru denne sedan, om han så finner för gott, kan, inom i lagen föreskriven tid, åter avsäga sig arvet, eller, såsom det vanligen heter, göra sig urarva».[1] I annat sammanhang inrycker han i själva definitionen på arv, att kvarlåtenskapen »genom själva lagens föreskrift går över till en eller flera andra personer», vilket han utlägger så: »Då definitionen säger, att den dödes kvarlåtenskap genom själva lagens föreskrift *(ipso iure)* går över på en eller flera andra personer, så är meningen därmed även den, att så snart en person är död, går *genast* kvarlåtenskapen över på dessa personer, så att enligt vår lag icke, såsom enligt den romerska, något särskilt tillträdande av arvet *(cretio hereditatis, aditio hereditatis)* för detta ändamål är nödigt.»[2] I sin framställning av juridiska personers begrepp förklarar han bl. a.: »Om flera personer äro med varandra uti en sådan förening eller gemenskap, att allt vad denna förening äger står under de *närvarande* medlemmarnas disposition, eller en sådan, att rättigheterna *fullständigt* tillhöra vissa bestämda personer, så är en sådan förening icke någon juridisk person, fastän det är ingenting mindre än ovanligt att den, även av jurister, så kallas. Således t. ex. är ett vanligt *handelsbolag* icke någon juridisk person, icke heller en *konkurs-*

samman med att frågan i denna sin här berörda doktrinära gestalt sällan sattes på sin spets i praxis (principens grundläggande praktiska förutsättningar voro ju givna i lag och knappast omtvistade).

[9] Därmed skall icke påstås, att S. är konsekvent i sin framställning. Jfr Montgomery, Bolagskontraktet s. 98. — Till förskjutningarna inom läran om juridiska personer jfr även Buchda s. 152 ff.

[1] Schrevelius, Civilrätt II (2 uppl.) s. 90. Att kalla urarvagörelse för avsägelse av arv är naturligtvis mindre lämpligt, ehuru ingalunda ovanligt i äldre doktrin.

[2] A. a. III (2 uppl.) s. 190, 192.

massa, ett *bo,* ett *sterbhus,* en *by.* Däremot är en *stad,* ett *universitet,* ett *hantverksskrå* verkeliga juridiska personer, i ordets förutnämnda betydelse.»[3]

I den fortsatta doktrinen har ipso-iure-principen bibehållit sig och dödsboet övervägande ansetts sakna karaktären av juridisk person. Några särskilda ord förtjänar dock NORDLINGS inställning. I sina speciella framställningar av successionsrätten har han åtskilliga allmänna uttalanden, som stå i samklang med ipso-iure-principen, såsom att successorerna upptaga den dödes rättigheter vid hans död och inträda i dem, eller att arvingars och testamentstagares rätt tager sin början med arvlåtarens död o. s. v.[4] Något karakteriserande av dödsboet som juridisk person gör han i dessa framställningar icke, och ännu mindre finner man alltså något juridiskt-tekniskt utnyttjande av en dylik idé. Däremot finner man i föreläsningarna över svensk civilrätt, allmänna delen, att bland de juridiska personerna även nämnes sterbhus.[5] Hans ståndpunkt beträffande juridiska personer är emellertid oklar. Man möter visserligen allmänna

---

[3] A. a. 1 (2 uppl.) s. 107. Han fortsätter: »Det är även mycket vanligt, att man anser en arvlämnare och hans arvinge såsom en juridisk person. Det samma skulle man även kunna säga om en köpare etc. och hans fångaman. Men i alla sådana förhållanden är det blott i ett särskilt hänseende flera människor kunna anses utgöra en enhet; men någon verkelig juridisk person, i ordets förutnämnda betydelse, utgöra de dock icke.» Jfr ovan s. 62 noterna 4 och 5.

[4] Nordling, ÄB (3 uppl.) s. 17, 19. På sistnämnda ställe fortsätter han: »Det kan visserligen någon tid vara obestämt, t. ex. vilka som äro arvingar eller om de vilja övertaga förmögenheten, men, sedan detta blivit bestämt, räknas deras rätt tillbaka från dödsfallet. Detta gäller även om testamentstagare. Det finnes nämligen inga andra personer, som kunna hava anspråk på förmögenheten under tiden, utan, där den dödes anspråk sluta, vidtaga deras.» Se även Nordling, Präskription s. 57. Jfr Nordling, Boskillnad (3 uppl.) s. 100: »Arvingars och testamentstagares rätt uppkommer i och med dödsfallet, även om de själva först senare få veta av de förhållanden, på vilka deras rätt beror.» Hur föga juridiskt-tekniskt exakt uttryckssättet i dessa efter N:s föreläsningar utgivna anteckningar i detaljerna är, visar emellertid fortsättningen: »Beträffande de förre, övertager släkten i och med dödsfallet den avlidnes förmögenhet samt erbjuder den, med alla däri liggande rättigheter, åt sina medlemmar.» Här bortses från den närmare konstruktionen hos N. av den enskilde medarvingens ställning inom gemenskapen och i förhållande till arvlåtaren. Därom se nedan s. 110 ff.

[5] Nordling, Allm. delen (1891 års uppl.) s. 59, 60, 61, 62, 64.

uttalanden sådana som: »Av vår framställning av de särskilt bildade rättssubjekten följer, att, ehuru vid varje av dem enskilda personers intressen stå i bakgrunden och de endast genom dem hava sin helgd, de dock äro för sig bestående rättsenheter med rättigheter, som äro skilda från varje av dessa personers individuella rättsområden, och såsom sådana kunna äga rättigheter även i förhållande till dem.»[6] Det kan då tyckas förvånande, att denna konception av begreppet juridisk person icke föranlett närmare utförande och tillämpning beträffande sterbhus i de successionsrättsliga föreläsningarna. Ser man emellertid på hans övriga exempel i allmänna delen på juridiska personer, torde därav framgå, att han trots allt rör sig med ett ganska vidsträckt och diffust begrepp »särskilt bildade rättssubjekt» — mera omfattande än det SCHREVELIUS byggde på — utan skarpt utmejslad juridisk-teknisk innebörd. Påfallande är ju sålunda, att han dit räknar även familjen.[7] Beträffande NORDLING kan man därför på sin höjd tala om en svag och ofullgången ansats i riktning mot att betrakta dödsbo som juridisk person i den mening, som senare tiders doktrin brukat inlägga i detta begrepp. Huruvida NORDLING vid sin i allmänna delen antydda karakteristik tillmätt det någon betydelse, om sterbhusdelägarna varit en eller flera, torde väl icke med absolut visshet kunna avgöras, men sannolikheten talar för att han blott tänkt på fall med flera delägare. Det bör tilläggas, att bilden av NORDLINGS åskådning med det sagda icke är fullständig. Den skall i det följande kompletteras vid behandlingen av den enskilde medarvingens ställning vid fall med flera arvingar (nedan detta kap. i § 2).

Den allmänna grunduppfattningen förblev, som redan antytts, fram till BL den, att successionen skedde ipso iure med dödsfallet i den meningen, att arvingarna då personligen inträdde

---

[6] A. a. s. 76.

[7] Ävenså konkursboet; a. a. s. 59, 61, 62. Om hans allmänna syn på juridiska personer se vidare ib. s. 64 ff., där han emellertid ger föga av egen uppfattning. Han refererar stridigheter i tysk doktrin med vissa spridda anmärkningar, en redogörelse, som icke mynnar ut i något närmare utförande av den egna teoretiska uppfattningen (se s. 73). Vad han anför s. 64 om stridigheter beträffande dödsbo som juridisk person hänför sig till hereditas iacens och avser uppenbarligen ej positiv svensk rätt.

såsom de direkta rättsinnehavarna.[8] Logiskt sett är det blott ett annat uttryck för samma åskådning, när det då också allmänt ansågs, att rätten till kvarlåtenskapen icke tillkom dödsboet såsom något självständigt, från delägarna skilt rättssubjekt (d. v. s. — eftersom en personifikation vore tämligen meningslös, om icke rätten till kvarlåtenskapen anknötes till det tänkta rättssubjektet — att dödsboet saknade karaktären av särskild

[8] Hos Knut Olivecrona, Förmögenhetsrätt I s. 52 f., säges det om arv som derivativt fång, att lagen ej känner någon särskild actus för förvärvandet av arvlåtarens tillgångar, utan att när arvlåtaren dör arvingarna ipso iure inträda i sina rättigheter. Det betonas, att vid allt arv äganderättens förvärvande sålunda sker vid arvlåtarens död och att för själva fånget ej behöves någon särskild åtgärd (samtidigt framhålles naturligtvis, att om arvingarna äro flera arvskifte måste ske, varigenom varje delägares reella andel blir bestämd; han avvisar emellertid bestämt tanken, att arvingarnas äganderätt skulle börja först vid skiftet, eftersom äganderätt då skulle saknas dessförinnan). Det kan också förtjäna påpekas, att han på tal om gemenskapen vid avtal om sammanlevnad i bo oskifto hänför densamma till kategorien oegentliga bolagsföreningar eller intressentskap, vilka bl. a. — i motsats till egentliga bolag — enligt hans mening icke ge upphov till något nytt, från intressenterna skilt rättssubjekt (Förmögenhetsrätt II s. 625 f.). Se vidare samme förf:s Testamentsrätten s. 227, 306, 307 f., 351, 353 (2 uppl. s. 245, 328, 329, 376, 379). På sista stället heter det: »Den allmänna regeln är, vilket icke bör förglömmas, att äganderätten till en avliden persons kvarlåtenskap övergår omedelbart med dödsfallet på hans sterbhusdelägare. Att detta är händelsen med avseende på den dödes universalsuccessorer eller hans arvingar, därpå tvivlar icke någon.» Jfr även Hultgren, Testamentsklander s. 80, Landtmanson, Om concursbo s. 64 (se även s. 36). Att arvingarna tillsammans ej bildade en juridisk person, tages av Hagströmer, Aktiebolag s. 120, för givet; H:s allmänt avvisande hållning mot detta begrepp framgår emellertid av att han icke ens erkänner ett aktiebolag som juridisk person. Ib. s. 211 framlyser i viss mån ipso-iure-successionens idé. Sandberg, Viss tids hävd s. 56, förklarar såsom något, som han tydligen anser stå utom diskussion: »Vid arv övergår arvlåtarens äganderätt i och med dödsfallet på arvingarne — — —.» Winroth avvisar i Svensk civilrätt V s. 24 begreppet hereditas iacens och bygger därvid på en idé om succession omedelbart vid dödsfallet, som måste förstås i överensstämmelse med det ovan i texten anförda (jfr även ib. s. 7). I Winroths spår går (jfr ovan s. 14) Kallenberg i Sv. civilprocessrätt bd I s. 532 ff. (jfr även ib. s. 595). Den allmänna svenska åskådning, som här framträder, ligger uppenbarligen bakom även formellt mera neutrala uttalanden sådana som hos Lagberedningen, JB II s. 271: »När ägare av fastighet dör, inträder väl redan med dödsfallet förändring i äganderätten till fastigheten...» (jfr ib. s. 272, 273). Jfr även Thyrén, Kommentar till SL kap. 20 s. 44 samt ytterligare belägg i det följande.

juridisk person). Historiskt sett kan det däremot möjligen vara så, att satsen om den omedelbara successionen vid dödsfallet varit den grund, ur vilken man sedan — jfr det förut berörda exemplet från KALLENBERG[9] — härlett läran, att dödsboet icke var rättssubjekt i egentlig mening. Satsen om den omedelbara successionen vid dödsfall förelåg nämligen redan som en traditionellt förankrad princip och därmed som en given förutsättning, när man med utgångspunkt från senare tiders syn på begreppet juridisk person började i nyare doktrin ställa frågan, om dödsbo var en sådan person (för en tidigare doktrin hade ju, som ovan visats, frågeställningen i sistnämnda avseende varit en annan). En fullständig belysning av den historiska situationen i fråga om förutsättningarna för uppkomsten av en lära om dödsboet (resp. gemenskapen mellan flera medarvingar) såsom juridisk person kan emellertid ges först längre fram i samband med undersökningen av uppfattningarna av den närmare karaktären hos gemenskapen mellan flera arvingar. Här skall blott ytterligare erinras om det kända förhållandet, att den avvisande hållningen mot idén om dödsboet som rättssubjekt framträdde icke blott i doktrinens teoretiska utläggningar utan även, när tillfälle gavs, i rättspraxis.[1] Kort före tillkomsten av BL drogs dock inom doktrinen en lans för en rättssubjektskonstruktion av KARLGREN.[2] BL har sedermera medfört, att man numera i svensk rätt övergått till att tekniskt betrakta dödsboet som juridisk person, varom mera längre fram.

Av det sagda framgår, att den successionsteori man före BL arbetat med varit en teori, vars kärna utgjorts av idén om en succession vid dödsfallet i »egentlig» mening.[3] Emellertid bör

---

[9] Ovan s. 14.

[1] Beträffande doktrinen se utom förut anf. förf. Benckert i TfR 1926 s. 168, Undén, Kommentar s. 21, Björling i Nordisk familjebok, 3 uppl., bd 10 sp. 1279. Ur praxis se framför allt NJA 1923 s. 99 (se även de av Undén, a. st., till jämförelse åberopade NJA 1881 s. 484, 1922 B 499). Se vidare vitsordandet av den föregående åskådningen i BL:s motiv, NJA II 1933 s. 144 f., 693 f. (jfr ovan s. 14) ävensom Guldberg i TfR 1935 s. 293.

[2] Karlgren, Studier över privaträttens juridiska personer etc. s. 284 med not 3. Jfr vidare nedan s. 122. Sådana uttryckssätt som t. ex. hos Hassler, Ställföreträdarskap s. 41, åsyfta säkerligen ej att markera någon bestämd ståndpunkt till frågan.

[3] Jfr ovan s. 35.

ju även för svenskt successionsteoretiskt tänkande ha inställt sig den i föregående kap. berörda svårigheten, att de rätta successorerna i vissa fall vid dödsfallsögonblicket över huvud icke kunna bestämmas. Ehuru man naturligtvis — på grund av den mindre intensiva bearbetning successionsteoretiska konstruktionsfrågor fått i svensk doktrin — ofta icke gett sig i kast med att närmare utföra sina allmänna idéer på dylika fall, finnas dock antydningar om att man även hos oss sökt lösningen av svårigheten i en retroaktivitetstankegång.[4]

Tilläggas bör, att lagkommitténs och äldre lagberedningens ärvdabalksförslag med motiv icke innehålla något av större intresse i detta sammanhang, ehuru man kan säga, att de i samma mening som 1734 års lag innehålla en reglering, som kan rubriceras såsom fallande inom det allmänna ipso-iure-systemets ram.[5] Några tendenser att personifiera dödsboet framträda icke.

[4] Så Nordling enligt citatet ovan s. 66 not 4. Jfr även nedan not 6.

[5] Något tillträdeskrav i romerskrättslig stil uppställdes alltså icke, och förslagen tänka sig, att arvsrätten inträder (arvet faller) i och med dödsfallet. Arvinge, som då lever, leder arvet vidare, även om han dör omedelbart efter arvlåtaren; jfr 1826 års civillagsförslag ÄB 1:23 (1847 års förslag till ÄB 1:24). Jfr även avfattningen av 1826 års förslag ÄB 1:21: »Är barn till, men ej framfött, då arv, testamente, eller annan rättighet faller, och födes det sedan med liv fram; njute lika rätt, som hade det förut fött varit.» (Samma tanke i 1847 års ÄB-förslag 1:22). Man kan vidare erinra om formuleringar sådana som den i 1826 års förslag ÄB 3:5, där det heter: »Har den döde haft arvinge, som före honom ej veterligen död är, och är ej kunnigt, var han vistas; låte då domaren i allmänna tidningarna, tre gånger, minst en månad emellan varje gång, kungöras, att arv fallit honom till» etc. (jfr 1847 års förslag ÄB 3:1, 2 och 6).

I detta sammanhang må påpekas ett ställe i motiven till 1847 års förslag, ÄB kap. 4 (s. 28), som har ett visst intresse just såsom belysande de successionsteoretiska tankebanorna: »Lagförslaget [d. v. s. 1826 års förslag, som äldre lagberedningen reviderade] stadgar i 2 § att om hustru, som efter mannens död är havande, varder med fostret av mannens arvingar dräpen eller så illa hanterad, att fostret därav förgås, skall barnet ärva sin fader, modern sitt barn, och hennes arvingar henne [jfr 1734 års lag ÄB 6:2]; om åter modern men ej barnet av den handaverkan dör, skall ändå fäderneslägten vara skild från arv efter det barn och dess avkomlingar. Att så i alla hit hörande fall utesluta alla fäderneslägtingar från arv, därtill har beredningen ej funnit någon giltig rättsgrund. Väl har beredningen för det fall att barnet ofött dör av misshandeln, ansett den fiktion ej kunna umbäras, till följd varav med arvet förhålles såsom hade barnet blivit med liv framfött och före modern dött, varför arvet odelat går till moderns

Till sist må nämnas, att samma ipso-iure-teori, som behärskat svensk juridisk uppfattning, även dominerat åskådningen i Finland. »Enligt gällande rättsuppfattning anser man, att avliden persons egendom omedelbart vid dödstillfället övergår till hans rättsinnehavare.»[6] Dödsboet anses icke utgöra någon särskild juridisk person.[7]

§ 2.

Gemenskapen mellan flera arvingar.

För att nå överskådlighet i framställningen har det varit nödvändigt att först fastställa den under nyare svensk rättsutveckling rådande allmänna uppfattningen rörande successionens sätt att fungera, med utelämnande av detaljer rörande gemenskapen mellan flera arvingar. Denna allmänna grundval har givits i föregående §, och redan där har erinrats om att idén om dödsboet som juridisk person icke slagit igenom förrän i och med 1933 års BL. Det återstår att undersöka, hur man under ut-

---

arvingar, om ej syskon finnas som ej varit i dråpet delaktiga; men denna fiktion har ej kunnat antagas i den händelse, att barnet verkligen blivit med liv framfött och överlevat modern; för vilken händelse således äro att tillämpa de i 1 § stadgade allmänna grunder . . .»

Cassel-Norins Tablå 1839 innehåller intet av intresse för de här diskuterade spörsmålen.

[6] Palmgren, Konkursförutsättningarna s. 87. Se vidare Serlachius i FJFT 1885 s. 198 ff., 1890 s. 304, Chydenius ib. 1904 s. 135, densamme, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 37, Heikonen I s. 257. Om retroaktiv verkan av försummat tillträdande av arv och av avstående från arv Chydenius i FJFT 1904 s. 138, Heikonen I s. 258.

[7] Serlachius anser i den viktiga uppsatsen i FJFT 1885 »Om arvskifte» det tydligen vara en självklar sak, som ej behöver närmare motiveras, att boet såsom sådant ej är rättssubjekt. När han (s. 202) diskuterar äganderätten till de särskilda föremålen i boet yttrar han: »Ty de enskilda sakerna måste tillhöra någon för att icke vara res nullius. Men boet såsom sådant kan icke vara ägare. Således måste arvingarna vara det.» Jfr även S. i FJFT 1890 s. 305. Se vidare Palmgren, a. a. s. 87 ff. (där dödsbo behandlas som en typ av »särförmögenheter», ett begrepp, som i framställningen systematiskt särskiljes från kategorien »juridiska personer»), Heikonen I s. 263 f., II s. 221, 232, 236. — Jfr även Hakulinen i Zivilgesetze der Gegenwart X: I: 2 a s. 33 ff., Kivimäki i TfR 1937 s. 354.

vecklingens gång fattat gemenskapen mellan flera medarvingar före skifte och den enskilde arvingens ställning inom densamma samt arvskiftet eller, med andra ord, hur man tänkt sig förloppet av den enskilde arvingens succession till konkreta tillgångar. Undersökningen tar huvudsakligen sikte på sådana fall, då arvingarna icke slutit avtal om sammanlevnad i bo oskifto.

A. Någon klart genomtänkt, fullt entydig och verkligen ostridigt allenahärskande uppfattning av strukturen hos flera arvingars gemenskap före arvskifte föreligger icke förrän in på 1900-talet, om man ens då kan tala om en sådan. Däremot kan man påvisa vissa faktorer, som utövat inverkan i skilda riktningar, och vissa olika tankelinjer, som mer eller mindre klart framträtt och under olika tider i olika grad gjort sig gällande. Det är därvid av speciellt intresse att undersöka, i vad mån tendenser uppträtt, vilka velat utforma gemenskapen mellan arvingarna till något, helt eller delvis liknande en samfällighet av samäganderättstyp (i den ovan i kap. I angivna meningen), samt i vad mån omvänt tendenser förefunnits, vilka närmat gemenskapen till typen egendomsgemenskap (Gesamthand-typen). Självfallet är därmed ingalunda påstått, att den i senare — framför allt utländsk — doktrin utbildade skarpa motsättningen mellan samäganderättskonstruktionen och Gesamthand-konstruktionen skulle ha förelegat redan t. ex. i 1700-talets svenska juridiska tänkande. Att så *icke* varit fallet, har redan antytts i den föregående framställningen.[8] Motsättningen är i svensk doktrin av vida yngre datum, såsom strax skall beröras. Men eftersom bakom nyssnämnda konstruktioner dölja sig även olikheter i den sakliga regleringen av gemenskapen, kan man med full rätt fråga efter om dåtiden hade någon bestämd uppfattning på de punkter, där antydda sakliga olikheter göra sig gällande. För att få en åskådligare bild av brytningarna kan man därför också — med nyss gjorda reservationer i minnet — tala om samäganderättstendenser resp. tendenser mot typen egendomsgemenskap (att utvecklingen därvid skärskådas ur en mycket speciell synvinkel är självfallet). När för korthetens skull det något schematiserande uttrycket »tendenser mot typen egendomsgemenskap»

[8] Ovan s. 61.

användes, förbises icke, att samma eller än fastare sammanbindning av gemenskapen plägar dölja sig bakom dess betecknande såsom juridisk person; emellertid har ju redan konstaterats, att sistnämnda konstruktion före BL icke lyckades vinna verkligt fotfäste, och det vore därför olämpligt att i stället generellt tala om »tendenser mot typen juridisk person».

Man kunde måhända av vissa skäl redan tidigt vänta sig en dragning åt typen egendomsgemenskap (Gesamthand-typen). Hela Gesamthand-tanken anses ju bygga på gammal germansk rätt.[9] Språkligt finnes ju också på svenskt område det motsvarande uttrycket »samnad hand», som liksom det tyska Gesamthand torde ha betecknat flera i ett rättsförhållande engagerade personers bundenhet i helhetens intresse, hur än sedan tanken varit närmare utformad.[1] WILHELM SJÖGRENS uppfattning synes också ha varit, att idén om dödsboet som en dylik »gemenskap med samnad hand» varit den under den svenska rättsutvecklingen rådande.[2] Beträffande den tid, som

---

[9] Jfr ovan s. 40 f.

[1] Jfr Hagströmer, Aktiebolag s. 124 f. Björlings definition på samnad hand i Nordisk familjebok, 3 uppl., bd 17 sp. 272, lyder: »gammalt uttryck för sådan gemenskap i äganderätten till ett föremål, som icke innebär, att varje delägare har sin bestämda kvotdel, utan lämnar frågan härom t. v. öppen». B. berör här alltså endast gemenskap beträffande visst föremål. När idén tillämpats på en hel massa, t. ex. föremålen i ett dödsbo, har man ju, *även om* man därmed ofta ställt sig avvisande mot varje tanke om bestämda ideella andelar i de olika föremålen eller åtminstone lämnat frågan öppen, i regel icke brukat förneka möjligheten av bestämda kvotdelar i hela massan; jfr Buchda s. 177 f. (konstruktionen av Gesamthandförhållandet som »gebundenes Miteigentum» innebär t. o. m. antagandet av bestämda ehuru bundna kvotdelar i de särskilda objekten, jfr ovan s. 41 f.). Mot Björlings definition av »samnad hand» kan vidare anmärkas, att den förbigår uttryckets betydelse i fråga om flera personers gemensamma förpliktelse. Härom jfr Magnus Erikssons stadslag, RådstB kap. 17, »1723» års förslag till UB 5:10 (Sjögren, Förarbetena VI s. 468), Montgomery, Bolagskontraktet s. 10 f., 56 ff., 78, Hammarskjöld, Redogörelse s. 48. Jfr vidare nästa not.

[2] I ett yttrande i rättsfallet NJA 1913 s. 139 hänför Sjögren dödsbo till »den grupp av rättsförhållanden, som sedan gammalt i lagspråket symboliserats av 'den samnade handen' (die gesammte Hand)». Det är av uttryckssättet uppenbart, att han icke kan ha ansett, att dödsboet först under senare tid fått denna karaktär. Någon närmare utveckling av grunden för eller innebörden i karakteristiken gör han emellertid icke. Chydenius.

här är i fråga — alltså tiden från och med 1734 års lags tillkomst —, ha emellertid icke anträffats några spår av själva idén om »den samnade handen», tillämpad på dödsbo. Vi kunna därför icke lägga denna idé till grund för undersökningen och ur idén i fråga draga några slutsatser beträffande rättstillståndet.

Det har i föregående § visats, att man i äldre doktrin ofta betecknade sterbhus som juridisk (»moralisk») person men att detta i själva verket icke får fattas så, som om man skulle ha mellan den döde och arvingarna skjutit in ett särskilt, från arvingarna tekniskt fristående rättssubjekt. Det skulle emellertid kunna frågas, om icke detta tal om dödsboet som juridisk person i varje fall utgjorde ett indicium *mot* att dåtiden haft en samäganderättsliknande uppfattning och *för* att man tänkt sig en mera fast gemenskap. Ej heller detta torde dock kunna med någon som helst grad av visshet antagas. Man drog sig ju — åtminstone stundom — icke för att under juridisk person räkna in även en communio positiva, och vid sådant förhållande — låt vara att communio positiva var ett vidsträckt och obestämt begrepp, som ej var detsamma som blott vår nuvarande samäganderätt — indicerar användningen av begreppet juridisk person knappast någonting.

Av det nyss sagda torde emellertid omvänt framgå, att man icke heller kan draga några slutsatser till förmån för samäganderättslinjen därav, att arvingarnas gemenskap ofta betecknades som condominium eller communio positiva.[3] Under detta be-

---

Finsk arfs- och testamentsrätt s. 98, använder termen »samnad hand» om *förvaltningen* av dödsbo för att markera kravet på allas samtycke: »de förvalta detta [boet] under samnad hand». Jfr härtill uttryckets användning i fråga om flera medförmyndares inbördes ställning, där det ju betyder gemensam odelad förvaltning (i motsats till delad förvaltning), såsom framgår av ÄB 23:5 i 1734 års lag. Denna förvaltningsform torde bl. a. ha inneburit, att i princip alla förmyndare skulle medverka i beslut och rättshandlingar. Jfr till här antydda spörsmål Winroth, Sv. civilrätt IV s. 284 ff., NT 1868 s. 717, NJA 1876 s. 351.

[3] Nehrman, Inledning s. 121 f., anför som ex. på »samäganderätten eller communio positiva» det fall, att flera ärva en egendom, och talar därvid om »dominium divisum inter plures» (jfr även ib. s. 229). Måhända invändes, att detta ej behöver betyda mera än att — liksom enligt 1904 års samäganderättslag i våra dagar, jfr Undén, Sakrätt I s. 242, II:1 s. 233,

grepp hänfördes ej sällan både bolag och allehanda andra samfälligheter, och det moderna begreppet samäganderätt (Miteigentum nach Bruchteilen) förelåg, som förut nämnts, ännu på länge ej utdifferentierat.[4]

Vid övervägande av de historiska möjligheterna för framväxande av en renodlad idé om egendomsgemenskap (innefattande tanken om andelar blott i hela massan, ej i enskilda objekt)

---

239 — samäganderätt förelåg beträffande egendom, som efter arvskifte behölls som gemensam. En sådan tolkning förefaller dock knappast trolig. Den andra, i texten antydda tolkningen måste klart ges åt König II s. 36. Tengwalls Tvistemålslagfarenhet ger på denna punkt ingen upplysning (jfr sagda arb. s. 43), ej heller Bring. Holmbergson, som ju kallade sterbhus för juridisk person (ovan s. 62), synes samtidigt betrakta arvingarnas förhållande före skifte som condominium (Jurispr. civ. comm. s. 33, hänvisningen till 13 kap. ÄB). Se vidare om H. nästa not.

Jfr även till belysning av dåtida terminologi Boëthius, som i föreläsningsmanuskript (B 176 b nr 3 s. 236 f.) dels framhåller, att äktenskapet leder till en communio positiva, dels tillika förklarar, att det kommer närmast kontraktet bolag eller societas (i B 176 c nr 11, föreläsningar över GB s. 46, säges, att giftorätten även kan kallas communio eller condominium bonorum).

[4] Å nyss anf. st. lyder Holmbergsons definition: »Condominium? Då flera individer, föreställande en enda person, hava en delad äganderätt till en sak (samäganderätt); och gäller om alla dessa tillhopa allt, vad förut är sagt om dominium» (H. synes här i lätt förändrad form återge det ovan s. 61 not 9 citerade stället hos Rabenius). Fortsättningen tyder på att han under condominium i princip räknar in även bolag.

Schrevelius har vissa ansatser till en icke andelsbetonad konstruktion av samegendom men överger praktiskt taget dess ansatser, och såväl han som Knut Olivecrona arbeta med ett vidsträckt, odifferentierat begrepp samegendom (condominium), varom mera nedan (s. 103 f.). Ännu Ask, Sakrätt s. 16 ff., har ett mycket allmänt begrepp samegendom utan särskiljande av samäganderätt i nyare mening och andra former.

Serlachius i FJFT 1885 tar visserligen också (se t. ex. s. 201, 203) orden »samägare» och »samäganderätt» i vidsträckt mening men skiljer inom detta allmänna samäganderättsbegrepp skarpt på olika arter och torde i detta avseende vara tämligen tidig i svenskspråkig doktrin. F. ö. ifrågasätter han (s. 205, se citat nedan s. 114 not 1) en terminologisk distinktion med användande av uttrycken »medäganderätt» och »samäganderätt» (det senare då icke lika med vår samäganderätt utan tvärtom lika med egendomsgemenskap, »Gesammteigentum»). Hans analys har säkerligen haft stor betydelse för den senare differentieringen, i varje fall med hänsyn till utvecklingen i Finland. Se också hans uppsats »Om samäganderätt i 1734 års lag» i FJFT 1890. Jfr nedan s. 114.

får man icke utan vidare utgå från att längre tillbaka förutsättningarna förelegat för uppfattningen av en persons förmögenhet, ett bo, som en enhetlig, rättsligt sett homogen massa. Att dessa förutsättningar icke i alla avseenden helt voro för handen skall senare antydas. Man torde icke få tillmäta det för stor betydelse, om man stundom i doktrinen möter begrepp sådana som patrimonium, universitas iuris o. dyl., tillämpade på kvarlåtenskapen.[5] Över huvud torde man beträffande äldre tider kunna säga, att naturahushållning och liknande karaktärsdrag icke befordra utan snarare motverka en syn på ett bo som en förmögenhet av nyss berörd art och därmed motverka en syn på arvsrätten som en ren värderätt, om uttrycket tillåtes.[6] Ehuru det sagda företrädesvis gäller beträffande ännu äldre perioder än den, som här kommer i förgrunden, måste dylika förhållanden åtminstone i någon mån ha kunnat inverka ganska långt fram i tiden. Konceptionen av förmögenheten som en enhetlig massa, där blott värdet har något att betyda, är närmast en motsvarighet till en genomförd penninghushållning (och därur utvecklade kredithushållningstyper).

Ej heller med allmänna reflexioner av sist antydda art kommer man emellertid till några bestämda resultat. Man kan möjligen på nämnda grunder finna det osannolikt, att längre tillbaka en idé om egendomsgemenskap varit rådande, enligt vilken arvingarnas andelar *blott* berörde massan såsom sådan och ej i *något* avseende s. a. s. grepo om de enskilda objekten; därav följer dock ingalunda slutsatsen, att en uppfattning måste ha varit rådande, som räknat med fixa andelar av samäganderättstyp i de särskilda föremålen (andelar, över vilka den enskilde kunde disponera o. s. v.). Att man i äldre tid mera än senare i och för sig skulle ha varit benägen att ge den enskilde medarvingen en fri och obunden ställning förefaller ju icke utan klara belägg troligt.

Stundom möter man uttalanden, som beteckna arvingarnas

---

[5] Boëthius i B 176 b nr 5 ad RB 10:2 kallar kvarlåtenskapen för patrimonium och universitas iuris. Så även B 176 d nr 15 ark 7 s. 4. (Bring s. 83 talar i stället om arv och bo som ex. på en s. k. universitas rerum.) Jfr Serlachius i FJFT 1890 s. 305.

[6] Jfr Freytagh-Loringhoven s. 6 och passim.

gemenskap i oskiftat dödsbo som ett slags bolag.[7] Det kan vara frestande att därur utläsa en tendens att uppfatta gemenskapen såsom närmande sig typen egendomsgemenskap snarare än typen samäganderätt. Emellertid får man vara försiktig med slutsatser ur bolagsbeteckningen. Ordet bolag brukades ju i äldre tid ofta i en mycket allmän, tekniskt föga preciserad betydelse; lagen själv använde det t. o. m. om äkta makars ekonomiska gemenskap (GB 11:3).[8] Visserligen förekommer beteckningen bolag för arvingarnas gemenskap även i den trängre meningen, att gemenskapen i fråga verkligen vore ett bolag besläktat med den i 15 kap. HB nämnda typen eller rent av lydande under de där antydda reglerna i tillämpliga delar, men då avses så gott som alltid sådana situationer, där arvingarna slutit avtal om sammanlevnad i bo oskifto. Där förelåg ju ett avtal, som i viss mån erinrade om andra avtal av otvetydig bolagskaraktär, och lagen talade själv i ÄB 11:1 om »förening om slikt bolag», varigenom det förklarligt nog ansågs föreligga en viss anknytning.[9] När

---

[7] Se t. ex. FK:s prot. vid 1887 års B-riksdag nr 6 s. 34 (häradshövdingen Bergius): »Mellan sterbhusdelägare i skiftat [läs: oskiftat] bo existerar ett bolagsförhållande, och ett dylikt bolag bör lika väl som andra bolag vara berättigat att sälja sin fasta egendom, utan att den därförinnan emellan bolagsmännen skiftas.» Vidare ib. s. 35 (landshövding Bergström): »— — — jag vill fästa uppmärksamheten på, att ett sådant rättsförhållande [sammanlevnad i bo oskifto] icke närmast och företrädesvis bör betraktas från äganderättens synpunkt, utan från bolagskontraktets. Så uppfattar högsta domstolen sammanlevande i bo oskifto och så uppfattas det även inom romerska rätten, enligt vilken en delägare i ett sådant bo kallades icke dominus, än mindre condominus, utan *socius* eller bolagsman.» Som allmän karakteristik av förhållandet mellan medarvingar i romersk rätt är detta givetvis icke riktigt. Jfr vidare nedan not 9.

[8] Det torde vara obehövligt att här anföra belägg i större antal för äldre tiders svävande bolagsterminologi. Här skall blott hänvisas till Nehrman, Inledning s. 107, Jurispr. civ. 1746 s. 59. Jfr Montgomery, Bolagskontraktet s. 74 f.

[9] Nehrman, ÄB s. 144, förklarar: »Detta bolag, som det kallas vid slutet av denna § [ÄB 11:1], och varom vid kap. 15 HB talas bör, tillstädjer lagen, såsom ofta, jämväl för det allmänna, nyttigt: om det utan annans förfång eller skada ske kan.» Ib. s. 147 yttrar han (till ÄB 15:2): »Men sedan någon begivit sig till ett sådant bolag, bör han ej egenvilligt och utan laga orsaker uppriva det. Vid sådana tillfällen rättar man sig efter 15 kap. HB.» Om hans syn på arvingars gemenskap i allmänhet jfr ovan s. 75 not 3.

Här kan även hänvisas till Tengwall, Tvistemålslagfarenheten s. 95 (§ 2).

man söker rekonstruera uppfattningarna rörande arvingarnas gemenskap i normalfall, har hela denna »bolagslinje» föga att betyda; över huvud var även i sådana fall, beträffande vilka

---

Calonius, Praelectiones s. 512, framhåller såsom ett från bolag skilt gemenskapsfall arvingars gemenskap »in bonis hereditariis indivisis», utan att gå in på avtal om sammanlevnad i oskift bo.

Boëthius använder i sina föreläsningar bolag i olika vidsträckt bemärkelse och betecknar stundom arvingars gemenskap över huvud som bolag men talar i andra fall om bolag med särskild tanke på avtal om sammanlevnad i bo oskifto. I B 176 d nr 15 (föreläsningar över ÄB) säger han (ark 10 första sidan), att så länge arv ännu ej är skiftat arvingarna i avseende på kvarlåtenskapen äro att anse såsom varande i bolag. I B 176 b nr 4 ad HB 15:12 heter det: »Utom dessa bolagskontrakter förekomma även uti 1734 års lag två andra slags bolag näml. äktenskap för vilket bolagsreglerna finnas i 8, 9, 10 och 11 kap. GB samt arvingars bolag i avseende på en kvarlåtenskap varom kunna ses 9, 10, 11 [kap.] ÄB.» I B 176 c nr 10 ark 18 s. 2 återkommer samma passus med den förändringen, att det där heter »samt det bolag som äger rum emellan arvingar vilka komma överens att leva samman i bo oskifto». I B 176 b nr 3 s. 244 heter det om sammanlevnad i bo oskifto: »Som detta är ett egentligt bolag, så böra även de villkor uttryckligen bestämmas» etc.

Schrevelius, Civilrätt III (1 uppl.) s. 222 f., uppfattar avtal om sammanlevnad i oskift bo som ett bolagsförhållande, under det att själva arvfallet blott skapar den form av samegendom, som kallas tillfällig rättsgemenskap (communio incidens). Om S:s samegendomsuppfattning se vidare nedan s. 103 f.

Knut Olivecrona, Förmögenhetsrätt II s. 538 f., skiljer arvingars gemenskap från kategorien egentliga bolag; märk i detta sammanhang, att han betonar (s. 542), att ett egentligt bolag blir ett nytt rättssubjekt (jfr även ib. s. 522 f.). Som redan ovan påpekats (s. 68 not 8) hänför han en på avtal grundad sammanlevnad i oskift dödsbo till de oegentliga bolagsföreningar, som han benämner intressentskap (a. a. s. 625 f.) och som han icke — i motsats till egentliga bolag — uppfattar som juridiska personer (s. 625).

Hultgren, Handelsbalken s. 99, förklarar den genom dödsfallet uppkomna gemenskapen mellan arvingarna icke vara bolag men tillägger, att den förening mellan arvingar att leva i oskift bo, som omtalas i ÄB 11:1, är ett verkligt bolag.

De ovan s. 77 not 7 citerade riksdagsyttrandena få självfallet icke pressas på samma sätt, som om de fällts i en vetenskaplig debatt. F. ö. är det möjligt, att åtminstone Bergström närmast tänkt på sammanlevnad i oskift bo på grund av uttryckligt eller tyst avtal; han talar ju om att se förhållandet från bolags*kontraktets* synpunkt. Märk även hans därigenom något mindre egendomliga åberopande av den romerska rätten. Se dock å andra sidan den nedan not 1 anförda fortsättningen av B:s yttrande.

doktrinen stundom i vissa hänseenden tydde sig till reglerna i 15 kap. HB, bolagsbeteckningens innebörd svävande och tänjbar.[1]

Jfr vidare Serlachius i FJFT 1885 s. 213 f. samt ib. 1890 s. 309 f., Hammarskjöld, Redogörelse s. 51.

Att olika former av familjegemenskap, däribland även sammanlevnad i oskift dödsbo, historiskt ha varit utgångspunkt eller underlag för vissa bolagsformer och därmed givit upphov till utvecklingslinjer, som så småningom s. a. s. glidit över på förmögenhetsrättens område, synes vara ganska troligt (jfr Montgomery, Bolagskontraktet s. 11 f., 43 f., Hammarskjöld, Redogörelse s. 45 ff., Lagberedningen i NJA II 1933 s. 556), men detta spelar för oss i detta sammanhang icke någon roll. För allmänna synpunkter på sammanlevnad i oskift dödsbo hänvisas till Winroth, Svensk civilrätt II s. 738 ff., samt Lagberedningen i motiven till 7 kap. BL (NJA II 1933 s. 554 ff.).

Av vad här ovan sagts får icke härledas den slutsatsen, att man kan draga en absolut skarp gräns mellan de tydliga avtalsfallen och andra fall av långvarigare sammanlevnad utan skifte. Åtskilliga sådana fall måste behandlas analogt med de klara avtalsfallen. Detta spörsmål kan emellertid icke i detta sammanhang upptagas till diskussion.

I den mån man i äldre doktrin betraktade situationen efter avtal om sammanlevnad i oskift bo som ett verkligt bolagsfall, bör man ju ha funnit det särskilt naturligt med den beteckning av dödsboet som juridisk person, vilken man använde sig av, på sätt visats i föreg. §. Man var ju beträffande bolag van att se saken så, att — som Tengwall, a. a. s. 95, uttrycker det — »bolagsmän utgöra en persona moralis så i ljuvt som lett».

[1] Dunkel med hänsyn till sitt principiella underlag är även fortsättningen av det nyss (not 7) anförda yttrandet av Bergström: »Enligt min åsikt är det alldeles nödvändigt att, om man skall kunna åstadkomma fullständighet och reda i anteckningarna i lagfartsprotokollen och fastighetsböckerna, måste man för beviljande av lagfart fordra de handlingar och åtgärder, varigenom delägarnas i detta bolag äganderätt till bolagets fastighet blir ideellt bestämd eller, som det på det juridiska konstspråket heter, bestämmes pro partibus indivisis. Sådant sker först genom arvskifte; varemot en fullständig och verklig delning, såsom bekant, åstadkommes endast genom delning av den samfällda fastigheten enligt grunderna för laga ägoskifte.» Före arvskifte ha delägarna tydligen enligt B. inga fixa ideella andelar i fastigheten; det förefaller emellertid, som om han ansåge, att ett skifte, som fixerade ideella andelar för de olika delägarna i fastigheten, icke upplöste »bolaget». Det oaktat måste han rimligen ha tänkt sig reglerna för den fortsatta gemenskapen (efter skiftet) beträffande fastigheten ungefär som våra nuvarande regler om samäganderätt, om ej direkt avtal innehöll särskilda regler.

Som känt är, har nyare juridiskt språkbruk i regel undvikit att beteckna arvingarnas gemenskap som bolag, även om avtal angående sammanlevnad i oskift bo slutits. Jfr redan Knut Olivecrona (se föreg. not) och Montgomery,

B. Reglerna om arvingarnas gemenskap och om arvets skiftande i 1734 års lag ge ingenting vid handen om andelar för de särskilda arvingarna före skifte i varje enskilt objekt i boet men kunna icke heller klart sägas bygga på den motsatta uppfattningen. Eftersom en skarp principiell motsättning mellan de gemenskapstyper, som i det föregående kallats samäganderätt och egendomsgemenskap, icke torde ha stått klar för dåtiden, kan man icke heller utgå från att man nödvändigt skall finna endera av dem praktiskt realiserad. Frågar man t. ex. efter föreställningar om andelar för de olika arvingarna i särskilda föremål (före skifte), kan man knappast räkna med möjligheten därav i andra fall än då sådana andelar skulle ha någon praktisk betydelse. Redan av denna grund kan man såsom osannolik avvisa tanken, att dåtiden skulle ha haft en konsekvent genomförd andelskonstruktion, avseende varje enskilt föremål i boet. Konstruktionen verkar onekligen, tillämpad på varje litet lösöreföremål, som en verklighetsfrämmande skrivbordsprodukt. Annorlunda är däremot läget beträffande förmögenhetsobjekt av större värde och särskilt beträffande fastigheter. Ingick i kvarlåtenskapen en fastighet, kan man icke påstå, att de faktiska förutsättningarna helt saknades för utbildande av idéer om andelar i denna fastighet. Det är väsentligen i fråga om fast egendom, som problemet får praktisk betydelse och verkligen gör sig påmint under den utveckling, som vi i det följande skola beröra.

Det kunde kanske tyckas, som om lagens arvskiftessystem — vilket ur viss synpunkt kan karakteriseras som ett system med tämligen fria skiftesmöjligheter — talade mot varje andelsidé även beträffande fastighet. Med hänsyn till friheten för delägarna att, om de voro ense, fördela tillgångarna på de mest skilda sätt kunde det ju icke före arvskiftet avgöras, hur en viss tillgång i boet komme att delas, och detta kunde sägas även om fast egendom; därav skulle då följa, att före skifte de enskilda

---

Bolagskontraktet s. 79. Se dock Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 96 ff. Otvivelaktigt skulle också en juridisk analys med moderna krav på exakthet och differentiering leda till uppställande av en klar åtskillnad och till ett mera återhållsamt bruk av bolagsbeteckningen, även om man gjorde det tankeexperimentet, att man än i dag blott hade det gamla lagmaterialet att röra sig med. Jfr Heikonen I s. 264 ff.

delägarna saknade bestämda andelar i fastigheten. I senare tider har man ofta under dylik eller snarlik motivering avvisat alla tendenser till samäganderättsliknande andelskonstruktioner.[2] Dock är denna tankegång icke avgörande, när det gäller att komma till klarhet om äldre uppfattningar i detta hänseende.

Det är givet, att den definitiva preciseringen av den enskilde arvingens konkreta del av kvarlåtenskapen förutsatte arvskifte eller annan uppgörelse mellan arvingarna. Men en föreställning om bestämda andelar i fast egendom före skifte var därför icke omöjlig; ett sådant påstående skulle förutsätta, att man utan vidare skulle avvisa möjligheten, att ett skifte, i vilket fastigheten icke fördelades jämnt efter arvslotterna, fattats såsom translativt, men grund för att a priori göra ett sådant avvisande saknas. En translativ uppfattning av arvskiftet kan icke sägas vara så komplicerad, att den är historiskt osannolik, om man nämligen icke förutsätter den nödvändigt uttänkt i fråga om varje föremål i boet utan antager såsom historiskt möjlig en begränsning av tankegången till större och värdefullare objekt, särskilt fast egendom. Även om delägarna, därest de voro ense, kunde skifta boet så, att endast en av dem fick den fasta egendomen, bevisar detta alltså icke andelstankens historiska omöjlighet.

Att i vissa hänseenden den enskilde delägarens anspråk s. a. s. afficierade en fastighet som särskilt objekt, är ju tydligt enligt lagens regler. Delägare kunde ju för sitt vidkommande motsätta sig delning på annat sätt än enligt de legala delningsnormerna, vilkas grundprincip var en långt genomförd likadelning av de olika egendomsslagen, innefattande också andel för alla i den fasta egendomen, låt vara att detta resultat sedan i efterhand delvis modifierades genom reglerna om tagelott och lösningsrätt i vissa fall till fastighetsdel. Delägaren kunde tilltvinga sig »sin tillständiga andel så i löst som fast».[3] En fördelning i olika

[2] Resonemanget finnes antytt hos Nordling, Lagfarts- och inteckningslagarna s. 54, 55 (jfr s. 50 not 1, 53) och utvecklas sedermera hos Undén, Kommentar s. 21 f. Jfr även Lagberedningen, JB II s. 271, samt Lagberedningen i motiven till BL 1: 1, NJA II 1933 s. 167, ävensom Chydenius, a. a. s. 99.

[3] Orden hämtade från rubriken till KM:ts dom 22 nov. 1754, Jusleen II s. 392 ff., där de förekomma i referatet av HovR:ns dom. Jfr även formuleringen i slutet av KM:ts dom.

lotter efter lagens anvisningar och därpå följande lottkastning betraktades säkerligen av lagens författare som det normala förfaringssättet.[4] Fanns omyndig delägare, var enligt lagen lottning obligatorisk, ÄB 12: 4. Vad angår regeln om lösningsrätt till fastighetsdel i ÄB 12: 7, är den så avfattad, att den förutsätter en föregående tänkt uppdelning av fastigheten i ideella andelar. Det kunde visserligen tänkas, att lagen här ovillkorligen förutsatte en *i arvskifte* fixerad ideell uppdelning.[5] Men om man på förhand var klar över att, sedan väl en dylik formell uppdelning ägt rum, en viss delägare hade lösningsrätt, varför skulle man behöva först göra den formella uppdelningen? Det kunde ju tyckas vara nog att låta nämnde delägares övertagande av fastigheten komma till uttryck i den däröver upprättade handlingen. Å andra sidan kunde man emellertid fråga sig, om det senare förfaringssättet verkligen innebar en rättslig olikhet mot det förra; i bägge fallen kunde det tyckas röra sig om övertagande med stöd av ÄB 12: 7 av viss eller vissa givna ideella andelar.

De nu berörda förhållandena *kunde* tänkas utbyggda i riktning mot en föreställning om bestämda andelar före skifte i fastighet, ehuru eventuellt blott »bundna» andelar (andelar som icke fritt kunna överlåtas o. s. v.). Vissa ytterligare stöd för andelsföreställningar funnos också i lagen. Här må erinras om stadgandet i ÄB 17: 2, där det hette: »Haver man vid arvskifte tagit lösören, eller fast egendom i staden, för arvejord å landet; eller — — —; då skall efter hans död jämngod avlingejord, eller, där ej fast gods finnes, penningar, eller andra lösören, eller ock fast egendom i staden, sättas i stället» etc. Lagen tänker sig ju här, att den, som vid arvskiftet nöjde sig med lösören eller stadsfastighet, därmed avstod från en honom i princip tillkommande arvejordsandel och att sålunda vederlag vid hans död skulle beräknas för denna av honom egentligen ärvda fastighetsdel. Beträffande den lösande arvingen uppstod samtidigt naturligtvis frågan, om hela den fastighet han genom arvskiftet förvärvade var arvejord eller endast den del därav, som motsvarade hans kvotdel i kvarlåtenskapen. Detta spörsmål, som lagen icke direkt

[4] Jfr Lagberedningen i NJA II 1933 s. 535.

[5] Jfr Serlachius i FJFT 1890 s. 293 f. (om detta förutsättes av Undén, Sakrätt II: 1 s 12, är ovisst).

löste, återkomma vi strax till, sådant det gör sig gällande i praxis. Beträffande anknytningspunkter i lag för andelsföreställningar beträffande fastighet skall här ytterligare blott påpekas, att ända fram till den lika arvsrättens införande 1845 en arvinges andelsrätt kunde vara olika i lös och i fast egendom och olika i olika fastigheter (i ett eljest under stadsrätt lydande bo ingick t. ex. en fastighet på landet, som ju skulle ärvas efter landsrätt, ÄB 2: 1).

Är då icke åtminstone idén om »obundna» (förytterliga) ideella andelar i fastighet redan före skifte absolut oförenlig med lagens tillåtelse för delägarna att, om de voro ense och ingen var omyndig, skifta efter behag? Detta kan icke bestämt påstås. Ett förfogande från en delägares sida beträffande en dylik tänkt andel skulle visserligen i någon mån binda denna andel och därmed inskränka skiftesfriheten, men lagen sade ju icke direkt, att delägarna vid skiftet *skulle* stå med obundna händer. Skulle då icke alltför kaotiska förhållanden ha kunnat inträffa genom dylika andelsförfoganden? De måste otvivelaktigt, i den mån de erkändes, ha medfört en del olägenheter, men ett visst skydd fanns i lagens bördsrättsregler och i ÄB 12: 7, såframt den där stadgade lösningsrätten ansågs tillämplig före skifte (jfr ovan). Om än en samäganderättsliknande uppfattning beträffande fast egendom i boet (ett antagande av »obundna» andelar) förefaller oss oförnuftig, var den dock av lagen icke direkt omöjliggjord.

C. Att till en början hela problemet befann sig i ett svävande läge, har redan tidigare antytts. Skilda tendenser torde ha gjort sig gällande, och det synes, som om bland dessa även tendenser till ett räknande med andelar i fast egendom före skifte varit ganska starkt representerade. Utom de ovan berörda tänkbara anknytningspunkterna i lagen kan man peka på vissa andra faktorer, som kunna tänkas ha verkat i dylik riktning.

De olika fastigheternas regelmässiga rättsliga fixering icke primärt som vissa bestämda markområden utan som vissa i jorda- och skattetal (öresland, mantal o. s. v.) uttryckta ideella enheter bör för tanken ha underlättat fastigheternas omedelbara ideella klyvning efter kvotdelar, d. v. s. underlättat en föreställning om att, därest en arvlåtare efterlämnade 1/2 mantal i ett

hemman och tre söner, dessa i princip omedelbart ärvde var 1/6 mantal (ehuru någon av dem sedan kunde lösa in de andras andelar).

En omständighet bör vidare framhållas, som torde ha verkat i riktning mot en direkt överföring på fastighet i kvarlåtenskapen av de andelar, som arvingarna hade i boet som helhet (vi röra oss här tills vidare med en rent formell andelsföreställning, vars reella innebörd blir en senare fråga). Lika väl som det med en viss grad av fog kan sägas, att det i dödsbon med stor behållning och en myckenhet egendom av skilda slag förefaller naturligt med ett system med fria skiftesmöjligheter och ligger ganska nära till hands att betrakta det som det mest sakenliga med andelar för de särskilda arvingarna endast i hela massan, så att arvsrätten framför allt ter sig som ett anspråk på ett visst förmögenhetsvärde, lika tydligt är, att vid annan sammansättning av kvarlåtenskapen ett annat betraktelsesätt kan ligga psykologiskt nära. Detta torde äga sin tillämpning just på landsbygdsförhållandena, särskilt något längre tillbaka. I bondeklassen behärskades kvarlåtenskapen helt av den fastighet, som i och med dödsfallet skulle gå i arv; den övriga egendomen spelade mindre roll och tedde sig åtminstone ekonomiskt huvudsakligen som tillbehör av olika slag. Detta har sannolikt så att säga suddat ut gränserna mellan tanken om andel i hela kvarlåtenskapen och andel i själva fastigheten.[6] För det folkliga rättsmedvetandet kan det mycket väl ha förefallit naturligt att formellt låta arvingarnas totalandelar tillika direkt referera sig till fastigheten, vad man nu sedan må ha tänkt för reellt innehåll i denna andelsrätt.

Åtskilliga tecken tyda i själva verket på att det tidigare funnits en ganska allmänt spridd folklig uppfattning, att varje arvinge i och med arvlåtarens död förvärvade en bestämd ideell andel i efterlämnad fast egendom, låt vara att mycket vaga föreställningar säkerligen rått om en sådan andelsuppfattnings rättsliga konsekvenser. Den synes dock komma till uttryck i vissa förfaringssätt vid ordnande av arvfallen fastighets ställning. Om fastigheten skulle bevaras på en hand, väntar man måhända, att

[6] Jfr Heusler II s. 538 rörande vissa i äldre germansk rätt förekommande föreställningar, vilka här förtjäna att andragas till jämförelse, ehuru de på grund av att de tillhöra ett annat kulturstadium bära en delvis annan prägel.

detta alltid skulle ha skett så, att i arvskifte en av arvingarna fick fastigheten sig tillskiftad (detta behövde naturligtvis icke utesluta andelsuppfattningen, utan denna behövde blott yttra sig i att detta tillskiftande fattades som en överlåtelse av de andras andelar). Denna formella väg för sakens ordnande har emellertid icke varit den enda och åtminstone tidvis sannolikt icke heller den vanliga. I varje fall pekar förekomsten av andra tillvägagångssätt än det nyss berörda hän mot den förmodade folkliga andelsuppfattningen just därigenom att de synas bygga på åskådningen, att fastighetens samlande på en hand genom utlösning av medarvingar är ett i princip särskilt, i förhållande till arvets primära uppdelning sekundärt förfarande. Redan den bakom ordet utlösning liggande föreställningen torde för övrigt, om än på ett synnerligen vagt och obestämt sätt, innesluta en svag tendens i sagda riktning.

Ett formellt förfaringssätt, som dels markerade en primär uppdelning av den arvfallna fastigheten i kvotdelar och dels såsom något särskilt framhävde den därpå följande utlösningen skulle naturligtvis teoretiskt kunna tänkas inom en arvskiftes-handlings ram, nämligen så, att först delägarnas kvotdelar fastslogos och sedan överenskommelsen om utlösen återgavs. Det är möjligt att det ibland förekommit handlingar, som stiliserats på detta sätt. Säkert är i varje fall, att man längre tillbaka ofta använde sig av en annan, i detta sammanhang betydelsefull metod för fastighetens samlande på en hand, nämligen fristående överlåtelse i köpets form av alla andelar utom köparens, varvid överlåtelsen ibland skedde i en handling, ibland i särskilda handlingar för de särskilda andelarna; överlåtelserna lagforos sedermera (märk, att ända fram till 1875 arv *ej* grundade lagfartsskyldighet).[7]

[7] Ex. på dylika överlåtelser hos Malmström, Villkor I, kap. II flerstädes. Ytterligare ex. äro lätta att finna i äldre lagfartsprotokoll. Här må blott hänvisas till några på måfå valda ex.: Ulleråkers härads lagfartsprot. $^{27}/_{5}$ 1782, § 5, $^{1}/_{6}$ 1798, § 5, $^{27}/_{1}$ 1801, § 1; Oppunda härads lagfartsprot. $^{26}/_{2}$ 1804, § 8, Askers härads lagfartsprot. $^{19}/_{3}$ 1802, § 33, $^{21}/_{9}$ 1803 sub 12:o et 13:o. Ex. på överlåtelse i köpform av alla andelar (utom köparens) i en enda handling i Oppunda härads lagfartsprot. $^{18}/_{10}$ 1803, § 44. Jfr även följande handling ur Askers härads lagfartsprot. $^{9}/_{3}$ 1807 (Egeby): »Efter förrättat värdie, träffad överenskommelse och vid lovl. Häradsrätten skedd lottning, om ägande rätten av — — —, hava undertecknade avl. Eric Nilssons där-

Överlåtelser av dylikt slag föregingos säkerligen långt ifrån alltid av något formellt arvskifte, som fixerade vissa kvotdelar för delägarna i fastigheten; dessa kvotdelar ansågos ändock givna.[8] I andra fall hade kanske före försäljningen skett ett formellt arvskifte med matematisk ideell uppdelning av fastigheten[9] — stundom, synes det, i form av kombinerad bouppteckning- och arvskifteshandling[1] — men även om så skett, finnes ju anledning att fråga, varför man då valt denna formella omväg, om ej andelstanken beträffande fastigheten varit en levande psykologisk realitet.[2] Lagens bestämmelser hindrade ju icke, att man med undvikande av alla idéer om en primär uppdelning av fastigheten i andelar gjorde upp allt direkt och på

---

städes sterbhusdelägare försålt, som vi ock genom detta öppna salubrev försälja och avstå till lottägande brodern drängen — — — 3/4 i förnämnde 1/4 skatte hemman — — —.» Även här alltså ej arvskiftesform utan försäljning av de avståendes andelar (ej hela fastigheten), åtföljd av sedvanlig lagfart som vid köp. Kumla härads lagfartsprot. 6/3 1810, § 19, innehåller köpebrev 11/5 1778 till medarvinge ang. samtliga övrigas »ärfteliga andelar» i Skogaholms säteri.

Jfr även Norell s. 295 samt SJA XXI s. 356, XXIII s. 317, XXIV s. 58. I SJA XIV s. 244 talas om en »arvsförening» om utlösningen, men på de utlösta andelarna söker sedan förvärvaren lagfart, vilket visar, att det hela fattades som en köpliknande överlåtelse.

[8] Jfr rättsfallet SJA XIII s. 109 (forts. och slut i XIV s. 258). Överhuvud var ju känslan för nödvändigheten av ett formellt upprättat arvskifte tidigare icke fast rotad. Jfr Nya lagberedningens förslag till förordning ang. tioårig och tjuguårig hävd (1880) s. 68. Man kommer här i beröring med problemet om arvskiftes form. Jfr härom Lind i Festskrift tillägnad Marks von Würtemberg 1931.

[9] Jfr NJA 1877 s. 525.

[1] Jfr Sellander, Brefställare s. 15 ff. samt SJA X s. 476, XXVII s. 70 f. Om samma karakteristik träffar in på fallet SJA XIV s. 244 är ej av de inledande orden i referatet klart, men fortsättningen av målet synes visa, att så ej är händelsen. Nehrman, ÄB, säger endast (s. 151), att skifte ofta sker »strax efter uppteckningen, och av samma personer».

[2] Naturligtvis kan omvägen i vissa fall ha berott på att man velat förrätta arvskifte, ehuru man ännu ej kommit överens om att någon skulle lösa ut de andra, och så långt senare kommit fram till en överenskommelse härom. Jfr NJA 1901 s. 446 under IV. Dock hade man ju kunnat låta fastigheten t. v. förbli oskiftad. -- Det kan också tänkas att utlösningen icke kunde genomföras annat än efter successiva avtal, men i så fall måste en köpkonstruktion ha legat nära till hands. — Jfr till här berörda frågor SJA X s. 139, 471.

en gång såsom en ren skiftesfråga inom arvskiftets formella ram. Så snart enighet rått om att en av delägarna skulle övertaga fastigheten, borde man alltid ha gått denna senare väg, därest den uppfattningen verkligen hade varit den inom det folkliga medvetandet helt förhärskande, att arvingarnas andelar blott hänförde sig på tillgångarna betraktade som en enhet.[3] Om man förväntat, att den övertagande arvingen i dylikt fall skulle ha ansetts ur rättslig synvinkel ha åtkommit hela fastigheten genom arv, borde man i denna metod ha sett en möjlighet att slippa lagfart och därmed förbundna kostnader.

Det är intressant att iakttaga, att det ännu 1871 av en underdomare på landet vitsordas, att uppfattningen av medarvingars utlösen ur fastighet såsom ett slags köp allmänt ligger till grund för tillvägagångssättet vid arvskiften bland allmogen.[4]

I detta sammanhang bör man erinra sig den rätt långt fram i tiden kvardröjande, kända tendensen — som väl särskilt gjorde sig gällande på landsbygden — att anse, att om arvskifte skulle ske det principiellt riktiga sättet att skifta var, att en boets fastighet fördelades på alla delägarna med en kvotdel för var och en, i storlek motsvarande hans arvsrätt i det hela.[5] En hypotes, som icke här närmare kan fullföljas, är att sammanställa detta med de länge spridda föreställningarna om arvskiftet icke som ett avtal utan som ett slags delningsförrättning; en sådan borde ju följa vissa strikta normer och kunde lätt beträffande sådana tillgångar som en fastighet tänkas böra vara en blott deklarativ akt, som konstaterade de i fråga om fastigheten föreliggande andelsförhållandena.[6] Må vara, att avvikelse

---

[3] Jfr beträffande äldre andelsuppfattning även de i KBr 2 mars 1758 (Jusleen II s. 476) refererade omständigheterna (det närmare formella förfarandet vid arvsdelning och utlösen framträder dock ej där).

[4] C[las] Li[vijn] i NT 1871 s. 64. — Jfr i detta sammanhang även det i NJA 1908 s. 524 omnämnda arvskiftet, ehuru situationen där var av speciellt slag.

[5] Jfr härom även i det följande. Så voro ju också regelmässigt de i litteraturen förekommande arvskiftesformulären uppställda. För äldre tid se t. ex. Funck s. 121 ff., Sellander, Brefställare s. 11 ff.

[6] Om brytningarna mellan uppfattningarna av arvskiftet som förrättning av de i lagen omnämnda gode männen eller som avtal mellan delägarna med gode männen blott som vittnen se Lind, a. a., med hänvisningar. — Till den i texten antydda hypotesen jfr Heikonen II s. 228.

från dessa kunde göras; då anmälde sig emellertid frågan, om denna avvikelse var ett egentligt skifte och ej principiellt ett särskilt, ytterligare tillkommande moment av avtalskaraktär, vars förbindelse med själva skiftet kunde vara mer eller mindre lös.

Den genom förhållandena förklarliga tankegång, som lät andel i boet eo ipso betyda andel i fastigheten, synes även i någon mån framskymta vid åtskilliga av de i äldre tid vanliga transaktioner, genom vilka gårdens övergång till en ny generation ordnades redan i den gamle gårdsbrukarens livstid.[7] Kanske vanligast skedde detta i den formen, att gården av gamle ägaren direkt överläts till ett av barnen; därvid brukade emellertid mången gång bestämmas viss gottgörelse omedelbart till medarvingarna för deras potentiella lotter i gården eller konstateras, att sådan gottgörelse lämnats (ibland säges utlösen avse arvsrätten i fastigheten, ibland all arvsrätt i löst som fast, men det är icke säkert, att någon verklig olikhet avsågs; jfr de ovan antydda synpunkterna om fastighetsandel och andel i hela boet).[8]

[7] Vid en närmare undersökning av dylika familjetransaktioners genomförande torde man f. ö. ganska långt fram i tiden kunna spåra vissa kvarlevor av en äldre åskådning, för vilken arvingarna framstodo som ett slags meddelägare redan under arvlåtarens livstid. Om sådana åskådningar i äldre tid jfr Bergman i Nordiska Historikermötet i Göteborg 5—7 juli 1923 s. 35 ff., ovan s. 23 not 6.

[8] Jfr Malmström, Villkor I s. 45 f. med not 44, 49 med not 52. Jfr även SJA I s. 454, IV s. 147, XIII s. 109. Som ex. på en överlåtelsehandling må här ur Askers härads lagfartsprot. 8/2 1803 anföras följande handling av den 28/2 1802: »Undertecknade göra vetterligit det vi emot förbehållit undantag efter träffad överenskommelse och fördelning emellan våra mågar och döttrar, som ett å denna dag fastställt undantags- och köpekontrakt omständeligare utvisar, hava upplåtit, samt härigenom överlämna och avstå till vår måg och dotter Anders Persson samt dess hustru Anna Andersdotter uti Flingeboda ägande- och besittningsrätten till hälften av ärvda och bördköpta 1/3 skatte hemman Mahlgräfva — — — för ett emellan delägarna antagit värde därå till 5000:de daler eller 277 rdr 37 sk. 4 rst. riksgälds mynt vilka 277 rdr 37 sk. 4 rst. de få för sin arvsrätt i våra hemmansdelar innehava och behålla. Vi avhända fördenskull oss samt våra övriga barn» etc. Se även t. ex. Kumla härads lagfartsprot. 19/10 1807, nr 9: köpebrev 1807, varigenom makar till son försälja fastighet mot undantagsförbehåll och lösen till måg; ib. 21/10 1808, § 7: föräldrar sälja till son hemmansdel för 277 rdr 37 sk. 4 rst. riksgäldsmynt, »vilka medel efter särskilt överenskommelse och författad skriftelig avhandling är till vår dotter Stina Greta tilldelt 55 rdr 26 sk. 8 rst. då köparen har sin andel härutinnan beräknad med 222 rdr 10 sk. 8 rst. samma mynt» (därjämte undantagsförbehåll

Det förekommer emellertid också ett sådant ännu mera som »anteciperad arvsföljd»[9] framträdande förfarande, att den gamle ägaren överlät gården »till arvs» åt barnen, som sedermera genom inbördes överlåtelser av sina andelar (ej i form av skifte) bestämde det slutliga innehavet.[1]

Det skall självfallet icke här hävdas, att den folkliga andelsuppfattning, varom ovan talats, under någon viss period varit allenarådande hos den svenska allmänheten men att den existerat och varit ganska spridd torde icke kunna förnekas. Ur sagda andelsuppfattning får man emellertid icke utan vidare utläsa någon klar mening om den enskilde arvingens rättsställning med avseende å hans tänkta andel i fastighet i boet. Med hänsyn härtill har i det föregående talats om en i och för sig blott formell andelsföreställning.[2] Tanken i fråga skulle t. ex. kunna ha varit en psykologisk realitet, även om lagen hade innehållit regler, som direkt förhindrat förfoganden över dylik andel till förmån

m. m.); Rödöns tingslags lagfartsprot. 11/10 1802, § 7; Övertorneå tingslags lagfartsprot. 5/4 1802, ärendet ang. 1/6 mtl Pellika i Pajala; Råneå tingslags lagfartsprot. 12/10 1802, ärenden ang. 47/128 mtl Rånbyn nr 10 och 13/64 mtl Rånbyn nr 9 (som sålts till son mot lösen till syskon »för deras i fastigheten, som utom börd icke föryttras finge, ägande arvelotter» jämte förgånga).

Ibland skedde försäljning under livstiden men med bestämmelse om tillträde och erläggande av utlösen till medarvingar först efter säljarens död, se t. ex. SJA XXIV s. 52, eller föreskrift om tillträde tidigare men köpesummans (utlösningssummans) betalning och fördelning först vid säljarens död, såsom i handling, intagen i Ljusdals härads lagfartsprot. 22/5 1802, § 45.

[9] Jfr Rühl, Antizipierte Erbfolge (Rvergl HWB).

[1] Malmström, Villkor I s. 46, 49. Jfr t. ex. Askers härads lagfartsprot. 16/3 1802, § 7, köpebrev 23/12 1801, varigenom Eric Larsson och h. h. till sin broder och h. h. sälja »vår ärfteliga andel som är 1/8 efter helt räknat» i ett rusthåll. Föräldrarna voro ännu i livet och om deras undantag hänvisas till särskilt köpekontrakt. Se också samma prot. 16/2 1808, nr 10. Jfr även den transaktion, som beskrives i Holmbergson, Historisk och analytisk utredning af juridiska begrep. H. säger där (s. 4) att transaktionen, »fastän under antagen form av köp», är »en disposition om samtliga arvingarnes rättigheter i hemmanet». Jfr vidare SJA XVI s. 462, NJA 1891 s. 505. — Om än beteckningen »anteciperad arvsföljd» motsvarar den folkliga uppfattningen och transaktionernas socialt-ekonomiska funktion, betraktades de dock i juridiskt hänseende icke såsom varande av arvskaraktär. Jfr utom sist anf. rättsfall Malmström, a. a. s. 46 not 45, SJA IV s. 147 (HD:s dom) och ur finländsk praxis Serlachius, Samling s. 163.

[2] Ovan s. 84.

för annan än medarvinge. Men när nu lagen saknade ett allmänt förbud mot förfoganden och man var förtrogen med tanken om andelens överlåtande till medarvinge, måste det ju ha legat nära till hands att fråga, om då icke överlåtelse kunde ske till utomstående, självfallet med de inskränkningar, som följde av (ÄB 12: 7 och av) bördsrättsreglerna.[3] Just nu nämnda regler utgjorde ju skydd mot alltför svåra följder av en samägande-rättsliknande andelsuppfattning beträffande fast egendom i ett ännu oskiftat dödsbo.

D. Att den juridiska litteraturen under 1700-talet och förra delen av 1800-talet är föga upplysande beträffande de spörsmål, som här intressera oss, torde den tidigare framställningen ha visat. Vad 1700-talets rättspraxis angår, har det icke varit möjligt att inom ramen för denna undersökning, vars tyngdpunkt ligger på andra håll, genomföra de synnerligen tidskrävande forskningar, som ensamma skulle kunna ge besked om 1700-talspraxis, därest nu denna över huvud kan tänkas ge bestämt besked i viss riktning. Nöjer man sig med att fullfölja de i det föregående givna uppslagen genom att studera äldre 1800-talspraxis, sådan denna framträder i tryck (framför allt genom SJA), vinner man bekräftelse på att andelskonstruktioner förekommit beträffande fastighet i ännu oskiftat dödsbo — ehuru de icke varit alldeles allenarådande — och man ernår vissa bidrag till frågan om de antagna andelarnas innebörd.[4]

Parentetiskt må anmärkas, att delvis likartade problem gjorde sig gällande i fråga om giftorätten i fast egendom. Även där fanns en legal anknytningspunkt för en andelskonstruktion i så måtto, att giftorätten ju ej avsåg makarnas totala egendom som en enhetlig massa utan, vad fast egendom angår, på landet sträckte sig blott till fastighet, förvärvad under äktenskapet, och ej till fastighet, som ärvts eller före äktenskapet förvärvats. Andelsfrågan beträffande giftorätt kan dock i det följande icke ägnas någon specialundersökning.

---

[3] Jfr Serlachius i FJFT 1890 s. 296.

[4] Det bör påpekas, att även det tryckta materialet till en viss grad är svårt att uppspåra, då de här relevanta frågorna kunna dölja sig i rättsfall, som handla om en hel rad olika ämnen och icke säkert återfinnas under ett begränsat antal lättfunna registerrubriker.

De andelskonstruktioner, som framträda i 1800-talets äldre praxis, visa sig i olika speciella sammanhang och få icke utan vidare sammangjutas till en enhetlig och konsekvent åskådning. Helt allmänt kan man endast säga, att praxis i betydande utsträckning räknat med bestämda kvotdelar i en boets fastighet redan före skifte. Särskilt synes detta ha varit fallet, om tecken förelegat på att arvingarna själva utgått från en sådan uppfattning, men i många fall har man även utan dylik speciell grund byggt på en andelskonstruktion. Många gånger har frågan om andelarnas »bundna» eller »obundna» karaktär icke blivit aktuell, men i en del fall har man tydligen räknat med principiellt »obundna» andelar och därmed givit uttryck åt en mera markerad samäganderättstendens beträffande fast egendom.

Inledningsvis skall påpekas, att man av allt att döma i äldre lagfartspraxis helt accepterade och respekterade de tidigare berörda metoderna att ordna successionen till en fastighet så, att en arvinges utlösning av de andra tog gestalten av överlåtelser i köpform av dessa andras kvotdelar, utan att man tyckes ha ansett dessa kvotdelars fixerande i ett regelrätt arvskifte som en oundgänglig förutsättning för överlåtelserna. För riktigheten av det nu sagda talar materialet från de stickprov ur äldre lagfartsprotokoll, huvudsakligen från 1800-talets början, som ovan använts för att belysa folkliga överlåtelsesedvänjor.[5] Något hävdande av ett formellt arvskiftes nödvändighet och något kontrollerande av dess förefintlighet såsom förutsättning för förfogande över fastighetsandel spårar man där icke, ehuru de talrika särskilda lagfarterna av andelsöverlåtelser kunde tyckas ha givit anledning därtill. I många fall hade skifte med formellt fixerande av kvotdelar sannolikt icke föregått. Man kan icke förneka möjligheten av att i andra fall ett sådant formellt skifte ägt rum, men om så skett eller ej, synes i varje fall icke ha intresserat domstolarna. Såvitt nyssberörda material utvisar, ha dessa aldrig krävt skiftes företeende, när arvingar överlåtit kvotdelar i fastighet, vilka svarade mot arvsrätten i det hela.[6]

[5] Ovan s. 85 ff.

[6] Visserligen synes någon uttrycklig föreskrift om att vid lagfart förre ägarens åtkomst skulle styrkas och i protokollet antecknas icke ha förelegat förrän i och med KFkl 14 maj 1805 (jfr Malmström i Minnesskrift ägnad 1734 års lag I s. 118), men det förefaller, som om domstolarna ändock bort

Nu förekom ju också, att man ordnade utlösningen av medarvingarna på en gång och i en handling, om man nu sedan kallade denna arvskifte eller lät den gå under namnet »förening» mellan arvingarna eller dylikt. Emellertid skall i det följande påvisas, att man även på juridiskt håll finner den uppfattningen starkt förankrad, att ett dylikt förfarande innebar icke så mycket ett skiftande i en senare tids mening som fastmera en verklig försäljning av de utlösta arvingarnas andelar i fastigheten.[7] [8]

reagera mot andelsförsäljningar, om de haft den allvarliga och inbitna meningen, att andelar före skifte ej existerade, och misstänkt, att formellt skifte, som fastslog kvotdelarna, ej ägt rum i många fall. F. ö. synes ingen förändring i detta stycke ha skett i tiden närmast efter 1805, att döma av det material, som här rådfrågats.

[7] Ett gott ex. på en dylik »förening» erbjuder Ulleråkers härads lagfartsprotokoll 4 febr. 1797, § 10 (förut ur andra synpunkter berört av förf. i Villkor I s. 55 f., där emellertid föreningen ej fullt exakt benämnes köpebrev). HR:n prövar i samband med uppbudet skäligt bifalla »försäljningen av omyndiga Nils' och Annas obesutna andelar i hemmanet» och konstaterar, att förvärvaren åtkommit fastigheten dels genom arv efter sin fader, dels genom sina syskons utlösen. För vidare belägg på translativ konstruktion se nedan i texten.

[8] I anslutning till exemplet i föregående not kan det ha sitt intresse att med några ord beröra situationen, när omyndig hade del i dödsbo. Enligt ÄB 12:4 skulle arvskifte då ovillkorligen ske genom lottning, varvid naturligtvis förutsattes, att de olika lotterna i överensstämmelse med de legala delningsnormerna gjorts likartat sammansatta, så att på varje lott kom andel i fast egendom, därest sådan fanns i boet (därför naturligtvis, om flera fastigheter funnos, ej nödvändigt ideell andel i alla). För omyndig var därigenom rätten till del i boets fasta egendom av lagen särskilt omgärdad, vilket förhållande ju närmast måste ha varit gynnsamt för andelsteorier (åtminstone modifierade sådana, som vid flera fastigheter i boet ev. hänförde andelen till all den fasta egendomen som en enhet). Skulle efter ett så verkställt skifte den omyndiges fastighetsandel övertagas av medarvinge, fick transaktionen uppenbarligen karaktären av överlåtelse av fast egendom, och kravet på domstolens samtycke i ÄB 22:3 och JB 4:8 blev omedelbart tillämpligt. Winroth anser (Sv. civilrätt IV s. 199), att ett samtycke från domaren däremot icke kunde dispensera från kravet på lottning vid arvskiftet (jfr Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 111). Det torde dock stå fast, att det icke varit omöjligt för dödsbodelägarna att före skifte gemensamt sälja boets fastighet eller i skifteshandlingen låta medarvinge övertaga fastigheten, blott domstols samtycke inhämtades (jfr utom föreg. not SJA IV s. 143). När nu något direkt lagstadgande icke fanns, gick det ju mycket väl för sig att, fullföljande andelstanken, säga, att domstolens samtycke erfordrades för överlåtelse just av den omyndiges kvotdel i fastigheten, som i detta fall kunde tyckas utgöra det »fasta arv», varom JB 4:8 talade.

Vad så angår den i SJA framträdande rättspraxis, kan nedanstående exempel förtjäna att anföras, ehuru principfrågan där närmast gällde reglerna om makars egendom.

I fallet *SJA XIV s. 244* var situationen följande. A och hans hustru B hade 1833 erhållit fasta till hälften vardera å en fastighet om 1/8 mtl, varav B efter sin fader ärvt 1/54 mtl och båda makarna under äktenskapet inlöst resten av B:s syskon (grunden till att de fått fasta till hälften var framgår ej). Efter B:s frånfälle synas dödsbodelägarna själva utan vidare ha betraktat 1/16 mtl som makarnas tre döttrars mödernearv. Genom en »arvsförening» mellan A och de omyndiga döttrarnas skyldemän, godkänd av rätten, fick A på vissa villkor lösa till sig ifrågavarande 1/16 mtl, varefter A sökte och erhöll första uppbudet däråa. En morbror till barnen stämde så A och ville lösa sagda 1/16 mtl i börd såsom mödernearvejord. Detta bifölls i alla instanser. Den segrande uppfattningen, som knappast torde ha ha byggt blott på den formella förklaringen om hälftenrätt vid A:s och B:s gemensamma fasta, framträder icke fullt klart utformad men får en principiell belysning genom motsättningen till den av NRev samt minoriteter i HovR och HD förfäktade meningen, att efter B:s frånfälle icke genom behörigt arvskifte blivit bestämt, vad barnen skulle ha i fastighetsarv, och att därför »arvsföreningen» innefattade ett bestämmande till beloppet av barnens mödernearv och icke något så beskaffat köp om arvejord, varom JB 5:1 talade.

Av intresse äro också åtskilliga andra avgöranden, som hänföra sig till tillämpningen av vissa med det s. k. arvejordsinstitutet förknippade regler — regler, vilka på sätt förut antytts delvis bildade naturliga anknytningspunkter för andelskonstruktioner.[9]

[9] Jfr ovan s. 82 f. I samband med olika faktorer, som indirekt kunna tänkas ha bidragit att åtminstone i någon mån befordra andelskonstruktioner, bör man kanske erinra också därom, att vid bördsrättens utövande jämnskylda kunde uppträda med bördsanspråk och att då icke någon av dem hade ovillkorligt företräde utan i stället enligt JB 6:3 broder skulle lösa broders lott och syster systers lott, alltså en kvotdelning ske (om fastigheten ej kunde delas, skulle dock den lösa, som hade största delen, och voro delarna lika, skulle lottning tillgripas, allt naturligtvis i brist på åsämjande). Analogt med det sagda synes man ha ansett, att om flera jämnskylda personer yrkade att få lösa borttestamenterad bördköpt jord lösningsrätt tillkom var och en av dem till så stor kvotdel, som motsvarade hans arvsrätt. Se SJA XXIII s. 317, särskilt NRev och JustR Alexanderson (majoriteten ansåg lösningspåstående icke framställt i stämningen och tog därför icke ställning till den berörda frågan). — Även när arvejord såldes till *bördeman,* kunde med köparen jämnskylda bördemän göra bördsrätt gällande och tilltvinga sig lösen av så stora lotter, som svarade mot deras tänkta arvslotter. Lagstödet utgjorde även här JB 6:3. Se KM:ts utslag 15/9 1756 (Jusleen II s. 438 f.), Schrevelius, Civilrätt III (1 uppl.) s. 392, Bäckström

I den mån utlösen av medarvingar oberoende av formen betraktades såsom köp eller i allt fall en med köp likartad överlåtelse, borde det följdriktigt anses, att de utlösta arvingarna avyttrat dem tillhörig arvejord, för vilken dessas arvingar i sin tur borde kunna påkalla vederlag. Att så skulle ske, stadgades nu uttryckligen i ÄB 17: 2, som därmed på ett naturligt sätt kunde inpassas i ett på andelstanken uppbyggt system.[1] Man kan då fråga, hur situationen bedömdes, när arvingarna gemensamt överlåtit en deras oskiftade fastighet till en utomstående. Även där gjorde sig andelsuppfattningen gällande.

Detta framgår av ett mål, avdömt av HD 1844 och refererat i *SJA XIV s. 490*. Broder och syster hade gemensamt år 1816 ärvt en avliden syster, och i boet hade ingått en fastighet, som de sedan — utan föregånget arvskifte — tillsammans sålt till en främmande person. I målet antogs, att brodern haft en andel i fastigheten på $^2/_3$ (i HovR:ns av HD fastställda dom talas direkt om broderns åtkomst till $^2/_3$ i fastigheten och om hans ärvda men sedermera försålda fastighetslott), vilken andel räknades som hans arvejord, för vilken hans arvinge utan hinder av däremot stridande testamente skulle ha vederlag enligt ÄB 17: 2 och KFkl 23 mars 1807 p. 5. Till ytterligare belysning av förhållandena må anföras ett något annorlunda beskaffat rättsfall, där även giftorätten spelade in, nämligen *SJA XXVI s. 363*, där det i NRev:s av HD gillade betänkande (avgivet 1853) heter: »Som, vid det förhållande, att arvskifte efter kofferdiskepparen Erik Thorslund icke finnes hava ägt rum, antagas måste, att vid hans år 1829 inträffade död änkan Johanna Thorslund i giftorätt, enligt då gällande lag, ägt $^1/_3$ och deras enda barn Johan Peter Thorslund i arv erhållit $^2/_3$ av all boets gemensamma egendom och sålunda även av den under äktenskapet inköpta skogslott Strandskogen nr 6, vilka $^2/_3$ av skogslotten vid Johan Peter Thorslunds frånfälle år 1831 övergått i arv till Johanna Thorslund och följaktligen därefter såsom arvejord icke lagligen kunnat av henne, på sätt som skett, bortgivas, — — — alltså» skulle vederlag utgå vid Johannas död för dessa $^2/_3$ (tvist mellan hennes arvingar och testamentstagare).[2] Fallet ställer

i FJFT 1923 s. 373 ff., af Hällström i Minnesskrift ägnad 1734 års lag II s. 253 f. En person ansågs sålunda icke av en med honom jämnskyld kunna utestängas från delaktighet i jorden efter måttet av sin tänkta arvsrätt (man betraktade det alltså icke som nog, att bördsrätten bevarade jorden inom släkten); han kunde påfordra den lott, *som han eljest skulle ha ärvt* (jfr Tengwall, Bördsrätten s. 3, 49).

[1] Stadgandet har berörts redan ovan s. 82 f. Jfr även ett rättsfall hos Norell s. 291 ff. — Jfr också af Hällström i Minnesskrift ägnad 1734 års lag II s. 267 (»vidare när arvinge i arvskifte avstått sin andel i arvejord till medarvinge»).

[2] Här må hänvisas också till ett fall i SJA XXI s. 336, där de i detta sammanhang intressanta omständigheterna voro följande. En man, som

dock knappast saken riktigt på sin spets, då man ju ej vet, om ett arvsfång för Johan Peter Thorslund skulle ha ansetts föreligga vid faderns död beträffande $^2/_3$ i fastigheten, även om skifte sedermera hade upprättats och änkan däri fått hela fastigheten sig tillskiftad; hade man icke ansett detta, hade man emellertid i själva verket — om man samtidigt vidhållit tanken i NRev:s nyss citerade betänkande — låtit skiftet få ett slags retroaktiv effekt. (Att under alla förhållanden, därest skifte skett och änkan däri fått fastigheten, denna till ingen del i hennes hand hade varit arvejord i egentlig mening är tydligt, men detta är en annan sak.)

Om de utlösta arvingarna ansågos ha avhänt sig arvejord, borde omvänt den övertagande arvingen ej anses ha fått hela fastigheten genom arv utan blott sin beräknade kvotdel däri.

---

enskilt ägde ett hemman om $^1/_4$ mtl, hade i inbördes testamente förordnat, att hans hustru efter honom skulle i sin livstid inneha $^1/_{16}$ mtl som undantag. Arvskifte efter mannens sedermera inträffade död synes ej ha skett. Sedan även hustrun dött, uppstod en invecklad rättegång, berörande bl. a. även rätten till fastigheten. HR:n ansåg, att då mannen ej gjort annat förordnande om fastigheten än angående hustruns undantag, äganderätten till hela fastigheten vid mannens död övergått på hans arvingar på det sätt, att en syster A fått $^1/_{12}$ mtl, en brorson B $^1/_{12}$ mtl och den sistnämndes systrar C och D vardera $^1/_{24}$ mtl. När nu hustrun i livstiden av A köpt hennes andel, av B $^1/_{16}$ mtl och av vardera C och D $^1/_{32}$ mtl, hade hustrun vid sin död enligt HR:n ägt $^5/_{24}$ mtl, ehuru hon fått fasta endast å $^3/_{16}$ mtl, och B hade haft kvar $^1/_{48}$ mtl samt C och D vardera $^1/_{96}$ mtl. LagmR:n hade samma uppfattning. HovR:n ansåg, att A aldrig sålt $^1/_{12}$ mtl, som underdomstolarna ansett, utan blott $^1/_{16}$ mtl (ej sin andel i hustruns undantagsdel), varför HovR:n förklarade, att A skulle tillgodonjuta $^1/_{48}$ mtl och att hustrun vid sin död ägt blott $^3/_{16}$ mtl. På samma linje gingo NRev och HD.

Jfr vidare till här berörda frågor SJA VII s. 440 (jfr V s. 442), XIX s. 288, XXVI s. 348, XXIX s. 101. Jfr också ur finländsk 1800-talspraxis ett fall, i följande form återgivet hos Serlachius, Samling s. 164: Emedan utretts att S tillika med sina samarva efter sin fader ärvt R rusthåll, därav $^1/_5$ hade S tillfallit å hans arvslott, ty och då S icke ägt denna arvejord eller lösen för densamma bortgiva genom testamente, upphävdes det klandrade testamentet, såvitt rörde sagda lösen, och ålades testamentstagaren att utgiva densamma, dock utan ränta, vilken lösen, enär ej visats att S:s utlösen för sagda arvsandel bestämts efter annan grund än det vid bouppteckningen efter S:s fader å fastigheten satta värdet, skulle efter sagda värde beräknas. — LagmR:n underkände testamentsklandret, enär icke utretts, huru och på vad sätt R rusthåll skiftats mellan arvingarna efter S:s fader, eller om och till vad del S erhållit anpart däri; och lät Åbo HovR, då ej utretts att något av fastighetens värde influtit i S:s bo, bero vid LagmR:ns dom, varemot Senatens justitiedepartement i dom 8 maj 1849 fastställde HR:ns utslag.

Resten borde betraktas som bördköpt jord (del, som övertogs från efterlevande make, kunde ev. tänkas bli avlingejord).[3] Sådana tankegångar påträffas nu också mycket riktigt i åtskilliga rättsfall ur äldre 1800-talspraxis. Detta sätt att resonera låg ur formella synpunkter synnerligen nära till hands, om först i arvskifte fastigheten fördelades i kvotdelar och ej förrän genom en efterföljande särskild transaktion — låt vara eventuellt omedelbart företagen — en av arvingarna löste ut de andra.[4] Emellertid synes uppfattningen i fråga icke ha varit strängt begränsad till fall, då någon uttrycklig kvotdelning genom formligt arvskifte först skett — en begränsning, som i många situationer nog också skulle ha verkat sakligt egendomlig.[5]

---

[3] Jfr Heikonen II s. 229 f.

[4] Jfr SJA XXIV s. 58.

[5] *Om* man godkände utlösen genom separata andelsförsäljningar utan föregående arvskifte, låg det i texten antydda betraktelsesättet ju formellt nära till hands även i dylika fall. Men då kunde det te sig egendomligt att tillämpa en helt annan regel, därest utlösningen ordnades i en arvskifteshandling, där fastigheten direkt tillskiftades en av arvingarna. Att i senare fallet den i texten antydda regeln var den rätta, antages av Olivecrona, Giftorätt (5 uppl.) s. 329, Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 167, af Hällström i Minnesskrift ägnad 1734 års lag II s. 262. Jfr Tengwall, Bördsrätten s. 27.

I SJA XXIII s. 308 förekommer ett fall, då en arvinge (Gölin Larsdotter) ärver 1/3 av en fastighet och får övriga 2/3 genom lottkastning för en i skriftlig avhandling bestämd lösningssumma å visst belopp för vart och ett av sina syskon. Om här skall anses föreligga ett formenligt arvskifte är oklart. Fastigheten ansågs till 1/3 vara arvejord och till 2/3 bördköpt jord. — Rättsfallet SJA XIII s. 109 (forts. i XIV s. 258) rör sig om den situationen, att en bonde dör och efterlämnar änka och sju barn, att i bouppteckningen anmärkes, att delning av hemmanet och lösöretillgångarna skulle företagas, när änkan och de omyndigas förmyndare funne sådan nödig, intill vilken tidpunkt änkan skulle få disponera boet till sitt och barnens bästa, samt att — utan att först arvskifte ägde rum, jfr LagmR:ns dom — sedermera en av sönerna av modern samt sina syskon resp. dessas målsmän köpte deras andelar i hemmanet. Domstolarna synas hela vägen betrakta detta som giltig överlåtelse just av andelar i fastigheten. Den av modern köpta andelen betraktas som avlingejord (hon ansågs ha åtkommit den genom köp), de av syskonen inlösta andelarna såsom bördköpt jord, och återstoden ansågs vara köparens egen ärvda andel och således arvejord i egentlig mening. På grund av olika uppfattning om storleken av moderns andel (1/2 eller 1/3) förekomma i rättsfallet olika beräkningar av kvotdelarnas storlek. Sonen-köparen hade sedermera genom en transaktion av blandad

Det har ovan betonats, att utlösen av medarvingar ur fastighet kunde ordnas på flera formellt olikartade sätt. Det är på sin plats att här beröra ett par frågor, som uppkomma i anknytning till det sättet för sakens ordnande, att i en arvskifteshandling fastigheten direkt tillskiftades en arvingarna mot erläggande av vissa belopp till de andra, övertagande av vissa skulder eller dylikt. Det har framgått, att man även beträffande dylika fall kan påvisa starka tendenser — om än kanske icke allenarådande — i riktning mot en translativ konstruktion av skiftet. Tolkningen av 1734 års lags regler om arvskiftes form ha som bekant varit föremål för olika meningar.[6] Försåvitt fast egendom ingått i skiftet, måste det emellertid ha legat nära till hands att oavsett tolkningen av stadgandet om skiftesformen kräva samma form iakttagen, som man krävde beträffande överlåtelse av fast egendom.[7] En sådan ståndpunkt var naturligtvis försvarbar, på vad sätt man än uppfattade skiftet, men den måste onekligen ha låtit sig särskilt väl inpassa i en translativ konstruktion av skiftet.[8] Frågans betydelse i detta sammanhang får dock icke överskattas, då man icke blott beträffande arvskifte utan även beträffande överlåtelse av fast egendom i äldre tid (åtminstone under 1700-talet) torde ha haft en tämligen liberal uppfattning av formbestämmelserna.[9] Med tanke på de motstridiga tendenser, som ofta uppenbara sig i äldre praxis, kan man icke heller helt utesluta möjligheten, att även den uppfattningen funnits representerad, att utlösen av medarvingar var ett speciellt slag

---

köp- och gåvokaraktär överlåtit hemmanet, och målet rörde den efter hans död av vissa hans arvingar väckta talan att utfå bortgivna arvejordsandelar och i börd lösa det övriga, i den mån så kunde ske. Det hela resulterade i komplicerade mantalsbråk. HovR:ns av HD fastställda dom innehöll, att av hemmanet, som var å $^{3}/_{8}$ mtl, $^{9}/_{64}$ mtl skulle avträdas i börd (referenten i HovR:n kom för sin del till att $^{153}/_{1280}$ mtl skulle avträdas i börd och $^{27}/_{1280}$ mtl avträdas utan lösen). Om liknande frågor jfr även SJA XVI s. 462, XXXI s. 552. — Att arvejordssystemet ofta ledde till ytterst komplicerade kvotdelsberäkningar är obestridligt. Jfr NJA 1876 s. 229, 1881 s. 531, af Hällström i Minnesskrift ägnad 1734 års lag II s. 277 not 2.

[6] Se härom Lind, a. a.

[7] Jfr Marks von Würtemberg i NJA 1908 s. 545, Lind, a. a. s. 375.

[8] Det bleve ju då fråga om en mera direkt tillämpning av regeln i JB 1:2.

[9] Jfr Almén, Auktion II s. 289 not 1. I samma riktning som Alméns belägg talar annat material. En närmare utredning härav måste dock anstå till annat tillfälle.

av translativt förvärv, icke utan vidare underkastat de för köp, byte och gåva givna formkraven.[1]

En annan fråga bör också här vidröras. I ett tidigare arbete har jag påvisat den omedelbara historiska bakgrunden till det 1810 införda, i andra stycket av JB 1:2 förefintliga förbudet mot återvinningsförbehåll vid köp och byte av fast egendom.[2] Det har därvid rört sig om ett vida spritt bruk särskilt bland allmogen att uppställa dylika förbehåll i samband med överlåtelser till medarvingar eller andra släktingar. I synnerligen stor omfattning har det därvid gällt överlåtelser, som materiellt haft arvskifteskaraktär, ehuru de framträtt i köpets form. Det är nu intressant att lägga märke till att det 1810 tillkomna lagstadgandet uteslutande talar om köp och byte men ej alls särskilt om tillskiftande i arvskifte, ehuru väl, om denna sistnämnda metod att formellt gestalta de åsyftade transaktionerna varit vanlig, förbehållen skulle ha ryckts in i arvskiftesinstrumenten och denna utväg då säkerligen skulle tett sig naturlig att beakta i lagrummet. Vidare kan man fastslå, att *om* man tänker sig ett fall *efter* 1810 med ett egentligt arvskifte, i vilket en medarvinge ensam övertager en boets fastighet mot ersättning till de andra och i vilket tillika göres ett återvinningsförbehåll till dessas förmån, det vore en orimlig lagtolkning att ej också här tillämpa regeln i JB 1:2 andra stycket (i den mån förbehållet såsom sådant är av den art, att det kan anses falla in under stadgandet). Om frågan verkligen varit aktuell tiden närmast efter 1810, vilket icke här undersökts, måste en tolkning som den nyss antydda gå synnerligen väl i stycke med en translativ skiftesuppfattning, låt vara att tolkningen även eljest måste ha framstått som sakligt påfordrad.

Om nu i äldre 1800-talspraxis bestämda tendenser gjorde sig gällande att i vissa avseenden räkna med andelar oberoende av arvskifte, blir frågan, om dylika antagna fastighetsandelar tillkommo arvingarna såsom tillgångar, varöver de var för sig kunde självständigt förfoga. Kunde andelarna överlåtas, intecknas o. s. v.? Vad överlåtelse angår, har redan det ovan anförda materialet visat tydliga spår av att man räknade med andelar, som kunde överlåtas till medarvingar, medarvinge jämte make

[1] Jfr NJA 1881 s. 238 med de däri omnämnda intygen av 1837.

[2] Malmström, Villkor I.

o. s. v.[3] Detta pekar onekligen i riktning mot en uppfattning av andelarna som överlåtbara med de gränser, som betecknades av (ÄB 12: 7 och) bördsrättsreglerna — en tanke, som redan tidigare här antytts som en möjlighet.[4] Nu får man naturligtvis komma ihåg, att de här påvisade tendenserna icke få betraktas som fullgångna och absolut allenahärskande. Ytterligare ett och annat, tydande på att en uppfattning som den nyss berörda i varje fall förekommit, kan dock anföras.[5] Till detta angående överlåtelse sluta sig nu flera klara belägg, som giva vid handen, att andelsinteckning i åtskilliga fall ansetts kunna äga rum, ehuru andelen icke genom arvskifte först bestämts (krav på föregången lagfart kunde icke uppställas, då som bekant arv icke medförde lagfartsskyldighet i äldre rätt).

Intressant är i detta hänseende ett rättsfall i *SJA II s. 442,* avdömt av HD 1827. A hade utställt ett skuldebrev till B, försett med medgivande till inteckning i A:s fasta arvslott efter hennes moder, varefter B i maj 1823 sökte inteckning i arvslotten. Ansökningen bestreds av en A:s broder C, som — dock först i nov. s. å. — inlöste alla medarvingarnas lotter i fastigheten. HR:n avslog i dec. s. å. ansökningen, men HovR:n förklarade B berättigad att erhålla inteckning i den andel av fastigheten, som, när ansökningen därom skedde, utgjorde A:s arvslott och sedermera till sitt belopp bestämdes genom det upprättade arvskiftet, varefter HR:n i överensstämmelse härmed beviljade inteckningen. Häröver besvärade sig C och ville ha inteckningsrätten åtminstone inskränkt till en summa motsvarande nettobeloppet av A:s totala arvslott. Att B hade rätt till inteckning ansåg HovR:n definitivt avgjort genom sitt förra, lagakraftvunna beslut men hänvisade B att genom stämning å C tvista om rätta beloppet av A:s

---

[3] Jfr även det — dock ej fullt klara — rättsfallet SJA XIV s. 244 (ovan s. 93).

[4] Jfr ovan s. 90.

[5] Det må påpekas, att JustR Ståle i sitt på majoritetens allmänna synpunkter byggande votum i rättsfallet SJA XIV s. 244 (ovan s. 93) direkt förutsätter möjligheten, att »barnens hemmansdel» blivit försåld till oskyld man i st. f. till fadern (s. 251). Jfr även JustR Snoilsky i SJA XXVI s. 521. — SJA XXIII s. 293 visar i förbigående ett exempel på dylik försäljning av andel för universell testamentstagare i fastighet. Giltigheten av försäljningen var ifrågasatt men prövades ej i ifrågavarande mål, utan vederbörande hade fått anvisning att därom utföra sin talan i särskild rättegång. Emellertid är det ovisst, av vilka skäl försäljningen påståtts ogiltig, och domstolarna i det i SJA refererade målet synas icke ha betraktat transaktionen såsom alldeles självfallet en nullitet.

arvslott,[6] och sådan rättegång kom därpå till stånd. B ansåg, att A:s arvslott i fastigheten motsvarade kvotdelen i hela arvet, nämligen 1/8, men C ville räkna ut arvslottens värde i fast och löst och därifrån draga vissa A:s skulder till sterbhuset. HR:n gick i princip denna senare väg och minskade alltså fastighetsandelen med hänsyn till skulderna ned till 59/1000.[7] LagmR:n förklarade, att A tillkomme 1/8 såväl i lösören som i fastigheten och att denna i lag bestämda fastighetsandel icke kunde för B såsom inteckningssökande till sin egenskap förändras därigenom att, efter det inteckningen sökts, fastigheten i arvskifte blivit upptagen till ett arvingarna emellan överenskommet värde och av en av dem, C, efter samma värde inköpt, varför B:s inteckning skulle gälla i 1/8. HovR:ns majoritet utgick från att A rätteligen ärvt blott vad av sagda 1/8 återstod, sedan den del av A:s skulder till boet, vilka icke täcktes av lösörearvet, avdragits, men utförde icke tanken på sätt HR:n gjort utan stadgade i stället, att B visserligen skulle få inteckning i 1/8 men att vid försäljning av panten den av lösöreboet icke guldna delen av A:s skulder till dödsboet skulle gottgöras av försäljningssumman, innan B finge någonting därav.[8] HD:s majoritet fastställde HovR:ns dom beträffande inteckningsrätt för B i 1/8[9] men undanröjde vad HovR:n bestämt om skulderna såsom icke hörande till målet och lämnade parterna öppet att därom särskilt tvista i mån av befogenhet.[1] Även av senare rättsfall — *SJA XXIII s. 288* och *293* — framgår, att man räknat med andelar före skifte och ansett dessa kunna intecknas, ehuru man i inteckningshänseende reducerat andelarna med hänsyn till skulder m. m.[2]

---

[6] HovR:n förklarade nämligen, att A:s arvslott i fastigheten icke var bestämd i det till HovR:n inlämnade arvskiftet av nov. 1823 men att sådant bestämmande likväl enligt 12 § i 1818 års inteckningsförordning måste ha föregått, innan inteckningen finge beviljas.

[7] Fastighetens i arvskiftet upptagna värde = 20000 rdr, A:s nettobehållning i runt tal 1180 rdr, varvid skulderna först ansågos konsumera lösörearvet och till återstoden gravera fastighetsandelen. Nettoarvslotten alltså enligt HR:n = 1180/20000 = 59/1000.

[8] En minoritet på tre led. ville direkt fastställa inteckningen blott i behållningen av fastighetsandelen efter avdrag av restbeloppet av skulderna.

[9] »uti den 1/8 av Julpa säteri, vartill A efter sin moder T ägt arvsrätt».

[1] Ett JustR ville på närmare angivna skäl fastställa HovR:ns domslut.

[2] I SJA XXIII s. 288 sökte en borgenär A inteckning i gäldenären B:s arvfallna andelar av vissa fastigheter och fullföljde sedermera efter stämning samma påstående. Arvskifte skedde först ungefär ett år efter inteckningsansökningen, och fastigheterna hade vid skiftet redan sålts. RR:n förklarade, att B i arv erhållit hälften i fastigheterna och att åtgärden att sedermera sälja fastigheterna å offentlig auktion icke kunde tillintetgöra den förut anhängiga inteckningsansökningen, varför inteckning beviljades i B:s arvfallna hälft. HovR:n ansåg också, att försäljningen ej kunde tillintetgöra verkan av den tidigare ansökningen om inteckning i den andel, som bort tillfalla B; men då denna andel icke kunde bestämmas annat än vid arvskifte, och vid skiftet utretts, att B:s hela arvslott utgjorde blott något mer

En brett lagd undersökning av lagfarts- och inteckningspraxis hos underdomstolarna under 1800-talets lopp skulle ytterligare bidraga att belysa tidens uppfattning men skulle tyvärr föra för långt i detta sammanhang. Emellertid skulle man säkerligen på denna väg kunna vinna ytterligare bekräftelse på att andelslagfarter och andelsinteckningar förekommit.[3]

Ett spörsmål av stort intresse är, i vad mån det ansetts möjligt för en enskild arvinges borgenärer att erhålla utmätning i en före skifte antagen andel för arvingen i fastighet i boet. Från den tid som hittills behandlats, ha emellertid några bidrag till belysning härav icke påträffats. Omöjligt är dock ej, att stundom dylik utmätning ansetts tänkbar.[4] I varje fall borde en borgenär, i den mån sådan andel ansågs få intecknas, utan gäldenärens hörande efter då gällande regler kunna erhålla inteckning i andelen, därest övriga förutsättningar härför förelågo.[5]

än 209 rdr och än mer kunde komma att minskas genom senare upptäckta skulder, förklarade HovR:n, att inteckningssäkerhet icke kunde tillerkännas A för större del av fastigheterna än som i värde motsvarade nyssnämnda belopp eller den ännu mindre behållning, som vid vidare utredning kunde uppkomma för B (för närmare bestämmande återförvisades saken till RR:n). HD biföll (1850) NRev:s betänkande, enligt vilket — då det icke visats, att B fått mera i arv än något över 209 rdr — skäl icke fanns att på A:s talan tillstyrka ändring i HovR:ns dom. NRev:s och HD:s ståndpunkt kan alltså icke med säkerhet anges.

I SJA XXIII s. 293 gällde det verkan i en konkurstvist av en därförut gjord ansökan av borgenär om inteckning i fastighetslott, tillfallen konkursgäldenären såsom en bland flera universella testamentstagare. I det sedermera hållna arvskiftet hade gäldenären fått blott skuldsedlar och penningar; fastigheterna hade redan sålts. HovR:n, NRev och HD ansågo, att gäldenären såväl vid inteckningsansökningen som konkursens början ägt del i vissa av fastigheterna (då ännu icke sålda) och ansåg därför borgenären ha förmånsrätt enligt HB 17: 10 i de belopp, som av de utfästa köpeskillingarna för sagda sedermera sålda fastigheter tillkommit konkursmassan. RR:n hade däremot ansett, att då gäldenären ej fått någon fastighetsdel genom arvskiftet inteckningsansökningen ej kunde medföra någon förmånsrätt i konkursen.

[3] Utom förut anförda rättsfall jfr även SJA XXX s. 95. Någon skyldighet för arvinge att söka lagfart på den tänkta egna andelen kunde dock icke framkonstrueras före 1875. Jfr vidare nedan s. 107 not 1.

[4] Så för en senare tid KB och HovR:n i NJA 1909 s. 306, KB i NJA 1930 s. 281 (jfr nedan s. 120).

[5] Jfr ovan not 2.

Det omdömet synes ha fog för sig, att de i det föregående berörda, delvis kanske något oklara andelskonstruktionerna varit de i äldre 1800-talspraxis dominerande.[6] Redan under denna tidsperiod kan man emellertid samtidigt påvisa spridda tendenser i motsatt riktning, vilket gör totalbilden en smula oenhetlig.

I ett rättsfall, refererat i *SJA X s. 155* och slutligt avgjort av HD 1839, segrade sålunda den meningen, att — såsom tankegången är i HovR:ns av HD fastställda dom — arvingars rätt till avliden persons kvarlåtenskap visserligen inträdde vid dens död, som ärvas skulle, men att, då flera arvingar funnes, det vid dödsfallet icke vore eller kunde vara givet och avskilt vad vardera arvingen borde av boets egendom tillkomma, utan att detta först genom skifte lagligen bestämdes, varvid den del, som vid skiftet tillföllo arvinge, vore att anse som hans ärvda egendom (d. v. s., om det gällde fastighet, vore arvejord). Om man verkligen fullt drog ut konsekvenserna av denna tankegång är dock på grund av vissa omständigheter i målet osäkert.[7] Den i rättsfallet dominerande åskådningen synes dock betyda ett avvisande av alla idéer om andelar före skifte i fastigheten.

På samma linje befinna sig vissa andra något senare avgöranden. I fallet *SJA XXIV s. 58* bygger HD-majoritetens ståndpunkt på att jord tillskiftad arvinge vid arvskifte blir arvejord oansett om det skett mot skyldighet att gottgöra bestämda belopp av den dödes gäld (s. 66 f.). I fallet *SJA XXVI s. 522* hade en änka suttit kvar i boet efter mannen och intecknat boets

---

[6] I detta sammanhang må även utan närmare kommentarer påpekas ett rättsfall ur finländsk praxis, återgivet hos Serlachius, Samling s. 51, på följande sätt: Emedan D:s och hans syster E:s skatte- och äganderätt till ifrågavarande, av dem gemensamt skatteköpta hemman grundade sig å den arvs- och istadarätt, de genom sin avlidna moder därtill haft, måste deras delaktighet däri inbördes även efter enahanda grund bedömas, och således jämlikt ÄB 2:1 efter landsrätt å broderlott räknas $^2/_3$ och å systerlott $^1/_3$ i lägenheten. LagmansR:n, Viborgs HovR och Senatens justitiedep., vars dom är given 12 mars 1861.

[7] I fallet i fråga hade en arvinge av boets fastigheter vid skifte fått en på sin lott emot mellangift i penningar, då fastigheten översteg totala fastighetsarvslotten i värde. Justitiekollegium och förmyndarkammaren i Stockholm ansåg endast $^1/_3$ av fastigheten ärvd och $^2/_3$ förvärvad från de två medarvingarna. RR:n ansåg, att hela den del av fastigheten, som motsvarade beloppet av arvingens andel i samtliga fastigheters beräknade värde, var arvejord och endast den del, som motsvarade fastighetens överskjutande värde, förvärvad. Då endast ena parten synes ha fullföljt talan i överrätterna kan det synas ovisst, om HovR:ns gillande av RR:ns dom, i vad den vore motvädjad, och HD:s fastställande av HovR:ns dom innefattande godkännande av RR:ns begränsning av arvejordsegenskapen till den sålunda uträknade delen av fastigheten ($^{118}/_{165}$).

fastigheter, varefter fastigheterna utmätts och sålts till tredje man. Barnen yrkade nu att utan lösen få ut sina andelar och att i börd få lösa andra hälften. HD biföll (1853) enhälligt NRev:s betänkande, vari framhölls, att arvskifte efter mannen icke, så vitt handlingarna utvisade, hade förrättats mellan hans änka och barn, samt lagligheten av barnens anspråk på äganderätt till större eller mindre del av fastigheterna vore beroende därav, huruvida vid ett sådant skifte arvslott i nämnda fastigheter komme att tilläggas dem. Av denna grund och på det barnen före målets slutliga avgörande måtte komma i tillfälle att låta arvskifte efter mannen i laga ordning verkställas, hemställde NRev om återförvisning till RR:n.

En mellanställning intager i viss mån rättsfallet *SJA XXVIII s. 102*, avgjort av HD 1854. Där framträder den uppfattningen, att en arvinge före arvskifte visserligen har en andel i en boets fastighet men att denna andel är obestämd och först genom arvskiftet får bestämdhet. Dock anses arvingen kunna med laga verkan redan före arvskiftet pantförskriva denna andel. I fallet hade inteckning medgivits i den andel, som genom lagakraftvunnet arvskifte kunde arvingen tillfalla, varefter inteckning beviljats (före skifte!), en inteckning som sedermera ansågs gälla i arvingens vid det senare hållna arvskiftet till $^2/_9$ fixerade andel i fastigheten.

E. Även senare delen av 1800-talet företer bilden av stridiga tendenser, men tendenserna bort från andelskonstruktionerna vinna så småningom mera terräng. Brytningarna äro emellertid ganska intressanta.

Doktrinen är till en början alltjämt föga upplysande. SCHREVELIUS gör vid sin diskussion av samegendomens natur en ansats till att vid sidan av sådan samegendom, där varje delägare hade en viss ideell kvotdel av föremålet, också upptaga den i tysk doktrin utbildade samegendomskonstruktion, enligt vilken inga ideella andelar finnas utan varje delägares rätt sträcker sig till hela objektet, ehuru den begränsas av de andras lika rätt. Det är av sammanhanget något oklart, om hans mening är att denna senare konstruktion vore den rätta för de samegendomsfall, vilka han strax därefter räknar upp, nämligen samegendom, som uppkommer »genom inbördes överenskommelse t. ex. bolag, genom lagens föreskrift t. ex. den i lagen bestämda giftorätt, som äkta makar hava i gemensam egendom, genom tillfälliga händelser t. ex. den egendomsgemenskap som genom ett inträffat dödsfall uppkommer emellan den dödes arvingar, eller genom en inträffad cession mellan cessionantens borgenärer».[8] Efter kritik

[8] Schrevelius, Civilrätt II, 1 uppl., s. 16.

av KNUT OLIVECRONA[9] överger han i varje fall sagda konstruktion[10] och synes betrakta läran, att var och en är ägare till en bestämd »intellektuell» del av objektet, såsom tillämplig på de i svensk rätt förekommande samegendomsfallen.[1] Hur han närmare tänker sig detta, utför han dock icke. I fråga om objektet för samegendomsförhållandet talar han endast helt allmänt om »tinget»; man vet alltså ej klart, om han i sådana fall som dödsbo betraktar hela massan (såsom motsvarande »tinget» i hans abstrakta karakteristik) som objekt för andelarna eller verkligen hänför dessa till de enskilda föremålen i massan. Hans kritiker OLIVECRONA talar — trots förkastandet av idén om condominium in solidum och likartade tyska teorier — beträffande giftorätt närmast blott om vardera makens fullkomliga äganderätt till sin ideella del av föremålet för gemenskapen — den kommunikabla egendomen — vilken del först vid blivande bodelning kommer att visa sin reella storlek.[2] Anmärkas bör emellertid beträffande hans uppfattning av arvingars rättsförhållanden, att han diskuterar det fall, att broder vid arvskifte utlöser sin syster ur en ärvd fastighet jämlikt ÄB 12: 7, och förklarar den från systern lösta lotten vara bördköpt (ej ärvd); säkerligen har han därvid icke tillmätt olika formella vägar att åstadkomma resultatet någon betydelse.[3] I senare upplagor av det arbete, som här avses, tillägger han: »Ty att någon, vid ett arvskifte, av en medarvinge löser till sig en fastighetsdel, är i verkligheten ej annat, än att omedelbart *köpa* samma lott.»[4] I sin framställning av förmögenhetsrätten rör han sig med ett allmänt, odiffe rentierat condominium-begrepp.[5] Det har redan påpekats, att han hänför förhållandet vid avtal om sammanlevnad i bo oskifto till kategorien »intressentskap» (där ävenledes ur äganderättens synvinkel condominium tänkes föreligga).[6]

[9] Olivecrona, Giftorätt, 1 uppl. (1851), s. 123 not 5. För den idéhistoriska bakgrunden till Olivecronas position jfr Buchda s. 146 ff.

[10] Se Schrevelius, Civilrätt I, 2 uppl., förordet s. VII.

[1] Civilrätt II (2 uppl.) s. 16. Jfr ib. s. 708 ff., III (2 uppl.) s. 222 ff.

[2] Olivecrona, a. a. s. 123 ff. Jfr motsvarande ställe i 5 uppl. (s. 243 ff.).

[3] Olivecrona, Giftorätt, 1 uppl., s. 156.

[4] Olivecrona, Giftorätt, 4 uppl., II s. 89; 5 uppl., s. 329.

[5] Olivecrona, Förmögenhetsrätten I s. 24.

[6] Ovan s. 68 not 8. I detta sammanhang uttalar han (Förmögenhetsrätt II s. 626 f.): »Varje intressent är ägare av den del, som han satt under

I viss mån har redan ovan under C antytts, att andelsföreställningarna i fråga om fastighet även under senare delen av 1800-talet torde ha bevarat åtskilligt fotfäste i allmän uppfattning och i arvskiftespraxis. Man tyckes ofta alltjämt ha räknat med givna andelar oberoende av skifte eller åtminstone betraktat kvotdelning som det principiellt riktiga sättet att skifta, och utlösen av medarvingar ansågs på många håll som ett slags köp.[7] Vissa uttalanden i doktrinen — såsom det nyss från KNUT OLIVECRONA citerade — peka också närmast i sistnämnda riktning.[8] I en del riksdagsdiskussioner skymta också mer eller mindre klart tankelinjer av antydd art.[9]

---

den gemensamma förvaltningen; han kan sälja sin anpart och ny ägare få uppbud däråå; han kan inteckna sin del för sin enskilda gäld. Häri den stora skillnaden från bolag av förra slaget [egentliga bolag]» etc. Om han tillämpat detta på fastighet, som *jämte* annan egendom gick in under intressentskapet, är dock måhända ej fullt klart.

[7] Se det redan ovan s. 87 vid not 4 åberopade uttalandet av Livijn. Jfr även NJA 1876 s. 101, 1882 s. 261, 1887 s. 388, 1890 s. 5, 1891 s. 172 (försäljningen 1874), 1900 s. 517 under IV, V, X, XI, XII, 1901 s. 446 under I, II, V, VI, VII. Se också uppgiften om boupptecknings arna i NJA 1881 s. 484 (först dör fadern, efterlämnande änka och elva barn samt bl. a. 1 mtl Mjöshult, sedan dör — utan att arvskifte efter fadern synes ha skett — ett av barnen, och i den nya boupptecknings en upptages $^{2}/_{33}$ mtl Mjöshult, alltså $^{1}/_{11}$ av $^{2}/_{3}$ mtl, då änkan tydligen hade giftorätt blott till $^{1}/_{3}$). — Här må också erinras om det av lagutskottet vid 1887 års B-riksdag föreslagna tillägget till 1 § LF (utl. nr 9 s. 13): »Delägare i död mans bo, vilka fast egendom i boet till fallit, må, där egendomen i sin helhet av en eller flere bland dem övertagits eller av dem samfällt till annan överlåtits, gemensamt lagfara med sitt fång, så framt den lagfart sökes samtidigt med eller efter lagfarten å nye ägarens fång; *skolande dock därvid antecknas huru stor lott varje delägare enligt arvskifte, bodelning eller testamente tillfallit.*» (Kurs. här.) Möjligen representerar utskottet emellertid en mellanlinje; se vidare nedan not 9.

[8] Jfr också Montgomery, Bolagskontraktet s. 138: »Det torde icke ifrågasättas att icke den enskilde bolagsman, som av bolaget tillöser sig fast egendom, bör till alla delar därmed lagfara, och vi erinra härvid om skillnaden emellan detta fall och det när, efter sammanlevnad i oskiftat bo, någon av arvingarna tillöser sig de övrigas lotter, ty då har han endast att lagfara med de köpta lotterna.»

[9] Jfr Fredricson i AK 1873 prot. IV s. 258, Sven Nilsson ib. s. 260. Jfr vidare Sparres kritik av principen om lagfarande av arvsfång i förslaget till lagfartsförordning 1875 (i motion nr 154 i AK s. 17 f., i reservation till lagutskottet utl. nr 19, s. 63, samt i kammardebatten). Här må citeras följande passus, som visar den för honom naturliga tolkningen av förslagets stadgande (AK prot. 1875 nr 53 s. 31): »Men lagfart av arv har dessutom

Vad underdomstolarnas lagfartspraxis beträffar, torde det få anses känt, att andelskonstruktionerna där alltjämt haft avsevärd utbredning, så att lagfart beviljats på andelar eller gemensam lagfart för delägarna uppfattats såsom principiellt innebärande

---

en stor olägenhet med sig. Vid varje arvskifte bliva nämligen då samtliga arvingar tvungna att lagfara sina arvslotter, och således, om ett hemman delas mellan tolv personer, måste alla tolv lagfara sina lotter, lösa protokoll även för lagfart med mera dylikt. Men som det nu nästan aldrig händer att alla arvingarna behålla sina lotter, utan gemenligen en eller annan av arvingarna övertager flera eller färre av de andras lotter, så är det han eller de som skulle lagfara dessa delar av hemmanet. Att ålägga arvingarna att lagfara med sina lotter är att onödigtvis besvära dem. Huru orimligt är det också icke att tvinga människor att onödigtvis lösa protokoll och överlasta registren, som skola föras, vilket blir följden om alla arvingarne där måste låta skriva in sina hemmansdelar för att sedermera å nyo lagfaras av de medarvingar, åt vilka större eller mindre andel därav blivit överlåten.» Jfr även samme talare ib. s. 50. Se vidare debatten i AK 1886 nr 25 s. 2 f. samt Smedbergs ex. i AK vid 1887 års B-riksdag (AK prot. nr 7 s. 44). Från diskussionen på ifrågavarande riksdag bör även erinras om ett inlägg av Zachrison (AK prot. nr 7 s. 47 f.) rörande lagutskottets förslag till tillägg till 1 § LF. Z. yttrar där (ib. s. 48): »Låtom oss, för att begagna samma exempel som nyss, antaga att fyra sterbhusdelägare finnas samt att en av dem får en fjärdedel på grund av arv och övertager de andra delägarnas lotter. Tillämpligt är väl då obestridligen uttrycket [i förslaget] att 'en' bland dem övertager egendomen. Då skola sterbhusdelägarna först få gemensam lagfart på fastigheten, men den sterbhusdelägare, som blivit ägare till hela fastigheten, särskilt lagfara med de tre fjärdedelar, som på honom överlåtits. Två lagfarter skola sålunda äga rum, *under det att, efter nu gällande praxis, lagfarternas antal skulle bliva fem, nämligen en särskild lagfart å vardera fjärdedelen och en å de tre fjärdedelar, som överlåtits.*» (Kurs. här.) Jfr även debatten i FK på samma riksdag (prot. nr 6 s. 33 ff.).

En mellanståndpunkt synes ligga bakom lagutskottets utl. nr 9 vid sistnämnda riksdag (i förevarande hänseende byggt på utskottets utl. nr 41 vid 1886 års riksdag). Utskottet kritiserar där praxis att medge arvingarna gemensam lagfart å boupptecknigen. »Den torde i många fall leda till föga tillfredsställande resultat i avseende å den visshet om äganderätten till fastighet, som med lagfarten åsyftas. Om nämligen en av sterbhusdelägarna sedermera avhänder sig sin andel i fastigheten och därvid icke kan förete andra fångeshandlingar än boupptecknigen jämte bevis om lagfart, som på grund av nämnda handling meddelats, så kan ovisshet om storleken av hans andel i egendomen uppstå» (utl. s. 11). Det är påtagligt, att utskottet räknar med en andel och därtill en överlåtbar sådan, men å andra sidan synes utskottet anse arvskifte nödigt för att fixera andelens storlek (måhända utgår utskottet från att fastigheten skiftas på alla efter vars och

lagfart för var och en å viss andel.[1] I vad mån inteckning av andelar i oskiftade fastigheter förekom är svårt att bestämt påvisa; att sådana inteckningar stundom förekommo torde man dock kunna räkna med.[2] Länge fortfor från många domstolars sida praxis att tvinga delägare i dödsbo, vilka gemensamt sålde en boets fastighet i dess helhet, att först formellt skifta fastigheten i kvotdelar och lösa lagfarter på dessa andelar; detta förekom t. o. m. även efter det att HD i rättsfallet *NJA 1881 s. 484* intagit motsatt position (därmed är naturligtvis icke bevisat, att dessa domstolar alltid ansett skiftet nödvändigt behöva stipulera en matematisk uppdelning efter arvingarnas allmänna arvsandelar; å andra sidan blev nog en sådan uppdelning regelmässigt resultatet).[3] [4]

---

ens arvslott men ovissheten före skifte kanske enligt utskottet blott består i bristen på ett dokument, som omedelbart och klart ger vid handen de bestående kvotdelsförhållandena; man kan emellertid också tolka utskottets ståndpunkt så, att verkligen före skifte s. a. s. materiell ovisshet om andelens storlek består). Dess lagtextförslag återgivet ovan not 7. Jfr i detta sammanhang Bååth i NT 1880 s. 293 ff.

[1] Jfr Karlgren, a. a. s. 285 noten: »Tidigare [och därmed avser K. sannolikt även åtskillig tid efter 1850] torde det ock ha varit en utbredd föreställning, att arvingar under samäganderätt [i nyare mening] inneha tillgångarna i dödsboet; framför allt har det i stor utsträckning förekommit, att arvingarnas andelar i det oskiftade dödsboets fasta egendom var för sig lagfarits och intecknats.» Beträffande Finland jfr Heikonen II s. 228. Om en arvinge sålde sin andel och en dylik försäljning ansågs giltig (jfr nedan i texten om NT 1865 s. 433), kunde man dock näppeligen före 1875 kräva andelslagfart för arvingen som förutsättning för köparens lagfart. Efter 1875 kunde visserligen ej heller från samäganderättslinjens utgångspunkt någon egentlig lagfartsskyldighet framkonstrueras beträffande arvinges tänkta andel före skifte; men ansågs arvingen kunna sälja dylik andel, borde LF leda till att köparens lagfart förutsatte andelslagfart för arvingen; likaså borde dylik lagfart vara en förutsättning för andelsinteckning på grund av arvingens medgivande (i motsats mot vad som gällde tidigare, jfr 1818 års IF § 12).

[2] Jfr föregående not. Om man medgav andelslagfart eller uppfattade gemensam lagfart som en summa andelslagfarter, var det naturligtvis sedan omöjligt att vägra inteckning. Jfr NJA II 1905 nr 4 s. 22, 24 f.

[3] Jfr motion nr 162 i AK vid 1886 års riksdag samt vad vidare förekom om hithörande frågor vid riksdagarna 1886 och 1887, delvis berört ovan s. 105 f. noterna 7 och 9. Särskilt må påpekas, att lagutskottet vid bägge tillfällena förklarade sig anse riktigheten av HD:s lagtolkning i 1881 års fall icke otvivelaktig, varvid utskottet hänvisade till Bååths redan tidigare

Den i tryck tillgängliga rättspraxis utvisar åtskilliga belägg på andelskonstruktioner. Det må vara tillräckligt att här erinra om några fall, där dessa dominerat (i de speciella sammanhang, som i fallen voro aktuella).

Utomordentligt belysande är fallet *NT 1865 s. 433*. Där hade dödsbodelägarna efter en person sålt en fastighet till en utomstående, varvid köpehandlingen av den dödes änka undertecknats å egna och tre ännu omyndiga barns vägnar (som säljare stodo dessutom två myndiga barn). Köparen sökte lagfart å köpet, men om änkan ansåges icke ha varit berättigad att sälja de omyndigas andelar i fastigheten, ville köparen ha uppbud på så stor del, som änkan och de två redan myndiga barnen sålt. En person, som förordnats att såsom kurator bevaka de omyndigas rätt i boet, hördes och bestred den sökta lagfarten. RR:n vägrade uppbud å hela fastigheten under anförande bl. a., att det icke kunde bestämmas, vilken eller vilka andelar köparen förvärvat av de myndiga delägarna, eller, enligt JB 4:2, längd och bredd därå upptagas. HovR:n däremot ansåg bindande försäljning ha skett beträffande de myndigas andelar och återförvisade ärendet. I HD blev utgången »ej ändring», med en majoritet av fyra justitieråd mot två. Minoriteten ville fastställa RR:ns slut, enär det, innan arvskifte i boet ägt rum, vore ovisst, om och vilka andelar i fastigheten lagligen tillkomme de myndiga bodelägarna.

I fallet *NT 1875 s. 478* (ej ref. i NJA) hade i gemensamt arvskifte efter två avlidna makar boets fasta egendom, som utgjordes av hälften av viss fastighet, lika fördelats på vardera makens successorer. Hustrun hade genom testamente bortgivit all sin egendom till två av sina arvingar, A och B, med förbigående av dessas medarvingar enligt lag. A och B hade så sålt sin 1/4 av fastigheten (alltså allt de fått av densamma) till X. X sökte lagfart och visade att testamentet bevakats och avskrifter tillställts A:s och B:s medarvingar. Vad en av dem, den bortreste sjömannen C, beträffade,

omnämnda uppsats i NT 1880 s. 293 ff. (1886 utl. nr 41 s. 3 f., 1887 B utl. nr 9 s. 11 f.). Märk även sådana yttranden som Ungers i FK på 1887 års B-riksdag (prot. nr 6 s. 39): »Egentligen skulle, om man ginge strängt efter nuvarande lag, var och en sterbhusdelägare hava sin särskilda lagfart. Detta har man icke velat, och enligt utskottets förslag undvikes det även, vilket ju är en vinst, men ett oeftergivligt villkor är, att det först blir klart, huru mycket var och en skall hava.» — I lagbyråns motiv till 8 § i dess 1872 upprättade förslag till LF (förebilden för samma § i 1875 års LF) anmärkes den därav följande nödvändigheten, att »sterbhusdelägarnas eget fång» lagfares, när delägarna utan föregången delning gemensamt avyttra sterbhusets fastighet; se KProp nr 34/1873 s. 25. Anmärkningsvärt är, att byråns ledamot Annerstedt, som i detta avseende reserverade sig, talar om det alltför strängt formalistiska i att delägarna skulle vara förpliktade att själva först lagfara med »*sina* fång» (pluralis).

[4] Om 1887 års tillåtelse för arvingar, som sälja, att i lagfartsärendet få gemensam expedition, och den följande utvecklingen se nedan s. 116 f.

hade delgivning kunnat ske endast med hans hustru och hans tillförordnade gode man. RR:n beviljade lagfart på 19/80 av fastigheten och förklarade, att då testamentet icke delgivits C och då hans hustru och gode mannen ej ägt å C:s vägnar med laga verkan emottaga sådan kommunikation samt testamentet således ej mot C vunnit laga kraft, kunde uppbud ej beviljas å den 1/80, som efter lag bort tillfalla C i arv. HovR:n gjorde ej ändring, och HD fastställde enhälligt HovR:ns utslag.[5] I *NJA 1887 s. 388* hade från ett oskift dödsbo, bestående av änka och barn, upplåtits skogsavverkningsrätt, varvid kontraktet för änkans del blott undertecknats av änkan själv, ehuru hon var satt under förmyndare. Kontraktet förklarades ogiltigt i fråga om 1/3 i fastigheten (änkans antagna giftorättsandel) men betraktades som giltigt beträffande de 2/3, som vid faderns död ansågos ha tillfallit barnen i arv. *NJA 1891 s. 304* visar exempel på ett fall, där efter hustruns död mannen utan föregånget skifte sålt en i samfällda boet ingående fastighet, varpå försäljningen klandras av en dotter, såvitt hennes lott angår. HR:n utgår från att enligt lag mannen hade giftorätt i fastigheten med 2/3 (äktenskapet ingånget före 1845) och de tre barnen såsom arvingar ägde 1/9 var samt bifaller klandertalan beträffande dotterns 1/9. HovR:n utgår från samma uppdelning av fastigheten men anser klandertalan för sent väckt med hänsyn till den ettåriga preskriptionstiden i KFkl 14 maj 1805. HD gjorde ej ändring. I fallet *NJA 1899 s. 35* var situationen följande. Hustrun dog och efterlämnade man och fyra omyndiga barn samt fyra barn i ett tidigare gifte. Något skifte omtalas icke. Mannen sålde utan vidare en fastighet, köpt under äktenskapet, till ett av styvbarnen, och fastigheten växlade sedermera flera gånger ägare. Trettio år efter den nämnda försäljningen yrkade sex av barnen, att deras lotter i fastigheten skulle avträdas till dem. HovR:n konstaterade, att fastigheten ostridigt förvärvats under äktenskapet och att följaktligen, då annat förhållande icke blivit ådagalagt, antagas måste, att hälften av fastigheten eller 6 2/3 kappland på grund av giftorätt tillhört hustrun och vid hennes död med arvsrätt övergått å hennes barn, varvid på de sex barn, varom i målet var fråga, belöpte 5 kappland. Dessa 5 kappland skulle därför avträdas till barnen. HD fastställde — med en modifikation, som här saknar intresse — enhälligt HovR:ns dom.[6]

Om vi därefter söka åskådliggöra de motsatta tendenserna under detta tidsavsnitt — tendenserna mot typen egendomsgemenskap — är det av ett visst intresse att börja med att undersöka

[5] Jfr FK:s prot. vid 1887 års B-riksdag nr 6 s. 39 (Unger). Jfr även NJA 1894 s. 484 (giftorätt), 1895 s. 509.

[6] Jfr även uttryckssättet i HovR:ns av HD gillade dom i NT 1873 s. 61: »Emedan Peter Jonsson genom testamente av den 8 april 1827 till sin hustru Stina Jonsdotter endast överlåtit livstidsnyttjanderätt till 1/12 mtl Eklunda Mellomgården; samt Johannes Petersson följaktligen *vid Peter Jonssons död, såsom arvskiftet efter den sistnämnde även upptoge* [kurs. här], efter honom ärvt äganderätten till 2/3 i berörda hemmansdel eller 1/18 mtl» etc. — Se till hithörande frågor även NJA 1889 s. 102.

NORDLINGS inställning. Man finner då i hans framställning av hävdereglerna (enligt 1805 års förklaring) en ståndpunkt, som åtminstone i förstone kan synas peka i riktning mot andelskonstruktionerna i fråga om fastighet. Han betonar beträffande förvärv genom arv eller universaltestamentstäkt att om flera successorer finnas fordringen på god tro kan delvis uppfyllas och delvis brista. Om klander uppkommer rörande fast egendom, innan kvarlåtenskapen ännu skiftats, antager han, att de successorer, som haft god tro vid den därför avgörande tidpunkten,[7] kunna genom preskription (hävd) försvara fastigheten till de delar, som motsvara deras arvslotter i det hela, under det att fastigheten i övrigt återvinnes. Skulle före klandret skifte ha skett och hela fastigheten därvid tilldelats en successor, som ännu vid skiftet var i god tro, kan denne enligt NORDLING med preskriptionsinvändning försvara hela fastigheten, d. v. s. skiftet har där — i förening med den goda tron — »en preskriptionsgrundläggande verkan utöver vad i — — — arvstäkten — — — för sig ligger».[8] Skiftet synes alltså här betraktas som ett nytt, i god tro skett fång. Enligt de givna hävdereglerna behövde ju förvärvet i god tro ej ens till någon del falla före hävdetidens utlöpande utan kunde ske när som helst även därefter. Fanns partiell vindikationsmöjlighet före skiftet på grund av vissa successorers onda tro, så kunde ju skiftet i det nyss antagna fallet sägas betyda en alltjämt godtroende arvinges förvärv av dessa förut vindikabla andelar, vilket förvärv i god tro borde avklippa vidare klanderrätt. Men hur skulle det då gå i det omvända fallet, att fastigheten vid skiftet i sin helhet tilldelades en från början ondtroende arvinge? NORDLING menar, att fastigheten då i sin helhet skulle kunna återvinnas av rätte ägaren.[9] Därmed skulle på grund av skiftet vindikationsmöjlighet uppstå även beträffande andelar, som enligt NORDLINGS egen teori före skiftet icke skulle kunnat vindiceras. Vindikanten

---

[7] Härom jfr nedan s. 175 f.

[8] Nordling, Präskription s. 60 f. Citatet är från s. 58.

[9] A. a. s. 61. Om denne arvinge vid den ursprungligen avgörande tidpunkten skulle varit i god tro men sedermera före skiftet råkat i ond tro, inträder en situation, som N. ej uttalar sig om. Skulle då blott förut invindikabla andelar skyddas? Eller inga alls (jfr nedan i texten om skiftets retroaktivitetseffekt)?

skulle genom att vänta med sin vindikationstalan ha kommit i en bättre position. Detta resultat förefaller ur hävdesynpunkt egendomligt; det går ej väl ihop med den även av NORDLING klart framhävda grundtanken, att så snart efter hävdetidens utgång förvärv i god tro kommit emellan klanderrätten därmed avskurits.[1] Man föranledes då att fråga, hur NORDLING motiverat sin ståndpunkt.[2] Den går tydligen ej väl ihop med uppfattningen av skiftet såsom en normal (ex nunc verkande) överlåtelse. Lösningen torde få sökas däri, att han tillagt arvskiftet en retroaktiv verkan. Tanken skulle i så fall ha varit, att den ondtroende arvingens förvärv av hela fastigheten genom skiftet skulle i princip räknas tillbaka till tiden för dödsfallet (anses ha skett då), varigenom *efter* skiftet de övriga arvingarnas goda tro skulle vara irrelevant och det enda av betydelse den övertagande arvingens förvärv, ansett som om det skett vid dödsfallet, och hans onda tro. Anmärkningsvärt är i detta sammanhang ett uttalande av NORDLING något tidigare i samma arbete, där han just berör frågan om tidpunkten för fång av fastighet genom arv. »Fånget räknas», yttrar han, »uppkommet med dödsfallet för samtlige arvingarne. Det anses sålunda, då de äro flere, icke uppkommet för var och en av dem med avseende på den fastighet, som vid arvskiftet tilldelats honom, från det arvskiftet förrättades.»[3] Den

[1] A. a. s. 61. Man kan som ett tankeexperiment jämföra följande fall. 1) Klander instämmes, medan boet ännu är oskiftat, vissa delägare äro i god, andra i ond tro. Enligt N. få de godtroende behålla kvotdelar, svarande mot deras arvsrätt. 2) Omständigheterna äro desamma som nyss med den skillnaden, att *under* klanderprocessen skifte sker, enligt vilket fastigheten tilldelas en ursprungligen ondtroende arvinge. Detta skifte efter klandrets instämmande borde väl icke förbättra vindikantens position. 3) Skifte sker på sätt under 2 förutsatts men *före* klanderprocessen. Varför skulle detta fall bedömas annorlunda än fall 2?

[2] Med hänsyn till Nordlings allmänna inställning torde man ha rätt att utgå från att han för sin ståndpunkt haft teoretiska grunder och icke eller icke enbart vissa praktiska synpunkter.

[3] A. a. s. 57. Här förnekar ju N. en rent translativ konstruktion av skiftet. Varför antager N. ej annars, att visserligen fånget för samtliga arvingarna som en enhet ägde rum vid dödsfallet men för var och en beträffande de föremål, som han fick på sin lott, vid skiftet? Ordet »sålunda» tyckes bygga på att N. ansett det orimligt tala om dubbla led i fångeskedjan och, när nu fånget vid dödsfallet tydligen för honom var den givna utgångspunkten, ansett sig tvungen dit principiellt förlägga hela det fång, som ledde över från den döde till den enskilde arvingen.

förut berörda lösningen av fallet med *godtroende* arvinge, som vid skifte får fastigheten, motsäger i själva verket icke denna principiella uppfattning utan kan av NORDLING ha motiverats på annat sätt än ovan antytts såsom en möjlighet.[4]

Att NORDLING ställt sig avvisande till den rent translativa konstruktionen av ett skifte, genom vilket en arvinge övertager en fastighet i dess helhet — att han med andra ord icke vill fatta ett sådant skifte som en ex nunc verkande överlåtelse, vare sig av de andras kvotdelar eller av hela fastigheten[5] — framgår ännu klarare av hans kommentar till 2 § LF, som visar att han tänker sig skiftet ha en verkan i stil med den franska »effet déclaratif». Riktigast torde man fatta hans tankegång så, att skiftet i princip ej heller är en överlåtelse med retroaktiv verkan (verkan ex tunc); det innebär principiellt ej alls en överlåtelse från medarvingarnas sida, utan ett direkt förvärv från arvlåtaren anses teoretiskt föreligga för den arvinge, som övertager fastigheten. Samtidigt ger NORDLING uttryck åt en om typen egendomsgemenskap erinrande uppfattning beträffande arvingarnas samfällighet före skifte.[6] Hans ovan berörda lösning av

[4] I så fall skulle N. ha resonerat så, att den arvinge, som i skiftet fått fastigheten, såväl då som tidigare var i god tro och att, då verkan av hans förvärv borde bedömas, som om han fått hela fastigheten direkt av arvlåtaren vid dödsfallet, därmed principiellt förelåge en hela fastigheten omfattande enhetlig åtkomst i god tro. Man kan mycket väl antaga en sådan tanke hos N. En annan sak är, att vissa svårigheter inställa sig, om man vill tillämpa idén på det ovan s. 110 not 9 antydda fallet, att den övertagande arvingen vid den ursprungligen avgörande tidpunkten varit i god tro men sedermera före skiftet råkat i ond tro. Eftersom N. i den nyss behandlade situationen, då arvinge skulle kunna med hävd försvara hela fastigheten, förutsätter en vid skiftet ännu fortbestående god tro, kunde man frestas att antaga, att han »räknat tillbaka» även den goda resp. onda tron (i den mån man icke i stället skall förklara det berörda — »ännu då» överst på s. 61 i a. a. — som en kvarleva av en translativ konstruktion av skiftet). Andra omständigheter göra dock detta antagande osäkert (varför skulle han t. ex., när han betonar, att ond tro hos den övertagande arvingen medför total vindikationsmöjlighet för rätter ägare, därvid uttryckligen tala blott om en *från början* bestående ond tro?).

[5] Jfr ovan s. 42 f.

[6] Hos Nordling, Lagfarts- och inteckningslagarne (1 uppl. 1877, s. 46; 2 uppl. 1888, s. 54) heter det: »Då arvingarne efter en person äro flere, förefinnes en egendomsgemensamhet mellan dem, som liknar den, som äger rum mellan makar och bolagsmän, nämligen däri att de var för sig hava

frågan om hävdereglernas tillämpning under bestående gemenskap kan därför icke tillmätas någon betydelse såsom tecken på en allmän samäganderättsliknande åskådning och behöver över huvud i och för sig ej ha större principiell räckvidd.[7] NORDLINGS syn på arvingars gemenskap torde stå i inre sammanhang med en hos NORDLING också utvecklad teori angående giftorättsgemenskapen enligt dåtida rätt, en teori, enligt vilken vardera maken normalt blott har en andel i det gemensamma boet som en enhet, ej i dess särskilda beståndsdelar, men under vissa omständigheter det oaktat, om så behöves, kan åberopa sig på en bestämd kvotdel i fastighet i boet, såsom just vid hävd.[8]

---

en viss allmän kvotdel i hela den egendom, som tillfallit dem. Huru varderas rätt särskilt utfaller, visar sig först vid och genom arvskiftet. Jämväl är detta utfall beroende därav, huru vida viss egendom, som vid samfällighetens början — d. v. s. arvlåtarens död — fanns i boet, ännu vid skiftet är kvar däri, eller om han föryttrats för dess utredning. Finnes han kvar och faller han antingen hel och hållen eller till en del på en arvinges lott, så är hans fång till denne specielle egendom väl egentligen uppkommet i och genom skiftet, men det räknas ändock av rätten tillbaka till arvfallet, såsom om han fått just denne specielle egendom omedelbart från arvlåtaren. Det är på grund av denna åskådning, som lagen låter skyldigheten till lagfart räknas uppkomma vid arvlåtarens död, på samma gång likväl tiden för lagfartens fullgörande av praktiska skäl blivit uppskjuten att börja först med skiftet.» Att ingen har bestämd andel i fastighet före skiftet betonas ytterligare s. 47, 48 (2 uppl. s. 55, 57). — Det bör anmärkas, att de ovan s. 66 not 4 citerade uttalandena av N. däremot icke behöva tolkas såsom avseende arvskiftesförvärvs tillbakaräknande. De torde nog i varje fall närmast åsyfta hänförandet (i efterhand) till dödsfallet av sådana successorers rättsförvärv över huvud, vilka icke fått sin ställning som successorer definitivt bestämd förrän efter dödsfallet (jfr även ovan s. 69 f.).

[7] Även med utgångspunkt från en »Gesamthand»-konstruktion av gemenskapen kan lösningen te sig försvarlig. Svårigheten bleve ju med sagda utgångspunkt att avgöra, om — vid klandertalan före skiftet — vissa arvingars goda tro skulle lända alla till fördel eller omvänt andra arvingars onda tro skulle utöva sin menliga verkan för alla arvingarna. En förmedlande lösning blir då att för detta speciella fall acceptera en kvotdelning — låt vara att en sådan lösning ur andra synpunkter är praktiskt diskutabel. Med det sagda har dock icke någon ståndpunkt tagits till det analoga problemet vid tillämpning av nu gällande hävdelagstiftning. Härom se nedan kap. III § 3.

[8] Nordling anser (Präskription s. 57 f.), att giftermålets ingående med avseende å fastighet, som tillhörde ene maken och var av beskaffenhet att bli kommunikabel (t. ex. fastighet i stad enligt dåtida lag) omedelbart innebar

Hos NORDLING dominerar alltså en Gesamthand-liknande uppfattning, men i någon mån kommer dock en andelskonstruktion in, och det hela kombineras med en lära om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande och konstruerande såsom förvärv direkt från arvlåtaren, utan att dock sistnämnda tankes praktiska innebörd närmare framträder.[9]

Det bör i detta sammanhang erinras om att i finländsk doktrin under 1800-talets senare del SERLACHIUS med stor bestämdhet förfäktar Gesamthand-idéns tillämplighet på rättsförhållandena i oskiftat dödsbo.[1] För uppfattningen i Finland torde SERLACHIUS ha spelat en betydande roll.[2]

---

ett fång på grund av giftorätt till andel i fastigheten, vilket kunde bilda grundvalen för hävd, om övriga förutsättningar inträffade. Häremot skulle, säger N. (a. a. s. 58 not 1), kunna anmärkas, att så länge äktenskapet varar ingendera maken har någon viss andel i varje särskild förmögenhetsdel, som ingår i det gemensamma boet, utan blott viss andel i det hela, något som N. själv i annat sammanhang framhållit (han hänvisar till Lagfarts- och inteckningslagarna, 1 uppl., s. 42 not 1; motsv. ställe i 2 uppl. är s. 50 not 1). Gentemot detta tänkta inkast svarar han, att det visserligen är riktigt att, så länge boet består orubbat och icke hotas till sina särskilda delar, vardera maken blott har en viss andel i det hela, som sedermera kan vid delning av boet efter val eller överenskommelse fästas vid olika förmögenhetsdelar, men att intet finnes, som hindrar, att ännu medan gemensamheten består den ena makens intresse kan, *om så behöves* (kurs. även hos N.), fästa sig vid en viss förmögenhetsdel, så långt som detta intresse i förhållande till den andre makens får sträcka sig. »Ett sådant behov föreligger, då fråga uppstår att fråntaga boet ett visst förmögenhetsföremål, emedan, i händelse denna avsikt vinnes, förlusten för vardera maken just motsvarar den del av det klandrade föremålets värde, som på honom i giftorätt belöper.»

[9] I vad mån man före skifte kan räkna med andelar i t. ex. en fastighet är ej fullt klart av Nordlings framställning, eftersom ju det i föregående not anförda uttrycket »om så behöves» icke anger någon skarp gräns. — Det ligger nära till hands att fråga, om N:s uppfattning angående arvskiftesförvärvens »tillbakaräknande» har något samband med läran om skiftets »effet déclaratif» i fransk rätt. Några direkta bevis för påverkan ha dock ej anträffats.

[1] Han förklarar bl. a. (FJFT 1885 s. 205): »Vid rättsförhållandet i bo oskifto föreligger sålunda den gestaltning av en flere personer gemensamt tillkommande äganderätt, som av germanisterna nämnes Gesammteigentum i motsats till Miteigentum eller det romerska condominium, vid vilken de skilda samägarnas rätt avser en ideell andel av det hela. Använder man såsom vanligt är ordet samegendom för att beteckna sistnämnda slag av gemensam äganderätt, saknar svenska språket ett uttryck som motsvarade

Granskar man svensk praxis under motsvarande tid, finner man, hur tendenserna mot typen egendomsgemenskap befinna sig på en viss frammarsch, ehuru de — som förut antytts — icke helt dominera.[3] Det räcker att här erinra om några representativa rättsfall.

I fallet *NJA 1874 s. 257* (även i NT 1875 s. 200) var läget det, att två arvingar, A och B, i arvsförening 1866 överenskommit, att B skulle övertaga alla fastigheterna i boet. Ansvar yrkades på B, för att han först 1872 sökt uppbud på hälften av fastigheterna, och B fälldes i HR:n, då han ej ansågs ha varit berättigad att som arv få mer än hälften, varför arvsföreningen 1866 vore ett köp om resten, varmed följt lagfartsskyldighet. B besvärade sig och anförde, att först genom arvskifte bestämdes och överginge äganderätt till varje särskild del i död mans bo till en var arvtagare. HovR:n ansåg, att B:s åtkomst icke varit av beskaffenhet, att han enligt [dåvarande] lag haft skyldighet söka lagfart, och HD gjorde ej ändring. Fallet *NT 1875 s. 135* är också belysande. En borgenär A sökte 3 jan. 1872 inteckning i $^1/_{12}$ av viss egendom, som skulle ha tillfallit gäldenären B i arv efter hans moder. B, som hördes, invände att han aldrig fått någon arvslott i fastigheten och förevisade ett 7 mars 1872 (alltså efter ansökningen) upprättat arvskifte, enligt vilket B:s fader fått hela fastigheten. HR:n biföll dock ansökningen, då fastigheten fallit i arv vid arvlåtarens död och inteckningen sökts före skiftet och således förr än B:s fader vid arvskiftet blivit ägare till B:s lott. HovR:ns majoritet gick på samma linje; endast en diss. led. hävdade, att B icke finge anses ha, i och med detsamma hans moder avlidit, därigenom blivit ägare till viss andel av den efter henne arvfallna fasta egendomen, vilken tillika med kvarlåtenskapen i övrigt utgjort sterbhusets gemensamma tillhörighet, intill dess medelst behörigt arvskifte eller annorledes varje delägares rätt i boet blivit i laga ordning bestämd. HD följde emellertid (utslag 1873) enhälligt NRev, som, enär arvskiftet utvisade, att någon fastighetsandel icke blivit B i arv efter modern tillskiftad, hemställde att KM:t måtte förklara ansökningen icke kunna bifallas. Ytterligare må här blott erinras om *NJA 1881 s. 90* (även i NT 1881 s. 747)[4] och *1892 s. 403*.[5] Om utveck-

---

Gesammteigentum. Riktigare vore måhända terminologien medäganderätt och samäganderätt.» Jfr vidare hans förut nämnda uppsats i FJFT 1890 »Om samäganderätt i 1734 års lag», t. ex. s. 308.

[2] Jfr Heikonen II s. 226 (om Wredes insats ib. s. 225 f.).

[3] Åtskilliga fall snudda vid problemen utan att ge uttryck för en mera markerad inställning. Se t. ex. NT 1878 s. 610 (= NJA 1878 A 146), NJA 1891 s. 505, 1895 s. 41 (HR:n), 1898 s. 259.

[4] Arvskifte hade där skett utan lottning i ett dödsbo med bl. a. två omyndiga och en bortovarande. Änkan, som enligt skiftet övertagit boets fastigheter, sökte lagfart på dessa. Enär arvskiftet ej vunnit laga kraft beträffande de omyndiga och den bortovarande, beviljade RR:n lagfart blott å de andra delägarnas andelar ($^{13}/_{16}$) men fann ansökningen icke kunna

lingen i riktning mot typen egendomsgemenskap har något att göra med tendenser mot strängare krav på förrättande av formenliga arvskiften, för att kvarlåtenskapen skulle anses fördelad, kan icke bestämt avgöras.[6] Några belägg för den hos NORDLING påvisade läran om arvskiftets retroaktiva effekt ha icke anträffats i rättspraxis; spörsmålet torde — naturligt nog — icke där ha aktualiserats.

Såsom redan tidigare antytts, hade HD i rättsfallet *NJA 1881 s. 484* funnit hinder i lag icke möta för arvingar att gemensamt erhålla lagfart å vad dem samfällt i arv tillfallit och icke blivit dem emellan skiftat. Sedermera hade genom KK 16 dec. 1887 gjorts det ännu gällande tillägg till 1883 års KF ang. expeditionslösen, § 11, att om sterbhusdelägare eller testamentstagare söka lagfart å fast egendom, som tillfallit dem i giftorätt, arv eller testamente, och samtidigt lagfart jämväl sökes å senare fång, varigenom egendomen i dess helhet övergått till en eller flere av delägarna eller till ny ägare, eller har lagfart å sådant fång redan förut blivit sökt, så skall i förstnämnda ärende gemensam expedition för sterbhusdelägarna eller testamentstagarna utfärdas, där ej annorlunda begäres.[7] Dessa omständigheter och den i anslutning till desamma alltmer spridda praxis att medge

---

bifallas, »i vad den rörde de omyndigas och den bortavarande arvingens andelar uti i fråga varande fastigheter», varför den i denna del förklarades vilande. Änkan besvärade sig, men HovR:n fann hennes besvär icke föranleda ändring, då de omyndiga efter uppnådd myndighet kunde klandra skiftet och vid sådant förhållande lagfart icke bort å någon del av fastigheten meddelas änkan. HD: ej ändring.

[5] Jfr även NT 1870 s. 303. Bååth uttalar i NT 1880 s. 294, i samband med diskussion av ett ärende om lagfart före arvskifte för arvingarna gemensamt, att »arv såsom fullbordat laga fång alltid förutsätter delning, därest arvingarna äro flere», och tillägger vidare: »Innan delning skett, förefinnes enligt rättsbegreppets innehåll, endast en samägande rätt, men icke någon särskild rätt för varje arvinge.» I fortsättningen utgår han från att lagfart »under form av enskild rätt för varje arvinge» förutsätter delning (jfr även ib. s. 299). Bååth representerar dock allmänt sett en mellanlinje; han vill icke medge gemensam lagfart, om ej andelarna förut fixerats. Jfr ovan s. 105 f. not 9.

[6] Jfr om strängare krav på arvskifte NJA 1890 s. 5, Lind i Festskrift tillägnad Marks von Würtemberg s. 373.

[7] Om stadgandets tillkomsthistoria se NJA II 1887 nr 8 s. 3 ff. samt den förberedande aktionen på 1886 års riksdag genom motionen i AK nr 162. Diskussionen på riksdagarna 1886 och 1887 (B-riksdagen) ha redan tidigare delvis berörts. Om stadgandets tillämpning jfr NJA 1900 s. 517, 1901 s. 446.

gemensam lagfart å boupptecknigen för delägarna i fastighet i dödsbo utgjorde säkerligen ett indirekt stöd åt vad här kallats tendenserna mot typen egendomsgemenskap.

F. Andelskonstruktioner — och därmed mer eller mindre klara tendenser till en samäganderättsliknande uppfattning av arvingarnas gemenskap beträffande fast egendom — ha även under 1900-talet haft enstaka förespråkare i rättspraxis.[8] De motsatta tendenserna vuxo emellertid under denna tid ytterligare i styrka och visade sig mäktiga nog att tillkämpa sig det definitiva övertaget. Denna utveckling mot mindre självständighet för den enskilde arvingen och större accentuerande av gemenskapen behärskar också doktrinen, i den mån denna tagit befattning med hithörande spörsmål.

Uppfattningen, att arvingens andel hänför sig blott till hela förmögenhetsmassan, innebär, att arvingen icke kan sägas vid dödsfallet succedera till bestämda andelar i de konkreta förmögenhetsobjekten. Denna ståndpunkt utesluter dock i och för sig icke helt möjligheten, att en arvsrättens koncentration på bestämda föremål ansåges kunna undantagsvis äga rum redan före arvskiftet. Belysande äro vissa utvecklingsstadier i WINROTHS uppfattning rörande möjligheten för en enskild arvinges borgenärer att före skifte tillgodogöra sig arvingens arvsrätt. WINROTH betecknar ett ännu oskiftat dödsbo som »förmögenhetsgemenskap» (vilken form han ställer i motsats mot »samegendom») och avvisar direkt tanken om andelar före skifte i de enskilda objekten (»den, som i skifte avstår från lott i den fasta egendomen, får ej betraktas dessförinnan hava däri innehaft en mot hans rätt i dödsboet svarande andel»).[9] I konsekvens härmed räknar han icke med att en arvinges privata borgenärer kunna (före skifte) komma åt ideella andelar i fastigheter eller

[8] HovR:n och NRev i NJA 1902 s. 435, KB och HovR:n i NJA 1909 s. 306, HR:n i SvJT 1920 rf s. 33, KB i NJA 1930 s. 281. Jfr även JustR Lindbäck i NJA 1907 s. 265 samt HR:n i NJA 1926 s. 60. Andelskonstruktioner ha troligen också till en viss grad alltjämt förefunnits i underdomstolarnas lagfartspraxis. Jfr nedan. — Som en andelskonstruktion i här avsedd mening lär man ej få tolka »andel i fastigheten» i SvJT 1938 rf s. 7. — En viss andelskonstruktion beträffande *lös* egendom (byggnad å annans grund) hos ÄgodR:n i NJA 1935 s. 463.

[9] Svensk civilrätt II s. 114 ff.

andra förmögenhetsobjekt, men till en början anser han dock, att de kunna tillgripa konkreta tillgångar i boet. I andra delen av Svensk civilrätt (1901) anser WINROTH utmätning kunna ske i boet för arvingens gäld upp till beloppet av arvingens andel i bruttotillgångarna.[1] I femte delen (1909) har ståndpunkten modifierats därhän, att i princip blott egendom motsvarande den beräknade slutliga andelen (nettoandelen) skulle kunna utmätas i dylikt fall.[2] I ett ännu senare uttalande (1911) synes WINROTH befinna sig på glid över till uppfattningen, att borgenären egentligen blott kan låta utmäta själva successionsrätten såsom sådan.[3] Denna successiva, redan tidigare av KARLGREN[4] påpekade förskjutning i WINROTHS ståndpunkt är onekligen intressant och i sin mån betecknande för utvecklingens allmänna tendens.

När 1904 års samäganderättslag skapades, inflöt som bekant ett stadgande, som från lagen undantog bland annat arvingars gemenskap före skifte. Detta undantag var väl i och för sig icke nödvändigt betingat av synen på denna gemenskap som en »egendomsgemenskap»; undantaget var ju ändå tämligen givet, när man för arvingarnas förhållanden hade vissa successionsrättsliga specialregler, som man icke kunde röra vid annat än i sammanhang med en vidsträcktare omstöpning av ÄB och de därtill anslutna stadgandena. Det är dock sannolikt, att man under förarbetena till lagen ansåg en väsensskillnad föreligga mellan samäganderätt i särskilt (eller särskilda) föremål och egendomsgemenskap, omfattande en hel förmögenhetsmassa, hur man sedan tänkte sig denna skillnad närmare utformad.[5] Uteslutet är väl icke heller, att — oavsett uppfattningen under för-

[1] I Sv. civilrätt II s. 440 uttalas beträffande äkta makars bo, att fordringsägare, tillkomna efter upphörande av förmögenhetsgemenskapens fortgång, allenast såtillvida ha en sämre ställning än boets borgenärer, att de icke kunna i boet få utmätning verkställd annat än intill beloppet av gäldenärens andel i bruttotillgångarna. Uttalandet ib. s. 747 visar, att W. anser samma regler gälla för oskiftat dödsbo.

[2] Sv. civilrätt V s. 36 ff.

[3] Handbok i sv. civilrätt II s. 35 f., 107.

[4] Karlgren, a. a. s. 284 not 3.

[5] Jfr chefens för justitiedepartementet yttrande (NJA II 1905 nr 4 s. 3), »att de nu ifrågasatta lagbestämmelserna, i enlighet med vad riksdagen torde hava åsyftat, allenast avse samäganderätt i särskilt föremål, vare sig fastighet eller lös sak, och alltså ej beröra den egendomsgemenskap, som omfattar en förmögenhetsmassa».

arbetena — själva tillkomsten genom 1904 års lag av ett bestämt avgränsat samäganderättsinstitut, i sig icke innefattande sådana fall som arvingars gemenskap före arvskifte, sedermera kan ha bidragit till att förstärka och befästa den åskådningen, att arvingarnas gemenskap var något till sin natur vida skilt från den vanliga samäganderätten till särskilt föremål även beträffande andelsrättens innehåll och karaktär.

Det är icke erforderligt att här i detalj följa utvecklingen under 1900-talet. Denna domineras mer och mer av uppfattningen, att före arvskiftet den enskilde arvingen icke kunde påstå sig ha någon viss del i någon särskild boets tillhörighet — i praxis gällde spörsmålet, när det en och annan gång kom upp, alltjämt fast egendom — och alltså icke heller kunde företaga några som helst transaktioner med en sådan påstådd del.[6] En nödvändig konsekvens blev då, att en enskild arvinge icke före skifte skulle kunna få särskild lagfart på en kvotdel av en i boet ingående fastighet, varmed icke skall påstås, att icke någon gång häremot stridande förfarande praktiserades av underrätterna.[7] Den uppfattningen befästes alltmer, att gemensam lagfart på boupptecknings för dödsbodelägarna var fullt tillåten, ehuru icke nödvändig.[8] Dylik lagfart borde med nyss angivna grunduppfattning

[6] I NJA 1902 s. 435 segrade den meningen, att när en dödsbofastighet sålts utan medverkan av två av delägarna, försäljningen skulle anses ogiltig i sin helhet och ej blott beträffande så stor del av fastigheten, som motsvarade nämnda delägares arvsrätt (såsom HovR:ns och NRev:s majoritet menat). På samma principiella linje befinner sig NJA 1913 s. 632 (fallets invecklade beskaffenhet utesluter dess refererande med några få ord), likaså NJA 1926 s. 60 och SvJT 1920 rf s. 33. Se även NJA 1916 s. 85. Den i texten antydda uppfattningen framhäves klart i Björlings artikel Förmögenhetsgemenskap i Nordisk familjebok (3 uppl.) bd 8 sp. 235. Av Lagberedningen, JB II s. 274, torde man kunna draga vissa indirekta slutsatser; beredningen synes i varje fall icke ha erkänt någon självständig andelsrätt i fastighet före skifte.

[7] Jfr hänvisningarna nedan not 1.

[8] I SvJT 1920 rf s. 76 ansågs gemensam lagfart kunna beviljas delägarna med boupptecknings som enda fångeshandling, ehuru enligt ett i saken känt testamente kvarlåtenskapen (ordet »egendomen» i SvJT:s rubrik är ej fullt idealiskt, då det kan missuppfattas därhän, att det skulle avse blott fastigheten) skulle fördelas mellan delägarna till andra andelar än de legala. Jfr vidare Nordling, Lagfarts- och inteckningslagarna (2 uppl.) s. 57, Ask s. 83, Lagberedningen, JB II s. 272, Undén, Kommentar s. 21, Lagberedningen i NJA II 1933 s. 693 f.

icke anses innebära lagfart för var och en av delägarna på viss andel;[9] denna mening slog också mer och mer igenom, om den än icke helt lyckades utplåna den motsatta konstruktionen, som — liksom det direkta beviljandet av särlagfart på kvotdel — i vissa undantagsfall kunde tänkas förenkla ett eljest tillkrånglat lagfartsärende.[1] En nödvändig konsekvens av den segrande uppfattningen blev vidare, att en arvinges privata borgenärer ej ansågos kunna exekutionsvägen komma åt någon särskild andel i visst förmögenhetsobjekt i boet.[2] Ej heller synes WINROTHS tanke om utmätning av konkreta tillgångar i boet upp till visst värde, motsvarande arvingens beräknade brutto- eller åtminstone nettoandel, ha vunnit anklang i praxis, såvitt man kan döma efter praxis i högsta instans.[3] Däremot erkändes, att

[9] Jfr redan Bergius i FK prot. 1887 B nr 6 s. 34: »Det är alldeles klart, att om sterbhusdelägarna fått gemensam lagfart och icke skiftat, så får sedan icke en av dem sälja, utan att arvskifte skett och hans lott blivit utbruten.»

[1] Jfr Undén, Kommentar s. 21 f., Arhusiander i SvJT 1928 s. 576, Bergquist i SvJT 1936 s. 294. — Jfr också domstolarnas ståndpunkt att vägra lagfart på *hela* fastigheten i fallen NJA 1908 s. 337, 1909 s. 635.

[2] NJA 1909 s. 306, 1930 s. 281. Jfr i finländsk doktrin Serlachius i FJFT 1885 s. 209, Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 95, 99 f.

[3] Ej heller tidigare (under 1800-talet) ha i det material jag sett några belägg återfunnits på tillämpning av dylika tankegångar i praxis (vilket ju icke utesluter, att de någon gång förekommit). Ur äldre praxis i Finland jfr ett fall, vars principiella innebörd dock ej är klar, i Serlachius, Samling s. 161 f.: Emedan den lott i K:s och h. h:s bo, som vid den sistnämndas död i grund av arvsrätt efter henne kunnat tillkomma deras barn, utan föregången avvittring därav förblivit i K:s vård tills även han med döden avgått samt K. således, om han ej i stöd av det åberopade testamentet ägt uteslutande rätt till all boets egendom, åtminstone varit att anse som förvaltare av oskift bo under de villkor ÄB 11:1 innehåller, kunde K:s borgenärers rätt till betalning ur den av honom i livstiden förvaltade egendomen icke inskränkas av barnens anspråk på arv i samma egendom (senatens justitiedepartements dom 4 mars 1859). Enligt gällande utsökningslag i Finland, 4:11, kan utmätning ske i boet för enskild arvinges gäld, men lagen anvisar de andra viss utväg att undantaga så stor del av egendomen, som vid skifte bör tillfalla dem. Jfr härom Chydenius, a. a. s. 101, Carlson i FJFT 1937 s. 352 f. Chydenius ansåg, att man icke kunde anlita metoden att i stället utmäta arvingens lott såsom sådan. Nyare teori och praxis synes dock tendera mot att erkänna denna väg som alternativt möjlig; se Carlson, a. a. s. 354, Heikonen II s. 237, 238. Jfr Palmgren, Konkursförutsättningarna s. 90.

andelsrätten såsom sådan i hela boet kunde bli föremål för exekution, liksom den ansågs kunna överlåtas.[4]

Den allmänna uppfattning, i vilken på detta sätt utvecklingen före BL mynnade ut,[5] hängde samman med ett starkare betonande än tidigare av möjligheten till fri fördelning vid arvskiftet. Någon absolut nödvändig konsekvens av vad ÄB i detta stycke innehöll kunde man väl, såsom förut framhållits, knappast tala om, men man synes alltmer ha gått ut ifrån att arvingarna vid skifte hade och borde ha fullt fria händer, samtidigt som man synes ha mer och mer skjutit undan alla idéer om skiftet som inbördes andelsöverlåtelser och sett skiftet, hur det än gjordes, som en ren fördelning av något förut alldeles odelat, som en förvärvsart sui generis av rent successionsrättslig karaktär.[6] (Överlåtelse före skifte av andel i boet som totalitet fattades då icke heller såsom inneslutande överlåtelse av viss andel i fastighet i boet.[7]) En viss tvekan framträdde stundom i skatterättsliga sammanhang. Även där gick utvecklingen dock i samma riktning. Det har emellertid förefallit mig obehövligt att inom detta arbetes ram gå närmare in även på dessa förhållanden, ehuru de självfallet avspegla de civilrättsliga konstruktionerna, vilket är naturligt nog, när stämpelföreskrifter o. s. v. formellt anknutit till civilrättsliga begrepp som köp, byte, arv etc.[8]

[4] Se NJA 1914 s. 73. Jfr Trygger, Kommentar till UL, 2 uppl., s. 194, Lagberedningen i NJA II 1933 s. 144, 168, 359 f. samt beträffande Finland föregående not. Jfr även Olivecrona, Testamentsrätten s. 304 ff. (2 uppl. s. 326 ff.).

[5] Se jämväl Eberstein, Om skatt till stat och kommun II s. 497. — Ett likartat resultat synes utvecklingen i Finland ha givit; i varje fall pekar nyare doktrin klart i denna riktning (praxis har icke i detta sammanhang närmare undersökts). Enstaka notiser om doktrinen i Finland ha redan tidigare meddelats. Här må allmänt hänvisas till Serlachius i FJFT 1885 och 1890, Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 95, Palmgren, Konkursförutsättningarna s. 87, samt Heikonen I och II, passim. Hakulinens åt samäganderättslinjen orienterade uppfattning (se Zivilges. der Gegenwart X: I: 2 a s. 34 not 20) torde icke få betraktas som representativ för den rådande åskådningen (jfr Heikonen II s. 226 f.).

[6] Jfr domsformuleringarna i åtskilliga av de i noterna ovan åberopade rättsfallen. Jfr vidare NJA 1935 s. 364 samt hänvisningarna ovan s. 81 not 2.

[7] Jfr t. ex. NJA 1907 s. 265.

[8] Brytningarna under senare delen av 1800-talet kunna tydligt avläsas i uppfattningarna rörande stämpelproblemen. C[las] Li[vijn], som i en redan tidigare något berörd artikel i NT 1871 s. 62 ff. hävdar, att utlösen

Det torde kunna antagas, att man i nyare arvskiftespraxis mer och mer frigjort sig från tanken om att fast egendom rätteligen borde skiftas så, att varje arvinge fick lott däri, även om flera andelar skulle enligt arvingarnas överenskommelse slutligt förenas på en hand. Det direkta tillskiftandet medför för övrigt enligt de principer, som domstolarna sedan åtskillig tid följt, att de kostnader för lagfartsstämpel inbesparas, vilka skulle ha blivit resultatet av ett utskiftande och senare sammanförande i köpets form.[9]

Samäganderättslinjens försvinnande betydde naturligtvis, att en faktor föll bort, som stod i direkt motsats till alla idéer om dödsboet som juridisk person.[1] Utvecklingen lät boet framstå som en påtaglig, ej alltför svagt utbildad enhet. Om man än före BL allmänt avvisade tanken om boet som särskilt rättssubjekt, lågo dock historiskt sett förutsättningarna för en dylik konstruktion bättre till än tidigare, och som förut nämnts gjordes ju också inom doktrinen strax före BL en framstöt i denna riktning.[2]

När sedan lagstiftningen i och med BL medvetet går över till att tekniskt bygga upp systemet i anslutning till ett betecknande av dödsboet som ett särskilt rättssubjekt, som tänkes äga tillgångarna, som kan få lagfart, i vars namn rättshandlingar kunna företagas o. s. v., så innebär detta realiter en ännu klarare markerad och fastare gemenskap, ett slutstadium, vari den utveckling mynnar ut, som vi i det föregående skärskådat. De tendenser, vilkas brottningar vi där iakttagit, låta det nya systemets reella innebörd framträda i skarpare relief och belysa därigenom även situationen efter BL.

---

av medarvinge oberoende av formen är köp, drar därav konsekvensen, att stämpelbeläggning bör ske som för köp, men refererar ett i annan riktning gående hovrättsutslag. Stämpelfrihet blev ju också följden av överrätternas ståndpunkt i det ovan s. 115 berörda fallet NJA 1874 s. 257. Samma princip i fallet NJA 1879 s. 335 (= NT 1880 s. 416). Andra fall, som i detta sammanhang äro av intresse, äro bl. a. NJA 1880 s. 339, 1881 s. 153, 1894 s. 57 och 330, 1901 s. 509, 1920 s. 460, 1930 s. 482, 1931 s. 473, 1935 s. 141, 1936 s. 658. Jfr även SvJT 1931 rf s. 30, 1935 rf s. 3, 1937 rf s. 53. Se vidare Eberstein, a. a. II s. 497 ff., Bergquist i SvJT 1936 s. 295.

[9] Jfr hänvisningarna i föregående not.

[1] Jfr Montgomery, Bolagskontraktet s. 138.

[2] Ovan s. 69.

I fråga om arvskiftets karaktär har det ovan genomgångna materialet givit belägg för att, när tendenser till samägande-rättsliknande andelskonstruktioner förekommit, dessa såsom en naturlig konsekvens dragit med sig en translativ uppfattning av ett arvskifte, där t. ex. en arvinge övertagit en hel fastighet. Någon kombination av sådan andelsuppfattning med en idé om arvskiftets retroaktiva verkan har icke förmärkts.[3]

När arvingarnas gemenskap sedermera fattades på ett sätt, som närmast erinrar om typen egendomsgemenskap, behövde ju detta ej med historisk nödvändighet utesluta ett slags translativ konstruktion av arvskiftet, på sätt antytts i kap. I, låt vara att vissa begreppsmässiga svårigheter då otvivelaktigt uppkommo.[4] Konsekvent uttänkt kunde en sådan konstruktion dock leda till att de föremål en arvinge fick genom skiftet ej alls vore i egentligaste mening av honom förvärvade genom arv, ett för vanligt föreställningssätt onekligen främmande påstående. Det är begripligt, att man allmänt funnit det naturligare att — om samägande-rättslinjen förkastades — i stället beteckna alla sådana föremål som ärvda.[5] I detta uttryckssätt ligger emellertid i viss mån en latent tendens i riktning mot den hos NORDLING påvisade retroaktivitetstanken. Ehuru sistnämnda tanke antydningsvis skymtar någon enstaka gång även senare,[6] har den dock aldrig hos oss antagit någon mera bestämd form. Även NORDLING torde ha tillmätt den en ganska begränsad praktisk betydelse. Vi få i det följande tillfälle att med utgångspunkt från den aktuella situationen underkasta densamma en närmare granskning.

---

[3] Ett sådant rättsfall som SJA II s. 442 (jfr ovan s. 99 f.) strider mot en retroaktivitetsteori, om denna skulle ha ungefär samma innebörd som den franska »effet déclaratif». Jfr även HR:n och HovR:n i NT 1875 s. 135.

[4] Ovan s. 43 not 2. Jfr Hasselrot i FK prot. 1886 nr 19 s. 28 f.

[5] Detta framträder i åtskilliga tidigare åberopade rättsfall. Jfr även Heikonen II s. 229.

[6] Karlgren, a. a. s. 286 noten, betonar, att hans uppfattning av dödsboet som juridisk person ej behöver uppgivas, »även om det förhåller sig så — vilket må lämnas därhän — att i vissa fall en arvinges förvärv på grund av skifte 'räknas tillbaka' till tidpunkten för dödsfallet». Se vidare Lagberedningen i NJA II 1933 s. 693, cit. nedan s. 131.

KAP. III.

Successionen för arvingar och universella testamentstagare enligt nu gällande regler. Dödsboets plats i successionssystemet.

§ 1.

Vissa utgångspunkter.

Om man söker ange det formella tankeschema beträffande successionen vid dödsfall, på vilket nuvarande svensk lagstiftning bygger, är det uppenbart, att detta schema icke längre kan sammanfalla med läran om en egentlig, omedelbar succession vid dödsfallet för arvingar och universella testamentstagare. Formellt sätt kommer tydligen enligt BL dödsboet såsom juridisk person[7] så att säga tränga sig emellan arvlåtaren och de nyssnämnda successorerna. Samtidigt skymtar dock i motiven till BL — såsom redan ovan i början av kap. I berörts — läran om succession omedelbart vid dödsfallet, varigenom en viss formell oklarhet framträder.

Det egentligen betydelsefulla är naturligtvis icke det formella schemat såsom sådant och dess inre harmoni eller eventuella bristande konsekvens utan frågan, vilka reella handlingsregler som detta schema avser att täcka samt, om dessa äro oklara eller diskutabla, vilka regler som kunna anses önskvärda och möjliga med hänsyn till den givna lagstiftningen. Emellertid har lagstiftningens sakinnehåll sitt samband med dess formella struktur, och den formella uppbyggnaden har i alla händelser ett visst tekniskt intresse.

---

[7] Här ses bort från det förhållandet, att det stundom förekommit teorier, vilka icke ansett alla särskilt bildade rättssubjekt vara juridiska personer och sålunda icke satt likhetstecken mellan dessa båda begrepp. Jfr Bergendal, Aktiebolagets författning och dess yttre rättsförhållanden s. 3 ff. Jfr även Förslag till lagar om enkla bolag etc. 1890 s. 73 f.

Att BL bygger på idén om dödsboet som juridisk person, uttalas klart i motiven till lagen.[8] Själva lagtextens formulering är också avpassad därefter. Redan i lagens 1 § talas om att dödsbodelägarna »företräda — — — dödsboet mot tredje man samt äga att tala och svara i mål som röra boet».[9] Enligt det valda uttryckssättet handla delägarna alltså icke omedelbart å egna vägnar utan som representanter eller organ för boet. Det har stundom påståtts, att om skötseln av en juridisk persons angelägenheter, inklusive representationen gentemot tredje man, skulle tillkomma samtliga delägare i förening, den juridiska personen skulle fungera »utan organ», så att — om man exempelvis tänkte på ett handelsbolag — delägarna i ett dylikt fall icke »representera» bolaget utan *äro* detta.[1] Vad som än må ligga i en dylik uppfattning,[2] är det uppenbart, att rent formellt — om annat är tills vidare icke fråga — tanken på samfälligheten (här dödsboet) som särskilt rättssubjekt än starkare betonas, om t. o. m. de gemensamt uppträdande delägarna sägas »företräda» samfälligheten och sålunda betecknas såsom representanter eller organ för denna.[3] Ett dylikt uttryckssätt passar av flera skäl formellt väl in i BL:s system. Bl. a. ställas de olika formerna för dödsboförvaltning därigenom s. a. s. på samma plan (en boutredningsman bleve ju exempelvis i alla händelser »representant» eller »organ»).[4]

---

[8] NJA II 1933 s. 162 ff. m. fl. st.

[9] Här må också erinras om 2:12 (boutredningsmannen »företräder dödsboet mot tredje man» etc.) ävensom 1:3 (gäld göres och andra rättshandlingar företagas »för dödsbo» och bli i vissa fall ej bindande »för boet»). Som jämförelsematerial kunna även tjäna RB 11:11 och LF § 4 i dessa lagrums lydelse av 1933.

[1] Karlgren, Studier över privaträttens juridiska personer etc. s. 59 f. Förf. fortsätter: »'Helheten', bolaget, är icke något mera än sina delar tillsammantagna — i vidare mån än att delarna äro sammanfattade ur en viss synpunkt.» Jfr även ib. s. 239.

[2] Den erinrar på sitt sätt om vissa drag hos äldre uppfattningar av begreppet juridisk person. Jfr ovan kap. II s. 59 ff.

[3] Jfr NJA II 1933 s. 164.

[4] En sak till bör kanske påpekas. I en sådan sammanslutning som ett handelsbolag beror det i princip på delägarna själva, om någon förändring beträffande delägarnas personer skall inträda. I ett dödsbo har man att räkna även med växling av delägare på annan grund. Innan ett testamente blivit ståndande, äro ju t. ex. såväl testamentstagare som genom testamentet

Oavsett om det finnes en eller flera successorer, skall enligt BL dödsboet principiellt räknas som ett självständigt rättssubjekt.[5] Om man så vill, kan man naturligtvis åskådliggöra detta genom att säga, att det enligt BL är kvarlåtenskapen, som personifieras, ej gemenskapen mellan flera successorer.[6] Med tanke därpå torde det för övrigt framstå såsom ännu naturligare, att — som nyss berördes — delägarna sägas »företräda» boet.[7]

Idén om dödsboet såsom juridisk person, vilken idé vi här ha att undersöka som ett givet historiskt faktum, måste förutsättas innesluta den tanken, att det är denna juridiska person, som i och med dödsfallet formellt skall betecknas som det direkta subjektet för den dödes rättigheter och skyldigheter (här skulle man med fog kunna tala om en universalsuccession). Denna tolkning överensstämmer med uttryckssättet på en mängd ställen i motiven till BL och dess följdlagar.[8] Att den över huvud här särskilt framhävts, beror på att en annan tanke-

uteslutna arvingar delägare, men endera gruppen kommer under utredningens gång att falla bort. I varje fall i en dylik situation ter det sig mindre naturligt att sätta likhetstecken mellan helheten och de aktuella delägarna. Märk även, att en person kan vara dödsbodelägare och i denna sin egenskap deltaga i förvaltningen av boets egendom utan att i själva verket ha någon andelsrätt i *all* denna egendom (efterlevande make och bröstarvingar förvalta t. ex. gemensamt såväl den dödes giftorättsgods som hans enskilda egendom, ehuru maken ju ej skall ha del i den enskilda egendomen, se nedan s. 165 not 8).

[5] Jfr NJA II 1933 s. 218 f.

[6] Heikonen I s. 263 anmärker, att när teorien i Finland och Sverige (före BL) stundom fört fram rättssubjektskonstruktionen det i allmänhet icke klart framgått, om »der Nachlass als solcher oder die von den Erben gebildete Gemeinschaft subjektiviert werden soll». Jfr även ovan s. 44. Alldeles lyckat är dock icke uttryckssättet, att lagen personifierar »kvarlåtenskapen», enär man stundom har behov av att använda termen kvarlåtenskapen för att beteckna egendomen i boet, tänkt såsom *objekt* för boets rätt. Man kan ju — jfr flerstädes i det följande — säga, att enligt lagens tankegång »boet» äger »kvarlåtenskapen».

[7] Om delägarna icke sades företräda boet såsom rättssubjekt utan sades gemensamt utgöra detta, borde i fall med endast en delägare denne s. a. s. uppsluka boet som rättssubjekt, vilket i princip just icke är meningen enligt BL, om än i praktiken gränsen mellan boets och delägarens förmögenhet här blir svårare att hålla klar och respekterad än när flera delägare finnas.

[8] I NJA II 1933 s. 163 talas om att »dödsboet såsom sådant svarar för de förpliktelser, vilka den döde åsamkat sig» och om att »uppfatta dödsboet såsom subjekt för rättigheter och skyldigheter» o. s. v.; dessa rättigheter

linje åtminstone i förbigående skymtar som en möjlighet i samma motiv. I motsats till KALLENBERG, som betraktat läran om succession vid dödsfallet och teorien om dödsboet som rättssubjekt såsom två oförenliga ting, gör ju *Lagberedningen* i motiven till BL gällande, att rättssubjektskonstruktionen ej utesluter den historiskt givna uppfattningen om succession omedelbart vid arvlåtarens frånfälle. *Ett* sätt att — åtminstone skenbart — åvägabringa denna harmoni vore, att det förklarades, att arvingarna (och de universella testamentstagarna) personligen direkt succederade vid arvfallet och att dödsboet följaktligen såsom juridisk person icke bleve subjekt för den dödes rättigheter utan endast förvaltade arvingarnas (och de universella testamentstagarnas) från arvlåtaren härrörande tillgångar såsom ett slags legal ställföreträdare. Denna konstruktion antydes faktiskt såsom en möjlighet av *Lagberedningen*.[9] Emellertid kan konstruktionen i fråga näppeligen ha varit åsyftad i den meningen, att den fattats såsom riktig. Tanken om dödsboet som rättssubjekt måste uppenbarligen i sig innesluta tanken, att dödsboet är subjekt för den dödes *skyldigheter*, likaväl som dödsboet i BL betraktas som subjekt för nytillkomna förbindelser, ingångna för boets räkning. Ingen skulle väl vilja vara med om att — på grundval av BL:s nuvarande regler — i dessa hänseenden beteckna delägarna som de omedelbart engagerade subjekten och boet som legal representant. Redan detta borde göra representantkonstruktionen omöjlig för *rättig-*

---

och skyldigheter måste framför allt ha tänkts vara sådana, som förut tillkommit resp. åvilat den döde. Lagfart å fastighet i boet skall, om den sökes, beviljas i dödsboets namn o. s. v. Jfr vidare nedan.

[9] Nämligen i motiven till den med BL samtidiga lagen om ändrad lydelse av 2 och 4 §§ LF. Det heter där (NJA II 1933 s. 696 f.): »Vad härefter angår frågan, huruvida lagfart för dödsbo innefattas under förevarande förordning [LF] i dess nuvarande lydelse, kunde avfattningen av 1 § giva anledning till någon tvekan. Det är emellertid i doktrin och praxis obestritt, att under förordningen inbegripes lagfart för dödsbodelägare i denna deras egenskap. Därest skälet härtill är den äganderätt, som oavsett erforderlig delning anses hava uppkommit redan vid arvlåtarens död, förefinnes samma skäl även i fortsättningen [d. v. s. efter tillkomsten av BL], *vare sig denna äganderätt anses övergå på dödsboet såsom sådant eller tillkomma de olika delägarna. I senare fallet representeras nämligen delägarna av dödsboet.*» (Kurs. här.)

heternas del. Mot densamma strider också det förhållandet, att lagfart för en i boet befintlig fastighet — om sådan åtgärd kommer i fråga — skall sökas och beviljas i *boets* namn, att rättshandlingar och processer beträffande kvarlåtenskapen otvivelaktigt enligt BL böra ske i boets namn o. s. v. Konstruktionen kan på intet sätt försvaras som en teoretisk formel för att uttrycka vissa rättsverkningar, som ej annars finge sin begreppsmässiga avspegling. Dess effekt blir endast, att terminologi och begreppsbildning bli orimligt invecklade. När delägarna själva förvalta boet, betraktar ju lagen dem som representanter eller organ för boet, men detta skulle i sin tur vara legal representant för delägarna vid förvaltningen av egendom, som principiellt redan tillhörde delägarna personligen! Av anförda skäl har man icke rätt att tillskriva beredningen en konstruktion sådan som den antydda.[1]

Frågan kvarstår emellertid, i vad mening det skulle låta sig göra att bibehålla »den historiskt givna uppfattningen, att successionen äger rum omedelbart vid dödsfallet», när nu dödsboet proklamerats såsom juridisk person. Därvid riktas måhända tanken först på det förhållandet, att enligt svensk lag i stort sett dödsfallsögonblicket är avgörande för frågan, vilka personer som skola kallas till arvet (frågan om »die Berufung», jfr ovan kap. I). Detta är naturligtvis en *förutsättning* för att det överhuvud skall ligga någon mening i att tala om en (egentlig) succession vid dödsfallet.[2] Vid sekundosuccession enligt 2 kap. AL är som bekant

[1] Beredningens framhävande, se ovan s. 14 f., av att successionen räknas från dödsfallet men att egendomen underkastas särskild förvaltning kunde vid första påseendet annars möjligen läsas i representantkonstruktionens anda. — Här må parentetiskt anmärkas, att man kan känna sig frestad att antaga, att beredningens uttryckssätt på detta ställe influerats av Karlgren, som ju — på sätt tidigare berörts — i Studier över privaträttens juridiska personer etc., s. 286 noten, hävdar, att innebörden i den historiskt givna successionsteorien huvudsakligen är den, att svensk rätt har annan ståndpunkt än den romerska, enligt vilken för vissa grupper av successorer förvärvet skedde först genom successorernas därpå riktade viljeakter. Enligt svensk rätt inträdde successorernas rätt omedelbart vid dödsfallet (jfr även beredningen i NJA II 1933 s. 521 f.). »Och detta», fortsätter Karlgren, »hindrar ju icke, att vad de vid denna tidpunkt förvärva tillfaller dem *på det sätt,* att de endast i förening, såsom intill skiftet bildande ett särskilt rättssubjekt, äro berättigade till tillgångarna.»

[2] Jfr ovan s. 18.

lagens ståndpunkt den, att frågan, vilka som äro arvingar till den först avlidne maken, beror på förhållandena vid den sist avlidne makens död, och därigenom är ju varje hypotes om succession för den först avlidne makens arvingar vid dennes död omöjliggjord. Så som begreppet succession i regel fattats inom doktrinen, har uttryckssättet succession vid dödsfallet emellertid icke använts *blott* för att markera dödsfallstidpunktens betydelse i nu berörda avseende.[3]

Uppenbarligen har *Lagberedningen* tänkt på den omständigheten, att man i svensk rätt icke kräver något särskilt tillträde i romerskrättslig stil såsom villkor för arvsrätt, utan att arvingarna i och med arvlåtarens död normalt kunna sägas inträda i en aktuell rättsposition beträffande arvet, låt vara tekniskt utformad som delägarskap i dödsboet såsom särskilt rättssubjekt, alltså om man så vill blott ett slags »indirekt ägarställning».[4] Arvingen har fått ett arv — låt vara ännu icke konkretiserat — som går vidare till hans successorer, om han skulle avlida, och som han kan förfoga över genom rättshandling; gränsen mellan det enligt 1 § i lagen om arvsavtal ogiltiga avtalet mellan två personer om arvet efter en tredje och det tillåtna avtalet om ett redan fallet arv går vid arvlåtarens dödsfall, vilket direkt framgår av orden i sagda § om »arv efter den, som ännu lever».[5] I och med dödsfallet bildar också arvsrätten en för arvingens borgenärer åtkomlig beståndsdel av hans förmögenhet.[6]

Skola endast de nu antydda förhållandena bilda grundvalen för och innebörden i satsen om arvingarnas succession vid dödsfallet, uppkommer ingen dissonans i förhållande till idén om dödsboet som eget rättssubjekt. Liksom KARLGREN torde väl också *Lagberedningen* häri ha sett den väsentliga betydelsen hos

[3] Jfr ovan s. 17 f.

[4] Jfr ovan s. 27 f. När här och på andra ställen talas om arvingar, inbegripas, om ej annat särskilt framgår, även universella testamentstagare.

[5] Jfr Knoph s. 280. — Under vissa särskilda betingelser anses dock arv falla senare än vid arvlåtarens dödsfall; så — vilket redan ovan i texten antytts — enligt 2 kap. AL, där arvet efter den först avlidne maken anses falla vid den efterlevande makens död. Se Lindhagen-Lind s. 22 f.; jfr BL 1:1 st. 2 och NJA II 1933 s. 149, 153 (EGB s. 19 f., 24). Om situationen före denna tidpunkt jfr Ekeberg-Guldberg s. 252 f. och SvJT 1938 Rf s. 27.

[6] Jfr ovan s. 120 f., NJA II 1933 s. 167 f., 359 f. För situationen vid dödförklaring jfr SvJT 1938 Rf s. 7 med hänvisningar.

den historiskt givna svenska successionsuppfattningen.[7] När å andra sidan KALLENBERG här tyckt sig finna en motsägelse, har han uppenbarligen fattat den historiskt givna uppfattningen på annat sätt, nämligen såsom en tanke om vad ovan i kap. I kallats en direkt och egentlig succession för arvingarna vid dödstillfället. Frågas det efter den logiska förenligheten av läran om succession vid dödsfallet och idén om dödsboet som juridisk person, kan svaret icke bli ett enkelt ja eller nej utan kan endast innebära, att en formellt-teoretisk motsägelse uppstår, om »succession vid dödsfallet» får behålla sin bokstavliga mening och betyda en »direkt» och »egentlig» succession,[8] under det att ingen motsägelse behöver föreligga, om »succession vid dödsfallet» fattas i en mera vidsträckt, uttunnad betydelse, vari ingår även »indirekt» succession. Den ytterligare frågan kan endast vara, vilken som verkligen är den »historiskt givna» svenska successionsuppfattningen. Därpå torde med ledning av föregående kapitel kunna svaras, att den övervägande uppfattningen varit den, som i likhet med KALLENBERG räknat med en egentlig, direkt succession, och att det logiskt sett då blott varit en annan sida av samma sak, om personifikationen av dödsboet avvisats.[9] Saken blir kanske särskilt tydlig i fall med endast en arvinge (resp. universell testamentstagare). Enligt äldre uppfattning blev denne i kraft av successionen vid dödsfallet omedelbart ägare till den dödes egendom, enligt den i motiven till BL valda konstruktionen inskjutes även här i princip dödsboet som ett mellanled. Om i fall med flera arvingar dessas gemenskap uppfattades som en samäganderättsliknande företeelse, stod detta uppenbarligen i den mest påtagliga principiella motsats till idén om dödsboet som rättssubjekt (i den mån boet skulle betecknas som ägare till kvarlåtenskapen). När nu enligt den närmast före BL härskande åskådningen denna »samäganderättslinje» (inneslutande tanken om andel för varje arvinge i de särskilda förmögenhetsobjekten i boet) bestämt avvisades till förmån för synen på dödsboet som en art av »egendomsgemenskap» (erinrande om det tyska Gesamthand-begreppet), utan att man dock ville gå vidare och betrakta dödsboet som en självständig juridisk

[7] Jfr ovan s. 128 not 1.

[8] Jfr ovan s. 25 ff., 35.

[9] Se ovan s. 67 f.

person, kan det visserligen sägas, att denna rättsideologiska mellanlinje innefattade vissa speciella teoretiska svårigheter, om den betraktades ur det traditionella juridiska begreppssystemets synvinkel.[10] Men icke desto mindre såg man allmänt successionen vid dödsfall såsom en succession direkt till arvingarna personligen.

Det har i kap. I visats, att »succession vid dödsfallet» stundom framkonstruerats genom att tillägga senare förvärv, t. ex. genom arvets delning, retroaktiv effekt. Av kap. II har framgått, att dylika idéer icke helt saknats i svenskt juridiskt tänkande. Det kan då frågas, om möjligen någon sådan retroaktivitetstankegång kan ingå såsom ett moment bland övriga i den grundval, som föranlett BL:s motiv att vidhålla tanken om succession vid dödsfallet. För ett nekande svar åberopas måhända, att i motiven talas om succession *omedelbart* vid dödsfallet.[1] Vill man åter söka efter stöd för ett jakande svar, fäster man sig kanske vid uttrycket: »Ehuru successionen *räknas från arvfallet* [kurs. här], sker förvärvet på sådant sätt, att egendomen är underkastad särskild förvaltning, under vilken dödsboets egendom utgör en självständig förmögenhetsmassa.»[2] I och för sig är väl dock föga att hämta i de anförda orden. Man kan emellertid andraga ett annat ställe, som återfinnes i motiven till den med BL samtidiga lagen om ändrad lydelse av 2 och 4 §§ LF. Det heter där om rättstillståndet *före* ifrågavarande lag bl. a. följande: »I förordningen [LF] finnes icke något särskilt stadgande rörande fång på grund av testamente. Det har emellertid ansetts, att lagfartsskyldighet överhuvud icke uppkommer förrän testamentet vunnit laga kraft, *ehuru förvärvet, liksom vid arv, räknas tillbaka till arvlåtarens död.*»[3] *Om* nu motiven därmed få anses antyda, att enligt rådande uppfattning före BL arvinges förvärv t. ex. av en fastighet genom arvskifte[4] skulle »räknas

[10] Jfr ovan s. 43 not 2.

[1] Se ovan s. 14 f.

[2] Ib.

[3] NJA II 1933 s. 693 (kurs. här).

[4] Man invänder kanske, att arvsförvärvets »tillbakaräknande» skulle avse ej förvärvet genom arvskifte utan det allmänna förvärvet av arvsrätt. Detta ansågs ju emellertid i regel *verkligen* inträffa vid dödsfallet och borde då icke anses behöva *tillbakaräknas* dit annat än i vissa specialfall. Vidare ställes ju det arvingens förvärv, som åsyftas, i citatet i jämnbredd med testamentstagares förvärv av viss bestämd fastighet, förvärv, som skall

tillbaka» till dödsfallet, och *om* vidare motiven icke vilja ändra vad där kallas den historiskt givna uppfattningen, att successionen äger rum omedelbart vid dödsfallet, kunde man ju känna sig frestad att i det anförda finna ett stöd för att motiven verkligen åtminstone i någon ringa mån påverkats av tanken om arvskiftesförvärvens retroaktiva verkan, som vi ju förut mött hos en sådan auktoritet i äldre doktrin som NORDLING. Det torde dock vara oriktigt att spåra en sådan influens endast på grundval av några få, icke så pregnanta och icke till sina konsekvenser närmare utvecklade yttranden. Frågan om motivens ståndpunkt i detta avseende skall därför här lämnas öppen. Alldeles oavsett motivens inställning har det emellertid ett visst intresse att något undersöka tanken om arvskiftesförvärvens retroaktiva effekt, då den ju även hos oss skymtat fram en och annan gång och måhända alltjämt kunde finna sina försvarare (BL har ju knappast åstadkommit något *nytt* principiellt hinder för tanken i fråga).

Denna undersökning bör dock lämpligen sparas till § 4, i samband med att där arvskiftets roll såsom moment i successionen från den döde till varje enskild arvinge belyses. I § 2 skola vissa synpunkter utvecklas rörande dödsboets ställning och karaktär med särskild hänsyn till frågan om innebörden av att BL bygger på idén om dödsboet såsom självständig juridisk person. Därefter skola i § 3 behandlas en del problem, som uppstå vid tillämpning av reglerna om tjuguårig hävd på dödsbo och på arvinge, som vid arvskiftet fått en den dödes fastighet. Åtminstone delvis måste dessa problem lösas, om man skall kunna genomföra prövningen av idén om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande. Skola de behandlas med utsikt till framgång, måste detta dock ske i vidare omfattning än som i och för sig utstakas av ifrågavarande synpunkt. Detta hänvisar dem naturligt till ett självständigt avsnitt, varigenom också deras relevans ur andra synpunkter kommer till uttryck.

---

kunna lagfaras (i fråga om testamentstagare tänker man väl närmast på ett legat av fastighet, men det kan även gälla en universell testamentstagare, som får hela boet, eller en dylik, som får dela boet med arvingar eller andra universella testamentstagare; i sista fallet måste även skifte ha föregått). Allt pekar därför mot att vid arv förvärv genom arvskiftet avsetts.

§ 2.

Dödsboets ställning och karaktär.

Synpunkter och riktlinjer.

A. Dödsboets allmänna plats i det formella successionsschema, som BL antyder, har redan framgått av vad tidigare sagts: dödsboet tänkes där succedera i den dödes position med avseende såväl på aktiva som passiva. Beträffande kvarlåtenskapens aktiva skall efter den nya lagstiftningen boet såsom sådant formellt betecknas som ägare (som borgenär i fråga om fordringar o. s. v.).[5] Vissa undantag härifrån finnas, i det att stundom egendom kan komma att falla in under boets förvaltning kortare eller längre tid utan att i fullt samma mening som huvudmassan av tillgångarna kunna betecknas som boets egendom (i varje fall torde det te sig så enligt det betraktelsesätt, på vilket lagen bygger). Dessa undantag skola senare i denna § (under H) något beröras och förbigås därför tills vidare. I stället skola här några synpunkter framföras beträffande dödsboet såsom sådant och dess förhållande till de tillgångar, som kunna sägas vara »boets egna». Man ledes i detta sammanhang oundvikligen också in på frågan, i vad mån det har reell betydelse, att 1933 års lagstiftning utgår från tanken om dödsboet som en självständig juridisk person. (Med »reell betydelse» avses då praktisk betydelse för lagtillämpningen.)

De principiella synpunkter, som utvecklats ovan i inledningen, ge vid handen, att man icke a priori kan utgå från att användningen av begreppet juridisk person är ett rent terminologisktsystematiskt konstgrepp utan betydelse för lagstiftningens tolkning. Man måste räkna med *möjligheten,* att begreppets användning icke blott beror på önskan att ge en sammanfattande etikett åt vissa positivt uttalade särskilda regler utan även bringar till uttryck vissa åsyftade och realiserbara men icke i lagtexten i detalj uttryckta handlingsregler och därigenom bidrager till att klargöra lagstiftningens verkliga innebörd, i varje fall såvitt man vill fastställa denna under beaktande av lagförfattarnas syften med densamma. Å andra sidan får man icke dogmatiskt

[5] Jfr ovan s. 126.

utgå ifrån att begreppet i detta fall nödvändigt *måste* ha använts på antytt sätt. Man får också räkna med *möjligheten* av ett negativt resultat av en undersökning. Skulle emellertid vissa positiva resultat ernås, ha dessa uppenbarligen vunnits på en principiellt helt annan väg än genom förment logiska slutsatser ur dödsboets »juridiska natur».

Teoretiskt tilltalande vore kanske att låta undersökningen ta formen av en omfattande detaljanalys med anspråk på fullständighet och utförd i ett sammanhang. Något sådant åsyftas dock icke här. Ett dylikt tillvägagångssätt ledde måhända lätt till en åtminstone skenbar överbetoning av den undersökta rättssubjekts-konstruktionens roll såsom enhetlig formell ram för de praktiska problemens diskussion. Metoden skulle också kräva, att man på ett i förhållande till denna avhandlings plan oproportionerligt ingående sätt nödgades taga hänsyn till olika faktiskt framkomna sätt att fatta själva begreppet juridisk person (utöver vad redan i kap. II antytts). Även bortsett från stridigheterna i detta avseende, som ju framför allt utspelats i utländsk doktrin, skulle det stöta på stora svårigheter att med anspråk på verklig fullständighet söka beakta *alla* situationer, som på ett eller annat sätt kunde påstås eller förmodas ha något sammanhang med idén om dödsboet som en juridisk person. Meningen är i denna § endast att skissera de allmänna konturerna och behandla några valda särskilda problem. På andra ställen i framställningen — i samband med diskussionen av olika specialfrågor — undersökes emellertid, när anledning därtill uppkommer, även den eventuella betydelsen av att dödsboet numera betecknas såsom juridisk person.

B. *Lagberedningens* allmänna uttalanden i motiven till BL beträffande det problem, som här intresserar oss, äro mycket försiktiga och icke helt klara. Det betonas, att det »är ytterst en terminologisk fråga, huruvida dödsboet skall räknas såsom juridisk person».[6] Detta uppenbarligen i och för sig obestridliga yttrande skall här icke kommenteras på annat sätt än genom en hänvisning till de principiella synpunkter, som redan i inledningen skisserats. Lagberedningen förklarar sig nu vilja använda

[6] NJA II 1933 s. 163 f. (EGB s. 36).

en sådan terminologi, enligt vilken dödsboet betecknas som juridisk person, »men betonar vikten av att icke ur begreppet juridisk person dragas mera vittgående slutsatser än som stå i sakligt samband med den säregna rättsliga företeelse, vilken dödsboet utgör».[7] Denna passus ur motiven har sin betydelse icke blott som en varning mot begreppsjurisprudens på detta område utan visar även — om man utgår från det ovan hävdade betraktelsesättet — att man får vara försiktig med att antaga, att lagstiftaren i detta fall verkligen åsyftat olika speciella, ej särskilt i lagen utsagda tillämpningsregler genom att beteckna boet som rättssubjekt. Till formen kan måhända det anförda citatet förefalla oklart: om man icke ur begreppet juridisk person skall draga andra slutsatser än sådana, som äro sakligt påkallade av dödsboets karaktär, drar man ju i själva verket inga slutsatser alls ur begreppet utan endast ur de sakliga förhållandena. Meningen är väl, att man av de konsekvenser, som efter vanligt föreställningssätt framstå såsom formellt förbundna med idén om en samfällighets rättspersonlighet, endast skall tillämpa sådana, för vilka sakliga skäl tala.[8] Nämnas bör, att beredningen i andra sammanhang uttrycker sig så, att den synes utgå från en omvänd formulering av den nyssnämnda tolkningsprincipen. Denna skulle i så fall innebära, att man skulle tillämpa alla med idén om boet som juridisk person formellt förbundna konsekvenser, mot vilka icke avgörande reella synpunkter kunde anföras.[9] Riktigast är naturligtvis att icke i något fall pressa motivens formuleringar till förmån för den ena eller den andra avfattningen av tolkningsprincipen. Motsättningen mellan dem båda är måhända heller icke så stor, som den kunde synas vara: även med den första avfattningen måste man bland de reella skälen inräkna den tekniska förenkling, som kan bli en följd av att acceptera de formella konsekvenserna så långt det är försvarbart (därmed är intet sagt om *hur* stort relativt värde man skall tillmäta en sådan teknisk förenklingssynpunkt). Givet är, att det är en rättspolitisk lämplighetsfråga, vad som skall anses »stå i sakligt samband med den säregna rättsliga

[7] NJA II 1933 s. 164 (jfr EGB s. 36).

[8] Jfr Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut s. 83.

[9] Jfr nedan s. 154.

företeelse, vilken dödsboet utgör».[1] I åtskilliga avseenden har man dock särskilda uttalanden eller antydningar i motiven därom (varmed icke vare sagt, att lagtolkningen måste känna sig i varje detalj absolut bunden vid dessa). Dessutom har man självfallet att utgå från det i lagen uttryckligen fastslagna syftet för samfälligheten: verkställande av boutredning, d. v. s. utredande och avvecklande av boet (BL 1: 1, 1: 3). Boet skall enligt motiven betraktas som »en samfällighet i likvidation».[2] Dock synes man icke böra överdriva den vägledning, som i själva verket erhålles därigenom. Lagen lämnar ju delägarna möjligheten öppen att tills vidare sammanleva i oskiftat bo. En dylik sammanlevnad behöver ju icke ens vila på avtal därom mellan delägarna utan kan förekomma också på grund av att ingen delägare bryr sig om att påkalla skifte. Särskilt i sådana fall är det tydligt, att det kan råda stor tvekan om i vilken mån man s. a. s. skall anse likvidationssyftet tills vidare suspenderat eller icke.[3]

Om det antages råda enighet om att vissa »konsekvenser» i betydelsen av detaljregler efter vanligt juridiskt föreställningssätt äro förbundna med begreppet juridisk person, kunde det måhända sägas, att vissa av dessa konsekvenser äro av övervägande formell karaktär (i den meningen, att de beröra rättslivets formella sidor), under det att andra ha materiell (saklig) natur. Undersökningen borde i så fall kunna tillgodogöra sig denna uppdelning i formella och sakliga problem. Det är ju tydligt, att lagstiftaren tänkt sig, att dödsboets behandling som särskilt rättssubjekt skall medföra vissa följder av närmast formellt-teknisk art: dödsboet skall kunna vara part i rättegång, formellt räknas som ägare till de i boet ingående tillgångarna, i förekommande fall betecknas som borgenär eller gäldenär o. s. v. Lagfart å en i boet befintlig fastighet skall — om sådan

[1] Man kan därvid icke som en given utgångspunkt behandla dödsboet som *rättslig* företeelse (i sträng mening). Tvärtom blir dödsboet som *rättslig* företeelse fullt bestämt, först när de uppkommande detaljtillämpningsproblemen blivit lösta.

[2] NJA II 1933 s. 163 (EGB s. 35). Jfr Karlgren, a. a. s. 285 noten.

[3] Det kan påpekas, att orden i motiven, att boförvaltningen »är anordnad endast i avvecklingssyfte» (NJA II 1933 s. 163) hos EGB (s. 35) ändrats till »regelmässigt endast har avvecklingssyfte». Jfr vidare NJA II 1933 s. 580 ff (EGB s. 442 f.).

åtgärd kommer i fråga, innan boet skiftats — sökas och beviljas i boets, ej delägarnas namn (jfr nya lydelsen av 4 § LF) etc. Vid en närmare eftertanke torde det likväl stå klart, att någon absolut skarp gräns icke kan dragas mellan »formella» och »sakliga» problem i detta avseende. Man kan visserligen säga, att somliga frågor ha en övervägande formell karaktär, men på många punkter går det »formella» omärkligt över i det »sakliga». Detta torde visa sig redan vid en analys av innebörden i att boet enligt lagens tankegång är ägare till kvarlåtenskapen (därom mera nedan). Man fäster sig måhända också vid det fall, att delägarna äro flera och i tillgångarna ingår en fordran. Det kan tydligen efter BL icke längre ifrågasättas, att de allmänt obligationsrättsliga reglerna om flera borgenärer skulle direkt tillämpas; före BL förelåg det däremot i varje fall formellt ett specialfall av flera borgenärer i egentlig mening.[4] Om nu den formella olikheten just på denna punkt täcker någon reell skillnad mellan förr och nu skall här lämnas därhän. Ett annat exempel — det är självfallet här endast fråga om exemplifikation — visar kanske lättare möjligheten till en omärklig övergång. Om före BL en process inleddes för boets räkning, ansågos delägarna personligen såsom parter i processen (vi antaga då, att boet icke avträtts till urarvakonkurs). Boet ansågs ju på sin höjd ha s. k. formell partshabilitet. Förlorades nu processen och skulle motparten ha ersättning för rättegångskostnader, torde dessa ha drabbat dödsbodelägarna såsom en personlig gäld.[5] Efter BL betraktas dödsboet såsom sådant som part, och i motsvarande fall riktar sig domen på rättegångskostnaderna mot själva boet, d. v. s. medför i och för sig blott betalningsrätt i *boets* tillgångar. Om och i vad mån även delägarna personligen kunna sökas blir en fråga, som får avgöras efter BL:s allmänna regler om delägarnas ansvar för boets gäld, och dessa förete ju den olikheten från äldre rätt, att ansvarsbefrielse kan inträda även utan urarvakonkurs.

[4] Jfr Hakulinen i Zivilges. der Gegenwart X: I: 2 a s. 33 f.

[5] Rättegångskostnad skall ju drabba den verkliga parten, och som parter ansågos arvingarna, ej boet. Se t. ex. Kallenberg bd I s. 535, 594, Wildte s. 230, 238, 374, 391. Jfr även NJA II 1933 s. 182. W. nämner blott det undantagsfallet, då arvlåtaren fört en process, vars beskaffenhet är sådan, att arvingarna ej kunna övertaga densamma. Även i övertagna processer torde dock modifikationer i ansvaret stundom kunna ha inträtt.

C. Med utgångspunkt från äldre teorier om juridiska personers »väsen» skulle det vara naturligt att fråga efter tidpunkten för dödsboets uppkomst och upphörande såsom juridisk person. Med den frågeställning, som här bildar grundvalen, ställer sig saken uppenbarligen annorlunda. Det är ej alls fråga om att fastställa några tidpunkter, då något verkligen uppkommer eller upphör. Vad som efterfrågas är, om lagen kan antagas bygga på någon föreställning om den juridiska personens uppkomst eller upphörande och om denna föreställning i så fall har någon realiserbar och praktiskt acceptabel innebörd. Det är ju ingalunda a priori givet, att lagen bygger på någon preciserad förutsättning om vissa exakta tidpunkter.

Omedelbart kan nu konstateras, att frågan så gott som saknar betydelse med avseende å dödsboets uppkomst. Man kan självfallet i intet avseende tala om ett dödsbo, innan arvlåtaren avlidit, men så snart detta skett, är det befogat att tala om ett dödsbo. Att dödsboet uppkommer i samma stund arvlåtaren avlider är ett kort och fullt korrekt ehuru naturligtvis bildlikt uttryck för att antyda den förändrade situation, som då enligt lagens regler inträder. Några oriktiga slutsatser kunna icke gärna därav dragas, och någon kritik mot lagstiftningen för alltför stort hänsynstagande till tanken, att den juridiska personen måste ha en fix uppkomsttidpunkt, kan icke rimligen föras.[6]

Om vi därefter övergå till frågan om en eventuell fix tidpunkt för upphörandet, kräver den kanske något utförligare behandling, ehuru också den visar sig vara av tämligen ringa vikt under de givna förhållandena. Det heter verkligen på ett ställe i motiven till BL, att dödsboet »såsom subjekt för rättigheter och skyldigheter upphör vid skifte mellan delägarna».[7] I en praktisk handbok rörande boutredning och arvskifte kan man också i överensstämmelse härmed läsa satsen: »I och med arvskiftet upphör dödsboet att existera», vilket uttalas i omedelbar anslutning till ett betonande av att dödsboet såsom en särskild enhet utåt framstår som bärare av den dödes rättigheter och

[6] Saken ligger här uppenbarligen helt annorlunda till än exempelvis vid aktiebolag, där den juridiska personlighetens uppkomst knutits till registreringen men en mängd handlingar för bolaget måste företagas redan dessförinnan. Jfr Olivecrona, Studier över begreppet juridisk person, kap. V.

[7] NJA II 1933 s. 185.

skyldigheter.[8] Emellertid får man icke tillägga det citerade motivuttalandet någon mera djupgående innebörd. Meningen har — därom kan icke råda någon tvekan — *icke* varit, att man skulle operera med någon bestämd tidpunkt för dödsboets upphörande såsom rättssubjekt på det sättet, att man däri inlade någon absolut betydelse (d. v. s. däri inlade någon generell praktisk handlingsregel). Ej heller det andra nyss anförda citatet kan antagas ha dylik innebörd. Bakom uttalandena i fråga ligger väl helt enkelt blott det regelmässiga förhållandet, att alla till bogemenskapen hörande angelägenheter avvecklats i och med arvskiftet och att de genom skiftet fördelade tillgångarna då anknytas till resp. delägares personliga förmögenhet (jfr nedan § 4).[9]

Redan med hänsyn till BL:s egna uttryckliga regler är det vid närmare påseende oriktigt att tala om dödsboets totala förintande i och med arvskiftet. Detta framgår icke blott därav, att nya tillgångar kunna dyka upp efter arvskiftet — i sådant fall kunde man ju invända, att med arvskifte i detta sammanhang finge avses blott ett totalt skifte, som verkligen gör slut på alla över huvud existerande gemensamma tillgångar —, utan framför allt därav, att efter arvskiftet en förut okänd gäld kan bli upptäckt.[10] Denna gäld måste ju enligt lagens eget betraktelsesätt i första hand (eventuellt uteslutande) åvila boet såsom sådant. BL 4: 5 talar för övrigt om det fall, att egendomsavträde sker, *efter det* bodelning eller arvskifte ägt rum, d. v. s. boet kan även efter ett (totalt) arvskifte avträdas till förvaltning av boutredningsman eller försättas i konkurs,[1] och gälden får täckas genom egendom, som från delägare m. fl. infordras till boet med stöd av reglerna i BL 4: 5—7 (vi bortse här från eventuellt personligt gäldsansvar för delägarna). Det finnes uppenbarligen ingen anledning att med bibehållande av idén om

[8] Beckman, Boutredning s. 8. Jfr även Bergquist i SvJT 1936 s. 294.

[9] Alltså i stil med vad som väl åsyftas, när i utländsk litteratur brukar sägas, att arvingarnas gemenskap upphör genom delning; se t. ex. Tuor s. 767 ff.

[10] Man kan också erinra om det fall, att »vid skiftet känd och beräknad men icke gulden gäld, för vilken delägarna jämlikt 1 eller 12 § i detta kap. [BL kap. 4] personligen svara, befaras icke bliva betald på det sätt som varit avsett» (NJA II 1933 s. 416).

[1] Så även i äldre rätt, om man får döma av NJA 1909 s. 581.

boets upphörande genom arvskiftet söka bringa densamma i harmoni med de nyss antydda förhållandena med hjälp av mer eller mindre sinnrika juridiska konstruktioner, vare sig man ville tala om den juridiska personens återuppståndelse ex nunc eller ville anse, att arvskiftets återgång på grund av ny gäld innebure ett retroaktivt verkande undanrödjande av boets upplösning genom tillintetgörande av upplösningens orsak (märk för övrigt, att enligt BL 4: 5 en total återgång av skiftet ingalunda behöver inträda). Om tanken, att dödsboet upphör genom arvskiftet, skulle stödjas med en hänvisning till den kända tesen, att en juridisk person förutsätter ett förmögenhetsunderlag och upphör med dettas förintelse,[2] så är detta uppenbarligen intet verkligt argument. Det kan också påpekas, att ett vidhållande av denna tes även med tanke på det fall, att dödsbogäld yppats efter verkställt totalt arvskifte, då alltså inga gemensamma tillgångar längre finnas, endast skulle kunna tänkas på det tämligen långsökta sättet, att som kvarvarande förmögenhetsunderlag efter skiftet betraktades boets eventuella anspråk mot delägare m. fl. på tillskjutande av egendom enligt BL 4: 5—7.

Generellt formulerade uttalanden om att en juridisk person upphör då eller då kunna ju under vissa omständigheter missuppfattas och ge stöd åt kvasilogiska slutledningar.[3] I detta sammanhang torde väl risken vara tämligen ringa,[4] men saken har dock synts förtjäna ett omnämnande; samtidigt har det ovan påvisats, att det icke heller som en sekundär, sammanfattande bild av gällande regler är fullt riktigt att säga, att dödsboet definitivt försvinner i och med arvskiftet.

Därest dödsboet består av flera delägare, erfordras stundom det oaktat icke arvskifte i teknisk mening utan endast bodelning (t. ex. då dödsboet består av efterlevande make samt ett barn) eller sådan delning, som vid efterlevande makes död sker, när maken ärvt all egendomen efter den tidigare döde maken jämlikt 2 kap. AL. Vad som sagts om arvskifte gäller under sådana förhållanden tydligen också nu nämnda delningsformer.

På ännu en annan väg, formellt sett, kan gemenskapen av-

[2] Jfr Olivecrona, Om innebörden av ett aktiebolags »upplösning» (SvJT 1929) s. 355.

[3] Vissa sådana påvisas i Olivecronas anf. uppsats.

[4] Märk dock i äldre rätt HovR:ns resonemang i NJA 1909 s. 581.

vecklas. Eftersom överlåtelse av arvsrätt (i betydelsen av andel i en oskiftad kvarlåtenskap som helhet) är möjlig och sådan överlåtelse även kan ske till medarvinge, kan en av arvingarna otvivelaktigt i denna form — genom successiva uppgörelser — förvärva boets hela egendom (vare sig överlåtelserna nu ske mot vederlag eller äro benefika).[5] När så har skett, bör situationen betraktas som — ur de synpunkter vi här diskutera — likartad med den, som inträder efter egentligt arvskifte. Det bör icke vara otänkbart att låta dödsboet s. a. s. leva upp igen genom att arvingen, som förvärvat de andras andelar, avträder boet till boutredningsman eller konkurs på grund av att ny gäld yppats efter den döde (det skall icke därför påstås, att situationen efter egendomsavträde i dylikt fall är alldeles densamma som den skulle varit, om arvingarna i stället skiftat boet; detta spörsmål kräver sin särskilda undersökning).

Skulle dödsboet bestå av en delägare, skall ju det oaktat i princip enligt den nya lagstiftningen ett dödsbo såsom särskilt rättssubjekt föreligga, ehuru i praktiken gränslinjen mellan dödsboet och delägarens förmögenhet ofta blir svår att upprätthålla.[6] Detta går dock vid förvaltning genom testamentsexekutor eller boutredningsman, och borgenär kan ju vid behov framtvinga boutredningsmannaförvaltning. Finnes testamentsexekutor eller boutredningsman, bildar dennes redovisning och överlämnande av behållningen till delägaren en slutpunkt motsvarande arvskiftet; fullgöras dessa åtgärder ej frivilligt, kan delägaren föra

[5] Samma resultat kan naturligtvis åstadkommas direkt och på en gång inom den formella ramen av en arvskifteshandling, och en tredje möjlighet att sammanföra allt på en hand är att, sedan egendomen en gång skiftats, en av arvingarna i vanlig ordning förvärvar de utskiftade objekten. Jfr Stenbeck-Lindhagen s. 113 f., där dock de två första, formellt olikartade om än reellt likartade alternativen icke hållas isär. — I texten har talats om successiva uppgörelser. Sker uppgörelse på en gång, torde man böra betrakta den som en specialform av arvskifte i teknisk mening, även om icke delägarna själva kallat den så. Ett problem, som icke här kan närmare utredas, är om möjligheten till formlös överlåtelse av andel i dödsbo kan begagnas så, att den undergräver det för arvskifte gällande formkravet.

[6] Se närmare Lagberedningen i NJA II 1933 s. 166 f. (EGB s. 38 f.). Ordet delägare är naturligtvis här egentligen språkligt mindre exakt men användes dock här i anslutning till beredningens terminologi och med hänsyn till att »delägaren», även om han är ensam, ju faller in under lagens begrepp dödsbodelägare.

talan därom mot exekutorn resp. boutredningsmannen eller ev. begära dennes entledigande, varjämte delägaren i förekommande fall kan kräva skadestånd (BL 2: 18, 2: 20 st. 2). Förvaltas boet av delägaren själv, saknas däremot en mot arvskiftet svarande slutpunkt; man kan icke komma längre än att med *Lagberedningen* säga, att i samma ögonblick själva avvecklingen är genomförd läget är jämförligt med det, som eljest inträder genom skifte mellan flera delägare.[7]

Som beredningen själv påpekar,[8] är dock i 2 § LF för fall med en dödsbodelägare redan bouppteckningen jämställd med arvskifte, i vad rör utgångspunkten för lagfartsskyldighetens beräkning. Därigenom är fastigheten av lagen själv s. a. s. anknuten till delägarens egen förmögenhet. Vissa komplikationer kunna otvivelaktigt av denna grund tänkas. Dessa skola upptagas till behandling under nästföljande bokstav.

D. I själva verket råder en viss motsägelse mellan den även till fall med en delägare utsträckta rättssubjektskonstruktionen å ena sidan och 2 § LF å andra sidan. Detta lagrum måste ju sägas vila på tanken, att om för bestämmande av arvinges eller universell testamentstagares lott bodelning eller skifte icke erfordras, boets egendom redan genom bouppteckningen (eller, vad universell testamentstagare angår, genom att testamentet eventuellt först senare blir ståndande) knutits till arvingens resp. den universelle testamentstagarens personliga förmögenhetssfär; varför skulle annars denna tidpunkt vara utgångspunkten — motsvarande fångestidpunkten vid andra förvärv — för den tid, inom vilken delägaren i detta fall enligt lagen skall för egen räkning söka lagfart på fastighet i kvarlåtenskapen? I varje fall sedan nyssnämnda tid löpt till ända, tyckes konsekvensen av 2 § LF bli, att fastigheten (vad man än må anse om egendomen i övrigt) fått en verklig anknytning till delägaren personligen, vare sig denne nu verkligen sökt lagfart eller försummat att göra detta. Är det då över huvud möjligt att efter sistnämnda tidpunkt eller ens efter bouppteckningen hänföra fastigheten till dödsboet som ett tekniskt fristående rättssubjekt? En under-

[7] Ib. s. 166 (EGB s. 39). Något arvskifte i lagens mening kan naturligtvis icke tänkas, när endast en delägare finnes. Jfr NJA 1931 s. 264, 473.

[8] Ib. s. 166 not 2 (EGB s. 39 not 2).

sökning av läget, sådant det måste anses vara på grundval av gällande lagstiftning, kan icke ske utan en analys av olika fall. Denna visar, att lagen — här 2 § LF — icke rimligen kan tolkas helt efter orden. Dess i viss mån diskutabla princip saknar dock därför ingalunda betydelse.

1. Dödsboet (med en delägare) avträdes till förvaltning av boutredningsman (eller till konkurs).

(a) Sker detta, innan den tid löpt ut, inom vilken delägaren bort söka lagfart (i det följande benämnes sagda tidsfrists slutpunkt »den kritiska tidpunkten för delägarens lagfart»), måste man antaga — ehuru lagen tiger i detta hänseende — att delägarens lagfartsskyldighet suspenderas för den tid den särskilda förvaltningen varar. Har egendomen direkt avträtts till konkurs, synes detta alldeles uppenbart. (Delägarens lagfartsskyldighet upphör då i regel definitivt; den återinträder endast i det sällsynta fall, att konkursen slutar med en behållning, och att i denna behållning fastigheten skulle återfinnas osåld och sålunda övergå till delägaren.) Har egendomsavträdet skett till boutredningsman, bör resultatet tydligen bli detsamma, så snart grunden för egendomsavträdet är, att boets passiva överstiga eller sannolikt kunna förväntas överstiga dess aktiva, d. v. s. i de flesta fall, eftersom i situationer med en delägare *den* anledningen till boutredningsmannaförvaltning bortfaller, att delägarna icke kunna enas om förvaltningsåtgärderna. Nu finnes visserligen även den möjligheten, att t. ex. en den dödes borgenär påkallar förvaltning genom boutredningsman, ehuru boet visar behållning, för att skydda sig mot delägaren och dennes borgenärer (delägaren är kanske starkt skuldsatt, och risk föreligger för faktisk sammanblandning av boets och delägarens egendom).[9] I ett sådant fall vore en på vanligt sätt löpande lagfartsskyldighet för delägaren icke lika stötande. Det måste emellertid uppstå vissa svårigheter att i praktiken skilja mellan olika anledningar till egendomsavträde, och reglerna på detta område få ej göras för komplicerade. Av dessa skäl synes det riktiga vara att antaga, att egendomsavträde till boutredningsman alltid avbryter förloppet av tiden för delägarens sökande av lagfart. Om fastigheten sedermera återgår till delägaren, bör ny tid anses börja löpa.

[9] Jfr NJA II 1933 s. 167 (EGB s. 40).

(b) Sker egendomsavträde till boutredningsman eller till konkurs *efter* den kritiska tidpunkten för delägarens lagfart men har denne faktiskt ej sökt lagfart, bör ävenledes frågan om lagfart för delägaren tills vidare förfalla, i avvaktan på den fortsatta utvecklingen. Det kan visserligen invändas, att man därigenom skapar ett motiv för delägaren att underlåta att före den kritiska tidpunkten fullgöra sin dock i lagen statuerade lagfartsplikt, så snart en viss sannolikhet för egendomsavträde föreligger. Härpå kan emellertid svaras, dels att dylika fall måste bli sällsynta, eftersom frågan om egendomsavträde merendels är slutgiltigt avgjord före sagda kritiska tidpunkt, dels att det är ganska rimligt att ej tolka regeln om lagfartsskyldighet strängt efter bokstaven i fall, då en viss sannolikhet talar för att delägaren får avstå från fastigheten. På dessa grunder kan den här hävdade ståndpunkten försvaras även i fall, då den ende delägaren är universell testamentstagare och hans lagfart alltså tillika medför en stämpelinkomst av beaktansvärt mått för statsverket. Återgår fastigheten till delägaren, uppstår självfallet även här lagfartsplikt.

Såväl i fallet a som i fallet b måste det antagas, att sedan egendomsavträde skett lagfart kan beviljas i dödsboets namn (ehuru skyldighet för boet att lagfara med fastigheten icke föreligger).[10] Detta blir behövligt, om försäljning eller inteckning från boets sida skall vidtagas. Lagfart i boets namn bör vara möjlig, även om tidigare lagfart beviljats för delägaren.[11]

När i de båda ovan berörda fallen lagfartsskyldigheten för delägaren ansetts suspenderad och lagfart för *boet* ansetts böra utgöra mellanledet mellan den dödes lagfart och eventuell köpares lagfart, har icke förbisetts, att boutredningsman för försäljning måste ha delägarens samtycke, såvida ej i stället rättens tillåtelse kan utverkas (BL 2:13). Häri synes dock icke ligga något, som talar i motsatt riktning. Vid försäljning bör boet stå som fångesman (jfr nedan under 2).

2. Boet förvaltas av testamentsexekutor. Denna förvaltningsform innebär ingen speciell sannolikhet för att fastigheten måste avstås till borgenärerna, och det kan tyckas, som om skäl funnes att utan vidare låta den ordinära lagfartsskyldigheten löpa (därest

[10] Jfr NJA II 1933 s. 696 (EGB s. 579).

[11] Hur bolagfarten skall ske, är en annan sak. Jfr nästa sida under (b).

icke under 1 berörda omständigheter inträffa). En viss svårighet vållar dock den omständigheten, att exekutorn normalt (om testamentet ej inskränker hans makt) anses kunna även utan delägarens medgivande sälja fastigheten.[1]

(a) Exekutorn säljer fastigheten (utan delägarens medgivande) *före* den kritiska tidpunkten för delägarens lagfart. Det vore ganska orimligt att här tvinga fram en lagfart för delägaren. Mellanledet mellan den dödes lagfart och köparens lagfart bör i stället vara en lagfart för dödsboet;[2] exekutorn företräder enligt ÄL dödsboet, icke delägaren personligen, och bör verkställa försäljningen i boets namn (ingen rimlig grund finnes för att exekutorn skulle kunna mot delägarens vilja åvälva denne en fångesmans förpliktelser; hemulsskyldighet o. s. v. bör åvila boet, icke delägaren personligen under andra förutsättningar än som eljest måste förefinnas för delägarens personliga ansvar för boets gäld; en annan sak är, att dessa förutsättningar ofta kunna antagas inträffa). Särskilt stötande vore ett tvång till delägarelagfart i dylikt fall, om delägaren vore universell testamentstagare och lagfarten därför, därest den avsåge delägaren, finge grundas på testamente med ty åtföljande stämpelplikt.

(b) Exekutorn säljer fastigheten *efter* den kritiska tidpunkten för delägarens lagfart. Även här bör en förutsättning för köparens lagfart vara lagfart för *hans* fångesman, d. v. s. boet. Har delägaren tidigare sökt och fått lagfart, uppkomma dock vissa svårigheter. Ifrågasättas kan visserligen, om lagfart bör beviljas för delägaren, om det framgår av de i ärendet kända omständigheterna, att fastigheten alltjämt förvaltas av testamentsexekutorn. Det är dock tvivelaktigt, om laglig möjlighet finnes att hindra delägarelagfart. Har dylik lagfart beviljats, kan det synas svårt att utan delägarens medgivande eller undanröjande i rättegångsväg av hans lagfart ge boet lagfart. Har delägaren *icke,* trots att den kritiska tidpunkten passerats, sökt lagfart, möter en direkt dödsbolagfart inga tekniska svårigheter och bör tydligen äga rum på grund av

[1] Motiven till BL 2:20, NJA II 1933 s. 285 (EGB s. 166); så även tidigare (se hänvisningarna på anf. st.).

[2] Här antages att vid exekutorns försäljning köparen icke kan få lagfart direkt i anslutning till den dödes lagfart. Om detta spörsmål se närmare nedan s. 158 ff.; vi ha nödgats att antecipera det där vunna resultatet.

försäljningen. Vidare fråga om lagfart för delägaren bör förfalla (även om denne är universell testamentstagare; det är icke tilltalande att tvinga fram lagfartsstämpel för testamentsförvärv, när dock själva fastigheten aldrig tillfaller testamentstagaren).

3. Boet förvaltas *hela tiden* av delägaren själv. Det kan då näppeligen anföras hållbara grunder för att modifiera lagens direkta ord i 2 § LF; en annan sak är, att en viss jämkning de lege ferenda vore önskvärd.

(a) Den kritiska tidpunkten inträffar, utan att försäljning av fastigheten skett. Har delägaren då icke sökt lagfart, hade han i varje fall enligt lagens här alldeles obestridliga mening bort göra det. Detta kan man icke gärna komma ifrån. Är boet insolvent, kan det visserligen förefalla beklagligt för honom, om han, därest *han själv* (sker egendomsavträde, äro vi över i fallet 1 ovan) sedermera säljer fastigheten för att kunna förnöja borgenärerna, skall nödgas söka lagfart i eget namn på densamma, i varje fall om han är testamentstagare; emellertid har han ju haft möjligheten att undvika obehag härav genom att avträda boet. Det torde vara nödvändigt att antaga, att *efter* den kritiska tidpunkten delägaren själv kan sälja fastigheten endast i eget namn, och att lagfart för köparen under dessa förhållanden förutsätter lagfart för delägaren. (Hur det går, om delägaren icke avyttrar fastigheten men delägaren avlider och hans rätt övergår på flere skall icke här undersökas; se därom nedan under E.)

(b) Delägaren säljer fastigheten *före* den kritiska tidpunkten. Kan han göra detta i dödsboets namn och kan det ordnas med lagfart för boet och därefter för köparen? Lösningen skulle gå väl i linje med rättssubjektskonstruktionen i motiven till BL men strider mot den ovan antagna grundtanken bakom 2 § LF. Man kunde också direkt åberopa 2 § LF: delägarens lagfartsskyldighet enligt lagrummet borde ju — liksom andra förvärvares lagfartsskyldighet — icke upphöra, därför att fastigheten före fullgörande av lagfartsskyldigheten åter övergått till ny ägare genom delägarens eget åtgörande. Svaret kan det oaktat på många sätt synas tveksamt. Det blir i alla händelser endast en lagfart mellan den dödes och köparens; fråga är endast, om denna skall avse boet eller delägaren. Att den *kan* avse delägaren synes obestridligt, men inga avgörande sakliga skäl före-

falla i och för sig att tala mot möjligheten att i stället låta den lyda på boet, i varje fall icke om delägaren är arvinge, eftersom ju då stämpelfrågan (med nuvarande lagstiftning) icke inverkar. Hittills ha vi alltså icke kommit till annat resultat än att man skulle kunna låta lagfarten lyda på boet eller på delägaren, allteftersom överlåtelsehandlingen till köparen avfattats. Ett åtminstone latent dödsbo består ju även efter bouppteckningen, trots att endast en delägare finnes. Möjligen kan man tillerkänna tanken om lagfart endast för *delägaren* ett svagt företräde, eftersom den grundar sig på en uttrycklig bestämmelse, 2 § LF, under det att den motsatta tankelinjens stöd, rättssubjektskonstruktionen i BL:s motiv, har en mindre uttrycklig och fast karaktär.

Hur är det då, om delägaren är testamentstagare? Lagfart å bouppteckningen för boet drager icke någon lagfartsstämpel, men lagfart å testamentet för testamentstagaren medför kännbar stämpelplikt. Medlet att tvinga fram stämpel även vid försäljning före den kritiska tidpunkten skulle tydligen vara att icke medge lagfart på bouppteckning för boet eller åtminstone att, oavsett om bolagfart sökes och beviljas, dessutom tvinga fram lagfart i vanlig ordning på testamentet. En av testamentstagaren utfärdad överlåtelsehandling i boets namn skulle då, om den icke direkt underkändes, åtminstone godtagas endast så, att den ansåges innebära en överlåtelse från testamentstagaren personligen. Här tillspetsas frågan: varför skall testamentstagarens lagfartsskyldighet — i strid mot vanliga principer — upphöra, när *han själv* avyttrar fastigheten. Kräver man här lagfart för testamentstagaren, måste detta återverka så, att även arvinge i motsvarande situation bör i eget namn lagfara fastigheten, om någon grad av formell konsekvens skall bevaras.

Hänsyn till 2 § LF och till stämpelreglerna torde vid övervägande av samtliga omständigheter tala för att man i de under denna bokstav (b) dryftade fallen bör kräva lagfart för delägaren personligen.[3] Ståndpunkten har dock icke intagits utan tvekan.

[3] Det kan synas, som om man borde avgöra det civilrättsliga lagfartsproblemet fullt självständigt, utan sidoblickar på stämpelreglerna, helst som dessa tekniskt äro uppbyggda såsom accessoriska till civilrättsreglerna. Man torde dock icke kunna undgå att nödgas se båda regelkomplexen såsom ett i viss mån samverkande helt; praktiskt återverka i varje fall, som var

I varje fall de lege ferenda vore det emellertid rimligt att medge försäljning i boets namn inom viss kort tid efter bouppteckningen, med ty åtföljande befrielse för ensam delägare, som är testamentstagare, från stämpel på grund av lagfart enligt testamente. Vid försäljning genom boutredningsman eller testamentsexekutor borde ju, funno vi ovan, lagfart på testamentet kunna undvikas, och äro de universella testamentstagarna flera, böra de säkerligen redan de lege lata anses kunna sälja i boets namn och likaledes undvika lagfart på testamentet.[4] Det är i och för sig naturligt med lagfart på testamentet blott i de fall, då testamentstagaren verkligen behåller fastigheten.

*

De här ovan under D berörda problemen avse förhållandet mellan delägarens personliga förmögenhetssfär och dödsboet som tänkt särskilt subjekt. Det har framgått, att den kategoriska avfattningen av 2 § LF icke kan i alla fall med ensam delägare tillämpas. Även ur andra synpunkter kan erinras om att man icke kan alltför bokstavligt tillämpa lagrummets princip att räkna lagfartsskyldigheten från bouppteckningen, med undantag blott för testamentstagare, vars testamente ännu icke blivit ståndande. Samma regel som för testamentstagare måste, ehuru detta ej direkt säges, gälla för ensam arvinge, vars rätt till fastigheten uteslutits genom ett vid bouppteckningen ännu icke ståndande testamente. Arvingens lagfartsskyldighet kan ej börja löpa, förrän det definitivt blivit klart, att testamentet *icke* är gällande. Vidare måste, om verklig ovisshet råder eller kanhända tvist pågår rörande frågan, huruvida endast en eller flera dödsbodelägare finnas (det kan t. ex. gälla ovisshet om ett barns äktenskapliga börd), lagfartsskyldigheten för påstådd ensam delägare tills vidare vila.

E. En viktig sida av dödsboets karaktär enligt BL:s system är dess formellt-tekniska identitet, oberoende av växlingar inom

och en vet, stämpelstadgandena på lagfartspraxis — må vara att detta till stor del beror på den hos en inskrivningsdomare förklarliga benägenheten att in dubio följa den i stämpelavseende strängare linjen med hänsyn till den uppsikt han själv är underkastad från hovrättens advokatfiskal.

[4] Jfr nedan s. 160 not 4.

kretsen av delägare. Denna identitetsregel, för vilken otvivelaktigt praktiska skäl tala, utsäges icke direkt i lagtexten men måste uppfattas som en av lagstiftaren åsyftad princip; detta framgår otvetydigt av den bakom lagen liggande rättssubjektskonstruktionen. Principen i fråga skapar så att säga en formell ridå, bakom vilken växlingar av delägare kunna ske utan rubbningar i boets relationer utåt,[5] och man är klart befriad från alla tekniska svårigheter och reella risker, som skulle ha följt av att erkänna självständig andelsrätt för varje delägare i de olika objekten i kvarlåtenskapen och i övriga boets rättsförhållanden.

Genom identitetsregeln vinnes uppenbarligen en betydande teknisk förenkling, och regeln i fråga erbjuder ännu ett exempel på ett område, där »formella» och »materiella» spörsmål glida i varandra. Om vi tänka oss ett fall med tre arvingar, A, B och C, kunde ju dessa före BL få gemensam lagfart på fastighet i boet. Men om sedan C överlät sin arvsandel in toto på en annan person, X, och delägarna därefter ville sälja fastigheten (utan att först göra arvskifte)? Om nu A, B och C icke ansågos ipso iure äga var sin tredjedel just i fastigheten (enligt den uppfattning, som rådde närmast före BL), hade tydligen C:s överlåtelse av sin arvsrätt in toto till X icke inneburit överlåtelse av viss fixerbar fastighetsandel, d. v. s. något lagfartspliktigt fång förelåg icke. Men A, B och C hade gemensam lagfart. Kunde verkligen utan vidare denna lagfart utgöra grundvalen för en lagfart för en köpare, som köpt av A, B och X? Detta förefaller efter äldre rätt högst tvivelaktigt.[6] Efter BL:s tillkomst löser sig det hela däremot utan svårighet, genom att den gemensamma lagfarten för A, B och C nu motsvaras av en lagfart för *dödsboet,* som ju tänkes bestå, om än C utträder och X kommer i hans ställe som delägare. Samma blir naturligtvis förhållandet i den säkerligen praktiskt sett vanligare situationen, att en förändring inom kretsen av delägare beror på att delägare dör och efterträdes

---

[5] Jfr Bergquist i SvJT 1936 s. 294 f.

[6] Det kan å andra sidan tyckas egendomligt med en ny gemensam lagfart, denna gång för A, B och X. En dylik lagfart var däremot naturlig, om delägarna icke tidigare sökt lagfart. Det torde enligt uppfattningen närmast före BL ha varit tillåtet att direkt i anslutning till den dödes lagfart ge A, B och X gemensam lagfart. Jfr NJA 1916 s. 85.

av en eller flera personer i dessas egenskap av delägare i dödsboet efter den avlidne delägaren.[7]

Ett dödsbo kan ju enligt den åskådning, på vilken BL vilar, bestå av blott en delägare. Konsekvensen härav synes bli, att växlingarna av delägare i ett dödsbo skola kunna, utan rubbning av dödsboets tekniska identitet, ske t. o. m. så, att boet under någon utvecklingsfas består blott av en delägare. Vissa problem rörande möjligheten att konsekvent genomföra detta betraktelsesätt uppstå dock beträffande fast egendom av hänsyn till principen för lagfartsskyldighetens inträde i 2 § LF. Vid behandlingen av dessa problem ha vi att taga hänsyn till de resultat, som vunnits ovan under D.

1. Vi antaga först, att situationen kommer upp till bedömande, sedan ett tidigare bestående flertal av delägare reducerats till en enda. Vid bedömningstillfället utgöres det ifrågasatta boet alltså blott av denne ende delägare. De andras andelar i boet kunna ha övergått till honom genom överlåtelse eller genom familje- eller successionsrättsligt fång; arten av fånget kan emellertid näppeligen här spela in. Vi kunna utgå från det enklaste fallet: arvlåtaren A dör och efterlämnar dödsbodelägarna B och C, varefter (innan skifte skett) B avlider med C som ende dödsbodelägare.[8]

Hade nu B tidigare varit död och C varit ende successor till A, så hade de ovan under D utvecklade resultaten varit direkt

[7] Resultatet av BL:s system blir, såsom Bergquist påpekar i SvJT 1936 s. 295, att en dödsbolagfart kan komma att bestå under en mycket lång tid och att när försäljning eller inteckning kommer i fråga en hel kedja av bouppteckningar kan behöva företes för att utredning skall kunna ske om vilka som vid denna tidpunkt äga företräda det ursprungliga dödsboet.

Man kan ifrågasätta, om icke på detta sätt dödsbon kunna komma att i stor utsträckning bestå alltför länge, till men för klarheten i lagfartssystemets återspegling av rättstillståndet; man vet ju ej av lagfarten vilka som dölja sig bakom en dödsbolagfart. Det kan också tyckas uppstå en utväg att genom överlåtelser av andel i dödsbo överflytta rätten till fastigheten utan att fullgöra en i och för sig naturlig lagfarts- och stämpelplikt. Vissa svårigheter uppstå dock att i nämnvärd omfattning maskera fång bakom en dödsbolagfart, och risken, att dödsbon skulle komma att formellt bestå för länge, motverkas av åtskilliga faktorer, som driva till avveckling och upplösning.

[8] Om egendomens sammanförande på en hand genom successiva överlåtelser av övriga delägares lotter i boet jfr ovan s. 141.

tillämpliga. C hade enligt 2 § LF varit lagfartsskyldig beträffande fastighet i A:s bo inom sedvanlig tid, räknat från bouppteckningen efter A, men denna princip hade, på sätt under D utretts, i åtskilliga avseenden måst underkastas modifikationer i tillämpningen, trots lagens undantagslösa avfattning.

Om nu i stället C blivit ensam om kvarlåtenskapen efter A, genom att efter A:s dödsfall B:s andel i boet övergått på C, befinner sig C, sedan detta skett, realiter i samma situation, som han skulle ha gjort redan tidigare, om han från början varit ende delägare efter A. Situationen bör då bedömas på samma sätt (eller — om man så vill — så, som om egendomen genom arvskifte hade tilldelats C). Om C t. ex. förvaltar boet själv och vill behålla fastigheten, måste man naturligtvis anse honom lagfartspliktig. Men hur skall man kunna beräkna tiden för fullgörande härav på annat sätt, än att den löper från bouppteckningen efter B? Denna tidpunkt är ju den, då C kommit i samma läge, som han skulle ha varit vid bouppteckningen efter A, om han då varit ende delägare. Men medger man detta, måste man nog också i övrigt på C:s situation efter bouppteckningen efter B tillämpa de ovan utvecklade principerna. När C söker lagfart, bör han naturligtvis få lagfart i direkt anslutning till A:s lagfart, utan mellanliggande lagfarter för A:s och B:s dödsbon; B:s dödsbo har ju aldrig ägt fastigheten såsom sådan, och lagfart för arvlåtaren A:s bo kräves ju aldrig eljest, när fastigheten övergår till delägare (ej t. ex., om B och C bägge levat och skiftat boet så, att fastigheten tillskiftats C).

2. Vi betrakta därefter den situation, att existensen av ett dödsbo hävdas, i vars utveckling stadiet med en delägare skulle vara ett mellanstadium. För analys av detta spörsmål förändra vi det nyss givna exemplet därhän, att — sedan A dött med B och C som dödsbodelägare och B avlidit med C som ende successor — jämväl C avlider, efterlämnande arvingarna D och E.[9] Fortfarande antages i boet ha ingått en fastighet, varå A fått lagfart.

Kunna nu D och E sälja fastigheten i A:s dödsbos namn och lagfartsförhållandena ordnas så, att lagfart beviljas först för A:s dödsbo på bouppteckningen efter A och därefter för köparen på

[9] Fallet är icke, som det kan förefalla, konstruerat, utan återger i schematiserad gestalt en i verkligheten inträffad situation.

köpebrevet från A:s dödsbo, undertecknat av D och E (alternativ 1)? Eller skall man, därför att A:s dödsbo kan tyckas ha s. a. s. uppslukats av C och C:s dödsbo, kräva lagfart för C och för C:s dödsbo samt låta D:s och E:s försäljning gå i C:s dödsbos namn (alternativ 2)? Den senare vägen måste uppenbarligen betraktas som *tillåten,* ty C hade ju i sin livstid kunnat få lagfart på fastigheten i eget namn (jag antager då för enkelhetens skull, att C överlevat boupptecknigen efter B) utan mellanliggande lagfart för A:s dödsbo, och C:s dödsbo måste efter en lagfart för C kunna få lagfart på boupptecknigen efter denne.[10] Men är denna väg (alternativ 2) obligatorisk? Det kan tyckas egendomligt, om man antoge flera olikartade men samtidigt möjliga vägar att i lagfartshänseende bygga upp fångeskedjan, men de invecklade förhållandena och lagens rättssubjektskonstruktion beträffande dödsbo torde leda till att man icke i och för sig kan avvisa ett sådant antagande.

Alternativ 1 går helt i linje med rättssubjektskonstruktionen i motiven till BL; ett hinder kan däremot tänkas ligga i 2 § LF med dess princip för beräknande av ensam delägares lagfartsskyldighet. Vi pröva därför detta ifrågasatta hinders beskaffenhet med ledning av de ovan under föregående bokstav (D) vunna resultaten.

Om då A:s dödsbo avträtts till boutredningsman (eller konkurs), skulle C:s lagfartsskyldighet ha suspenderats. Samma hade, funno vi, förhållandet varit, om testamentsexekutor haft hand om förvaltningen, med avseende på den tid, då dennes förvaltning pågått. Därest nu C:s dödsfall inträffat under den tid, då boet på dylikt sätt förvaltats i annan ordning än genom C själv, hade C enligt våra tidigare antaganden aldrig blivit lagfartsskyldig. Om än fastigheten sedermera tänkes ha överlämnats till delägarna i C:s dödsbo, alltså D och E, finnes knappast någon rimlig anledning att anse dessa *skyldiga* söka lagfart för C. Men då finnes icke heller någon anledning att, om D och E utan föregående skifte sälja fastigheten, såsom förutsättning för köparens lagfart tvinga fram lagfart dels för C, dels för C:s bo. Om nu å andra sidan lagfart för C:s bo bör förutsätta lagfart för C, synes det ändamålsenligaste vara att falla tillbaka på

[10] *Därest* man önskar lagfart för en persons dödsbo, torde en ofrånkomlig förutsättning alltid vara föregående lagfart för den döde.

tanken om A:s bo såsom tekniskt sett alltjämt bestående, i den mån ett praktiskt behov av A:s bo som en sammanfattande etikett faktiskt visar sig. Detta resonemang leder till det ovan uppställda alternativ 1, alltså lagfart för A:s dödsbo och därefter för köparen.

Men om C själv hela tiden förvaltat A:s (och B:s) dödsbo eller före sin död fått egendomen och däribland fastigheten till sig överlämnad från boutredningsmannen eller testamentsexekutorn? I dessa fall hade ju enligt de tidigare utredningarna lagfartsskyldighet i kraft av 2 § LF löpt för C. C kan nu ha dött före eller efter utloppet av den tid, inom vilken han bort söka lagfart (före eller efter den »kritiska tidpunkten» för C:s lagfart). Antag (a) att han dött *före* den kritiska tidpunkten. Hade han levat och i stället före den kritiska tidpunkten sålt fastigheten, borde hans lagfartsskyldighet anses ha löpt det oaktat.[11] Ståndpunkten har dock ovan intagits endast med tvekan, och det ligger i varje fall ingenting orimligt i att om C dött tillämpa en avvikande regel och låta fastigheten passera vidare under skylten av A:s ännu icke avvecklade dödsbo. Antag därefter (b) att C dött *efter* den kritiska tidpunkten. C har tydligen försummat att söka lagfart, men skall det verkligen vara nödvändigt att i efterhand järnhårt utkräva denna lagfart i de få fall, då hela situationen kan föreligga? Kan det icke räcka att låta förefintliga direkta och indirekta tvångsmedel verka under C:s livstid, och om resultatet ej därigenom nåtts underlåta att efteråt riva upp saken, även om staten någon enstaka gång av denna grund skulle gå miste om den stämpel, som en lagfart för C skulle inbringa, därest C vore testamentstagare? Låter man även här fastigheten passera vidare såsom tillhörig A:s dödsbo, vinner man den tekniska fördelen, att man över huvud taget i fall, då ett dödsbo framträder, i vars utveckling ett mellanstadium bestått av blott en delägare, slipper att i samband med lagfart ge sig i kast med undersökningar rörande den icke längre existerande ensamme delägarens eventuella personliga lagfartsskyldighet. Trots dessa beaktansvärda skäl för en tillämpning av alternativ 1 över hela linjen synes mig dock behörig hänsyn till 2 § LF kräva, att man i sist diskuterade fall (b) följer alter-

[11] Ovan s. 146 ff.

nativ 2. Det kan tilläggas, att C kan ha innehaft fastigheten i åratal, kanske ett decennium eller mera, och att det nog skulle verka egendomligt att — ehuru han i sin livstid borde anses lagfartsskyldig — efter hans död betrakta det hela som ett fortbestående dödsbo efter A. Det kan över huvud vara betänkligt att låta just enmansdödsbon få obegränsad livslängd.

F. Att en eventuell lagfart (före arvskiftet) på fast egendom, som ingår i kvarlåtenskapen eller förvärvas för boets räkning, skall beviljas i *boets* namn (jfr 4 § LF i dess lydelse av 9 juni 1933),[1] kan ju sägas markera dödsboets formella ägareställning. Om nu BL och dess motiv bygga på det formella schemat, att boet såsom juridisk person äger de oskiftade tillgångarna, torde man väl därur kunna utläsa den allmänna praktiska handlingsregeln såsom åsyftad, att man på boet i dess förhållande till kvarlåtenskapen skall tillämpa vanliga regler om en ägares (resp. annan rättsinnehavares) ställning, i den mån icke uttryckliga stadganden eller särskilda skäl, sammanhörande med boutredningens typiska ändamål och övriga förhållanden, kunna anses tala däremot.[2] De olika juridiska möjligheter, som enligt allmänna regler tillkomma en ägare (en borgenär etc.), böra med andra ord — med den nyss anmärkta reservationen — föreligga även under boutredningen och tillkomma den eller dem, som förvalta boet, samt utövas i boets namn.[3] Någon mera

[1] Före BL ansågs ju däremot dylik lagfart böra meddelas såsom gemensam lagfart för delägarna personligen, varför dessa skulle namnges. Se NJA 1923 s. 99. Jfr ovan s. 69, Undén, Kommentar s. 21 med not 1, s. 23, NJA II 1933 s. 694, 696 (EGB s. 576 f., 579).

[2] I detta avseende synes man, i motsats till vad som skett vid den ännu allmännare frågeställningen ovan s. 135, böra föredraga en formulering sådan den i texten givna, enligt vilken bevisbördan s. a. s. bör ligga på den, som påstår avvikelse från vanliga regler om en ägares handlingsmöjligheter o. s. v. Självfallet kan dock en viss situation vara så säregen och perifer, att denna presumtion faller.

[3] Det är här alltså fråga om en med stöd av lagens intentioner och praktiska skäl uppställd tolkningsprincip. Det är ingalunda fråga om att på teoretiska grunder konstatera förhandenvaron av en boets äganderätt såsom ett juridiskt faktum, varur skulle följa något sådant som det i texten antydda såsom en logiskt bindande praktisk slutsats. När man i juridisk doktrin finner tolkningar, är det ofta icke klart, om författaren följt den första eller den sista av dessa tankemetoder. Se t. ex. — för att stanna

exakt generell bestämning torde vara svår att få till stånd; möjligen bör man blott för fullständighetens skull erinra om att den »äganderättsutövning» i allra allmännaste mening, som sker i form av gäldsbelastning eller annat rättshandlande, ju har en viss ram av lagen utstakad i BL 1:3.

Jämför man med situationen före BL, har den nya lagens åskådningssätt närmast den antydda formella effekten: utövandet hänföres på boet med dess av lagen tillskapade organ samt sker i boets namn, och verkan över huvud av ägareregelernas tillämpning tänkes träffa boet. I mycket stor omfattning kunde naturligtvis samma utövande och samma verkningar i övrigt tänkas före BL, ehuru det hela enligt då rådande uppfattning i princip ansågs böra hänföras till delägarna personligen och skedde s. a. s. omedelbart å deras vägnar (helt realiserades detta dock icke i praktiken; i varje fall förelåg ett tämligen självständigt bo vid urarvakonkurs).

Frågan är nu närmast, om skillnaden mellan systemet före och efter BL uteslutande är rent formell eller även innebär någon olikhet i sak. Att det senare svaret delvis är berättigat

---

inom den här behandlade problemkretsen, låt vara på utländsk botten — Planiol-Ripert IV s. 520 f. (nr 428). Förf. berör där tveksamheten i fransk rätt rörande de dispositionsmöjligheter o. s. v., som tillkomma »l'héritier bénéficiaire»; hans slutsats blir: »il semble falloir sur ce terrain s'en tenir aux principes généraux: l'héritier, propriétaire, est libre là où n'existent pas de restrictions légales et les actes qu'il passera de bonne foi seront valables». Troligen har dock en logisk slutledning föresvävat honom. Går man vidare, finner man, att han redogör för hur praxis ansett sig kunna ingripa mot missbruk av arvingens förvaltning genom »dessaisissement par nomination d'un administrateur à pouvoirs de liquidation étendus» (s. 527), ehuru lagstöd därför saknas. »En dehors de toute base légale, elle [la jurisprudence] se reconnaît sur ce point des pouvoirs prétoriens» (ib.). Denna praxis förklaras emellertid utan varje tvivel principvidrig. »L'héritier bénéficiaire est un propriétaire, et l'art. 537 du Code civil assure aux particuliers la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par les lois. — — — Sur le terrain du droit la jurisprudence est donc difficilement justifiable» (s. 528). »Mais», tillägges det, »en fait son évolution est commandée par des necessités pratiques impérieuses. Soulignant les insuffisances de notre régime de liquidation et de règlement du passif des successions bénéficiaires, elle marque la nécessité d'une réforme législative à laquelle elle ouvre la voie.» (I en not medges dock, att den nyaste doktrinen tenderar till att inregistrera berörda praxis »comme un fait acquis».)

har redan ovan under B i viss mån antytts. Sakliga olikheter kunna framför allt ha sin grund i att materiella ändringar *kunna* tänkas vara i en del hänseenden åsyftade med den formella omläggning som skett. Även om en viss detaljolikhet, som otvunget går in i det nya formella schemat, icke skulle vara direkt åsyftad, kan den emellertid accepteras, om de reella skälen befinnas tala för densamma. Några enstaka punkter skola här framdragas och diskuteras.

Det är lätt att finna belägg för att författarna till BL i uppfattningen av dödsboet som rättssubjekt och därmed intagande ägareställning beträffande tillgångarna verkligen inlagt åtminstone vissa konsekvenser, som knappast accepterades före BL. Utan att lagen själv uttalar sig, framgår det av motiven, att det ansetts, att dödsboet såsom sådant kan träffas av utomobligatoriskt skadeståndsansvar bl. a. i sin egenskap av ägare till viss egendom. Meningen är, att man här skall tillämpa vanliga regler om ansvar utan vållande för djurägare och automobilägare (likaså ansvar för annans vållande i förekommande fall, varvid i motiven såsom exempel anföres fabriksdrift, som av boet fortsättes efter den döde).[4] I den mån man i praxis kan vara villig att erkänna ansvar utan culpa för s. k. farlig verksamhet utan stöd av direkta specialstadganden,[5] får man då också erkänna möjligheten av ett sådant ansvar för dödsbo.

Att ägareansvar — det som här närmast intresserar oss — lägges på boet (och blott under vanliga betingelser för personligt ansvar för boets gäld därutöver träffar delägarna personligen, i den mån icke viss delägare på självständig grund, t. ex. såsom förare av den skadebringande automobilen, ändock är ansvarig) skall enligt motiven bero på »den uppfattning angående dödsboets juridiska natur, som kommit till uttryck i förslaget» (d. v. s. nu BL). Detta behöver naturligtvis icke fattas som logiskt konsekvensmakeri; hade de berörda ansvarsreglerna tett sig sakligt otillfredsställande, hade de säkerligen icke accepterats. Men vad nu anförts är ett av exemplen på att tanken på praktiska

[4] NJA II 1933 s. 361 f. (EGB s. 236).

[5] Själva frågan om skadestånd för s. k. farlig verksamhet skall icke här diskuteras. Jfr härom Lundstedt i TfR 1923 s. 122 ff. och passim, Realitetssynpunkter s. 218 ff., Sandström i NJMF 1934, bil. II, samt debatten ib. s. 202 ff. ävensom Strahl i Minnesskrift II s. 908.

handlingsregler i vissa hänseenden ligger innesluten i motivens rättssubjektskonstruktion. Motivens sätt att närmast framställa saken som en konsekvens av principståndpunkten angående boets natur och att icke direkt åberopa särskilda sakskäl[6] synes vidare stödja den ovan framförda tesen, att man kommer avsikterna med BL närmast, om man på boet såsom ägare tillämpar vanliga ägareregler, i den mån icke särskilda skäl tala däremot.

Om de här antydda skadeståndsreglerna innefatta en verklig saklig nyhet i jämförelse med äldre rätt beror på frågan, hur man före BL tillämpade reglerna om ägareansvar för det fall, att föremålet ingick bland tillgångarna i ett oskiftat dödsbo. Svaret härpå torde vara tvivelaktigt. Motiven uttala ingenting med bestämdhet; möjligen kan man dock tolka dem så, att dylikt ansvar icke före BL kunde åvälvas boet såsom sådant (kvarlåtenskapen) på det sätt, att det uppstod betalningsrätt omedelbart ur boets tillgångar.[7] [8]

Vad ovan sagts leder till uppställande av den allmänna presumtionsregeln, att liksom en ägares handlingsmöjligheter av olika slag in dubio få anses tillkomma boet genom dess organ, följderna av en utövning av ägareställningen i första hand böra hänföras på boet såsom sådant, alltså ekonomiskt sett drabba boets egendom som en särskild massa. En sådan princip, som formellt ansluter sig till det begreppsschema, på vilket BL vilar, torde också sakligt sett ligga i linje med de syften, som bära upp BL:s system; till de sakliga skälen räknar jag då även fördelarna i fråga om systemets tekniska funktionssätt. Principens karaktär av presumtionsregel bör dock betonas. Att här i detalj gå igenom varje fall, där den kunde få betydelse, låter sig naturligtvis icke göra.[9] Det må blott påpekas, att den sträcker sin effekt även in t. ex. på det processuella området. Om boet processar om en sak eller ett rättsanspråk, som ingår i kvarlåtenskapen, måste — liksom när boet eljest är invecklat i rättegång — med BL:s system processens verkningar hänföra sig

[6] Sådana antydas blott med slutorden: »Samma skäl, som i allmänhet föranlett, att ansvar för skadans ersättande i dessa och liknande fall bör vila på ägaren av den egendom, under vars nyttjande skadan uppkommit, äga giltighet även då egendomen tillhör ett dödsbo» (NJA II 1933 s. 361 f.).

[7] NJA II 1933 s. 361 (EGB s. 235 f.). Jfr Benckert i TfR 1926 s. 178 f

[8] Till vissa gäldsfrågor återkomma vi nedan detta kap. under G.

[9] Om hemulsansvar se nedan s. 164.

till dödsboet såsom part, icke direkt till delägarna, på sätt antytts redan ovan under B.

Beträffande fast egendom, som tillhör boet, uppkomma vissa särskilda spörsmål, av vilka några böra beröras i detta sammanhang. Det har redan förut erinrats om att dödsbo icke i och för sig *behöver* men *kan* söka lagfart å fast egendom, som tillhört den döde. Vill boet sälja fastigheten, är lagfart påkallad, enär köparen eljest icke erhåller lagfart. Före BL var av samma skäl gemensam lagfart för delägarna nödvändig.[1] I praxis före BL förekom dock, att sådan lagfart icke ansågs behövlig, när testamentsexekutor avyttrade en i kvarlåtenskapen ingående fastighet (vartill han ju in dubio ansågs äga befogenhet). Särskilt har man i detta hänseende att erinra om rättsfallet *NJA 1906 s. 224*.[2] Ehuru detta förhållande omnämnes i motiven till BL och de av BL föranledda ändringarna i LF, antydes ingenting i frågan, om sagda praxis fortfarande skall anses förtjäna efterföljd. Några synpunkter på saken torde därför vara motiverade. Vi förutsätta då först, att själva testamentet icke direkt föreskriver försäljning och icke heller kan anses förutsätta en sådan såsom given. Icke desto mindre har ju exekutorn som bekant möjlighet att efter eget skön sälja fastigheten (om han är vanlig testamentsexekutor och ej blott specialexekutor och vidare testamentet ej inskränkt hans befogenhet att överlåta fast egendom). Om delägarna i stället hade haft förvaltningen och sålt fastigheten, hade lagfart erfordrats såsom en förutsättning för köparens lagfart. Detsamma hade gällt, om boet förvaltats av boutredningsman och denne med delägarnas skriftliga bevittnade samtycke eller rättens tillåtelse (BL 2: 13) sålt fastigheten. Det är då naturligt att uppställa samma krav vid försäljningen från testamentsexekutorns sida (denne är ju enligt det till grund för BL liggande formella schemat liksom boutredningsmannen i första hand att betrakta såsom företrädare för dödsboet, ej för den döde, och bör sälja fastigheten i boets namn), därest icke särskilda, just med testamentsexekutorsförvaltning förknippade skäl föranleda avvikelse. Accepterar man denna frågeställning, torde resultatet vara givet, ty några speciella sakskäl för avvikelse äro svåra att upptäcka. Har man nu

[1] Undén, Kommentar s. 21.

[2] Se även NJA 1886 s. 235, 1893 s. 410, 1909 s. 175, 1912 s. 64 samt NJA II 1933 s. 144, 694 och Undén, Kommentar s. 21.

kommit så långt, inses icke, varför den omständigheten, att testator i testamentet föreskrivit fastighetens försäljning, skall medföra dispens från lagfartskravet. Följer man den här förordade linjen, ställer man alltså alla testamentsexekutorsfall lika, vilket synes vara en fördel, då sådana regler som lagfartsreglerna böra vara tämligen enkelt och formellt konsekvent uppbyggda; vidare uppnår man genom kravet på lagfart, att förvaltningen genom testamentsexekutor i detta avseende behandlas på samma sätt som övriga former för dödsboförvaltning, vilket också synes vara till båtnad för systemets enkelhet och formella följdriktighet.

Det invändes måhända mot det nyss sagda, att annan grundsats förut tillämpats och att det icke visats, att man med BL avsett att göra ändring häri. Föregående praxis är emellertid i detta fall knappast av den omfattning och auktoritativa karaktär, att en avvikelse ter sig såsom utan vidare utesluten. Det må vara riktigt, att motiven till den nya lagstiftningen icke direkt uttala sig för en förändring. De uttala sig emellertid icke heller för ett bibehållande av den andra uppfattningen, och tillkomsten av ett så omfattande nytt lagstiftningskomplex som BL med dess följdförfattningar ger full anledning att taga under omprövning, huruvida äldre praxis i olika detaljer alltjämt ter sig rationell, även om direkta uttalanden för ändring skulle saknas i förarbetena. Man kan förstå, att det i sådana fall som det förut berörda från 1906 — där det i testamente förordnats, att kvarlåtenskapen skulle tillfalla vissa personer (vilka alltså enligt TL:s terminologi voro universella testamentstagare) och att testamentsexekutorerna skulle bestämma sättet och priset för försäljningen av den efterlämnade fasta och lösa egendomen — tett sig formellt stötande med en lagfart för testamentstagarna personligen och därför förefallit oriktigt att kräva dylik.[3] De formella betänkligheterna borde emellertid vara undanröjda i

[3] RR:n hade ansett det vara en förutsättning för köparens lagfart, att testamentstagarna först fått lagfart. HovR:ns utslag löd (ex inc.) på »ej ändring», men HD:s majoritet (3 jr) ansåg, att enär fastigheten, som på grund av testamentet av utredningsmännen försålts, icke genom testamentet tillagts vare sig testamentstagarna gemensamt eller någon eller några av dem särskilt, hinder i det av RR:n anförda avseende icke mötte för beviljande av lagfart för köparen (minoriteten, 2 jr, ville ej göra ändring i HovR:ns utslag). — En lagfart för testamentstagarna skulle f. ö. ha grundats på testamentet som fångeshandling, d. v. s. medfört avsevärda stämpelkostnader.

och med BL, eftersom lagfart nu skulle beviljas för dödsboet såsom sådant, icke för delägarna personligen. Törhända invändes också, att det vore praktiskt obehövligt att betunga vederbörande med en lagfart för boet. Härpå kan svaras, att tungan dock är tämligen ringa enligt nuvarande stämpelregler, förnuftigt tolkade,[4] och att lagfart för boet väl i någon mån får sägas bidraga till inskrivningssystemets klarhet och fullständighet. Det kan tilläggas, att om lagfart här vore obehövlig, man även borde slopa det nu obestridligen upprätthållna kravet på lagfart för boet, när delägarna själva eller boutredningsmannen säljer fastigheten; systemet *kunde* naturligtvis fungera utan lagfart också i dessa fall. Men därmed avlägsnade man sig från vårt lagfartsväsens grundtanke, nämligen fullständighet i ägareregistreringen, låt vara att undantaget för dödsbo, som *icke* avyttrar fastigheten, de lege lata står utom diskussion.

Lagfart för dödsbo kan vara påkallad icke blott av försäljning utan även av önskan att inteckna boets fasta egendom. Att dylik inteckning är tänkbar ehuru i praktiken mera sällan erforderlig uttalas med all önskvärd tydlighet i motiven till den nya lagstiftningen.[5] Detta står också i bästa överensstämmelse med det genom BL införda systemets formella struktur: om boet

---

[4] Om bodelägarna utgöras av arvingar (och efterlevande make), är det ju uteslutet att kräva stämpel för boets fång. Även om delägarna uteslutande skulle vara universella testamentstagare, synes emellertid stämpel icke kunna utkrävas vid lagfart för *boet,* vars fångeshandling ju ej är testamentet. Boet skall ju alltid kunna få lagfart på den inregistrerade boupptecknigen (4 § LF). (Säljer boet emellertid icke fastigheten utan går den i skifte mellan testamentstagarna, uppkommer givetvis lagfartsskyldighet och stämpelplikt för förvärvaren resp. förvärvarna.) Det enda fall, då tvekan uppstår, är om det finnes endast *en* universell testamentstagare, som tillika är ensam delägare i boet (då alltså skifte icke behöves för att konkretisera hans rätt i fråga om kvarlåtenskapen). Även då bör emellertid, om boet förvaltas av testamentsexekutor, denne kunna söka lagfart i *boets* namn på boupptecknigen (utan att åberopa testamentet som *fångeshandling*); annorlunda förmodligen, om testamentstagaren själv förvaltar boet, men detta fall har ej betydelse för det här i texten sagda. Jag hänvisar till utredningarna ovan denna § under D. — Är det nu anförda riktigt, är den i texten diskuterade frågans olika läge i stämpelavseende före och efter BL ytterligare en omständighet, som talar emot nödvändigheten att efter BL:s tillkomst tillmäta äldre praxis avgörande betydelse.

[5] NJA II 1933 s. 700 (EGB s. 584).

antages ha lagfart samt vederbörligt inteckningsmedgivande utfärdas av den eller dem, som förvalta boet, och detta är giltigt enligt de allmänna principerna för rättshandlingar å boets vägnar (BL 1:3), lägger ju IF:s avfattning inga hinder i vägen. Hur situationen var före BL skall icke här undersökas; att inteckning numera kan ske måste anses obestridligt. Detta hindrar icke, att möjligheten av sådan inteckning ger anledning till vissa särskilda problem; dessa skola dock icke i detta sammanhang behandlas.[6] Blott på en detalj skall uppmärksamheten fästas. En testamentsexekutor måste kunna inteckna boets fastighet, om detta undantagsvis är erforderligt för boutredningen och testamentet icke inskränkt hans handlingsfrihet i detta stycke.[7] Även då måste uppenbarligen lagfart för boet sökas.[8] Skulle det förvisso sällsynta fallet föreligga, att testamentet direkt anbefallt exekutorn att inteckna fastigheten — t. ex. för att inteckningen skulle överlämnas till viss person —, synes det ändock ofrånkomligt att kräva lagfart för boet. En motsatt regel strider alltför mycket mot principerna för vårt inskrivningsväsens anordning. Vad nu sagts är av intresse även därför, att det synes indirekt stödja det lagfartskrav vid försäljning genom testamentsexekutor, som ovan hävdats.

I kap. II har visats, att i fråga om den enskilde arvingens ställning inom den gemenskap, som flera arvingar ofrånkomligen bilda, under den svenska rättsutvecklingen särskilt under 1800-talet olikartade tendenser brutit sig mot varandra. Av skildringen har framgått, att tendenserna att helt eller delvis uppfatta gemenskapen som en samfällighet av samäganderättstyp och särskilt tendensen att tillerkänna varje arvinge redan före skifte en självständig andelsrätt till fastighet i boet mer och mer fått ge vika, så att i varje fall under 1900-talet den åskådningen dominerat, att före skifte arvinge hade andel endast i kvarlåtenskapen som en totalitet. Det kunde dock konstateras, att enstaka

[6] Det bör dock nämnas, att det synes uppenbart, att man icke kan ålägga inskrivningsdomaren någon som helst prövning av en sökt inteckning behövlighet för de i BL 1:3 angivna syftemålen.

[7] Att testamentsexekutor har möjlighet att inteckna antages i motiven; se NJA II 1933 s. 700 (EGB s. 584).

[8] Nyss anf. motivställe synes, ehuru intet direkt säges, räkna med lagfart för boet som en självklar förutsättning för inteckning av boets fastighet.

svaga spår av den motsatta uppfattningen dröjde kvar ännu strax före BL. Detta var fallet åtminstone i så måtto, att om en av arvingarna avled före skifte och i boupptecknin gen efter honom faktiskt upptogs en bestämd kvotdel av arvingarnas gemensamma fastighet, lagfart på många håll ansågs kunna meddelas på sagda kvotdel för den avlidne arvingens arvingar, ehuru denna kvotdel icke utbrutits genom regelrätt arvskifte i det första dödsboet.[9]

Den utveckling, som före BL ledde till ett undertryckande av tendenserna hän mot samäganderättslinjen, vinner — såsom redan tidigare antytts — en markerad bekräftelse och fullbordan just genom den nya lagstiftningens tanke om att boet, tänkt som eget rättssubjekt, skall räknas som ägare till egendomen. Därigenom betonas omöjligheten av att räkna med andelar före skifte i särskilda föremål.[1] Det har med rätta framhållits, att den nyss berörda praxis att medge lagfart å bestämd andel av fastighet å boupptecknin gen efter en dödsbodelägare, oaktat arvskifte ej ägt rum, efter BL:s tillkomst måste anses direkt felaktig.[2] En regel, enligt vilken dylik lagfart ej får ske, är en fullt befogad praktisk utveckling av de syften, som få anses ligga däri, att lagstiftningen tekniskt velat hänföra kvarlåtenskapen till dödsboet som juridisk person. I *denna* mening, icke däremot i enkel formallogisk betydelse, kan man tala om en konsekvens av lagens syn på dödsboet såsom rättssubjekt.

G. Under föregående bokstav har en undersökning verkställts av den sakliga innebörden i den formella »ägareställning» med avseende å kvarlåtenskapen, som kan sägas vara åsyftad, när BL och dess följdlagar grundats på föreställningen om boet som särskild juridisk person. Därvid har bl. a. visats, att konsekvensen blir, att boet såsom sådant — d. v. s. boets egendom — primärt träffas av visst skadeståndsansvar m. m., över huvud vissa ekonomiska verkningar o. s. v. av den typ, som i

[9] Jfr ovan s. 120 (med hänvisningarna därstädes not 1).

[1] Jfr NJA II 1933 s. 167 (ur motiven till BL 1:1), där dock icke rättssubjektskonstruktionens roll i detta avseende kommer fram. — Med det i texten sagda förnekas icke, att man *kunde* ha avvisat alla andelskonstruktioner lika klart, även om man gått en annan väg än den via idén om boet som juridisk person. — Se vidare ovan under E.

[2] Bergquist i SvJT 1936 s. 294.

allmänhet följa med en ägareställning. Det av BL accepterade system, som får sitt formella uttryck i boets betecknande som rättssubjekt, företrätt av därtill i lagen bestämda organ, innebär som bekant vidare, att i en viss omfattning ny gäld avsiktligt kan stiftas och andra rättshandlingar ingås med den verkan, att just boet (boets tillgångar) belastas, liksom boet i förekommande fall omvänt blir den tekniskt sett berättigade. I fråga om gäldsbelastning och rättshandlande i övrigt å boets vägnar är man dock icke hänvisad att blott ur lancerandet i motiven av tanken om boet såsom juridisk person indirekt sluta sig till lagstiftarens avsikter, utan denna sida av dödsboets rättsliga karaktär kommer självständigt till uttryck i principbestämmelsen i BL 1:3, vilken förutsätter, att gäld kan göras och rättshandlingar företagas för boet, och vilken sätter som sin närmaste uppgift att begränsa detta rättshandlande till det nödvändiga genom att stadga, att sådant rättshandlande, som icke erfordras för begravningen eller för boets uppteckning, vård eller förvaltning, icke är för boet bindande, med mindre tredje man var i god tro. Tydligt är emellertid, att erkännandet i och för sig av möjligheten till rättshandlande å boets vägnar — varigenom åstadkommits viktiga avvikelser från äldre rätt[3] — för lagens författare haft ett intimt samband med dödsboets förklarande för rättssubjekt. Rättast uttrycker man väl detta samband så, att man förmodligen aldrig skulle ha betecknat boet som rättssubjekt, om man icke velat erkänna den berörda rättshandlingsmöjligheten, som man nu emellertid av sakliga skäl önskat slå fast, samtidigt som man velat begränsa den till det nödvändiga.[4]

---

[3] Jfr NJA II 1933 s. 182 med hänvisningar.

[4] I motiven till BL 1:1 heter det (NJA II 1933 s. 163): »Eftersom dödsboet såsom sådant svarar för de förpliktelser, vilka den döde åsamkat sig, och kan på grund av dessa avträdas till konkurs, synas några bärande skäl icke kunna anföras mot att anse dödsboet belastat även med de förpliktelser, som tillkomma under boutredningen och avse avvecklingens genomförande. Såvitt dödsboet betraktas såsom en samfällighet i likvidation, möter det sålunda icke hinder att uppfatta dödsboet såsom subjekt för rättigheter och skyldigheter.» Jfr härmed motiven till BL 1:3, där det bl. a. yttras (a. a. s. 182): »Såsom lagberedningen närmare utvecklat under 1 §, utgör dödsboet enligt förslaget en särskild förmögenhetsmassa, som kan förvärva rättigheter och ikläda sig skyldigheter. Med erkännande av dödsboet såsom

I detta sammanhang är det tillräckligt att stanna vid den principiella möjligheten till gäldsbelastning och annat rättshandlande å boets vägnar. Den i BL 1:3 stadgade begränsningen har naturligtvis sina problem, som dock tämligen utförligt diskuteras i lagens motiv.[5] Här skall blott påpekas, att rättshandlande å boets vägnar bl. a. innebär en hypotetisk skadeståndsrisk för boet, som naturligtvis kan gestalta sig olika i olika fall, beroende på rättshandlingens art o. s. v. En försäljning kan t. ex. medföra icke blott eventuella morapåföljder utan även hemulsansvar, vilket ju särskilt i fråga om fast egendom kan vara betydelsefullt. Att hemulsansvaret drabbar boet såsom sådant i första hand och träffar delägarna endast under sedvanliga betingelser för dessas personliga ansvar för boets gäld innebär en given följd av de syften, som avspeglas i BL 1:3 och i beteckningen av boet som rättssubjekt. Jämfört med äldre rätt, i varje fall så som denna tolkades av många, innebär detta emellertid en nyhet.[6]

Boets rättshandlande kan även gå ut på förvärv av egendom, såväl lös som fast egendom (låt vara att det senare sällan torde komma i fråga).[7] Om boet skulle köpa en fastighet och söka lagfart på förvärvet, kan det uppenbarligen icke åligga inskrivningsdomaren att pröva, huruvida förvärvet verkligen varit erforderligt eller icke för boutredningens syftemål.

H. I flera fall i det föregående har beträffande förmögenhetsrättsliga verkningar, som måste hänföras på boet såsom sådant, erinrats om att detta är liktydigt med att verkningarna

---

ett självständigt rättssubjekt följer emellertid icke, att i dödsboförvaltningen kunna företagas vilka rättshandlingar som helst med bindande verkan för dödsboet.»

[5] Se NJA II 1933 s. 183 ff. (jfr EGB s. 56 ff.).

[6] Se Benckert i TfR 1926 s. 178 f., som framhåller, att (med dåvarande regler) sådana förpliktelser, som enligt lag följa med ett förfogande, finge anses komma att åvila delägarna personligen t. o. m. i det fall, att förfogandet företagits av testamentsexekutor. »Detta kan väl synas strida mot grundsatsen, att exekutors behörighet är begränsad till rättshandlingar med avseende på boets egendom. Men då svensk rätt ej medger att konstituera förpliktelser, för vilka allenast dödsboets egendom svarar, lär någon annan lösning ej stå att finna.»

[7] Jfr NJA II 1933 s. 184 (EGB s. 59).

ha avseende på boets egendom som en avskild förmögenhetsmassa. Huvuddelen av denna massa bildas uppenbarligen av de tillgångar arvlåtaren efterlämnat, och till dessa kan eventuellt komma egendom, som av boet förvärvas under boutredningen, under denna tid inflytande naturlig eller civil avkastning av tillgångar i boet o. s. v. All egendom, som utan särskilda restriktioner eller specialregler bildar underlaget för de förmögenhetsrättsliga verkningar, som enligt BL:s system formellt hänföra sig på boet såsom sådant, kan utan tvekan betecknas såsom »boets egendom», i det att lagstiftningen tekniskt sett måste anses bygga på tankefiguren, att boet såsom juridisk person äger sagda egendom (med den innebörd, som förut i denna § antytts). Detta är naturligtvis regelmässigt fallet med nästan all, ofta all egendom, som befinner sig *i* boet i den meningen, att den faller in under dödsboförvaltningen. Det kan emellertid stundom finnas egendom, som befinner sig *i* boet i denna mening men ändock ej kan sägas tillhöra boet på fullt samma sätt som huvudmassan av tillgångarna. Därvid avses naturligtvis icke sådana fall som då egendomen innehas av boet under nyttjanderätt, såsom pant o. s. v. Däremot avses fall, då egendom faller in under dödsboförvaltningen men intager en familje- eller successionsrättslig särställning. Detta är händelsen dels i vissa situationer, då make lever efter, och dels då den döde i testamente förordnat om saklegat. Det sista fallet kommer att behandlas nedan i kap. IV; det förra fallet påkallar däremot några ord i detta sammanhang, utan att dock någon mera ingående undersökning här kan företagas.

När make i nyare äktenskap avlider, omfattar dödsboförvaltningen den avlidnes enskilda egendom och hans giftorättsgods.[8] Den efterlevande förvaltar alltjämt själv sin egendom, ehuru med redovisningsskyldighet beträffande giftorättsgodset jämlikt GB 12:4, och i dödsboet ingår anspråket på hälften av bägges behållna giftorättsgods (om bouppteckningens omfattning stadgas

[8] Såsom dödsbodelägare kommer därvid efterlevande make att deltaga i förvaltningen också av den dödes enskilda egendom, även om den efterlevande ej skulle vara arvinge eller universell testamentstagare och alltså ej skall ha del i sagda egendom, vilket motiverats med att av praktiska skäl den dödes egendom bör betraktas som en enhetlig massa, förvaltad av samtliga delägare. Se NJA II 1933 s. 152 (EGB s. 23).

särskilt i BL 3:4). Till skydd mot makens missbruk av förvaltningsrätten ger GB 12:5 en möjlighet att till erforderlig del sätta hans giftorättsgods under särskild vård och förvaltning, till dess bodelning skett, om ett sådant avskiljande är behövligt för att trygga arvingars och universella testamentstagares rätt och efterlevande maken ej föredrager att ställa säkerhet som av rätten godkännes. Lagens system företer här icke några särskilda komplikationer. Under boutredningen bilda icke den avlidnes giftorättsgods och hans enskilda egendom två beträffande förvaltningsrätten skilda massor utan en enhet,[9] som också utåt måste anses häfta enhetligt för belastningar å dödsboet.[1] Om bodelning sker någon tid före arvskiftet, äger tydligen under boutredningens lopp en förskjutning av egendom rum, och samtidigt upphör regelmässigt den efterlevande makens rätt att deltaga i förvaltningen av boet (BL 1:1 st. 2). Några i detta sammanhang betydelsefulla specialfrågor uppkomma emellertid icke därigenom.

I äldre äktenskap faller under *dödsboförvaltning genom delägarna själva* all makarnas egendom med undantag av sådan enskild egendom, som den efterlevande maken redan före dödsfallet själv förvaltade (BP 7:1), d. v. s. under boets förvaltning kommer även efterlevande hustrus enskilda egendom, i den mån hon icke själv ägt råda över densamma. Motsvarande gäller, om *testamentsexekutor* finnes (förvaltningen tillkommer som bekant exekutorn och maken i förening).[2] Vid *konkurs* och *boutredningsmannaförvaltning på borgenärs begäran* omfattar boförvaltningen all egendom i makarnas bo, alltså även all enskild egendom (BP 7:2 st. 1). Vid *boutredningsmannaförvaltning på annans begäran* kräver lagen särskilt förbehåll, för att efterlevande makes förut existerande förvaltningsrätt till enskild egendom skall fortfara (BP 7:2 st. 2). Om nu under dödsboförvaltningen faller även efterlevande makes enskilda egendom, helt eller delvis, uppstår frågan om boets ställning till denna egendom, som uppenbarligen icke i samma mening

[9] Se föreg. not.

[1] En helt annan sak är, att de för den kommande delningens skull måste hållas isär och att eventuellt förskjutningar inbördes kunna ske enligt vederlagsreglerna.

[2] Jfr motiven till BP § 7, NJA II 1933 s. 638 f. (EGB s. 505 f.).

som huvudmassan av tillgångarna kan rätt och slätt betecknas som »boets egendom». Man torde väl få förutsätta, att lagstiftaren tänkt sig denna egendom såsom alltjämt tillhörig den efterlevande, ehuru med starka restriktioner på grund av äldre GB:s gäldsregler och boets förvaltningsrätt. Hur är då det reella läget beskaffat med avseende å dylik egendom? En mera ingående behandling av detta problem har ej kunnat ske i detta sammanhang, men jag har ansett det riktigt att fästa uppmärksamheten på detsamma. Resultatet av en analys torde bli, att egendomen i fråga intager en egendomlig mellanställning. Svårigheter uppstå bl. a. att komma till rätta med egendomens eventuella ansvar för gäld, tillkommen under boutredningen. Vissa tveksamma spörsmål uppkomma också med avseende på möjligheterna till förfoganden över dylik egendom, särskilt fast egendom; detta gäller såväl försäljning som inteckning, vare sig man nu tänker på förfoganden utgående från boet eller från efterlevande maken.

§ 3.

Vissa hävdeproblem i samband med successionen till arvingar och universella testamentstagare.

När bland den egendom, som blir föremål för arvingarnas och de universella testamentstagarnas succession (i fortsättningen talas för korthetens skull i regel blott om arvingarna), ingår fastighet, uppstå vissa ganska invecklade spörsmål, om det skulle gälla att på fastigheten tillämpa lagens regler om tjuguårig hävd. Dessa spörsmål skola här något belysas. De uppkomma i anslutning till det krav på god tro, som ingår bland fordringarna för hävd. Detta krav uttryckes ju av lagen så, att fastigheten skall ha åtkommits i god tro, och det brukar därför närmare preciseras på det sättet, att det uteslutande hänför sig till tidpunkten för själva fånget; »mala fides superveniens non nocet».[3] Att även fång på grund av arv eller testamente kan ligga till grund för hävd är som bekant obestridligt.[4]

[3] Jfr Undén, Sakrätt II: 1 s. 195.

[4] Nya lagberedningens motiv i 1880 års hävdeförslag s. 38 (NJA II 1881 nr 3 s. 19); NJA 1922 s. 214; Undén, a. a. s. 194.

A. Den första fråga, som bör behandlas, är huruvida och under vilka förutsättningar dödsboet såsom sådant kan vinna hävd på en fastighet, som den döde efterlämnat. Har hävd inträtt redan före dödsfallet, kan ju boet åberopa sig därpå, men kan hävd fullbordas under själva boutredningen, efter dödsfallet men före skiftet? Det förefaller a priori egendomligt, om ett hävderättsligt vakuum här skulle föreligga, men klarhet kan självfallet endast vinnas genom att analysera de olika situationer, som kunna tänkas, och de olika hävderekvisit, som med stöd av lagen måste fordras. Därvid kan såsom ett fall av huvudsakligen teoretiskt intresse avföras den situationen, att boet såsom fortfarande innehavare skulle göra gällande hävd på en fastighet, som boet besuttit i tjugu år, räknat från det boet självt erhållit lagfart å densamma. Det inses dock icke, varför ej hävd i ett dylikt fall skulle kunna inträda, om boet kunde anses ha förvärvat fastigheten i god tro. Att bestämma godtrosrekvisitets innebörd med hänsyn till boet stöter nu på vissa svårigheter. Dessa återkomma emellertid oförändrade i vissa andra situationer, som nedan behandlas, och lämnas därför tills vidare åsido. (Har boet lagfart och är denna lagfart den tidigaste tänkbara utgångspunkten för en hävdetid men övergår fastigheten någon tid efter sagda lagfart till annan — till delägare på grund av skifte eller till utomstående på grund av överlåtelse — bör denne givetvis enligt vanliga regler om accessio possessionis kunna tillgodoräkna sig boets besittningstid, om det förut sagda är riktigt. Jfr vidare i det följande.) Hävd för boet såsom sådant skulle däremot lättare kunna tänkas inträda, om boet i kraft av accessio possessionis fullbordade en hävdetid, som löpte från arvlåtarens (eller tidigare fångesmans) lagfart. Även här skulle enligt 2 § HF krävas, att boet i god tro åtkommit fastigheten. Hade boet ej lagfart på fastigheten, skulle fordras jämväl god tro för arvlåtaren vid dennes fång.

Innan den vanskliga frågan om godtroskravets verkliga innebörd med avseende på dödsboet närmare diskuteras, måste emellertid först ett annat spörsmål beröras. Det kan nämligen tänkas, att den invändningen framföres, att det icke vore riktigt att bedöma boet på samma sätt som en vanlig »senare innehavare», som måste vara i god tro vid sitt förvärv men å andra sidan i kraft av sådan god tro jämte lagfart har en självständig

hävdeposition. Bör icke boets ställning snarare betraktas blott som en prolongation av den dödes hävdesituation? Visserligen kan arvsfång grunda hävd, men är icke detta fallet först när boet skiftats? En dylik »prolongationsteori» borde, konsekvent tillämpad, innebära, att dödsboet aldrig finge det bättre än arvlåtaren skulle ha haft det, om han levat, även om bodelägarna vore i aldrig så god tro, men å andra sidan heller icke sämre, även om bodelägarna vore i ond tro. Om boet *icke* fått lagfart, vore boets rätt även enligt motsatt uppfattning beroende av god tro hos arvlåtaren vid dennes fång, och den renodlade prolongationsteoriens effekt borde strängt taget bli slopande av godtroskravet beträffande boet. Har boet fått lagfart, skulle boet likaså vara skyddat oberoende av egen god tro, blott arvlåtaren varit i god tro, men var denne vid åtkomsten i ond tro, skulle boets goda tro och lagfart *ej* hjälpa.

I den mån den tanke, som här kallats prolongationsteorien, förekommit, torde man egentligen ha fäst sig vid den sistnämnda konsekvensen, alltså att arvingarna före skifte aldrig med stöd av omständigheter förknippade med deras förvärv skulle kunna vinna en hävd, som icke arvlåtaren hade kunnat åberopa, om han levat. För denna sida av tankegången i fråga synes man i viss mån vinna stöd hos en del omständigheter under förarbetena till HF, och det är därför nödvändigt att avgöra, om detta stöd verkligen är hållbart.

Den omdiskuterade och ofta kritiserade sista punkten i 2 § HF, vilken kräver lagfart, för att senare innehavare skall ha självständig rätt till hävd på grund av egen god tro,[5] har som bekant sitt ursprung i en reservation av Nya lagberedningens ordförande, presidenten BERG. I reservationen till beredningens förslag motiverade BERG punkten i fråga bl. a. därmed, att den skulle kunna förekomma förvecklingar särskilt i fråga om arvfallen fast egendom.[6] Att arvet medförde självständig hävde-

[5] Punkten lyder: »Ej må dock, innan lagfart å senare innehavares fång blivit beviljad, denne, ändå att han är i god tro, till sitt fredande från klander räkna sig hävd till godo utan så är att föregående innehavaren, om han suttit i egendomen kvar då klandret anställdes, kunnat därifrån på grund av hävd enligt nu stadgade grunder sig värja.»

[6] Denna sida av motiveringen har i senare litteratur — se Undén, Sakrätt II:1 s. 196 — förbigåtts. Den påpekas däremot i största korthet av Sandberg s. 61.

rätt för arvingarna fann han riktigt, »så vida arvingarna utan kännedom om det svek, som legat arvlåtaren till last och således under antagande att fastigheten utgjorde en hans välfångna egendom, låtit densamma i skifte ingå och därvid någon tvist om grunderna för boets fördelning ej yppats».[7] Annorlunda däremot, om klandret anställes, innan ännu avgjorts, om boet kommer att gå i arv eller måste avträdas till borgenärerna samt, där flera delägare finnas, deras rätt i boet blivit slutligen bestämd. Bl. a. i och för undanröjande av tvekan, huru lagen borde tillämpas vid klander av ett under utredning varande dödsbo, ansåg han det lämpligt, att »frågan om arvinges rätt att på grund av sin goda tro medelst hävd försvara en egendom, som i arvlåtarens hand varit underkastad klander, göres beroende därav att arvingen, efter det egendom faktiskt honom i arv tillfallit [varmed han för fall med flera arvingar alltså åsyftar arvskiftet], å detta sitt fång erhållit lagfart».[8] Då han emellertid även i övrigt fann principen god och ländande till reda och ordning, utsträckte han den till alla fång. I riksdagen försvarade BERG den bl. a. med hänvisning till allehanda svårigheter att lösa godtrosfrågan beträffande arvingarna före skifte, varvid han framhävde frågorna om den avgörande tidpunkten, då god tro borde föreligga, om olika vetskap hos olika arvingar m. m. Hans slutsats blev, att »det naturligaste vore, att arvingarne icke anses hava såsom ägare åtkommit egendomen förr än boet kommit i det skick, att skifte kunnat ske och en var av arvingarne sålunda kunna [sic] å sin lott i fastigheten erhålla lagfart». »Äro de då i god tro», fortsatte han, »må de väl kunna åberopa denna sin goda tro till skydd, men så länge dödsboet är oskiftat och talan föres mot sterbhusdelägarna gemensamt, tror jag saken bör betraktas såsom vore den avlidne ännu ägare.»[9] Samma konse-

[7] 1880 års hävdeförslag s. 76.

[8] Ib. s. 77.

[9] AK prot. 1881 nr 11 s. 40. Han yttrade även (ib. s. 41): »Vad särskilt beträffar arvingar och testamentstagare, tror jag åtminstone att det icke skulle strida emot allmänna rättsuppfattningen i landet, om en arvinge efter en person, som på oredligt sätt åtkommit en egendom, icke, i händelse klander anställes innan den avlidnes bo blivit delat, finge värja sig mot detta klander på den grund, att han (arvingen) vid arvlåtarens dödsstund saknade kännedom om det sätt, varpå denne åtkommit egendomen, och således då var i god tro.»

kvenser synas BERGS motståndare ha dragit av regeln i fråga, nämligen att självständigt skydd skulle förutsätta skifte och därefter lagfart.[1] När nu BERGS förslag till sist segrade, kunde man kanske vara frestad att med stöd av det sagda förfäkta satsen, att boet såsom sådant icke hade självständig hävderätt. Ett sådant resonemang kan dock icke biträdas. Man kan uppenbarligen icke vid lagtolkningen känna sig bunden av enskildheterna i BERGS motivering för den berörda, i riksdagen endast med tvekan antagna punkten, om andra skäl av betydelse peka i annan riktning. Själva lagtexten leder nämligen icke nödvändigt fram till boets osjälvständiga ställning. BERG må ha åsyftat något sådant, och hans förslag må 1881 ha synts föra därhän, men hans tydliga förutsättning, att boet såsom sådant — eller på hans tid rättare arvingarna i gemenskap före skiftet — icke kunde vinna lagfart, visade sig redan ungefär vid samma tid (i fallet NJA 1881 s. 484) vara oriktig, och därvid har det förblivit.[2] När nu boet *kan* få lagfart, utgör sista punkten av 2 § HF ingen automatisk spärr gentemot självständig hävdeposition för boet, om i punkten i fråga icke intolkas mera än orden utsäga; lagtexten gör ju ej något undantag för oskiftat dödsbo.

Överväger man då utan att känna sig bunden av BERGS uttalanden skälen för och emot, är det tydligt, att hävdesystemet blir enhetligare och tekniskt följdriktigare, om varje lagfaren fastighetsinnehavare behandlas i enlighet med principerna i 2 § HF.[3] Då vidare lagstiftningen godkänt även arv och testamente såsom fång, vilka kunna grunda hävd och vilka markera tillkomsten av en ny innehavare ur hävdesynpunkt, är det naturligast att låta detta s. a. s. verka redan från dödsfallet. Det kan icke vara rationellt att låta den tillfälliga omständigheten, huru länge

[1] Se t. ex. Lagerstråles yttrande i FK prot. 1881 nr 13 s. 26.

[2] Jfr ovan kap. II, s. 116, 120. Att gemensam lagfart borde kunna ske antogs redan av Nordling, Lagfarts- och inteckningslagarna, 1 uppl. 1877, s. 48 (jfr s. 47).

[3] Det skall här blott antydas, att dock särskilda svårigheter uppkomma i de självfallet ytterst sällsynta fall, att hävdefrågan blir aktuell under boutredningen beträffande fastighet, som vid tillfället förvaltas av boet men är såsom legat tilldelad viss person eller är efterlevande makes enskilda (i äldre äktenskap). Dylik egendom intager ju en särställning, men åtminstone under vissa omständigheter är ändock lagfart för *boet* icke alldeles otänkbar.

delägarna dröja att hålla arvskifte, vara av betydelse för hävdeförhållandena på det sätt, som BERG synes ha velat. Det framstår som orimligt, att sammanlevnad i oskift bo skulle — kanske för avsevärd tidrymd — suspendera arvfallets betydelse såsom grundval för en självständig hävdeposition. Visserligen är det så, att kravet på lagfart i 2 § sista punkten HF medför, att i många, kanske de flesta fall ändock ingen självständig sådan position inträder för arvingarna före skifte, men detta beror då på en av lagen s. a. s. direkt utpekad brist i deras ställning, under det att ingenting i själva lagen antyder, att även om de (rättare boet) fått lagfart deras position skulle vara behäftad med den ytterligare svagheten, att själva arvfallet såsom sådant vore otillräcklig grund för självständig hävderätt. Gällde detta, skulle ju vidare en egendomlig olikhet uppstå i förhållande till fall med endast en dödsbodelägare; där fungerade ju ändock arvfallet som en hävderättslig relevant åtkomst. Hade arvlåtaren åtkommit fastigheten i ond tro, men äro arvingarna i god tro och får dödsboet lagfart, bör därför boet vinna hävd tjugu år från arvlåtarens (eller tidigare fångesmans) lagfart. Det kan ytterligare tilläggas, att man, om detta icke antoges, finge förkasta även den tidigare uppställda tesen, att boet i princip kan vinna hävd tjugu år från sin egen lagfart, om boet då ännu består och godtroskravet är uppfyllt (man finge också taga avstånd från vad ovan sagts om att boets efterträdare i fastighetsinnehavet skola kunna vid behov använda boets lagfart som utgångspunkt för hävdeberäkning).

I de nyss förda resonemangen betraktades frågan närmast med hänsyn till det fall, att arvlåtaren var i *ond* tro vid sin åtkomst, varvid vi funno, att övervägande skäl talade för att tillerkänna boet fördelen av självständig hävdeposition, om boet hade lagfart och boet uppfyllde godtroskravet. *Hur* godtroskravet skall uppfyllas har emellertid ännu icke undersökts. Svaret på detta spörsmål torde kunna utformas så, att vissa eljest tänkbara invändningar mot den nyss förfäktade ståndpunkten åtminstone försvagas. Innan detta spörsmål närmare utvecklas, måste likväl den andra sidan av »prolongationsprincipen» beröras. Om boet icke skulle få bättre hävdeposition än arvlåtaren haft, om han levat, bör väl boets innehav — om systemet skall bevara reda och klarhet — på sätt förut antytts betraktas som

en prolongation av arvlåtarens, även om arvlåtaren var i *god* tro vid sin åtkomst, och arvingarna skulle därmed oberoende av egen god eller ond tro vara skyddade före skifte. Men varför skulle t. o. m. ondtroende arvingar (ondtroende dödsbo) skyddas, när alltid eljest den, som sitter på fastigheten vid tjuguårstidens utlopp, måste ha förvärvat den i god tro?[4] Om tiden löpte ut några år efter dödsfallet, inträdde vidare den egendomliga konsekvensen, att de ondtroende arvingarna icke — om de kände situationen — vågade skifta, ty i så fall förvärrades obestridligen hävdeläget (»prolongationen» kunde ju aldrig utsträckas längre än till och med det oskiftade stadiet och bröts m. a. o. genom skiftet). Om man då för att undvika de påtalade egendomligheterna går över till att kräva god tro hos arvingarna i dylika fall, har man ju på dem applicerat första punkten av 2 § HF i *ett* hänseende, men varför då ej tillämpa § i dess helhet, när den otvivelaktigt efter sin ordalydelse är tillämplig?

Det medgives naturligtvis, att den här förordade ståndpunkten i vissa avseenden ger upphov till tekniska svårigheter, som eljest skulle ha undvikits, nämligen just när det gäller att närmare bestämma innebörden av godtroskravet, tillämpat på dödsboet, svårigheter som BERG tydligen hade på känn (se ovan). Emellertid kan icke medgivas, att dessa svårigheter äro av den art och grad, att de tvinga till ståndpunkten att icke erkänna själva arvfallet såsom ett ur hävdesynpunkt relevant fång. Delvis ännu mera komplicerade godtrosproblem äro välkända och oundvikliga på andra områden (beträffande bolag och andra samfälligheter), varmed icke skall påstås, att man vid närmare påseende kan hämta en klar vägledning från diskussionen rörande desamma, när det gäller att lösa dödsboets godtrosspörsmål. Nu är det tydligt, att de fall, då spörsmålet om dödsboets goda tro ur hävdesynpunkt aktualiseras, måste vara tämligen sällsynta; det visar sig också, att den i NJA:s referat tillgängliga HD-praxis icke erbjuder något material. Spörsmålet förtjänar emellertid sin undersökning. Lösningen av detsamma får praktisk betydelse icke blott i fall, då boet vid hävdetidens utlopp besitter fastigheten, utan även i vissa fall, då boet vid detta tillfälle redan

[4] Arvingar bruka ju alltid annars snarare ställas sämre än bättre än andra förvärvare.

efterträtts av annan innehavare, så t. ex. om boet sålt fastigheten till tredje man och denne icke erhållit lagfart. Då räcker det ju ej — även om hävdetiden vid klandertillfället löpt ut — med hans goda tro; han får icke räkna sig hävd till godo, »utan så är att föregående innehavaren [boet], om han suttit i egendomen kvar då klandret anställdes, kunnat därifrån på grund av hävd enligt nu stadgade grunder sig värja» (2 § sista punkten HF).[5] Om situationen är alldeles analog, när fastigheten i stället genom arvskifte tillfallit en av arvingarna, lämnas tills vidare öppet. Vi återkomma nedan till spörsmålet (denna § under C).

Huru skall då dödsboets goda eller onda tro bestämmas? Frågan kan ses ur flera synpunkter: när skall den goda tron föreligga och hos vem skall den föreligga (detta är i varje fall i detta sammanhang de viktigaste aspekterna; sedan kommer ju spörsmålet om den goda trons innehåll, vad som eventuellt »bort inses» o. s. v.)? De båda synpunkterna äro dock icke alldeles oberoende av varandra, som det följande kommer att visa. Spörsmålet, hos vem god tro skall finnas, leder över till problemet, om man verkligen alltid kan vidhålla tanken om boet som en enhet, vilken skall kunna behandlas såsom godtroende eller ondtroende. Nödgas man ej i vissa fall spränga sönder enheten?

HF talar om god tro vid åtkomsten, och utan mera ingående analys brukar ju allmänt förutsättas, att själva förvärvsögonblicket, sådant detta i andra sammanhang plägar fixeras, är det avgörande. Senare ond tro är en ofarlig mala fides superveniens. En bokstavlig utläggning härav leder till att den relevanta tidpunkten är dödsfallet, som ju obestridligen kan sägas utgöra tidpunkten för dödsboets förvärv. Utan vidare synes man dock icke behöva känna sig bunden av sagda tolkning, med hänsyn till situationens säregna och av lagstiftaren — såvitt man vet — icke helt

[5] Situationen i fråga torde ytterligare belysa det egendomliga, som skulle bli följden, om man räknade boets innehav som blott en prolongation av arvlåtarens. »Föregående innehavaren» skulle då anses vara arvlåtaren! — En annan sak är, att om ej heller boet har lagfart (vilket det väl dock ofta skaffat sig med tanke på försäljningen) man torde bli nödsakad på grund av anf. § att gå vidare och fråga även efter arvlåtarens goda eller onda tro vid åtkomsten. — Har tredje man fått lagfart, räcker hans goda tro, vare sig hävdetiden löpt ut under hans besittningstid eller tidigare (jfr 2 § HF: »eller annan, till vilken den sedermera före klandrets instämmande övergått, var i god tro när han egendomen åtkom»). Löpte tiden ut under boets innehav och var boet i god tro samt hade boet, om arvlåtaren åtkommit egendomen i ond tro, jämväl lagfart, är tredje man skyddad, även om han vid sitt förvärv var i ond tro (om man nu med fog kan använda uttrycket här). Hävd hade ju redan inträtt och avklippt vidare vindikationsmöjlighet.

genomtänkta beskaffenhet. Man måste därför närmare analysera läget och undersöka de olika skäl, som göra sig gällande. För att lättare kunna genomföra detta torde man böra skilja mellan olika fall (utan att därför a priori utgå från att det måste lösas olika).

Om boet förvaltas av delägarna själva, när klandertalan anhängiggöres, måste det tydligen på något sätt komma an på delägarnas goda eller onda tro. Det kan icke krävas god tro under *hela* boutredningen, ända fram till arvskiftet, ty detta vore att på en omväg tillspillogiva det nyss hävdade resultatet, att boet i princip bör kunna självständigt vinna hävd (före skiftet). Det innebure att för boets del *helt* övergiva den dock i lagen accepterade principen mala fides superveniens non nocet. Två alternativ återstå då, allmänt talat: att knyta godtroskravet blott till dödsfallet och att fästa det vid någon tidpunkt under boutredningens lopp. Den punkt man i så fall skulle välja finge ej regelmässigt ligga alldeles mot slutet av boutredningen, ty detta vore praktiskt nästan att kräva god tro under hela boutredningstiden. Å andra sidan borde den icke infalla omedelbart efter dödsfallet, ty då kunde man likaväl hålla fast vid dödsfallsögonblicket. Dessa synpunkter ligga åtminstone nära till hands, om det gäller att fixera en enhetlig tidpunkt, avhängig blott av objektiva omständigheter. Annorlunda ställer sig det hela, om tidpunkten göres beroende av delägarnas subjektiva vetskap om vissa fakta e. dyl. (jfr strax nedan).

Vi undersöka först alternativet att kräva god tro blott vid dödsfallet men förklara all senare ond tro såsom en oskadlig mala fides superveniens. Samtidigt därmed pröva vi en av NORDLING framställd lära, som gör den avgörande tidpunkten beroende av vissa subjektiva förutsättningar hos arvingarna. Antaga vi då till en början, att delägarna i boet omedelbart erhålla kännedom om dödsfallet och då eller redan dessförinnan känna till arvlåtarens innehav av fastigheten och sitt eget successionsrättsliga förhållande till denne, finnas de subjektiva förutsättningarna för att de omedelbart skola *kunna* ha en uppfattning i frågan om rätten till fastigheten. Enligt den doktrin, som föreligger — NORDLING och SANDBERG, båda ju från 1800-talet —, skulle otvivelaktigt delägarna eller, som man kanske numera föredrager att säga, dödsboet ha uppfyllt kravet på god tro, därest i ett dylikt fall delägarna vore godtroende vid dödsfallet. Övergå vi därefter till sådana fall, då delägarna någon tid svävat i okunnighet om dödsfallet eller om den dödes fastighetsinnehav eller om sin egen ställning av arvingar (resp. universella testamentstagare), så skilja sig Nordlings och Sandbergs ståndpunkter åt. Den förre, som utlade äldre rätt (1805 års förklaring), där emellertid samma problem uppstod, ansåg, att visserligen i princip dödsfallet vore fångestidpunkt men att det dock vore oriktigt att under nyss angivna omständigheter vidhålla denna tidpunkt i fråga om den goda tron. Denna borde enligt N. föreligga vid den tidpunkt, då arvingen först fick kännedom om de antydda förhållandena.[6] Denna

[6] Det heter hos Nordling: Präskription s. 60: »Då till grund för preskriptionen ligger arv eller testamente, som äro fång vid vilka förvärvet är fäst vid ett visst objektivt faktum, arvlåtarens eller testators död, vid vilket

ståndpunkt kritiserades sedermera (efter tillkomsten av den nuvarande hävdelagstiftningen och med tanke på såväl dennas som den äldre författningens tolkning) av Sandberg, som förmenade, att man utan undantag kunde vidhålla huvudprincipen, att åtkomsttillfället (här dödsfallet) skulle vara avgörande; det gällde enligt S. endast att rätt fatta innebörden av den goda tro, som då borde föreligga.[7] Det är ej fullt klart, om Nordling och Sandberg uteslutande tänkte på den situation, som vi här diskutera, alltså hävd för arvingarna före skifte (för dödsboet); Sandberg diskuterar vissa exempel, men han räknar då blott med en enda arvinge. Här tänka vi emellertid blott på hävd för boet. Nordlings ståndpunkt, tillämpad på ett dödsbo, förvaltat av delägarna själva, synes icke särskilt lyckad. Skälet för hans uppfattning torde ha varit, att godtrosfrågan principiellt vore omöjlig att ställa, innan vetskap om de av honom påpekade omständigheterna fanns hos arvingarna. Detta skäl är, såsom också Sandberg framhävt, icke hållbart. Ståndpunkten synes vidare leda till praktiska svårigheter, som icke borde accepteras, om de icke visade sig absolut ofrånkomliga: de stora svårigheterna att precisera den tidpunkt, som in concreto skulle vara den revelanta och som kanske finge bestämmas olika för olika delägare, vilken sistnämnda eventualitet skulle ytterligare komplicera problemet (låt vara att situationen med vissa delägare i god, andra i ond tro icke heller med andra lösningar kan helt undgås). Nordlings ståndpunkt synes därför icke vara att förorda. Granskar man därefter en tolkningsregel av Sandbergs typ, d. v. s. att dödsfallsögonblicket vore allena avgörande för godtrossituationen, låta sig otvivelaktigt åtskilliga skäl till förmån för en sådan lösning anföras. Även om man icke tvingas till densamma genom lagens ordalydelse, går den dock formellt mest otvunget in i lagens system med dess princip om god tro blott vid förvärvet. Så snart dödsfallet inträffat, har det skett en växling av fastighetsinnehavare med den verkan, att en därefter väckt klandertalan skall riktas mot dödsboet. Det kan då tyckas stå i mindre god överensstämmelse med grundtanken i regeln mala fides superveniens

---

förvärvarens uppfattning av förvärvet ej alltid är för handen, måste vi fästa fordringen av god tro hos honom vid den tidpunkt, då denna uppfattning börjar, d. v. s. då han får kännedom om dödsfallet, och därjämte med avseende på testamente även av detta. Skulle jämväl en arvinge först efter det arvlåtarens död varit honom någon tid bekant få kännedom om att han är arvsberättigad, fästes också för honom vid denna tidpunkt fordringen av god tro. Men ytterligare torde vi få antaga, att då fråga är om en arvinge eller en universaltestamentstagare, som ej på förhand har en speciell kännedom om den dödes bo, god tro skall hos honom finnas då han får kännedom om befintligheten i kvarlåtenskapen av den särskilda fastighet, om vilken fråga är.» Jfr Naendrup i Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben III s. 60.

[7] Sandberg s. 55 ff. Möjligen är det en återklang av Nordlings resonemang, när Ask, Sakrätt s. 48, fordrar god tro »vid åtkomsten eller i det ögonblick, då adkvirenten får kännedom om, att den fastighet, varom fråga är, tillfallit honom».

non nocet, att någon verksam god tro helt enkelt icke skulle *kunna* föreligga förrän vid senare tidpunkt och att därigenom möjligheten att vinna hävd skulle någon tid s. a. s. suspenderas, även om de tjugu åren löpt ut (man kan även uttrycka det så, att själva stämningen i klanderprocessen skulle, om den kommer före den relevanta godtrostidpunkten, anses åvägabringa ond tro hos delägarna). Genom att generellt anknyta frågan om dödsboets goda tro till dödstillfället får man onekligen ett i princip klart och tekniskt konsekvent system. Man undgår också en del bekymmer, som eljest kunde uppkomma, om boets förvaltning före den relevanta tidpunkten överginge till andra än delägarna själva (testamentsexekutor, boutredningsman, konkursförvaltare).[8] Sådan förvaltning kommer ju i stort sett till stånd först någon tid efter dödsfallet.[9]

Om nu ett godtroskrav icke är omöjligt att tillämpa, även om dödsfallet skall vara den avgörande tidpunkten, är det likväl alldeles riktigt, att valet av denna tidpunkt får inflytande på arten av den goda tro, som kan fordras, och därmed även på godtroskravets praktiska funktion. Det är ju till en början tydligt, att i vissa fall en vid dödsögonblicket faktiskt förhandenvarande uppfattning, att allt är i sin ordning med arvlåtarens rätt till fastigheten, helt enkelt icke *kan* föreligga, därför att arvingen icke känner till fastighetens existens. Denne arvinge måste emellertid, om godtroskravet skall knytas till dödstillfället, betecknas som godtroende, d. v. s. god tro kan icke alltid betyda s. a. s. positiv god tro utan under vissa förutsättningar

[8] Den mera provisoriska förvaltning, som kan föregå den egentliga samförvaltningen genom delägarna (BL 1:2), kan uppenbarligen icke spela någon roll för de här diskuterade spörsmålen.

[9] Endast i några fall skulle med den i texten diskuterade utgångspunkten tvekan kunna uppstå. En testamentexekutor är ju en av den döde själv i livstiden genom testamente förordnad person, som följaktligen är tillsatt redan vid dödsfallet. Endast om testamentet genom godkännande är att anse som lagakraftvunnet genast vid dödsfallet, inträder dock omedelbart en obestridlig förvaltningsrätt för exekutorn; eljest uppnår han denna ställning först efter någon om än kort tid (eventuellt genom att efter ansökan erhålla förordnande som boutredningsman). Oavsett om nu exekutorn i några fall skulle ha omedelbar förvaltningsrätt i och med dödsfallet, måste man uppställa den enhetliga regeln — n. b. om man godtager utgångspunkten — att det kommer an på delägarnas goda eller onda tro, ej exekutorns (då har självfallet förutsatts, att det är delägarna, som i det enskilda fallet skola ha fastigheten, d. v. s. att den icke i testamentet tilldelats en legatarie, då det bör komma an på dennes goda eller onda tro — jfr nedan kap. IV —, och ej heller utgör en efterlevande makes enskilda, ehuru av boet förvaltade fastighet, jfr ovan § 2 under H). BL förutser även — ehuru det sällan torde inträffa i praktiken — att enligt testamente egendomen skall vara undantagen delägarnas förvaltning men testamentsexekutor ej utsetts eller — vilket väl är lättare tänkbart — exekutor utsetts men denne ej kan utföra uppdraget (BL 2:1 st. 2). Även här borde det då komma an på delägarnas goda tro.

blott frånvaron av ond tro. Att märka är, att okunnighet icke om fastighetens existens men om arvlåtarens död eller om egenskapen av arvinge däremot icke kunde göra, att arvingen utan vidare betecknades som godtroende. Visste arvingen vid dödstillfället om fastighetens existens och visste han tillika, att fastigheten på olagligt sätt kommit ur rätt ägares hand (eller hade han grundad anledning misstänka detta), finge han anses ondtroende, ehuru han icke då samtidigt visste om arvlåtarens död, kanske ej ens hans innehav av fastigheten, och även var okunnig om sin ställning som arvinge. I detta avseende synes SANDBERG riktigt ha utvecklat de nödvändiga konsekvenserna av sin utgångspunkt om dödsfallet som avgörande tidpunkt, låt vara att han uttrycker saken på ett delvis mindre lyckat sätt (a. a. s. 56 f.).

Vad som nyss sades om godtroskravets praktiska funktion framträder egentligen, om man betraktar den goda tro, som skulle kunna fordras vid dödsfallet, ur en något annan synpunkt än den sist anlagda. Godtrosbegreppet, sådant det annars i allmänhet bestämmes, brukar ju sägas innefatta dels ett »negativt» moment, frånvaro av »svek», dels ett »positivt» moment, presterande av tillbörlig aktsamhet (HULT, Kommissionärsavtalet I s. 263; ordet positivt användes här i en något annan mening än nyss). Kravet på god tro har väl också i en mängd situationer sin viktigaste rättspolitiska mission just däri, att det möjliggör utbildandet av vissa (genom praxis närmare fixerade) fordringar på aktsamhet o. s. v. (vilka icke kunna deduceras fram ur själva *begreppet* god tro utan bero på hur man av rättspolitiska skäl vill dirigera medborgarnas handlingsvanor). Det sagda tar sig ju uttryck i att god tro vanligen säges icke föreligga, om man insett eller *bort inse* vissa relevanta förhållanden. Att begreppet god tro i de flesta fall får denna innebörd beror naturligtvis i sin tur på att det icke anses lämpligt och ur trygghetssynpunkt behövligt att ha ett så vidsträckt godtrosskydd, som ett slopande av detta »positiva» moment, aktsamhetskravet, skulle medföra. I regel gäller detta även vid hävd. En köpares goda tro måste t. ex. vid hävdereglernas tillämpning ses också ur denna synpunkt. Den goda tro, som arvingarna skulle prestera, för att dödsboet skulle anses ha uppfyllt godtrosrekvisitet i det här diskuterade sammanhanget, komme emellertid, om dödsfallsögonblicket vore den avgörande anknytningspunkten, uppenbarligen att i stort sett sakna detta »positiva», aktsamhetseggande moment. Fråga är, om icke godtroskravet så bestämt blir väl lindrigt, helst som nödvändigheten att skydda arvingar ingalunda är större än behovet att skydda andra förvärvare (köpare m. fl.); snarare brukar det väl anses tvärtom. Det vore i och för sig därför ingen orimlig stränghet att stipulera, att arvingarna icke finge anses vara i god tro, förrän de på något sätt kommit i kontakt med kvarlåtenskapen och trots en viss normal grad av uppmärksamhet ingenting misstänkt observerat.

Trots vissa i det föregående berörda tilltalande sidor hos tanken om dödsfallsögonblicket såsom anknytningspunkt för godtroskravet synes man därför — om än icke utan tvekan — böra söka en annan lösning, som är förenlig med ett godtroskrav med bibehållen »aktsamhetseggande» funktion. (Av lagens text kan man, som förut framhållits, icke känna sig förhindrad

därtill, helst som åtkomsten vid dödsfallet visserligen är definitiv för »dödsboet» såsom tänkt självständigt rättssubjekt men ej är definitiv för delägarna, på vars goda tro det dock i stort sett måste komma an.) Den förut diskuterade Nordlingska teorien, att avgörande skulle vara det första ögonblicket, då arvingen hade kännedom om de av N. framhävda omständigheterna, innebär icke ur nyssnämnda synpunkt någon bättre lösning. Rimligare vore då en regel, att det avgörande skulle vara delägarnas goda eller onda tro, när de faktiskt tagit hand om kvarlåtenskapen och något satt sig in i dess beskaffenhet. Upptäckte de då det verkliga läget i fråga om fastigheten eller borde de, efter den måttstock för deras vaksamhet, som kunde befinnas lämplig, upptäcka detsamma, skulle de anses ha åtkommit fastigheten i ond tro. I motsatt fall borde de däremot anses ha förvärvat den i god tro. En sådan formulerad regel lider emellertid av åtskilliga lätt insedda tekniska brister. Tidpunkten blir svår att fixera, kanske olika för olika delägare, och vissa delägare taga de facto ingen befattning med boet, varför man beträffande sådana finge uppställa något slags hjälpregel o. s. v.

I själva verket behöver man nog, *om* man överger tanken om dödsfallet som avgörande, en annan fix, för alla delägare lika tidpunkt, före vilken någon god tro ännu icke vunnits men vid vilken den goda tron skall kunna konstateras; eljes synes man icke kunna prestera ett tekniskt tillfredsställande alternativ till den förra lösningen. Det torde då knappast finnas någon annan tidpunkt att taga fasta på än boupptecknings. Detta skulle betyda, att om det före eller i samband med boupptecknings uppdagades, att arvlåtaren icke var »rätt ägare» till fastigheten, dödsboet skulle anses vara i ond tro. Om fastigheten däremot i bästa övertygelse upptoges bland boets tillgångar, utan att man kunde begära större mått av efterforskningar än därvid förekommit, borde boet anses vara i god tro. Klandertalan före boupptecknings skulle göra boet ondtroende.

En sådan linje går naturligtvis icke heller fri från tekniska svårigheter, men de synas dock ej oöverkomliga. Man kan tänka på det fall, att vissa delägare äro frånvarande vid boupptecknings och alltså icke då få veta någonting om en upptäckt, som gjorts vid upptecknings. Ha de frånvarande vederbörligen kallats — och eljest föreligger åtminstone regelmässigt ingen verksam boupptecknings — får emellertid konsekvensen gå ut över dem och boet sålunda det oaktat anses ondtroende. Ha de varit närvarande genom ombud, får man låta ombudets uppfattning gälla i stället för huvudmannens. I en mängd fall behöver därför problemet om god tro hos vissa, ond tro hos andra delägare ej uppkomma. Det kan emellertid framträda under vissa förutsättningar, t. ex. så, att vissa delägare redan före boupptecknings voro i ond tro men ej yppade, vad de visste, så att de andra varken insett eller bort inse sakförhållandena, som vid boupptecknings icke fördes på tal och icke heller lätt kunde upptäckas (mången gång kunna dock säkerligen de faktiskt okunniga delägarna sägas ha bort inse eller misstänka sammanhanget, varför situationen med vissa delägare i ond, andra i god tro måste komma att vara ganska sällsynt). Hur man löser denna

speciella situation kan naturligtvis för rättslivet i stort vara tämligen likgiltigt. Strävar man emellertid efter den mest tillfredsställande linjen, kan det icke vara rimligt att splittra fastigheten i särskilda ideella andelar för de godtroende och särskilda för de ondtroende och sedan behandla andelarna olika med hänsyn till hävden.[1] Vi antaga i stället, att man bör söka komma fram till en enhetlig lösning av hävdefrågan, d. v. s. behandla boet såsom sådant som antingen godtroende eller ondtroende. De möjliga utvägarna äro åtskilliga, och att träffa ett ur alla synpunkter anmärkningsfritt val är icke lätt. Som en tänkbar linje skall här blott framkastas den lösningen, att boet behandlas som godtroende, då delägare representerande andelar till hälften eller mer än hälften i hela boet äro godtroende vid boupptecknningen, och att den ekonomiska fördel, som i händelse av klander skulle tillföras även de ondtroende delägarna därigenom, att boet vunne hävd på fastigheten, kompenserades genom en mot deras andelar svarande ersättningsskyldighet till rätt ägare (man må nu sedan kalla detta för skadestånd

---

[1] Nordling löste ju — trots sitt allmänna avvisande av andelskonstruktioner i samäganderättsstil — svårigheten med god tro hos vissa, ond tro hos andra delägare på det sättet, att han lät de godtroende behålla kvotdelar av fastigheten, motsvarande deras andelar i boet, men lät övriga kvotdelar gå till vindikanten. Det måste emellertid betraktas som sakligt otillfredsställande att splittra sönder fastigheten och låta ett slags samäganderättsförhållande uppstå mellan de godtroende och vindikanten. Visserligen skulle en avveckling av deras påtvungna gemenskap sedermera kunna åstadkommas med hjälp av samäganderättslagens regler, *om* man nu anser dem tillämpliga, ehuru de otvivelaktigt icke gälla för de godtroende arvingarna inbördes, men denna utväg synes onödigt komplicerad och utesluter möjligheten för vindikanten att behålla fastigheten eller sina andelar därav — därest han icke vid en försäljning enligt samäganderättslagen ropar in fastigheten (eller också förutsättningarna för laga skifte av fastigheten föreligga). Innan försäljning skett, skulle ju också förhållandena kunna hinna kompliceras genom andelsinteckningar, ev. så, att försäljning i själva verket stoppades (jfr 12 § 2 st. samäganderättslagen). En direkt lösningsrätt för den, som hade största andelen i fastigheten, finnes icke i lag stadgad. — Mot N:s andelslinje i detta fall talar uppenbarligen numera, att svensk rätt ännu mera än på N:s tid avlägsnat sig från alla föreställningar om andelar för de olika arvingarna i en boets oskiftade fastighet. Särskilt illa passar den antydda lösningen i stycke med hela den tekniska uppläggning, som förhållandena före skifte fått genom BL: man har ju där avkopplat föreställningarna om arvingarna som personligen ägare till kvarlåtenskapen och tekniskt sett skjutit in dödsboet som ägare, varvid boet tänkes behålla sin identitet som rättssubjekt, även om delägarna växla. Just möjligheten till växling av delägare under boutredningen torde skapa särskilda svårigheter för en lösning efter N:s linjer. En sådan lösning skulle också medföra oantagliga konsekvenser även *efter* arvskifte; se nedan under B och C.

på grund av »obehörig vinst» eller vad som helst).[2] [3] Det olämpliga är nämligen egentligen att splittra själva fastigheten i andelar, som hävderättsligt äro olika ställda, medan samma skäl icke synas tala mot en s. a. s. ekonomisk splittring i den formen, att vissa delägare belastats med avdrag.[4] (Det skulle emellertid föra för långt att här gå in på detaljer rörande den föreslagna ersättningsskyldighetens utformning; att den i varje fall bör begränsas av vanliga preskriptionsregler är givet, men eventuellt kan man ur hävdesituationens fortsatta utveckling härleda vissa ytterligare begränsningar.) Det kan möjligen invändas, att det antydda systemet blir svårare att utan direkt lagstöd genomföra beträffande fall, där majoriteten är ondtroende och boet därför enligt det förut sagda borde behandlas såsom en ondtroende innehavare. Skulle tanken om den ekonomiska splittringen konsekvent realiseras, borde vindikation här kunna ske endast mot ersättning till de godtroende från vindikanten, motsvarande deras andel i fastighetsvärdet. Är detta icke en utan stöd av lag konstituerad lösningsskyldighet? Om än detta i viss mån är riktigt, är dock hela situationen så säregen och ligger så på sidan av i de i lagen förutsedda fallen, att man knappast behöver väja för en dylik konsekvens; varför skall lösningsskyldigheten vara djärvare att antaga än skadeståndsskyldigheten i det omvända fallet, när den reella innebörden dock är likartad? I själva verket framstå alla lösningar av de här diskuterade spörsmålen som tveksamma.[5]

Hur man nu än löser fallen med vissa delägare i god och vissa i ond tro, synes man dock från de därvid uppkommande svårigheterna icke kunna hämta argument speciellt mot tanken att låta bouppteckningen vara godtroskravets anknytningspunkt. Bibehålla vi då denna tanke, komma vi icke

[2] Jfr nedan s. 191 med hänvisning till Nordling, varav framgår, att redan denne i ett besläktat fall antog skadeståndsskyldighet. — Ville man pålägga de ondtroende en stark press att före eller vid bouppteckningen uppenbara sakförhållandena, kunde man göra dem skadeståndsskyldiga för fastighetens hela värde i förhållande till vindikanten. En sådan regel skulle dock — särskilt i betraktande av svårigheterna att bevisa och bedöma godtrosspörsmål och med hänsyn till de flesta människors sannolika okunnighet om regeln, även om den gällde, varmed skulle följa dess bristande påverkningsförmåga — vara onödigt hård och drabba ganska slumpvis. Man skulle med densamma också tillspillogiva den naturliga tanken om en kompromisslösning i ett typiskt mellanfall.

[3] Med det sagda har jag icke velat acceptera den ofta förekommande tanken, att »obehörig vinst» vore vissa objektivt konstaterbara fall av ekonomisk vinning utan »rättsgrund». Rättsligt sett är naturligtvis en vinst obehörig, endast om man redan vet, att den regeln gäller, att vinsten i fråga skall avstås, där så yrkas.

[4] Att låta avdraget drabba de ondtroende och ej alla delägare är tydligen motiverat bl. a. därav, att de ondtroende annars skulle ha direkt fördel av att förtiga vad de veta.

[5] Jfr beträffande frågor, som i viss mån äro besläktade, Nial i SvJT 1933 s. 63 not 3.

ifrån problemet, hur det skall förfaras, när boet vid sagda tidpunkt förvaltas av boutredningsman eller testamentsexekutor. Övervägande skäl torde emellertid tala för att även då låta det uteslutande komma an på delägarnas goda eller onda tro och att låta korrektivet mot att boutredningsmannen eller exekutorn, som är i ond tro, underlåter att meddela vad han vet till delägarna bestå i en — möjligen i lindrigare fall bortfallande — skadeståndsskyldighet för denne med stöd av principen i BL 2:18 resp. 2:20 st. 2.[6] Vad borgenärerna beträffar, äro de ju i insolventa dödsbon de verkliga intressenterna, men det är uppenbarligen redan av tekniska skäl omöjligt att i sådana fall överflytta godtroskravet att på något sätt gälla dem. Det förut sagda bör därför i regel oförändrat gälla. Möjligen kunde det ifrågasättas att modifiera det för sådana fall, då boet avträtts till konkurs, *redan innan* bouppteckningen förrättats (vilket ju är möjligt, jfr KL § 8 st. 2, ehuru det väl på grund av boutredningsmannainstitutet kommer att hända relativt sällan). Att fråga efter de enskilda borgenärernas goda tro synes icke rimligt och lämpligt (om ej någon gång en enda dominerande huvudborgenär finnes), men måhända kunde det försvaras att i detta fall av tänkbarast speciella slag knyta godtroskravet till konkursförvaltaren.

Om den här framförda lösningen att bygga på godtrosförhållandena vid bouppteckningen (eller rättare vid dess avslutande) accepteras, befrias man, såsom av det föregående torde ha framgått, från en så liberal tolkning, att god tro skulle föreligga, innan ännu någon möjlighet och anledning för de av godtroskravet berörda uppkommit att bilda sig en mening om förhållandena. Man undgår att som godtroende behandla ett dödsbo, där delägarna visserligen i dödsfallsögonblicket ingenting visste eller rimligen kunde misstänka men där de upptäckte situationens beskaffenhet, så snart de började sätta sig in i de med kvarlåtenskapen förknippade omständigheterna. Man försvagar därmed vissa erinringar, som på sin tid BERG framförde mot tanken, att arvingarna skulle kunna vinna hävd före skifte (se ovan s. 170 med not 9).

B. Vi övergå därefter till det fall, att en i boet ingående fastighet redan före klandret tillfallit en enskild arvinge, varvid vi förutsätta, att icke dessförinnan hävd redan inträtt för *boet*.[7] Till vilken tidpunkt skall godtroskravet för *arvingens* del knytas? Diskussionen måste föras särskilt för olika fall.

---

[6] Att pålägga en dylik dödsboförvaltare en strängare skadeståndsskyldighet (avseende hela fastighetsvärdet) än som ovan ansågs försvarlig beträffande en minoritet av ondtroende delägare, torde icke möta betänkligheter. Fallet kan naturligtvis kompliceras; så t. ex. kan ju såväl boutredningsmannen som en av tre delägare vara ondtroende. Där bör väl 1/3 av värdet i sista hand drabba delägaren som förlust. Vi kunna emellertid icke här fullfölja undersökningen av alla komplikationer.

[7] Om hävdetiden löpt ut redan under boutredningen och boet kan anses ha uppfyllt godtrosrekvisitet, vinner ju boet hävd (om boet ej har lagfart

1. Skulle endast *en* arvinge finnas (ensam delägare i boet), måste frågan om god tro för dödsboet och för arvingen sammanfalla. Det har förut antagits, att för dödsboets goda tro i dylikt fall arvingens goda tro vid boupptecknings borde vara avgörande. Vare sig man anser detta riktigt eller föredrager regeln, att dödsfallstidpunkten skulle ligga till grund för bestämmande av dödsboets goda tro, eller till äventyrs betraktar en tredje lösning som den bästa, torde man dock kunna enas om att det svårligen låter sig göra att ur hävdesynpunkt göra någon skillnad mellan »boet» och den ensamme arvingen, som ju skall ha boets hela behållning (bortsett från eventuella legat, som dock här antagas icke omfatta den omtvistade fastigheten). Även om man såge bort ifrån att några motiv för en dylik skillnad icke kunna upptäckas, kvarstode ju den rent tekniska svårigheten, att det icke finnes någon bestämd punkt, som markerar något slags övertagande från arvingens sida av fastigheten från »boet», och

---

fordras dock ytterligare god tro hos arvlåtaren vid dennes förvärv; vi förutsätta, att arvlåtaren hade lagfart). Om nu boet vunnit hävd och sedan säljer fastigheten till ondtroende tredje man, är tydligen vindikationsmöjligheten redan avklippt; tredje man kan stödja sig på boets hävd, såsom redan påpekats ovan s. 174 not 5. Hade fastigheten icke sålts utan vid arvskifte tilldelats en ursprungligen godtroende men vid skiftet ondtroende arvinge, bör på samma sätt som nyss tredje mannen-köparen denne arvinge vara skyddad genom boets hävd. *Om* boet anses kunna behandlas som godtroende, även om någon av arvingarna var i ond tro redan vid den för boets godtrossituation avgörande tidpunkten (alltså, enligt den ovan framkastade tolkningen, vid boupptecknings), bör sagde arvinge, om han får fastigheten vid skiftet, även kunna åberopa sig på boets hävd och i kraft av denna få behålla själva fastigheten. Det måste vara uteslutet såsom stridande mot hävdeinstitutets grundtanke, att man skulle kunna i efterhand se bort från en redan en gång fullbordad hävd. Har man en gång erkänt möjligheten av hävd för boet trots någon delägares onda tro vid den relevanta tidpunkten — en sak, vars riktighet mycket väl kan diskuteras — är det uppenbarligen nödvändigt att med avseende på fastigheten såsom sådan låta hävden s. a. s. vara definitiv i alla riktningar. Stannar man härvid och låter »rätter ägare» vara avspisad med konstaterandet av boets hävd, är det f. ö. tydligt, att den ondtroende ekonomiskt droge samma fördel av hävden, även om fastigheten icke tillskiftades honom utan en godtroende medarvinge. Jag erinrar emellertid här om den ovan antydda tanken, att man skulle kombinera möjligheten att behandla boet som godtroende trots någon delägares onda tro med en skyldighet för denne att till »rätter ägare» utge det mervärde han genom hävden skulle erhålla (ovan s. 180).

då ej heller någon bestämd punkt att anknyta ett ytterligare godtroskrav till (om man icke med 2 § LF vill identifiera den sökta tidpunkten just med boupptecknings).[8] Detta gäller i varje fall, om hela boutredningen ombesörjes av arvingen själv,[9] och några skäl för en avvikande regel torde knappast finnas i de fall, då förvaltningen utövats av testamentsexekutor eller boutredningsman, vilken efter avslutad utredning överlämnat fastigheten till arvingen. Före BL kunde någon skillnad av antydd art mellan »boet» och arvingen icke tänkas, och man bör icke låta den genom BL tillkomna beteckningen av dödsboet som juridisk person medföra en förvisso aldrig avsedd återverkan i denna speciella situation, när icke uppenbara sakskäl självständigt motivera något dylikt.

2. Vi antaga därefter, att arvingarna äro flera och att en i boet ingående fastighet genom arvskifte tillfaller en av dem (tillskiftas den flera, så att var och en får viss ideell andel, blir vad nedan säges om fastigheten mutatis mutandis att tillämpa beträffande varje sådan ideell andel). När skall denne arvinge vara i god tro, om situationen är sådan, att man enligt HF måste kräva god tro vid hans »åtkomst», för att han medelst hävd skall kunna avvärja en eljest befogad klandertalan rörande fastigheten? Vi kunna först slå fast, att en uppdelning av fastigheten i andelar — så att viss kvotdel, motsvarande hans arvsrätt i det hela, ansåges ha förvärvats vid dödsfallet, återstoden först vid skiftet — måste betraktas såsom oantagbar. Om beträffande samfälligheten mellan arvingarna före skifte samäganderättslinjen hade varit rådande i alla övriga hänseenden, hade det onekligen legat nära till hands att utsträcka andelstankegången också till denna situation och draga konsekvenserna för godtroskravets del, så att i fråga om de delar av fastigheten, som icke vore »direkt ärvda», god tro borde finnas ännu vid skiftet. (Därmed vare icke sagt, att icke systemet just i fråga om hävden kunde modifieras. Något *tvång* att vid den praktiska regleringen vara formellt konsekvent finnes ju icke.) När nu

[8] Knyter man godtroskravet beträffande *boet* till boupptecknings, skulle det med hänsyn till 2 § LF tydligen vara ytterst egendomligt att för arvingens hävd kräva god tro hos denne jämväl vid ett senare tillfälle.

[9] Jfr ovan s. 141 f. Tidpunkten för eventuell lagfarts sökande eller beviljande för arvingen är alltför tillfällig för att här utnyttjas.

i svensk rätt icke samäganderättslinjen utan ett helt annat system bildar utgångspunkten, är man emellertid fri från varje tryck av den i samäganderättslinjen liggande tendensen att skilja mellan olika andelar redan före skifte. Ett dylikt skiljande skulle tvärtom passa ytterligt illa samman med för att icke säga direkt strida mot de synpunkter, som ligga bakom BL:s utformning av rättstillståndet före skifte. Ser man direkt till de praktiska skälen, tala dessa för att den omtvistade fastigheten antingen helt får stanna hos arvingen på grund av hävd eller helt får vindiceras av »rätter ägare», i överensstämmelse med vad tidigare i ett likartat fall redan antagits (där gällde det klandertalan mot boet och förekomsten av god tro hos vissa, ond tro hos andra arvingar).[1] Godtrosrekvisitet måste därför bestämmas så i detta fall, att det verkar lika i fråga om hela fastigheten.

En rent mekanisk tillämpning av BL:s formella successionsschema skulle betyda, att fastigheten före skifte tillhörde dödsboet och först i och med skiftet tillföll just den arvinge, om vars eventuella skydd genom hävd det rör sig; arvingens åtkomst vore därför skiftet, och följaktligen borde god tro vara för handen vid arvskiftet. Något logiskt bindande resonemang är detta givetvis icke, ehuru vissa tilltalande sidor — formellteknisk klarhet och konsekvens — onekligen finnas. Den, som vore anhängare av tanken om arvskiftesförvärvens »tillbakaräknande» till dödsfallet, borde väl däremot resonera så, att förvärvet, om det än de facto skedde genom arvskiftet, borde behandlas såsom om det ägt rum redan vid dödsfallet, och att därför god tro hos just denne arvinge vid dödsfallet vore tillräcklig. Slutligen finnas, såsom nedan skall visas, även andra möjligheter att praktiskt lösa problemet.

Frågan om den tidpunkt, vid vilken en arvinge, som fått en fastighet sig tillskiftad, bör vara i god tro, om åtkomst för honom i god tro fordras för hävd på fastigheten, kunde ställas även under tiden för den äldre hävdelagstiftningen. Den beröres också i NORDLINGS framställning av de äldre hävdereglerna. I kap. II har visats, att NORDLING otvivelaktigt omfattat idén om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande.[2] Klarast visar sig

[1] Ovan s. 179 ff.
[2] Ovan s. 111 ff.

detta i hans kommentar till LF.[3] Ståndpunkten lyser emellertid även fram i den ungefär samtidiga framställningen av hävdereglerna; han förnekar där direkt arvskiftets karaktär av fångestidpunkt.[4] Det är icke sannolikt, att han därvid tänkt *blott* på sådant arvskifte, i vilket varje delägare får en kvotdel i fastigheten, motsvarande andelen i hela boet, eftersom han något senare i samma framställning visar sig ha tänkt även på skifte, där *en* delägare får hela fastigheten.

Är alltså NORDLINGS principiella syn på arvsförvärvet den nu antydda, är det oaktat hans ställning till godtroskravet i den här diskuterade situationen icke fullt klar. Först märkes ju, att — även om han räknar tillbaka fånget till dödsfallet — den goda tron enligt hans redan tidigare berörda uppfattning (ovan under A) icke kan knytas till en tidigare tidpunkt än den, då hos subjektet föreligger kännedom om dödsfallet, den egna arvsrätten och fastighetens tillhörighet till kvarlåtenskapen, eftersom åtkomsten här är av den natur, att förvärvaren icke själv omedelbart har uppfattning av förvärvet.[5] I de fall, då skifte icke spelar in, alltså då endast en delägare finnes och, när delägarna äro flera, vid klandertalan mot det ännu oskiftade boet (det sista är det ovan under A behandlade fallet), är det ju för N. utan vidare att tillämpa nyss angivna princip för bestämning av tidpunkten med ledning av arvingens resp. arvingarnas kännedom. Voro vissa delägare i ond, andra i god tro vid den för var och en relevanta tidpunkten, delade han upp fastigheten i andelar. När han nu därifrån går vidare i resonemanget till fall, då flera delägare finnas och skifte före klandret skett på det sätt, att en arvinge på sin lott fått hela fastigheten, så förklarar han, att denne delägare, om han *ännu vid skiftet* är i *god* tro, får behålla hela fastigheten, även om vissa andra delägare redan från början voro i ond tro och sålunda så stor del av fastigheten, som motsvarade dessa delägares arvsrätt, enligt N. skulle ha

[3] Ovan s. 112 f.

[4] Präskription s. 57 (cit. ovan s. 111). Det heter där också: »Bland fången är ej i förklaringen testamente särskilt nämnt; men även testamentstäkt måste inbegripas under de laga åtkomster, på vilka viss tids preskription kan byggas. Även här räknas fånget uppkommet vid dödsfallet, och således icke vid den tidpunkt, då testamentet vinner laga kraft, eller då det bevakas.»

[5] Ovan s. 175 med not 6.

kunnat vindiceras före skiftet. Var den delägare, som i skiftet fick fastigheten, *redan vid den ursprungligen avgörande tidpunkten* i *ond* tro kan fastigheten däremot enligt N. hel och hållen återvinnas av vindikanten.[6] Hans skäl för den sistnämnda ståndpunkten äro oklara, men förklaringen *kan* möjligen ligga i hans tanke om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande.[7] Ur denna synpunkt är det emellertid oförklarligt, att han fordrar god tro ännu vid skiftet i förra fallet. Måhända är det också riktigare att tolka honom så, att han ej direkt *fordrar* detta utan blott uttalar sig om de för honom otvivelaktiga fallen och lämnar de tveksamma mellansituationerna därhän.[8] [9]

Om vi därefter skola taga ställning till de berörda spörsmålen, erinras än en gång därom, att om dödsboet redan en gång såsom sådant vunnit hävd, en vid skiftet ondtroende arvinge utan varje tvivel måste kunna värja fastigheten med hjälp av denna redan fullbordade hävd; beteckningen ondtroende är för övrigt här i själva verket missvisande.[1] Om boet såsom sådant däremot icke vunnit hävd — tiden löper ej ut förrän efter skiftet, eller tiden löpte ut under boets besittningstid men boet såsom sådant uppfyllde ej godtroskravet — blir frågan om arvingens egen goda tro relevant. Men när skall den föreligga? Varken i lag eller praxis kan frågan anses vara löst. Det har redan påpekats, att BL:s tanke om dödsboet som rättssubjekt ej *tvingar* till slutsatsen, att man på denna punkt måste knyta godtroskravet till arvskiftet såsom arvingens verkliga åtkomst till fastigheten, även om systemet synes erhålla största formella harmoni

[6] Nordling, Präskription s. 60 f. Jfr ovan s. 110 ff.

[7] Se ovan s. 111.

[8] Fordrades icke god tro vid skiftet, kunde delägarna, då samtliga i ond tro, ev. hindra vindikation genom att låta fastigheten tillfalla en ursprungligen godtroende arvinge (dock skulle väl N. här antaga skadeståndsanspråk för rätter ägare mot de ursprungligen ondtroende, i analogi med ståndpunkten i Präskription s. 61). Fasthölles i stället kravet på god tro vid skiftet, hur skulle det då gå med arvingen, som ursprungligen var i god tro men vid skiftet i ond tro? Han borde väl genom att vid skiftet få hela fastigheten ej komma i *sämre* ställning än förut, d. v. s. han borde väl enligt N. få behålla den kvotdel av fastigheten, som han ju enligt N. skulle ha kunnat hävda, om klandret kommit före skiftet.

[9] Sandbergs ställning till hithörande spörsmål är oklar, då han (s. 56 f.) ej skiljer mellan situationen före och efter skifte.

[1] Ovan s. 182 med not 7.

på sådant sätt. Det är onekligen riktigt, att arvingens åtkomst just till fastigheten är arvskiftet (och därifrån räknas ju för honom tiden för lagfartsskyldighetens fullgörande), och när nu HF bygger på tanken om god tro vid åtkomsten, kunde man kanske vara frestad att uppställa en presumtion till förmån för regeln om god tro vid arvskiftet, vilken presumtion skulle få fälla utslaget, om ej påtagliga skäl talade i annan riktning. Ville man göra så, finge man dock ej fordra mycket för att kullkasta presumtionen. HF:s ord om att vederbörande skall ha »åtkommit» fastigheten i god tro kunna ej anses binda lagtillämpningen vid ett snävt åtkomstbegrepp. Åtkomst i mera vidsträckt mening betyder ofta i själva verket ett successivt förlopp, t. ex. utvecklingen köpekontrakt — köpebrev, och i viss mån analogt är förhållandet med utvecklingen dödsfall — arvskifte, låt vara att förvärvets konkretisering på fastigheten här ej sker förrän genom skiftet. Man håller sig därför inom HF:s ram, förnuftigt tolkad, blott man anknyter godtroskravet till någon punkt under denna utveckling såsom den punkt, då god tro senast måste finnas (mot åtkomstbegreppet i HF skulle det däremot strida att flytta denna punkt så långt framåt som till lagfarten, vilket ju ej hindrar, att det är befogat att i andra sammanhang tala om lagfarten såsom slutstadiet i det successiva »åtkomstförloppet»).

Tanken om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande till dödsfallet kan omedelbart utmönstras såsom skäl för att anknyta godtroskravet till dödsfallsögonblicket. Något skäl i och för sig är tanken i fråga icke, och ej heller representerar den en före BL odisputabelt härskande rättstradition, som man på grund av dess historiska existens behövde böja sig för, när BL och dess motiv tiga. Ur förarbetena till HF torde man icke kunna få något material av avgörande betydelse för tolkningen i detta avseende. I varje fall finnes där intet, som talar för ett tillbakaräknande med konsekvenser för godtrosfrågan. BERGS motivering för regeln i 2 § sista punkten HF talar tvärtom snarast för ett krav på god tro vid skiftet.[2] Detta hänger emellertid samman med att han icke ville medge någon hävd för arvingarna före skifte, och i detta hänseende har hans ståndpunkt ovan avvisats. Att han tänkte sig god tro vid skiftet kan alltså här

[2] Om Bergs synpunkter se ovan s. 169 f. med hänvisningar.

icke tillmätas någon vikt. Några särskilt tungt vägande rättspolitiska skäl i ena eller andra riktningen torde knappast kunna anföras. Vissa synpunkter — låt vara dock s. a. s. av smärre dimensioner — finnas dock, som förtjäna beaktande.[3] Om än systemets rent formella följdriktighet bleve bäst tillgodosedd, om god tro krävdes vid arvskiftet, synes en sådan ståndpunkt dock vid närmare analys vara behäftad med vissa om icke oantagliga, så dock mindre tilltalande konsekvenser. Dessa torde bäst belysas genom några exempel.

Vi antaga, att den tidigaste tidpunkt, från vilken hävdetiden skulle kunna räknas, är 1 febr. 1922, då en person A erhöll lagfart på fastigheten. A avlider sedermera 1941 och efterlämnar tre arvingar B, C och D. Dessa voro icke blott vid hans död utan även vid boupptecknin̈gen i god tro rörande A:s rätt till fastigheten. Vi antaga vidare, att klandertalan instämmes den 1 april 1942 av en person, som obestridligen är »rätter ägare» (i den mån icke hävd kommit emellan). Om nu boet, när klandret instämmes, är oskiftat men har lagfart, har hävd inträtt, då ju tjugu år förflutit från 1 febr. 1922 och godtroskravet är uppfyllt i fråga om boet enligt den tolkning, som förfäktats ovan i texten (under A). Har boet ej lagfart, kräves ytterligare, att A skall ha varit i god tro vid sin åtkomst. Vi betrakta nu följande situationer:

1. Boet hade icke lagfart. A var vid sin åtkomst i ond tro. Klandertalan bifalles.

2. Skifte hade skett 15 febr. 1942 (alltså före klanderprocessen), varvid fastigheten tillskiftats C. C får strax därefter lagfart på fastigheten. Vindikanten instämmer här C, som åberopar hävd. Om C var i god tro ännu vid skiftet 15 febr., kan ingen tvekan råda om att hävd inträtt. Men om C, som ju var i god tro vid boupptecknin̈gen, därefter råkat i ond tro före skiftet? Om boet hade haft lagfart, hade boet vunnit hävd 1 febr. 1942, och denna hävd hade kunnat åberopas av C. Men när nu boet antages icke ha haft lagfart och vidare A antages ha varit i ond tro vid sin åtkomst, hade hävd icke kunnat åberopas av *boet*. C:s eventuella hävd hänger helt på hans egen lagfart plus *hans egen* goda tro. Skall man ur denna variant utläsa något till belysande av frågan, om denna goda tro skall finnas ännu vid skiftet eller det räcker med den goda tro C hade vid boupptecknin̈gen (som här antages vara den för *boets* godtrossituation relevanta tidpunkten), så pekar slutsatsen närmast i den senare riktningen. Det kan visserligen sägas, att om man — sedan C och, kunna vi antaga, även B och D efter boupptecknin̈gen råkat i ond tro — ändock gör det möjligt för dem att genom skifte och lagfart åstadkomma hävd, man därigenom ger dem en möjlighet att, sedan de kommit ond tro, ordna till en hävd, som de icke

[3] En dylik situation, där inga klart avgörande »stora» synpunkter fälla utslaget, är ju ingalunda ovanlig inom juridiken.

haft, om de ingenting gjort utan blott behållit fastigheten oskiftad. Detta är emellertid icke på något sätt egendomligt eller olämpligt. Att de ej såsom dödsbo kunde vinna hävd, berodde ju nämligen icke på någon godtrosbrist utan blott på att boet ej hade lagfart. Men då kunde de ju, så länge klandertalan ännu icke anställts, åstadkomma samma effekt helt enkelt genom att söka lagfart för boet, även om de gjorde detta, sedan de råkat i ond tro! Denna effekt kunde icke äventyras genom att de omedelbart därefter också skiftade boet och C, som alltjämt antages i skiftet har fått fastigheten, sökte lagfart i sin tur. Men om C *då* kunde hänvisa till boets hävd, varför borde han ej då vinna hävd, även om bolagfarten underlätes och i stället efter skiftet C direkt sökte lagfart i anslutning till arvlåtarens (A:s) lagfart? Ett sådant resultat, som förefaller rimligt, förutsätter, att man ej kräver god tro av C ännu vid skiftet utan även beträffande hans personliga förvärv nöjer sig med god tro vid den tidpunkt, som är avgörande för boets godtrossituation, d. v. s. enligt den ovan förslagna tolkningen boupptecknin gen.

3. Vi antaga därefter, att skiftet i stället hade förrättats redan den 15 januari, således före hävdetidens utlopp (1 febr.). Boet hade då, även om det fått lagfart, aldrig vunnit någon hävd före skiftet. C, som fått fastigheten, söker omedelbart lagfart och får denna beviljad några dagar efter skiftet. Var nu C i god tro ännu vid skiftet, kan icke bestridas, att han vinner hävd, när tiden är till ända den 1 febr. Skall han få hävd, även om han vid skiftet var i ond tro, blott han, som ovan antagits, vid boupptecknin gen var i god tro? Antag, att man besvarade frågan med nej. Skiftet hade då förhindrat en hävd, som skulle ha inträtt, om delägarna väntat att skifta och i stället sökt lagfart för boet, m. a. o. skiftet hade försämrat situationen för dem (det är ju ej blott C, som skulle träffas därav; han får avstå fastigheten, men förlusten bör fördelas även på B och D, varför frågan gäller, om fastighetens ekonomiska värde skall bevaras som tillgång för boet eller ej). Den skulle kunna räddas endast genom att C snabbt sålde fastigheten till en godtroende tredje man och denne hann få lagfart; men då kunde man ju ifrågasätta, om detta vore ett förfaringssätt, som kunde anlitas utan risk för påföljder för C (ev. även B och D). Konsekvenserna av nej-svaret bli föga tilltalande, d. v. s. analysen pekar i stället mot den linjen, att man bör nöja sig med C:s goda tro vid boupptecknin gen och icke kräva god tro också vid skiftet.[4]

4. Mera komplicerade situationer uppstå, om vid den för *boets* godtrosstatus avgörande tidpunkten (som vi här antaga är boupptecknin gen) vissa delägare äro i god tro, andra i ond tro.

[4] Det invändes måhända, att om boet i stället den 15 januari sålt fastigheten till en *då* ondtroende person, hävd obestridligen icke inträdde. Detta är i och för sig riktigt men knappast något bärande skäl mot det i texten sagda. Det är icke nödvändigt att här jämställa skifte med försäljning till utomstående. Skifte är dock s. a. s. en omplacering inom boets (delägarnas) egen krets, varför man ej behöver behandla tiden före och efter skiftet som två absolut skilda led.

a. Antag, att vid boupptecknin̊gen B och D voro i ond tro men C i god tro. Tidigare har (ovan under A) förutsatts, att dödsboet såsom sådant då bör behandlas som ondtroende. Boet kan alltså icke, även om det får lagfart, åberopa någon hävd. Var boet oskiftat ännu 1 april 1942, då ju klandertalan anställdes, bifalles denna, om övriga förutsättningar därför äro för handen. Men om nu skifte skett 15 febr. och C fått fastigheten? Har han ej fått lagfart, har han ej bättre ställning än boet. Men om han omedelbart efter skiftet erhållit lagfart, kan han då såsom svarande i klanderprocessen åberopa hävd? Detta är obestridligt, om han *ännu vid skiftet* var i god tro. Då detta emellertid icke ekonomiskt sett bör få effekten, att hela fastighetsvärdet s. a. s. räddas åt boet i dess helhet, böra B och D få till »rätter ägare» utge vardera 1/3 av samma värde, i analogi med vad ovan under A antagits för fall, då boet ännu är oskiftat.[5] Om C, som var godtroende vid boupptecknin̊gen, kommit i ond tro före skiftet, vinner man en god överensstämmelse med de redan antagna resultaten, om man ändock låter C få hävd samt B och D betala vardera 1/3 av värdet till »rätter ägare» (alternativ 1). Om man förnekade möjligheten av hävd, därför att god tro icke fanns för C ännu vid skiftet, borde man — för att nå ett analogt ekonomiskt resultat — låta »rätter ägare» få fastigheten endast mot att till C betala 1/3 av dess värde (alternativ 2), men det kan ju de lege lata vara tveksamt, om man kan antaga en dylik lösningsskyldighet. Alternativ 1 har den fördelen, att man då bibehåller en enhetlig regel om att icke kräva god tro vid skiftet. Men om fastigheten i stället hade tillskiftats B eller D? Dessa voro i ond tro, antogo vi, redan vid boupptecknin̊gen (varför vi ju också betecknade dödsboet såsom sådant som ondtroende). Uppenbarligen kunde då hävd icke rimligen inträda. Förlusten borde emellertid ej drabba B resp. D ensam; en jämkning av skiftet borde, om man skulle bibehålla ovan hävdade grundtanke, å andra sidan ej drabba den vid boupptecknin̊gen godtroende C. Bör då förlusten delas av B och D? Detta är en möjlighet, men ej heller denna tillgodoser synpunkten, att — även om fastigheten ej splittras i andelar — dock det ekonomiska resultatet om möjligt skall bli en uppdelning. Sagda synpunkt leder till att B och D bära var sin tredjedel av förlusten och att den återstående tredjedelen (C:s) drabbar vindikanten; enklast blir då, att vindikanten erlägger beloppet till svaranden (sålunda B, om fastigheten tillskiftats denne), som därefter har anspråk på ytterligare jämkning i förhållande till den andre ondtroende arvingen (i nyss antagna fall D, som till B erlägger 1/3 av värdet). Lösningen innebär ett fullföljande av en ovan utvecklad tanke.[6] Vad här sagts för fall, att B eller D i skiftet fått fastigheten, pekar närmast mot att i den förut behandlade situationen (då C fick fastigheten och var i god tro vid boupptecknin̊gen men ond tro vid skiftet) alternativ 2 är det riktiga. Något självklart riktigt resultat kan emellertid icke uppställas.

b. Vi antaga så, att vid boupptecknin̊gen B och C voro i god tro, endast

[5] Jfr Nordling, Präskription s. 61 (som dock ej direkt anger den av honom förutsatta skadeståndsskyldighetens mått).

[6] Ovan s. 181.

D i ond tro. Boet såsom sådant skulle här behandlas som godtroende och kunde, i varje fall om det hade lagfart, vinna hävd. Fastigheten tillfaller vid skiftet C. Hölls skiftet den 15 februari, hade eventuellt redan boet vunnit hävd 1 februari. Även som så ej var fallet på grund av bristande lagfart för boet, bör C, om han får lagfart, kunna åberopa hävd helt med stöd av sin goda tro vid bouppteckningen, alltså även om han var i ond tro vid skiftet. Skälen härför sammanfalla med de under 2 ovan utvecklade. Samma regel måste antagas, även om skiftet skett före hävdetidens utlopp, t. ex. 15 januari. Motiveringen överensstämmer med den ovan under 3 givna. »Rätter ägare» bör hela tiden, om det tidigare sagda är hållbart, ha möjlighet att få ut 1/3 av fastighetsvärdet av D.

c. Det kan även vara så, att B och D vid bouppteckningen voro i god tro men C ensam i ond tro. Om fortfarande C vid skiftet får fastigheten och detta sker 15 febr., har ev. hävd redan inträtt för boet (jfr ovan). Denna hävd kan åberopas även av ondtroende C. Men om boet ej vunnit hävd, då boet saknade lagfart och A vid sitt förvärv var i ond tro? Hävd inträdde då, om delägarna i st. f. att skifta sökte lagfart för boet, även om delägarna *vid detta tillfälle* alla voro ondtroende; däremot borde »rätter ägare» kunna få ut 1/3 av fastighetsvärdet av C. Hävd inträdde även, om delägarna höllo skifte och därvid B eller D fick fastigheten, ehuru dessa råkat i ond tro före skiftet, förutsatt naturligtvis att B resp. D hann få lagfart (eller A var i god tro vid sitt förvärv); det sist sagda vilar på det ovan under b yttrade. Den mest tilltalande lösningen vore då att låta hävd inträda, även om C finge fastigheten och finge lagfart (med bibehållande av möjligheten för »rätter ägare» att få ut 1/3 av värdet av C). Han finge då räkna sig *boets* godtrossituation till godo. Emellertid står detta kanske alltför mycket i strid med grundtanken i HF:s regler om accessio possessionis, att dylik accessio förutsätter egen god tro hos siste innehavaren, varför det väl blir nödvändigt att låta C här sakna hävdeskydd. Den tidigare utvecklade grundtanken borde emellertid leda till att »rätter ägare» finge fastigheten endast mot att erlägga 2/3 av dess värde. Även här nödgas man de lege lata stanna vid en ovisshet.

Söker man sammanfatta resultatet av de gjorda analyserna av olika tänkbara situationer, blir detta, att man icke generellt kan kräva god tro ännu vid skiftet.[7] Tvärtom synes det riktiga vara att, om boet såsom sådant är att anse såsom varande i god tro och den delägare, som vid skiftet fått fastigheten, personligen var godtroende vid bouppteckningen, låta denna goda tro räcka till även för en hävd, som kan tänkas inträda först för sagda delägare. Uppfyllde boet såsom sådant däremot icke godtrosrekvisitet, kan det i varje fall anföras skäl för att kräva god tro

[7] I praxis synes problemet tangerat endast i NJA 1922 s. 214, där HD:s formulering icke talar emot utan snarare för att skiftet icke är avgörande.

av arvingen ännu vid skiftet, ehuru även här den ståndpunkten också kan försvaras, att det bör räcka med den goda tron vid bouppteckningen. En fördel med sistnämnda ståndpunkt skulle onekligen vara, att man då byggde på samma tidpunkt, som måste antagas i fall, då endast en delägare finnes; där måste ju frågan om boets och delägarens goda tro smälta samman. Varför skulle vindikanten få en extra förmån i fall med flera delägare, utöver den ofrånkomliga förlängning av vindikationsmöjligheten, som ofta åstadkommes genom att lagfarten då fördröjes? Man torde emellertid icke kunna komma längre än till att, som här skett, analysera de olika situationerna och ange vissa möjliga lösningar.

C. Ännu ett problem måste i detta sammanhang undersökas. Det kan uttryckas så: vem skall ur hävdesynpunkt anses som arvingens fångesman beträffande fastighet, som arvingen erhåller genom skiftet resp. såsom ensam delägare utan skifte? Om arvingen är ensam delägare i boet, finnes ju i normala fall, då arvingen själv förvaltar egendomen, ingen möjlighet att hålla denna helt isär från arvingens personliga förmögenhet, låt vara att i princip dödsbokonstruktionen enligt BL:s motiv skall vara tillämplig även då. Även när boets egendom förvaltas i annan ordning, funno vi ovan under B, att man icke i godtroshänseende kunde göra någon skillnad mellan delägaren och boet. Med hänsyn härtill måste man också som arvingens fångesman behandla arvlåtaren. Om arvingen innehar fastigheten vid hävdetidens utgång men icke har lagfart på densamma, fordras alltså utom arvingens goda tro också god tro hos arvlåtaren vid dennes förvärv. En enkel eftertanke säger omedelbart, att ett försök att så tolka orden »föregående innehavaren» i 2 § HF, att därmed i detta fall skulle avses arvingen själv under boutredningen i skepnad av »dödsboet», icke leder till rimliga resultat. (Märk, att situationen vid urarvakonkurs här faller utanför, då vi ju förutsätta, att fastigheten verkligen tillfallit arvingen.) Det spelar då också mindre roll, om i tveksamma fall klandertalan riktas mot dödsboet eller mot arvingen personligen.

Huru ställer det sig då, om arvingarna äro flera och en av dem genom skifte får fastigheten? Vi antaga även här, att hävdetiden löper ut, när arvingen innehar fastigheten, och att han

icke själv erhållit lagfart (vare sig han icke ännu hunnit söka lagfart eller försummat göra detta eller sökt och fått avslag eller vilandeförklaring; 2 § fordrar som bekant beviljad lagfart). Det kräves då, att »föregående innehavare» varit i god tro. Hade »föregående innehavaren» ej heller lagfart, får man dessutom gå vidare och fråga efter närmast föregående innehavares lagfart och goda tro.[8] Även om vi tills vidare lämna sista antydda komplikation å sido, måste tydligen avgöras, om »föregående innehavaren» i förhållande till arvingen är arvlåtaren eller dödsboet. Svarar man dödsboet, skulle ett analogt svar före BL ha lytt »arvingarna i förening». Ur förarbetena till HF och diskussionen i samband med dess tillkomst kan ingen auktoritativ ståndpunkt i detta avseende framletas.[9] Man torde också kunna säga, att uppfattningen om arten av arvingarnas gemenskap före skifte och arvskiftets natur då ännu icke helt stadgat sig.[1] I den mån samäganderättslinjen förmådde göra sig gällande, borde den ha lett till att arvingens företrädare ansåges vara arvlåtaren till den ideella del av fastigheten, som motsvarade arvingens arvsrätt i det hela, men medarvingarna till övriga delar. Den framträngande motsatta gemenskapsuppfattningens konsekvenser i här berörda fråga äro icke utan vidare klara. På NORDLING byggande retroaktivitetsidéer skulle lätt kunna leda till svaret, att föregående innehavare vore arvlåtaren, men sådana idéer ha ju aldrig på riktigt allvar slagit igenom. En parallellism med lagfartsreglerna därhän, att lagens princip att icke kräva lagfart av boet betraktades som ett stöd för att se bort från boutredningsstadiet och låta arvingen knyta an direkt till arvlåtaren som fångesman, är icke av den bestickande art, att den kan tagas som ett indicium för en dylik uppfattnings faktiska herravälde under den tid det här gäller (före BL), och praxis har veterligen icke besvarat frågan. Läget före BL måste därför anses icke vara

---

[8] Jfr Undén, Sakrätt II: 1 s. 196. Annorlunda Sandberg s. 60 f., som anser att lagens ordalydelse tvingar till den tolkningen, att 2 § sista punkten blott kräver god tro hos »föregående innehavaren», ej därjämte lagfart.

[9] Berg snuddar visserligen indirekt åtminstone vid närliggande problem, men hans uttalanden kunna icke behandlas på samma sätt som ordinära lagmotiv, och hans ståndpunkt har redan tidigare här ovan i vissa avseenden bestritts. Jfr ovan s. 171 ff.

[1] Jfr ovan kap. II § 2 under E (s. 103 ff.).

klart; ur detsamma kan man då icke heller hämta någon ledning vid bedömningen av situationen efter BL.

Vi kunna då först ställa frågan, om man, när det gäller att ur hävdesynpunkt bestämma föregående innehavaren i förhållande till en arvinge, som i skifte fått hela fastigheten, skall anknyta direkt till arvlåtaren eller skall beakta boutredningsstadiet som ett självständigt mellanled (på vad sätt detta sedan nu må kunna ske). Ett övervägande av olika skäl, som kunna anföras, torde peka i den senare riktningen.[2] Den nyss antydda parallellismen med lagfartsreglerna besitter icke någon motivationskraft. För att visa detta behöver man endast vända på resonemanget. Eftersom dödsboet obestridligen utan angivande av särskilt skäl kan få lagfart, om detta från boets sida önskas, kunde man ju lika väl säga, att lagen erkänt boet som ett självständigt led i fångeskedjan, låt vara att lagen ej velat tvinga fram lagfart, och att däri låge ett stöd för att också i andra hänseenden behandla boet som ett självständigt mellanled, i den mån ej — såsom vid fall med endast en dödsbodelägare — andra påtagliga skäl tala i motsatt riktning. Denna parallellism med lagfartsreglerna är rimligare än den förra; utan vidare avgörande kan man dock icke anse den vara. Det avgörande skälet är ett annat, som hänger samman med en tidigare i denna § hävdad ståndpunkt. Om det är så, att dödsboet under sin egen besittningstid icke kan anses vara hänvisat till att utgöra blott en prolongation av arvlåtarens rättsställning i fråga om hävd utan i stället har en självständig position, innebärande att dödsboets efter vissa närmare regler bestämda goda tro kan grundlägga hävd, även om arvlåtaren varit i ond tro, så är det omöjligt att betrakta boet som obefintligt, när man skall fixera, vem som i här diskuterade fall är arvingens närmaste företrädare. Liksom boets en gång vunna hävd måste lända efterföljare till skydd, måste här hänsyn tagas till den hävdesituation boet haft, om det fortfarande innehaft fastigheten. Häremot är det då intet skäl, att dödsboförvaltningen regelmässigt

[2] Därvid har icke förbisetts, att man, då boet ofta saknar lagfart, i ett mycket stort antal fall av denna grund ändock måste gå vidare och fråga efter arvlåtarens lagfart och goda tro, alltså omständigheter, som man med den här avvisade ståndpunkten direkt skulle hänvisa till. Ur denna synpunkt är naturligtvis den sistnämnda uppfattningen något enklare i tillämpningen.

betecknar ett kortvarigt mellanstadium av likvidationskaraktär. Kortvarigheten är ju f. ö. intet nödvändigt kännetecken, allra minst om avtal träffats om sammanlevnad i oskiftat bo. Till det sagda kan ytterligare fogas — ehuru detta i och för sig icke är avgörande — att man med den här antagna regeln vinner överensstämmelse i bedömningen av fångeskedjorna arvlåtaren — boet — arvingen och arvlåtaren — boet — tredje man, som av boet köpt fastigheten. I sista fallet lär det väl icke kunna ifrågasättas att som föregående innehavare, sett ur tredje mans synvinkel, beteckna annan än boet (vars lagfart ju här är en förutsättning för tredje mans egen).

Om det nu är omöjligt att se bort från dödsbostadiet som ett självständigt mellanled, på vad sätt skall detsamma beaktas? Frågan vållar svårigheter endast i fall, då vissa delägare vid den därför relevanta tidpunkten varit i god, andra i ond tro. Därest man vid klandertalan mot det ännu oskiftade boet då skulle låta fastigheten i hävdeavseende sönderfalla i ideella andelar för de olika delägarna — ehuru en sådan andelsuppdelning icke i något annat avseende tillämpas utan tvärtom allmänt avvisas i motiven till BL, liksom den också strider mot den i motiven accepterade rättssubjektskonstruktionen — så nödgades man, såvitt man ville bevara ett rimligt mått av reda och formell konsekvens i systemet, även vid en klandertalan mot arvinge, som i skifte fått hela fastigheten, räkna med en sådan uppdelning. Om det skulle komma an på »föregående innehavares» goda tro, skulle man även här få en splittring av fastigheten, så att kvotdelar, motsvarande de godtroende delägarnas andelar i det hela, kunde försvaras med hävd, övriga kvotdelar icke. Utgångspunkten — uppdelningsprincipen vid klandertalan mot *boet* — har ovan under A avvisats,[3] och detta resultat vinner ytterligare bekräftelse genom de här skisserade, tämligen oantagbara konsekvenserna. Boet som föregående innehavare bör med andra ord alltid i godtroshänseende bedömas enhetligt, och beträffande principerna för bedömningen hänvisas till diskussionen under A.

Mot vad som sagts här ovan om boet som självständigt mellanled kan icke åberopas, att det under B hävdats, att arvingen

[3] Ovan s. 180. Jfr även ovan s. 185.

icke vid skiftet gör ett fång i *den* meningen, att vid tillämpning på arvingen av HF:s godtroskrav detta nödvändigt måste knytas just till skiftet. Åtminstone regelmässigt funno vi ju, att arvingens goda tro vid bouppteckningen borde vara tillräcklig. Därför att man av vissa skäl något flyttat på godtroskravets anknytningspunkt — vilket befunnits möjligt, enär arvingens åtkomst i viss mån kan sägas potentiellt börja redan före skiftet genom delaktighet i dödsboet — har man ju icke blivit tvungen att i alla avseenden plåna ut skillnaden mellan dödsboets innehav och arvingens innehav såsom två olika led (helt går detta ju under inga förhållanden).

§ 4.

Arvskiftet såsom moment i successionen till den enskilde arvingen. Tillika några synpunkter på frågan, huruvida idén om arvskiftesförvärvets tillbakaräknande till dödsfallet har något reellt underlag.

A. Den gamla tvistefrågan, om arvskiftet var en förrättning, verkställd av de tillkallade gode männen, eller ett avtal mellan delägarna, ehuru underkastat vissa formregler (vilkas innebörd ju f. ö. var omtvistad), saknar i varje fall efter BL:s tillkomst aktualitet. BL betraktar arvskiftet som ett avtal mellan de delägare, som skiftet avser (arvingar och universella testamentstagare), varom hänvisas till BL 6: 1 med motiv. I EKEBERG-GULDBERG-BERGENDALS edition av BL betonas bl. a., att av arvskiftets egenskap av avtal följer, att allmänna regler angående avtals ogiltighet här äga tillämpning.[4] Skiftesavtalet är underkastat formregeln i BL 6: 4, och den föreskrivna formen är skriftlig handling, undertecknad av delägarna med vittnen. En särställning intager givetvis sådant arvskifte, som förrättas av skiftesman vid bristande enighet mellan delägarna. Formen för dylikt skifte är skriftlig handling, undertecknad av skiftesmannen (BL 6: 8); vittnen behövas där ej. Skifte, förrättat på detta sätt, blir ståndande, om det ej inom föreskriven tid klandras

[4] EGB s. 375. Jfr Karlgren i Zivilgesetze der Gegenwart X: I: 1 s. 137.

av någon delägare; i detta fall kan man emellertid icke tala om skiftet såsom ett avtal mellan delägarna.

Den historiska utveckling, som ägt rum i fråga om arvskiftets karaktär av förrättning eller avtal och i fråga om dess form, har tämligen ingående behandlats i litteraturen och i motiven till BL;[5] den skall icke här ånyo dryftas. De nyss berörda reglerna i BL ge upphov till vissa spörsmål — de »allmänna regler angående avtals ogiltighet», som kunna tillämpas, och sättet härför, om formregelns konsekvenser i vissa avseenden m. m. — vilka emellertid icke här skola behandlas. Avsikten är i stället att i denna § fullfölja linjerna från utredningarna förut i detta kapitel genom att belysa arvskiftets roll såsom moment i successionen till den enskilde arvingen, varvid tillika skall verkställas en undersökning ur praktisk synvinkel av idén om arvskiftesförvärvets tillbakaräknande till dödsfallet. Sagda idé har visserligen endast på ett något oklart sätt förmärkts inom svenskt successionsrättsligt tänkande — klarast träder den i dagen hos NORDLING — men en diskussion av frågan, om den har något reellt underlag, synes dock befogad.

Det kan naturligtvis tänkas, att idén i fråga tillkommit uteslutande för att tillgodose vissa rent teoretiska krav på successionssystemets begreppsmässiga utformning,[6] t. ex. för att ge ett principiellt uttryck för att boutredningen normalt är ett kortvarigt mellanspel, ett övergångsstadium, och för att betona den för rättsåskådningen måhända tilltalande tanken om en obruten kontinuitet arvlåtare — arvinge.[7] Emellertid kan läran om tillbakaräknandet eventuellt också innesluta tanken på vissa praktiska handlingsregler. Om så antages vara förhållandet, är det dock icke så alldeles lätt att exakt säga vilka handlingsregler som åsyftats. Det är visserligen lätt att påstå, att läran borde innebära, att vad arvingen får genom arvskiftet skulle behandlas, såsom om det tillfallit honom redan vid dödsfallet, men då man ju i verkligheten aldrig helt kan se bort ifrån att förvärvet av just vissa konkreta föremål faktiskt skett först i och med skiftet, blir det tydligt, att en lära om tillbakaräknande icke gärna kan

[5] Se Lind, Om arvskiftes form, i Festskrift tillägnad Marks von Würtemberg; Lagberedningen, ÄB IV s. 488 ff., 509 ff.; EGB s. 373 ff., 394 ff.

[6] Jfr ovan s. 6 (där det dock närmast talas om begrepp i lagtext).

[7] Jfr ovan s. 46 f.

åsyfta annat än att man blott i vissa hänseenden verkligen skall draga praktiska konklusioner av densamma. Men i vilka hänseenden? Huru skall urvalet ske? Dessutom uppstå ju tvivel om verkan av partiella delningar m. fl. åtgärder. Denna den grundläggande tankegångens mångtydighet framträder i åtskilliga avseenden — såsom i kap. I påpekats — i fransk rättsutveckling (själva principen är ju lagfäst i Code civil).[8]

Teoretiskt innebär idén om tillbakaräknandet en uppenbar motsägelse, såsom tidigare utvecklats.[9] Ett försvar för densamma kan endast föras på den linjen, att idén i fråga trots sin principiella motsägelsefullhet skulle på ett åskådligt sätt återspegla eller uttrycka vissa praktiska successionsrättsliga handlingsregler. Det är ur denna synpunkt, som idén i det följande skall underkastas granskning. Vill man då söka bilda sig en föreställning om de olika handlingsregler, som borde vara erkända, *om* läran om tillbakaräknandet skulle vara en något så när adekvat bild av förhållandena, synes man kunna fastställa i huvudsak följande riktpunkter. Sedan arvskifte väl skett, skulle man såsom varje enskild arvinges förvärvstidpunkt beträffande de genom skiftet erhållna objekten betrakta dödsfallet och ej skiftestidpunkten. Arvlåtaren borde då fingeras vara arvingens omedelbara fångesman till sagda objekt.[1] Så snart det gällde att tillämpa allmänna regler, vilka äro formulerade så, att de anknyta till förvärvstidpunkten, skulle man låta deras effekt hänföra sig till dödsfallet. Eventuellt borde man också över huvud frånkänna skiftet karaktären av ett verkligt fång med ett självständigt fångs ordinära verkningar (jfr fransk rätts

---

[8] Se ovan s. 50 med not 7.

[9] Ovan s. 31 f., 34, 53 m. fl. st. Det torde vara obehövligt att här ytterligare i detalj utföra den från denna utgångspunkt motiverade principiella kritiken.

[1] Jfr Wahl i Le Code civil 1804—1904 s. 513. Det torde vara onödigt att här särskilt analysera en sådan retroaktivitetskonstruktion, som visserligen antoge retroaktiv effekt men dock ej tänkte sig omedelbar anknytning till den dödes rättssfär utan lät egendomen i princip ändock s. a. s. blixtsnabbt, utan tidsförlust, passera igenom dödsboets rättssfär (jfr Hults tolkning av kommissionslagen § 53 i Kommissionärsavtalet I, kap. III). Även andra konstruktionsvarianter kunna naturligtvis i och för sig tänkas, eftersom konstruktionsmöjligheterna för en på konstruktiv metod inställd juridisk teori i själva verket måste bli tämligen obegränsade.

tankegång om skiftet som deklarativt, alltså ej som ett retroaktivt verkande men dock egentligt fång). Vidare borde ju rättshandlingar och dylikt med avseende på den egendom arvingen fått, företagna under tiden mellan dödsfallet och arvskiftet, i princip förlora sin effekt genom skiftet. Det kunde rent av ifrågasättas, om icke tillbakaräknandet egentligen förutsätter också en tillbakaverkan med avseende på egendomens avkastning, faran o. s. v.

Så snart det kan visas, att endast enstaka av dessa sålunda skisserade detaljregler kunna accepteras för svensk rätts del, är läran om tillbakaräknandet tydligen omöjlig som en korrekt sammanfattning. Såsom *grund* för slutsatser kan den uppenbarligen icke fungera (i viss mån annorlunda förhölle det sig, rättstekniskt sett, om den som i Frankrike proklamerats av lagstiftaren), och någon verklig förklaring kan den icke heller vara annat än möjligen rent historiskt sett.

B. En närmare undersökning av tillbakaräknandets konsekvenser torde visa följande.

1. Det ligger närmast till hands att först beröra *lagfartsreglerna*. Det har ju varit och är även efter BL så, att om en arvinge vid skiftet på sin lott får en fastighet, som den döde efterlämnat (eller ideell del därav), man i lagfartshänseende betraktar icke medarvingarna (före BL) eller (numera) dödsboet utan den döde som fångesman, därest icke undantagsvis gemensam lagfart för arvingarna resp. (efter BL) lagfart för dödsboet såsom sådant av någon anledning förut beviljats. Förmodligen är det också så, att det förefaller mången jurist främmande att säga, att mellan den döde och arvingen står ett mellanled i fångeskedjan — numera dödsboet —, beträffande vilket lagen icke kräver lagfart. Tanken, att man ej bör belasta arvingarna med besvär och kostnader (låt vara att de senare enligt gällande föreskrifter äro obetydliga) för dubbla lagfarter, och att man utan skada för inskrivningsväsendet i regel kan se bort från det genomgångsstadium boutredningen representerar,[2] klädes då må-

[2] Jfr Karlgren, Studier över privaträttens juridiska personer etc. s. 285 f. noten: »Då dödsboet principiellt är att anse som en samfällighet i likvidation (med jämförelsevis kort varaktighet), är det naturligt, att *sedan* klarhet vunnits om hur kvarlåtenskapens rättigheter skola fördelas mellan arvingarna,

hända i den formen, att det vid lagfart för arvingen skall anses, *som om* en direkt succession skett till honom från arvlåtaren. På denna väg kan så en tendens till en retroaktivitetskonstruktion uppstå.[3] (Att omvänt betrakta en idé om tillbakaräknandet som det historiskt primära och nyss berörda lagfartsförhållanden som en historisk konsekvens därav torde icke ha grund för sig.)

Konstruktionen, vars eventuellt förmenta egenskap av »teoretisk förklaring» vi utan vidare kunna avvisa, skulle emellertid icke heller såsom bildlik omskrivning av lagfartsreglerna i fråga kunna anses som tillfredsställande. Visserligen betyder det ur denna synpunkt mindre, att grundvalen för arvingens lagfart är arvskifteshandlingen som fångeshandling och att hans lagfartsskyldighet enligt 2 § LF löper från skiftet; hela den undersökta läran går ju blott ut på ett tillbakaräknande av ett de facto vid skiftet skeende förvärv. Men boet *kan* ju skaffa sig lagfart, och sker detta, kommer boet i fastighetsboken att stå som ett mellanled mellan arvlåtaren och arvingen. Är det då ej rimligare att beteckna boet som ett led i fångeskedjan (ehuru av särskilda skäl befriat från lagfartsskyldighet)? Om boet skulle sälja fastigheten, behandlas ju boet som fångesman. Vill man med användande av vanlig juridisk terminologi beskriva hithörande förhållanden, synes det vara en fördel, om man kan göra det på ett sådant sätt, att man undviker meningslösa motsägelser. Med hänsyn härtill och med hänsyn till den ställning av ägare till kvarlåtenskapen, som BL:s system anvisar åt boet som formellt-teknisk enhet, får man därför medge, att successionen till boet vid dödsfallet formellt faller in under orden i 1 § LF om lagfartsskyldighet för den, som »med äganderätt åtkommer fast egendom». Ostridigt tillämpas lagen nu så, att lagfartsskyldighet icke anses föreligga för boet,[4] men det är ju i och för sig ingenting enastående, att på detta sätt praxis med lagstiftarens goda minne (se motiven till 1933 års ändringar i

---

man icke t. ex. i lagfartshänseende fäster någon vikt vid att rättigheterna under en viss mellantid uppburits av vederbörande samfällt.» Jfr ovan s. 46 f.

[3] En viss tendens kan ju då nämligen lätt göra sig gällande att i princip förlägga fånget till dödsfallet. Jfr ovan s. 47.

[4] Köper boet en fastighet, föreligger otvivelaktigt lagfartsskyldighet enligt LF med vanlig tidsberäkning från förvärvet, NJA II 1933 s. 698, EGB s. 581.

LF) och av särskilda skäl gör ett undantag från vad en lagregel rent bokstavligt synes omfatta.

2. Man kan fråga, hur det i andra sammanhang än de rent formellt-inskrivningsrättsliga ställer sig med problemet, vem som betraktas som *arvingens fångesman* beträffande ett föremål, som arvingen fått vid arvskiftet. Tydligt är, att man får konkret och självständigt pröva de olika specialsituationer, i vilka detta problem kan ha betydelse, med möjligheten öppen, att något enhetligt resultat ej kan vinnas. Blott så mycket kan allmänt sägas, att det icke rimligen kan få avgörande betydelse i alla sådana hänseenden, om — när det gäller fast egendom — boet faktiskt skaffat sig lagfart eller ej (i den mån icke lagen uttryckligen till lagfarten knutit viss materiell verkan).

a. Vi ha redan i § 3 ovan påträffat en situation, där det gäller att bestämma arvingens fångesman, nämligen vid tolkningen av 2 § HF, som ju såsom förutsättning för accessio possessionis i vissa fall fordrar, att »föregående innehavaren» kunnat vinna hävd, om han suttit kvar i egendomen, då klandret anställdes. Vi funno den ståndpunkten äga företräde, att såsom »föregående innehavare» betraktades dödsboet, icke arvlåtaren.

b. Om arvlåtaren ansåges vara fångesman, kunde det då vara möjligt för arvingen att gentemot boet göra gällande något hemulsansvar, därest föremålet till följd av tredje mans bättre rätt skulle frångå honom, eller ansvar för brister hos föremålet? I rättsordningar, där skiftet övervägande betraktas som en överlåtelse, faller det sig naturligt att antaga sådant ansvar för delägarna i proportion till deras andelar i kvarlåtenskapen. Det kan erinras om BGB § 2042 st. 2, som genom sin hänvisning till bl. a. § 757 innebär, att medarvingarna häfta såsom säljare (efter måttet av sina andelar) för rättsliga och faktiska brister hos föremålet.[5] I Frankrike borde arvskiftets »effet déclaratif» vålla vissa svårigheter. Man har dock av uppenbara praktiska grunder ett direkt lagstadgande i Code civil art. 884, som stadgar en ömsesidig ansvarighet för medarvingarna beträffande »troubles et évictions» (på grund av omständigheter härrörande från tiden före delningen). Som redan i kap. I berörts, förklarar fransk

[5] Jfr ovan kap. I s. 43 not 3. Jfr även Planiol-Ripert IV s. 773, om den i Code civil art. 884 innefattade action en garantie: »L'existence de cette action, qui va de soi dans le système du partage translatif — — —».

doktrin detta teoretiskt närmast såsom en självständig tillämpning av tanken om arvingarnas likställighet (égalité).[6] Detta sista visar att frågan icke doktrinhistoriskt är nödvändigt sammankopplad med teorierna om arvskiftets translativa resp. deklarativa (retroaktiva) effekt.

I 1734 års lag stadgade ÄB 13: 1 om jämkning, därest någon fann sin lott vara sämre, och ÄB 13: 2 föreskrev ett hemulsansvar, om efter skiftet klander kom »å det gods, som i arv gånget är», varvid hemulsskyldigheten i överensstämmelse med lagens allmänna inställning till dylika frågor i första hand tänktes som en skyldighet att »värja» godset i klanderprocessen, i andra hand som en skyldighet att fylla den förlorandes lott, så att förlusten slutligt drabbade alla efter vars och ens arvsandel. BL innehåller avsiktligt inga motsvarande stadganden. Till den del bestämmelsen i ÄB 13: 2 avsåg hemulsskyldighet vid klander å fång till fast egendom, innefattade den enligt *Lagberedningens* i motiven till BL uttryckta mening endast en erinran om vad på grund av 11 kap. JB städse gäller, och en motsvarande ny lagregel vore enligt beredningen lika obehövlig som i andra likartade fall, t. ex. när en samäganderätt, som omfattar fast egendom, upplöses.[7] Det är också uppenbart, att man — oaktat speciella stadganden i detta hänseende saknas — har att tillämpa eljest gällande principer för hemulsskyldighet beträffande såväl fast som lös egendom, i den mån en arvinge, som vid skiftet fått viss egendom, måste avstå denna till en vindikant.[8] Detta talar i varje fall icke *för* läran om tillbakaräknandet. Vad angår ansvar för fel och brist, måste uppenbarligen i en viss utsträckning även dylikt ansvar föreligga. Hur gränsen där skall dragas, skall dock icke nu undersökas, då frågan om jämkning i skifte av denna grund synes böra behandlas i samband med en undersökning av arvskiftes ogiltighet på grund av bristande förutsättningar m. m., något som här skulle föra för långt. Under det gamla stadgandet i ÄB 13: 1, som ju blivit föremål för en något varierande tolkning, hänfördes i regel

[6] Ovan s. 52 f.

[7] Lagberedningen, ÄB IV s. 536. Överensstämmande EGB s. 420.

[8] I finländsk doktrin har Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 120, betonat, att hemulsskyldighet i fråga om såväl lösöre som fastighet föreligger enär arvskiftet i själva verket hade karaktären av ett bytesavtal.

åtskilligt mer än blott ansvar för fel och brist. Att ett analogt stadgande icke återfinnes i BL beror emellertid icke på en avvisande hållning mot dylikt ansvar utan därpå, att man ej velat bibehålla någon sådan preskriptionstid för talan om jämkning m. m., som ÄB 13: 1 föreskrev.[9]

c. Om arvlåtaren vore att anse som omedelbar fångesman, vore det beträffande fast egendom, som i sin helhet tillskiftats en arvinge mot utgivande av mellangift i penningar till de andra, icke riktigt att på denna de andras fordran tillämpa reglerna om ogulden köpeskillings förmånsrätt. Det är nu sant, att man i modern svensk praxis — se *NJA 1935 s. 364* — icke är villig att i dylikt fall tillämpa stadgandena om ogulden köpeskilling.[10] Uppenbarligen är det emellertid förhastat att därur utläsa något tillbakaräknande; man kan icke på detta sätt vända på resonemanget. Ståndpunkten kan visserligen tyckas strida mot en translativ uppfattning av skiftet,[1] men — som nedan närmare skall belysas — ett avvisande av tillbakaräknandet behöver icke leda till att man i alla avseenden jämställer skiftet med en vanlig onerös överlåtelse inter vivos.

3. Kan man i svensk rätt förmärka något spår av idén om att *fångestidpunkten* i fråga om de i arvskiftet fördelade sakerna borde anses sammanfalla med dödstillfället? Frågan har sin betydelse, i den mån man ställes inför sådana beträffande fång i allmänhet tillämpade regler, vilka anknyta till fångestidpunkten på ett eller annat sätt. Vi ha redan ovan i § 3 träffat på en sådan regel, nämligen regeln, att vid tjuguårig hävd den goda tron skall föreligga vid själva åtkomsten men ej behöver finnas senare. Någon allmän inventering av fall, då en dylik regelavfattning förekommer, skall emellertid här ej ske. Några principiella synpunkter, åtföljda av en erinran om det nyss antydda hävdespörsmålets lösning, må vara till fyllest.

Det är tydligt, att uttrycket, att ett fång »sker» då eller då, icke betecknar ett enhetligt reellt skeende utan endast i en enhetlig språklig bild återger ett genom de faktiskt tillämpade reglerna konstituerat komplex av rättsverkningar i olika riktningar. Detta i sin tur ger vid handen, att någon principiellt

[9] Se Lagberedningen, ÄB IV s. 532 ff.; EGB s. 416 ff.

[10] Jfr även Heikonen II s. 230.

[1] Jfr för fransk rätt Josserand III s. 686.

nödvändig enhet i fråga om de olika rättsverkningarnas »datering» icke föreligger. Det är en praktisk-teknisk fråga, om enhetlighet är lämplig eller ej, och saken måste diskuteras ur denna synpunkt, där ej lagen redan direkt träffat ett avgörande. Om vissa regler, vilka med avseende på olika spörsmål — vi kunna kalla dessa a, b, c, d — äro givna, äro uttryckta så, att de anknyta till tidpunkten för ett fång till objektet, är det alltså icke givet, när sagda regler skola appliceras på arvingens fång till en sak, att man måste låta exakt samma tidpunkt vara avgörande i alla fyra riktningarna a, b, c och d. Intet hindrar i princip, att t. ex. dödsfallet är avgörande med hänsyn till frågan a, arvskiftet beträffande b och c och kanske boupptecknigen eller någon annan tidpunkt beträffande d.

Vad angår den tidpunkt, till vilken godtroskravet vid hävd bör knytas i fråga om en arvinge, som genom arvskifte fått en fastighet efter arvlåtaren, kunna vi konstatera, att detta spörsmål i själva verket är av synnerligen invecklad art och endast med svårighet kan föras fram till en tillfredsställande lösning. Det resultat, vartill diskussionen ovan i § 3 ledde, var, att HF:s ord om åtkomsten icke otvetydigt pekade ut någon bestämd punkt på linjen dödsfallet — arvskiftet samt att man icke borde anknyta godtroskravet uteslutande till dödsfallet men icke heller generellt till arvskiftet — ehuru skiftet onekligen ur åtskilliga synpunkter med full rätt kan betecknas såsom åtkomsttillfället i egentlig mening — utan däremot som regel till boupptecknigen (förutsatt att denna tidpunkt redan accepterats såsom avgörande för *dödsboets* godtrossituation före skifte), i vissa fall möjligen dock till arvskiftet. Det är alltså tydligt, att det ur hävdesynpunkt är missvisande att tala om dödsfallsögonblicket som det tidsmoment, till vilket förvärvet skulle räknas tillbaka.

4. Ett tillbakaräknande med den innebörden, att arvskiftets karaktär av verkligt fång helt utplånades, är uppenbarligen någonting praktiskt otänkbart. Det kan emellertid ha sitt intresse att — utöver vad som redan skett — belysa frågan, om skiftet verkar som ett ordinärt fång. Endast vissa punkter skola dock här beröras.

I fransk rätt anses det som en följd av arvskiftets deklarativa effekt, att skiftet — just därför att det icke är något verkligt fång — icke kan fungera såsom en sådan *justus titulus,* som

fordras för »usucapion». Med anledning härav bör för svensk rätts del följande anmärkas.

I fråga om tjuguårig hävd är skiftet fullt tillräcklig *justus titulus,* genom att det blir föremål för lagfart. Vid accessio possessionis betecknar skiftet tillkomsten av en ny innehavare ur hävdesynpunkt (vi ha ju också funnit, att föregående innehavare ur hävdesynpunkt måste anses vara boet). Detta förringas icke av att vi tillika funnit, att det krav på god tro vid åtkomsten, som HF uppställer, i varje fall i betydande omfattning bör knytas till en tidigare tidpunkt än skiftet.

Annorlunda ställer det sig med arvskiftets möjlighet att vara underlag för godtrosförvärv av lös egendom. Det är ju stadgad uppfattning, att våra regler om godtrosförvärv blott böra tillämpas på avhändelser inter vivos men ej på sådana fång som de successionsrättsliga.[2] Att detta är riktigt beträffande arvingarnas gemensamma — och ur deras personliga synvinkel i viss mån villkorliga — fång vid dödsfallet, formellt alltså numera dödsboets fång, torde vara obestridligt. Alltjämt är den tanken rotfast i svensk uppfattning, att arvingarna i huvudsak icke böra få bättre position än arvlåtaren, då de synpunkter, som eljest motivera den självständiga ställningen för godtroende förvärvare, här saknas (vid fast egendom inträda särskilda hänsyn, och där är det ju icke fråga om någon omedelbar godtroseffekt utan om trygghet först när hävdetiden fullbordats, vilket gör, att det hela kommer i annat läge). Tillräckligt stöd för att *de lege lata* utsträcka regeln om godtrosförvärv till arvfallet såsom fång för dödsboet finnes ej (även *de lege ferenda* synes f. ö. en dylik utvidgning icke motiverad). Hur ställer det sig då med arvskiftet? Är ej detta en sådan överlåtelse *inter vivos,* som ägnar sig för tillämpning av regeln om godtrosförvärv?

Naturligtvis kan skiftet ur många synpunkter träffande karakteriseras som en överlåtelse, men därav följer ju ingalunda, att en tillämpning av de vanliga principerna för godtrosförvärv är given. Skiftet intager dock vid en jämförelse med de vanliga överlåtelsetyperna (köp, byte och gåva) en särställning, och de synpunkter, som bära upp regeln om godtrosförvärv, sakna i huvudsak tillämplighet icke blott på själva arvfallet såsom fång

[2] Benckert II s. 209 ff., Undén, Sakrätt I s. 228 med hänvisningar.

för dödsboet utan även på arvskiftesförvärven. Det skulle f. ö. bli ett egendomligt, haltande system att förvägra själva arvfallet verkan såsom godtrosförvärv men ändock tillägga det kanske några månader därpå följande skiftet dylik effekt. Man skulle då också utan bärande skäl göra en olikhet mellan en ensam arvinge (eller universell testamentstagare), som får boet utan skifte och tydligen saknar grundval för godtrosförvärv, samt flera arvingar i förening, sedan de hållit skifte. Ett godtrosskydd för arvskiftesförvärvet synes icke heller hittills ha vunnit burskap i svensk rätt. Visserligen har NORDLING uttalat, att man med avseende på lös egendom synes böra antaga, att den som fått en sak i skifte, om han är i god tro, icke är skyldig att utlämna den utan lösen.[3] I övrigt ha emellertid icke i litteraturen påträffats speciella uttalanden, som beröra just arvskiftesförvärvet, sett fristående från arvfallet till samtliga arvingarna, och man får väl räkna med att den sedvanliga begränsningen av fång, som kunna föranleda godtrosförvärv, till avhändelser inter vivos avser att utesluta även arvskiftesförvärvet såsom blott en följdföreteelse till arvfallet.[4] Denna ståndpunkt är i varje fall att förorda. Någon analogi med hävdeinstitutet kan ej åberopas. Där kan ju även själva arvfallet fungera som justus titulus, vilket torde visa, hur annorlunda läget i fråga om hävd är.

Liksom skiftet ej torde kunna grunda egentligt godtrosförvärv av lös egendom, torde det icke kunna anses ha samma verkan som en vanlig överlåtelse, om det skulle gälla kollision mellan skiftet och tidigare överlåtelse eller upplåtelse från den döde eller från dödsboet. Har t. ex. boutredningsman sålt lös sak till tredje man men tradition icke skett, bör tredje man ändock kunna få ut saken utan lösen av arvinge, som i god tro vid skiftet erhållit saken (att förlusten icke skall drabba honom ensam är självfallet).[5]

[3] Nordling, ÄB s. 141. Jfr även Nordling, Allm. delen (1891) s. 290 f.

[4] Märk Undéns framhävande (a. st.) av att godtrosförvärv ej kan inträda »vid delning av bolagsegendom och annan upplösning av samfällighet» — Jfr även Chydenius, Finsk arfs- och testamentsrätt s. 120.

[5] Likaså bör, om boet upplåtit nyttjanderätt till en fastighet, denna nyttjanderätt utan vidare gälla mot arvinge, som i skifte får fastigheten, även om arvingen var i god tro; tilläggas bör emellertid, att redan en förnuftig tolkning av godtrosbegreppet för de flesta fall skulle medföra samma resultat, även om god tro ansåges ha någon betydelse; arvingen vore nämligen

Att skiftet i dessa och åtskilliga andra avseenden icke medför exakt samma verkan som köp, byte eller gåva (jfr härom vidare nedan), kan näppeligen historiskt förklaras som utslag av något tillbakaräknande, och en lära om tillbakaräknande skulle uppenbarligen icke heller kunna sägas vara en naturlig och lämplig formel att sammanfatta dessa förhållanden.

5. Fransk rätt belyser på ett intressant sätt den sidan hos tanken om arvskiftesförvärvens deklarativa eller retroaktiva effekt, att rättshandlingar m. m. från tiden före skiftet genom tillbakaräknandet i princip borde förlora sin verkan. Såsom antytts redan i kap. I, innebär den på Code civil art. 883 byggande franska uppfattningen praktiskt sett bl. a., att förfoganden av enskild arvinge före skiftet över hans tänkta andel i något föremål i boet (överlåtelse eller upplåtelse av något slags »droit réel») och vissa på annat sätt tillkomna rättsförhållanden, hänförande sig till dylik andel, visserligen från början betraktas såsom giltiga men retroaktivt förlora sin effekt, därest föremålet vid delningen tillskiftas någon annan arvinge. Framför allt synes detta ha betydelse för »hypotèques» av alla slag (såväl konventionella som legala och judiciella; undantag gäller dock för »hypotèques maritimes»).[6] Samma lära synes i regel åberopas, om det före skiftet tillskapade rättsförhållandet (t. ex. förfogande av en arvinge) skulle avse ej arvingens tänkta andel i ett föremål utan hela föremålet. Sådana förfoganden äro — åtminstone enligt en framträdande mening i fransk doktrin — ej i och för sig ogiltiga utan »simplement conditionnels, subordonnés au résultat final de la répartition», och tredje man, som gjort det villkorliga rättsförvärvet, har viss möjlighet att inskrida och bevaka sina intressen vid delningen.[7] Men till-

regelmässigt i ond tro. — På grund av det system, som i svensk rätt tillämpas i fråga om skapande av panträtt i fastighet, blir förhållandena där icke fullt analoga med dem vid t. ex. nyttjanderätt. Ett inteckningsmedgivande från boet, som icke åtföljes av inteckningsansökan, innan arvingen med stöd av skiftet söker lagfart, kan uppenbarligen därefter icke direkt leda till inteckning, oberoende av arvingens goda eller onda tro. Om innehavaren av skuldebrevet kan föra talan mot arvingen och påfordra dennes medgivande eller skadestånd är en annan sak, som icke här skall undersökas.

[6] Jfr ovan s. 51 f.

[7] Jfr Planiol-Ripert IV s. 763.

delas föremålet icke den förfogande arvingen, blir förfogandet i kraft av delningens »effet déclaratif» upphävt med retroaktiv verkan.[8] Man kan fråga, om principen även drabbar förfoganden från samtliga arvingarnas sida (före skiftet). I fransk praxis uppkom spörsmålet särskilt i den formen, att det gällde stiftande med allas samtycke av ett hypotek i en boets fastighet, med stipulation om solidarisk ansvarighet för delägarna. Även ett sådant hypotek ansågs av Cour de cassation träffas av den deklarativa effekten.[9] Detta orimliga resultat föranledde dock lagstiftaren att 1910 införa en undantagsregel i Code civil art. 2125, genom vilken ett dylikt hypotek förklarades giltigt. I fransk doktrin har hävdats, att man analogiskt bör utsträcka sagda undantagsregel till »tous les droits réels constitués collectivement au cours de la période d'indivision».[1] Därmed torde vara givet, att ännu mindre giltigheten av en *överlåtelse* från oskiftade boet med allas samtycke kan ifrågasättas.

Det är nu lätt att konstatera, att förhållandena i svensk rätt i motsvarande hänseenden på intet sätt motsvara den konsekventa läran om arvskiftets retroaktiva verkan. Med det svenska systemet sakna ju dödsbodelägarna bestämda andelar i de till boet hörande förmögenhetsobjekten och kunna på intet sätt var för sig förfoga över (överlåta eller belasta) någon andel i ett sådant objekt (t. ex. en fastighet). Hela problemet om den framtida giltigheten av dylika andelsförfoganden i förhållande till den i arvskiftet verkställda fördelningen uppkommer därför ej. Ännu mindre kan ju en enskild delägare före skiftet med någon omedelbar verkan förfoga över ett visst boets föremål i dess helhet (om han ej såsom boutredningsman eller på annan grund representerar dödsboet, men då handlar han å dess vägnar och i dess namn). Sådant förfogande kan endast ske från själva boets sida och därvid förfares i enlighet med reglerna om förvaltning av dödsbo. Dylikt förfogande kan självfallet icke rubbas genom arvskiftet, hur än detta sker. Man kan ju fråga, om icke ett förfogande av en enskild delägare före skiftet över

[8] Överhuvud anses ju i fransk rätt ett villkors uppfyllelse resp. bristande (deficiens) verka retroaktivt. Jfr Code civil art. 1179 och Malmström, Villkor II s. 52 med not 109.

[9] Ovan s. 52 not 4.

[1] Josserand III s. 686.

visst föremål är giltigt såsom ett villkorligt förfogande, som blir ovillkorligt, om just ifrågavarande föremål kommer på sagde delägares lott vid skiftet, men som eljest förfaller. Huru därmed än må förhålla sig,[2] ligger i den eventuella möjligheten av ett dylikt villkorligt förfogande — en möjlighet, som i varje fall saknar större praktiskt värde — ingenting, som kan försvara uppställandet av en lära om arvskiftesförvärvets tillbakaräknande till dödsfallet. Att förfogandet i alla händelser går om intet, därest villkoret — att föremålet vid skiftet tilldelas den förfogande delägaren — ej uppfylles, har uppenbarligen i själva verket intet med något slags retroaktivitet att göra, huru mycket än fransk doktrin kan finna det naturligt att inpassa ett dylikt självklart resultat i den allmänna franska läran om skiftets »effet déclaratif».

6. När tanken om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande skall undersökas och olika sidor av dess tänkbara praktiska innebörd prövas, skulle det också kunna spörjas, om tillbakaräknandet möjligen skulle ha någon betydelse i fråga om fördelningen av de olika föremålens avkastning, förvaltningskostnader o. dyl., i fråga om faran för de olika objekten m. m. och i fråga om beräkningen av dessas värde såsom grundval för delningen. Undersöker man närmare de berörda situationerna, torde det snart bli uppenbart, att även om principen om tillbakaräknandet vore positivt fastslagen en tillämpning av densamma här vore mycket långsökt, och att i alla händelser de konsekvenser, som här skulle kunna intolkas i tillbakaräknandet, vore så uppenbart praktiskt otillfredsställande, att de icke gärna kunde ifrågasättas till realiserande. De äro också svensk rätt fullkomligt främmande.

Om tanken om tillbakaräknandet skulle ha någon betydelse för avkastningen och kostnaderna, skulle denna väl innebära, att avkastningen under tiden från dödsfallet till skiftet borde tillfalla den, som fått modersaken, men att också var och en, som fått en sak, borde stå för nödiga och nyttiga kostnader

[2] Alldeles omöjligt är det väl ej att i vissa fall tänka sig dylika villkorliga avtal, men något praktiskt skäl att sluta ett sådant avtal kan endast sällan föreligga, varför spörsmålet synes sakna egentligt praktiskt intresse. En närmare diskussion därav skall därför här ej ske. Jfr NJA 1876 s. 101 samt för Finlands vidkommande Hakulinen i Zivilges. der Gegenwart X: I: 2 a s. 34 med not 18.

för densamma under samma tid.[3] Avkastningen finge då hållas isär från massan i övrigt och icke räknas med vid den primära fördelningen. Slutresultatet skulle kunna bli mycket ojämnt, utan att detta uppvägdes av några som helst praktiska fördelar. Detsamma gäller, om ett tillbakaräknande ansåges böra ske med avseende på faran för kasuell försämring eller förstörelse av föremål i kvarlåtenskapen. En verkan *ex tunc* tänkes nog i vissa andra fall medföra en retroaktiv omkastning av faran, men i detta sammanhang vore en sådan regel i allt fall orimlig. Faran måste vila på boet såsom sådant under boutredningen. En motsatt regel skulle innebära, att man på ett sätt, vars praktiska genomförbarhet endast med svårighet låter sig tänkas, skulle vid arvskiftet bygga icke på föremålens aktuella skick utan på deras skick vid dödsfallet. Detta skulle över huvud betyda, att — i varje fall om delägarna icke enades om annat — skiftet borde grundas på värdena vid dödsfallet. För denna princip är ju svensk lag främmande.[4] [5]

De här under 6 berörda »konsekvenserna» behöva ju ej vara åsyftade, så snart en teori om tillbakaräknande framställes, och lösningen i fallen i fråga torde förefalla självklar. De ha emellertid ansetts böra omnämnas, då de visa, hur en teori av dylikt slag, om den strängt tillämpades, pekade hän mot en rad ohållbara och delvis oklara konsekvenser, som i varje fall med ett visst formellt fog kunde förbindas med densamma.

C. I det föregående ha vi funnit, att principen om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande till dödsfallet icke blott innesluter en teoretisk motsägelse utan även råkar i konflikt med en hel

[3] På analogt sätt tänkes ju ofta innebörden av en verkan *ex tunc* i andra situationer; jfr Hakulinen, a. a. s. 56.

[4] Jfr NJA II 1933 s. 535 f., EGB s. 390. Jfr även Lindhagen-Lind s. 101 f. och i äldre rätt ÄB 11:1.

[5] Man kan leta upp ännu flera likartade konsekvenser, som borde ligga inneslutna i »tillbakaräknandet», om detta verkligen toges på allvar, och påvisa deras orimlighet. Antag t. ex., att dödsboet innehar en bil och i denna egenskap ådrager sig skadeståndsansvar. Icke kan, sedan bilen i arvskiftet tilldelats viss delägare, denne retroaktivt få uteslutande övertaga detta redan aktualiserade ägareansvar (vi kunna ju för att spetsa till fallet antaga, att på grund av tidigare egendomsavträde till boutredningsman delägaren i fråga är fri från personligt gäldsansvar)!

rad av de regler, som i aktuellt svenskt rättsliv tillämpas eller kunna förordas. Den ger alltså icke ett verklighetsbetonat uttryck för hithörande förhållanden och förtjänar därför *de lege lata* ingalunda någon användning ens som subjektiv bild. Tillika torde ha framgått, att den, även om man stode inför uppgiften att utforma en ny lagstiftning, skulle vara oanvändbar såsom lagtekniskt hjälpmedel. Att den kunnat bibehålla sig i fransk rätt beror väl till en del på allmän respekt för de principer, som vunnit fotfäste i Code civil, och till stor del på att den icke gärna kan uppgivas annat än i sammanhang med en genomgripande revision av reglerna om gemenskapen före skifte. Så länge denna är så löst organiserad som den i princip är enligt Code civil, har arvsdelningens »effet déclaratif» tydligen ansetts vara ett medel för att få fram regler, som — ehuru delvis oklara och diskutabla — dock på en omväg upphäva vissa av de nackdelar, som eljest skulle följa av reglerna om själva gemenskapens organisation.

Skall det alltjämt inom svensk successionsrätt talas om en succession för arvingarna omedelbart vid dödsfallet, så kan — så som undersökningen ovan utfallit — däri icke på något sätt inläggas någon idé om arvskiftesförvärvens tillbakaräknande till dödsfallet. Den i § 1 av detta kapitel uppkastade frågan därom[6] har härmed fått sitt svar. Om man vill använda uttryckssättet, att arvingarna succedera omedelbart vid arvlåtarens död, använder man alltså uttrycket succession i en vidsträckt betydelse, och det reella underlaget utgöres av vissa ovan i nyssnämnda paragraf angivna förhållanden. »Successionen» för varje arvinge personligen betyder, att han vinner en aktuell arvsrätt med delägarskap i dödsboet, och denna arvsrätt bildar såsom en enhet betraktad en beståndsdel i hans förmögenhet. Den allmänna praktiska grundtanken i ipso-iure-systemet är bevarad. Liksom arvingen — såsom visats i § 2 och delvis i § 3 — icke vid dödsfallet förvärvar några fixerbara och disponibla andelar i de konkreta objekten i boet, så kan man emellertid icke heller via en till arvskiftet knuten retroaktivitetskonstruktion i efterhand hänföra hans förvärv av konkreta tillgångar till arvfallet.

Eftersom det begreppsschema, på vilket BL bygger, innebär,

[6] Ovan s. 131 f.

att dödsboet skall behandlas som ett särskilt rättssubjekt, formellt-tekniskt skilt från arvingarna personligen, är det tydligen ur samma strängt formella synpunkt icke alldeles exakt att säga, att *arvingarna* succedera omedelbart vid dödsfallet. Tänker man på boets aktiva som en samling konkreta tillgångar, ger det snarare ett bättre uttryck för BL:s system att säga, att dödsboet succederar vid dödsfallet och arvingarna personligen genom arvskiftet. När nu emellertid även satsen, att arvingarna succedera vid dödsfallet, döljer vissa — traditionellt med densamma förknippade — faktiska realiteter, visar det sagda, med vilken försiktighet man över huvud får upptaga dylika allmänna och abstrakta principdeklarationer och hur lätt de kunna bli missvisande, om de icke genast förses med förklarande utläggningar och modifierande tillägg, som då också betaga dem en god del av deras skenbara enkelhet och klarhet.

Liksom arvskiftet icke kan sägas verka retroaktivt, kan det icke heller karakteriseras som deklarativt i detta ords normala och egentliga mening.[7] I stort sett har skiftet ju i stället beträffande de föremål, som arvingen däri får, karaktären av ett fång för honom. Föremålen såsom sådana införlivas då med hans personliga tillgångar. Han kan träffa förfoganden över dem, betraktade *ut singuli;* hans borgenärer kunna taga dem i anspråk. För fastighet börjar med skiftet hans lagfartsskyldighet att löpa, o. s. v. Det finnes emellertid å andra sidan icke därför någon anledning att ställa upp en translativ konstruktion av skiftet i *den* meningen, att man i detalj skulle s. a. s. påtvinga skiftet egenskapen av en vanlig överlåtelse inter vivos med alla en sådan överlåtelses vanliga verkningar. Skiftet är ett fång men ett fång av specifikt slag, som visst icke i alla avseenden får samma effekt som t. ex. ett köp eller ett byte rörande motsvarande objekt. Samtidigt som vi ovan diskuterat idén om tillbakaräknandet, ha vi kunnat belysa åtskilliga sådana olikheter mellan skiftet och vanliga förmögenhetsrättsliga fång, utan att dock ha genomfört en uttömmande jämförelse. Principen måste emellertid tydligen, när det gäller sådana problem rörande arvskiftet såsom fång, vilka icke direkt i lag lösts, vara en självständig bedömning och icke en efterbildning utan

[7] Jfr ovan s. 50 not 4.

vidare av regler på andra rättsområden; å andra sidan böra analoga regler tillämpas, där så är icke blott möjligt utan även sakligt motiverat.

När man måste avvisa tanken om fixa ideella andelar före skifte för de olika arvingarna i särskilda objekt, får skiftet naturligtvis icke uppfattas som inbördes överlåtelser av sådana tänkta andelar; detta är ännu klarare nu än före BL.[8] Man tvingas alltså icke av någon sådan utgångspunkt att på ett tillskiftande av fastighet till viss arvinge tillämpa vanliga regler om fastighetsöverlåtelse. Ur lagfartssynpunkt anses numera icke någon överlåtelse av fastighetsandel föreligga; den förvärvande arvingen får lagfart på hela fastigheten i anslutning till arvlåtarens lagfart (t. o. m. om fastigheten är mera värd än hans arvslott, så att mellangift utgått). Man kan icke i fråga om tänkta andelar tillämpa reglerna om ogulden köpeskillings rätt o. s. v. En arvinge, som icke får del i fastigheten, torde icke till skiftet behöva sin makes samtycke; GB 6:4 är icke här tillämpligt.[9] Beträffande omyndig delägare, som icke får lott i fastigheten, erfordras icke på grund av FL 8:15 rättens tillstånd, då ingen egentlig överlåtelse av omyndigs fasta egendom föreligger, utan endast jämlikt FL 7:5 överförmyndarens samtycke.[1]

Icke heller därför, att skiftet kan sägas innebära ett slags succession från dödsboet till den enskilde arvingen beträffande de föremål, som komma på hans del, får man emellertid — såsom nyss betonades — betrakta skiftet som en vanlig överlåtelse inter vivos av sagda förmögenhetsobjekt. På förhållandet dödsboet — arvingen kan man alltså ej, om fast egendom tillskiftas arvingen, tillämpa de allmänna reglerna om fastighetsöverlåtelse (som i så fall här skulle gälla fastigheten som helhet), trots att BL:s rättssubjektskonstruktion låter boet formellt framstå såsom ägare före skiftet. Icke heller ur denna synvinkel finnes det någon anledning att göra något undantag för det fall, att arvingen får

---

[8] Jfr ovan s. 161 f.

[9] Westring, GB s. 122.

[1] Lagberedningen, ÄB I s. 304 f., Stenbeck-Lindhagen s. 121, Bergquist i SvJT 1936 s. 295; rättsfall i SvJT 1930 rf s. 2. Annorlunda i äldre praxis, se NJA 1903 s. 126, 1909 s. 635, utan att dock däri behöver ligga en utpräglad andelskonstruktion (jfr nedan i texten). Se med avseende å äldre rätt ovan s. 92 not 8 ävensom Nordling, ÄB s. 128, och NJA 1876 s. 101.

en fastighet mera värd än hans arvslott, mot skyldighet att utge visst skillnadsbelopp till de andra. Vi ha redan sett, att man i praxis vägrat att tillämpa stadgandena om ogulden köpeskillings rätt i fråga om dylikt skillnadsbelopp.[2] Vi ha också funnit, att man vid kollision mellan skiftet och tidigare verkställd vanlig överlåtelse eller — vilket väl har större praktisk vikt — tidigare upplåtelse av begränsade sakrätter icke kan tillmäta skiftet en verkan analog med en ordinär överlåtelses.[3]

Om sålunda varken någon samäganderättsliknande andelsuppfattning — såsom över huvud oriktig — eller tanken om skiftet som en succession från boet till arvingen står hindrande i vägen för den ovan utvecklade principen om en fullt självständig bedömning av spörsmål rörande skiftet som fång, och om vidare en undersökning visar, att man i en mångfald avseenden tillämpar eller med hänsyn till svensk rätts förutsättningar måste tillämpa andra regler på skiftet som fång än de vanliga reglerna om överlåtelse inter vivos, så har man å andra sidan icke därmed ådagalagt någon omöjlighet att i vissa hänseenden tillämpa samma eller likartade regler som vid vanliga överlåtelser. Så kan ske, om det är sakligt motiverat, och i detta avseende kunna naturligtvis olika meningar tänkas (lagens direkta regler äro ju knapphändiga). Principen om den självständiga bedömningen av arvskiftet som fång hindrar alltså icke *i och för sig,* att det t. ex. hävdades, att FL 8: 15 analogt borde tillämpas på skifte, genom vilket fast egendom i boet icke till någon del tillfölle omyndig delägare. Att övervägande skäl — bl. a. hänsyn till »hans mening, som lagen gjorde» — tala emot en sådan analogi, är en annan sak.[4] Från ett hävdande av en dylik utsträckning av regeln i FL 8: 15 (eller motsvarande regel i äldre rätt, ÄB 22: 3 och JB 4: 8) skulle man alltså omvänt icke kunna sluta sig till att premissen ofelbart varit vare sig en samäganderättsliknande andelskonstruktion eller en idé om skiftet över huvud som en ordinär överlåtelse inter vivos; å andra sidan *kan* utgångspunkten ha varit sådan.[5] Det ovan utvecklade betraktelsesättet hindrar vidare *i och för sig* t. ex. icke en analogisk

[2] Ovan s. 204.

[3] Ovan s. 207 med not 5.

[4] Jfr föreg. sida med not 1.

[5] Jfr de å nyss anf. st. åberopade rättsfallen ävensom ovan s. 92 not 8.

tillämpning av formreglerna för fastighetsöverlåtelse på skifte, som avser fast egendom. Den nuvarande formregeln för arvskifte i BL 6:4 (och för bodelning i GB 13:1) gör en sådan analogi obehövlig, men funnes intet formkrav för arvskifte, vore analogitanken ingalunda orimlig.[6] Det kan i detta sammanhang vara av intresse att erinra om FL 7:2. När där stadgas, att förmyndare, som för omyndig delägare i oskiftat dödsbo vid förvaltningen av den dödes egendom deltager i rättshandling, är pliktig att till rättshandlingen inhämta överförmyndarens eller rättens samtycke, såframt sådant samtycke för giltigheten av dylik rättshandling vid förvaltningen av omyndigs egendom är erforderligt, så blir ju bl. a. följden, att avyttring eller inteckning för gäld av boets fasta egendom måste underställas förmynderskapsdomstolen med hänsyn till den omyndiges del i boet.[7] Stadgandet berör ju icke arvskifte men har här det intresset, att antydda transaktioner rörande boets egendom likställts med motsvarande rättshandlingar i fråga om den omyndiges egen egendom, utan att man därur får utläsa någon tanke om viss bestämd ideell andel för den omyndige i de olika föremålen i boet. Samtidigt visar emellertid det förhållandet (jfr ovan), att ett arvskifte, genom vilket den omyndige går miste om fastighetsandel, icke avsetts skola falla in under FL 7:2 utan blott under 7:5 (där endast överförmyndarens samtycke kräves), att för lagstiftaren skälen för en analogi med vanliga regler om överlåtelse av omyndigs fasta egendom tett sig väsentligt svagare i arvskiftesfallet än i fallet med avyttring från boets sida av fastigheten.

Det bör tilläggas, att de synpunkter, som här utvecklats rörande innebörden av arvskiftet såsom fång, i stor utsträckning kunna tillämpas även på det fall, att delägare i boet — med eller utan vederlag — före skifte överlåter sin lott i boet till annan. Även om boet omfattar fastighet, innebär överlåtelsen icke köp resp. gåva av ideell fastighetsandel; man får icke automatiskt tillämpa de för fastighetsöverlåtelse stadgade samtyckeskraven (detta blir ett självständigt analogispörsmål), man kan icke tillämpa formkravet för fastighetsöverlåtelse, ej heller

[6] Jfr Marks von Würtemberg i NJA 1908 s. 545 (se även Lind i Festskrift tillägnad Marks von Würtemberg s. 375).

[7] Så även i äldre rätt, Stenbeck-Lindhagen s. 112.

kräva andelslagfart o. s. v.[8] Även om man betraktar transaktionen icke huvudsakligen med hänsyn till dess verkan i fråga om fast egendom i boet utan tänker på densamma som en totalitet, får man nog beteckna den som en överlåtelse av specifikt slag, och det kan tänkas påfordrat med modifikationer i vanliga överlåtelseregler.[9]

Skulle — på sätt tidigare berörts[1] — gemenskapen upplösas icke genom skifte utan genom att en av delägarna successivt övertager de andras andelar i det hela och därigenom förvärvar hela boet, gäller naturligtvis det nyss sagda om de olika överlåtelserna, betraktade var för sig. Så snart egendomen på detta sätt sammanförts hos en arvinge, föreligger emellertid för honom ett fång till de olika konkreta objekten, likartat med det, som hade förelegat, därest i arvskifte samma föremål hade tillskiftats honom. Ingick fastighet i kvarlåtenskapen, måste sålunda i och med förvärvet av den siste medarvingens lott i boet lagfartsskyldighet börja löpa på vanligt sätt, men lagfart för den övertagande arvingen bör få anknytas direkt till den dödes lagfart, på samma sätt som när hela uppgörelsen genomförts på en gång och inom ramen för en handling, som direkt rubricerats som arvskifte. Arvingen i fråga bör icke — åtminstone ej sedan den egentliga avvecklingen av boet slutförts — kunna företaga rättshandlingar i *boets* namn med avseende å de från kvarlåtenskapen härrörande föremålen, ej stifta ny dödsbogäld o. s. v. — utan att dock boet s. a. s. definitivt förintats, eftersom ett avträdande av boet till boutredningsman eller konkurs under vissa betingelser alltjämt torde vara möjligt.[2]

[8] Jfr NJA 1916 s. 85.

[9] Jfr ur finansrättslig synvinkel NJA 1931 s. 130, 1934 s. 502 och Beckman i SvJT 1937 s. 829.

[1] Ovan s. 141.

[2] Ib.

KAP. IV.

Successionen till saklegat.

§ 1.

Utgångsläget för undersökningen.

I föregående kapitel har huvudsakligen talats om arvingar, men det där sagda har i stort sett utan vidare varit tillämpligt också på universella testamentstagare. Legatarier ha däremot en helt annan ställning, och problem göra sig i fråga om dessa gällande, vilka kräva sin särskilda undersökning. Vi skola här icke behandla legat av viss penningsumma (eller eljest av viss kvantitet) utan inskränka oss till sådana legat, som innebära, att visst bestämt föremål i kvarlåtenskapen skall tillfalla legatarien, alltså vad man för korthetens skull kan kalla saklegat (även legat av nyttjanderätten till viss sak lämnas utanför). Det är uppenbart, att mot bakgrunden av den tidigare framställningen saklegatet här har sitt särskilda intresse.

I främmande rätt har man som bekant på flera håll fastslagit, att det legatariska förordnandet alltid medför endast en fordringsrätt mot de universella successorerna, däremot icke någon omedelbar sakrätt till objektet. Så är bl. a. fallet i tysk rätt. Belysande är uttryckssättet i BGB § 2174: »Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstandes zu fordern.»[3]

[3] I romersk rätt funnos båda typerna representerade. Om romarrättens utveckling på denna punkt se t. ex. Sohm s. 762 ff., Kipp, Erbrecht s. 273 f., Cuq s. 770, Girard s. 980 ff.

Även i gemeines Recht räknade man därför med möjligheten till ett sakrättsligt legat (vindikationslegat). Se exempelvis Windscheid-Kipp III s. 640 ff.

Om legat enligt BGB såsom blott obligationsrättsligt se t. ex. Endemann III s. 280 f., Kipp, Erbrecht s. 274, 299, RG-Komm. V ad § 2174, Fischer.

Denna åskådning har aldrig vunnit verkligt fotfäste i Sverige (och Finland), ej heller för övrigt, såvitt man kan bedöma, i Danmark och Norge.[4] Det torde här vara obehövligt att följa den svenska uppfattningen längre tillbaka än till mitten av 1800-talet. Den åsikten visar sig allmänt omfattad, att legatarien in dubio blir ägare omedelbart i och med testators död, låt vara till en början villkorligt. Ur praxis skall här blott

Familie und Erbe s. 68, 69 (»Der Vermächtnisnehmer bekommt den Vermächtnisgegenstand nicht unmittelbar, sondern nur einen obligatorischen Anspruch auf ihn. Wenn A. zum Erben eingesetzt und dem B. ein dem Erblasser gehöriges Haus vermacht ist, so wird kraft Universalsukzession zunächst einmal A. auch Eigentümer des vermachten Hauses, B. wird erst Eigentümer, wenn A., wozu er verpflichtet ist, dem B. das Haus nach § 925 BGB übereignet»). Se även Lagberedningen, ÄB III s. 67, 213.

Även schweizisk rätt hyllar principen om legatets nödvändigt obligationsrättsliga karaktär. Se ZGB art. 562 samt Tuor s. 218, 226, 500, 576 ff. och Lagberedningen, a. a. s. 213 f.

Också i österrikisk rätt betraktas legatarien såsom innehavare av ett säreget slags fordran, d. v. s. anses icke bli ägare omedelbart, även om förordnandet avser bestämd sak. Ägare blir legatarien först genom tradition resp. inskrivning. På grund av den österrikiska principen, att arvingarna bli ägare först genom »Einantwortung» (jfr ovan s. 25 not 7), anses legatet dock icke alltid s. a. s. passera genom arvingarnas rättssfär. Så sker blott, om legatet verkställes *efter* arvingarnas Einantwortung; verkställes det däremot dessförinnan, blir legatarien trots legatets obligatoriska natur rättsefterföljare direkt till testator. För det sagda se Ehrenzweig II: 2 s. 327, 499, 521.

Vad fransk rätt beträffar, som närmast brukar anses fatta legat av bestämd sak som vindikationslegat, något som dock i själva verket framträder tämligen oklart, jfr Code civil art. 711, 1014, Planiol-Ripert V nr 636 ff.

Även på andra håll än de hittills berörda räknar man med de båda kategorierna vindikationslegat och obligatoriskt legat såsom i princip tänkbara och tager ställning till deras praktiska tillåtlighet. I riktlinjerna för en grekisk civillagsreform räknar man med båda typerna enligt Macris i ZAIP 1935 s. 613. Bestämmelserna i Brasiliens civillag anses stå på vindikationslegatets grund enligt Zivilgesetze der Gegenwart III s. 328, 349.

[4] Beträffande Danmark kan hänvisas till Bentzon s. 332 f.: »Man har ment, at Legataren, selv hvor han har faaet Ret til en individuel i Boet værende Ting, kun har en obligatorisk Ret. Dette kan dog ikke antages — — —. Legataren maa ligesom Arvingen umiddelbart ved Arvefaldet erhverve den ham tildelte Ret, altsaa have en tinglig Ret, normalt en Ejendomsret over Tingen. Selvfølgelig kan Testamentet bestemme, att Legataren ogsaa i saadanne Tilfælde kun skal have en Fordringsret paa Arvingen eller Arvingerne; men der er i Almindelighed ingen praktisk Grund til at udelukke den direkte tinglige Erhvervelse, idet man ved denne undgaar det Besvær (Skøde, Tinglysning) og de Afgifter, som en senere formel Overdragelse af Tingen,

påpekas ett fall, avdömt av HD 1850 och refererat i *SJA XXII s. 35.*[5] I doktrinen uttalar sig SCHREVELIUS mycket bestämt för en dylik uppfattning.[6] NORDLING framhåller, att testamentstagaren i förhållande till arvingen räknas äga största grad av självständighet i sin rätt på grund av testamentet och sålunda, vad rättighetens art beträffar, antages erhålla den fullaste befogenhet över det förmögenhetsobjekt, som är föremål för rättigheten, varför han till individuellt bestämda saker vinner äganderätt, även om uttrycken för hans rätt äro svävande (varmed han väl åsyftar, att hans rätt till en början är villkorlig).[7] KNUT OLIVECRONA förklarar bl. a.: »Likasom arvingarnes rätt att succedera till kvarlåtenskapen inträder omedelbart med arvlåtarens frånfälle, så inträder ock testamentstagarens rätt till succession med testamentsgivarens död, om ej något i testamentet utsatt villkor *först* måste uppfyllas. Avser dispositionen äganderätt, blir testamentstagaren, på grund av testamentet, *ägare* av det till honom testamenterade godset, och denna hans äganderätt inträder omedelbart med testamentsgivarens död, utan att någon speciell åtgärd är erforderlig för äganderättens förvärvande. Men hans rätt är till en början, eller intill dess att testamentet vunnit laga kraft, att anse såsom helt och hållet *villkorlig.*»[8] En likartad grundinställning representeras av senare doktrin.[9] Man bör för att vara fullständig erinra om att den villkorlighet,

hvor det gælder en fast Ejendom eller et Skib, maatte medføre.» I fråga om innebörden av legatariens sakrätt se nu även inlägg i Juristen 1937 av Borum (s. 17—24) och Andersen (s. 65—68), som särskilt beröra Tinglysningslovens inverkan.

I fråga om norsk rätt se Knoph s. 200, 312, 316 f., Augdahl, Skifterett s. 61, Platou s. 351 f. Jfr om dansk och norsk rätt även Lagberedningen. ÄB III s. 215.

[5] Jfr även SJA XXXIII s. 232.

[6] Schrevelius, Civilrätt II (2 uppl.) s. 97.

[7] Se Nordling, ÄB (3 uppl.) s. 221. Jfr även ib. s. 19 samt Nordling, Allm. delen s. 241.

[8] Knut Olivecrona, Testamentsrätten s. 351 (2 uppl. s. 376 f.). Samma uppfattning utvecklas ib. s. 353 f. (2 uppl. s. 379 f.) och motiveras med att lagen ingenstädes säger, att äganderätten först skall tillfalla universalsuccessorerna och först sedermera övergå på testamentstagaren, utan att lagen snarare genom ordet »behålle» i ÄB 18:3 erkänner dennes egenskap av ägare redan från dödsfallet (ehuru äganderätten till en början är villkorlig).

[9] Se sålunda Thyrén, Kommentar till SL kap. 20 s. 44 f., Kallenberg bd I s. 594 f. (som även han hänvisar till ÄB 18:3) samt Benckert i TfR 1926 s. 166, som yttrar: »Till boets egendom får man emellertid ej hänföra

som doktrinen nödgats konstatera, hängt samman icke blott med frågan om testamentets giltighet och dess vederbörliga bevakning etc. utan även med det företräde, som den dödes borgenärer ju alltid haft framför legatarien.

Den traditionella svenska uppfattningen kommer klart till uttryck i TL:s motiv, där *Lagberedningen* bl. a. uttalar: »Enligt germansk uppfattning föreligger icke någon principiell olikhet mellan universella förordnanden och legat. Även legatarien mottager vad honom tillkommer direkt från arvlåtaren; hans förvärv förmedlas icke av andra successionsberättigade. Denna ståndpunkt är av gammalt även den svenska rättens, och någon anledning att frångå denna naturliga och fast rotade uppfattning föreligger icke. Endast till den del förut berörda praktiska skäl föranleda att olika regler uppställas för universella förordnanden och legat bör detta ske. Huvudregeln bör sålunda alltjämt bliva, att den egendom, varom fråga är, vid dödsfallet direkt tillfaller legatarien; legat skall utgå av oskifto, såsom det heter i förslagets 3 kap. 2 § [TL 3: 2]. Någon tvingande regel är emellertid icke detta; bör testamentet så tolkas, att legatet skall utgivas av viss arvinge eller testamentstagare, får legatarien ett anspråk mot den sålunda förpliktade men icke någon rätt i det oskiftade dödsboet. — — — Om testamentstagaren fått sig tillerkänd viss i kvarlåtenskapen befintlig sak, framträder skarpast betydelsen av den förut berörda olikheten beträffande legatets rättsliga natur. Enligt såväl gällande rätt som förslaget blir då testamentstagaren i och med dödsfallet i regel ägare till saken (vindikationslegat), och hans prioritet i förhållande till övriga testamentstagare, universella eller speciella, är därmed given.»[1] Även på andra ställen i TL:s motiv varieras samma grundtanke: om testator bestämt, att viss person, som har del i kvarlåtenskapen, skall utgiva legatet, uppkommer blott obligatorisk rätt mot den sålunda förpliktade, men om intet dylikt bestämts, blir testametstagaren direkt ägare, d. v. s. legatet innefattar sakrätt.[2]

Att lagberedningen med BL velat göra dödsboet till en juridisk

sådan egendom, som genom testamente tillagts legatarie; till sådan egendom förvärvar legatarien äganderätt i och med dödsfallet.»

Överensstämmande i finländsk doktrin Chydenius s. 224 f., Ekström, Allm. läror s. 235, B. C. Carlson i FJFT 1937 s. 349 f. Se även ib. s. 354 (jfr dock s. 356).

[1] Lagberedningen, ÄB III s. 67 f.

[2] Ib. s. 215. Jfr även ib. s. 370 samt NJA II 1933 s. 144.

person innebär icke, att beredningen velat rubba på den förut hyllade uppfattningen om den legatariska successionen. I motiven till BL 5:4 framhålles, att viss egendom, som tillagts en person i testamente, »i regel måste betraktas såsom testamentstagarens tillhörighet alltifrån arvfallet», d. v. s. dödsfallet.[3] (Skulle undantagsvis egendomen enligt beredningens principer icke böra anses omedelbart tillfalla legatarien, bör den väl enligt beredningens system anses tills vidare tillhöra själva dödsboet.) Satsen, att äganderätten till egendomen redan från dödsfallet tillkommer legatarien, utnyttjas i motiven såsom ett skäl för presumtionsregeln i BL 5:4, att på legatarien skola komma alla nödiga kostnader för egendomen, bortsett från sådana, som föranletts just av boutredningen, alltså emellertid ej blott kostnader, som erfordrats för utvinnande av avkastning (enligt samma § tillfaller avkastningen legatarien). Till frågorna om kostnader och avkastning återkomma vi längre fram.

Undersöker man nu närmare legatariens ställning i olika tänkbara fall, visar det sig icke möjligt att samla de olika variationerna i två enkla huvudtyper, ett »sakrättsligt» legat, utgående av oskiftade boet, och ett »obligatoriskt» legat, belastande viss delägares lott. *Om* motsättningen sakrätt — obligationsrätt i traditionell mening verkligen vore utan vidare tillämplig här, borde man ju räkna också med typen »obligatoriskt» legat, belastande oskiftade boet, såsom principiellt möjlig;[4] emellertid måste man med den tidigare i doktrinen förda livliga diskussionen om begreppen sakrätt och obligationsrätt i minnet a priori vara kritiskt inställd till möjligheten att företaga en uppdelning med ledning av desamma. Även en annan synpunkt bryter omedel-

[3] NJA II 1933 s. 508. Så även EGB s. 360. Vad beträffar reservationen »i regel», syftar väl denna sannolikt främst på fall, då legatet icke belastar oskiftade boet utan endast viss lott däri. Om man läser andra stycket å s. 509 i NJA II 1933, skulle detta dock kunna föranleda den tydningen, att allt det föregående — även satsen med »i regel» — skulle avse legat av oskifto. Det skulle då finnas fall, låt vara undantagsfall, då legat av oskifto icke skulle anses tillhöra legatarien redan från dödsfallet. I så fall har väl avgörandet härav tänkts bero på en testamentstolkning, som då borde ge vid handen, om sakrätt eller obligatorisk rätt för legatarien avsetts av testator. Huru härmed förhåller sig skall något beröras nedan s. 271.

[4] Jfr tysk, schweizisk och österrikisk rätt samt ovan föregående not och Ekström, Allm. läror s. 235.

bart den nyss antydda grupperingen i två huvudtyper: motiven till TL 3: 2 räkna även med den möjligheten, att testamentets innehåll kan föranleda därtill, att legat, som utgått av oskifto, det oaktat skall vid skiftet avräknas på viss lott.[5] Därmed snuddar man vid det förhållandet, att en schematisering — särskilt med stöd av utpräglat teoretiskt-juridiska begrepp — icke går väl tillsammans med den obestridliga utgångspunkten, att (bortsett framför allt från förhållandet till den dödes borgenärer) en testamentstolkning skall vara avgörande.

I själva verket har man i detta sammanhang icke att göra med en enkel motsättning sakrättsligt contra obligatoriskt legat utan om en hel serie av spörsmål rörande legatariens ställning, bland vilka redan vid en första betraktelse framträda i varje fall tre större frågor: dels frågan, vem eller vilka legatet ekonomiskt (vid beräkningen av övriga successorers lotter) skall belasta, dels frågan, vem som skall ombesörja själva den yttre verkställigheten av legatet, och dels frågan, vilken karaktär i övrigt legatariens anspråk att utfå legatet har (om det i kollisionsfall är av mer eller mindre »sakrättslig» typ i vanlig mening o. s. v., och om över huvud beteckningen av saklegatarien såsom i normalfall ägare från dödsfallet ger en riktig bild av situationen). Lösningarna på dessa frågor behöva icke uppträda blott i vissa tvångskombinationer utan måste principiellt betraktas såsom inbördes oberoende. Det skall i det följande visas, att den tredje av de nyss antydda frågorna i sin tur upplöser sig i en hel serie sinsemellan i viss mån fristående spörsmål.

Vem som ekonomiskt sett skall bära legatet beror självfallet i första hand på en testamentstolkning. Det regelmässiga är ju, att det belastar oskiftade boet, d. v. s. samtliga arvingar och universella testamentstagare (det är ej riktigt att säga samtliga delägare, då bland dessa kan finnas även efterlevande make), men det kan även belasta viss universell successors eller viss annan legataries lott. Skulle testamentet ej ge något visst vid handen, gäller det första alternativet enligt tolkningsregeln i TL 3: 2. Själva verkställandet av legatet faller naturligtivs praktiskt sett alltid på dödsboet i de fall, då legatet skall belasta oskiftade massan (jfr avfattningen av TL 3: 2), och regleras

[5] Lagberedningen, ÄB III s. 216. Jfr Bentzon s. 337 f.

närmare av BL 5: 1. Skall legatet belasta viss särskild successors lott, finnas däremot såsom praktiskt möjliga alternativ såväl verkställande genom dödsboets försorg som utgivande genom den successor, vars lott legatet skall belasta. Det normala är väl under de givna förutsättningarna det senare alternativet, varom BL 5: 2 handlar, men testamentets innehåll kan tänkas föranleda den andra metoden (jfr ovan). De särskilda praktiska verkställighetsfrågorna skola här icke behandlas. Det bör anmärkas, att saklegat, belastande blott viss successors lott, torde vara sällsynta men dock ej kunna betraktas såsom helt otänkbara; därom mera nedan i § 3.

Det, som här särskilt tilldrager sig intresse, är det frågekomplex, som ovan på ett kort och egentligen kanske föga belysande sätt har betecknats som frågan, vilken karaktär legatariens anspråk att få ut legatet har. Detta frågekomplex skall i det följande något skärskådas. Ett resultat av denna undersökning har redan ovan i förväg antytts, nämligen att man under denna samlingsrubrik får att göra med en hel rad inbördes rätt olika spörsmål, förenade närmast genom den av den doktrinhistoriska traditionen skapade formella förbindelsen med den teoretiska klassificeringen av legatariens position.

§ 2.

Undersökning av legatariens ställning vid saklegat, som skola fullgöras av dödsboet.

Vi ha sett, att man brukar betrakta legatarien såsom ägare från dödsfallet, om man icke i det enskilda fallet anser sig kunna utläsa sådana bestämmelser ur testamentet, att legatarien anses böra betecknas såsom innehavare av ett blott obligatoriskt anspråk, ehuru legatet avser individuellt bestämd sak. Vid legat att fullgöras av dödsboet räknar man nog i allmänhet knappast med det senare alternativet såsom i någon nämnvärd grad praktiskt förekommande. Så mycket kan också utan vidare konstateras såsom obestridligt, att den reella positionen för legatarien, sådan den är i svensk rätt, normalt icke stämmer med det »obligatoriska»

system, som t. ex. råder enligt BGB. Legatariens förvärv förmedlas icke av de universella successorernas (dödsboets) i *den* mening, som detta sker i tysk rätt, och ingen sympati torde finnas för att övergå till ett dylikt mera förkonstlat system. Det strider helt och hållet mot svensk lags åskådning att betrakta saklegatarien såsom principiellt ett slags borgenär hos boet. Men därmed är ju icke fastslaget, att över huvud motsättningen sakrätt — obligationsrätt (äganderätt — fordran) här, även om begreppen omtydas rent realistiskt, verkligen uttrycker något väsentligt. Det gäller att undersöka legatariens ställning i olika avseenden och att därefter se, om man — sedan de i § 1 berörda frågorna om legatets avräkning och verkställande frånskilts och förutsatts såsom redan lösta — verkligen kan samla tänkbara variationer under typrubrikerna sakrättsligt och obligatoriskt legat. Samtidigt ges tillfälle att kontrollera, i vad mån de praktiska motiv, som bl. a. vid BGB:s utarbetande anfördes för legatets nödvändigt obligatoriska karaktär, verkligen tala för detta system och åsidosättas i det svenska systemet.

Av det sagda har framgått, att undersökningen icke kan taga de nyss anförda kategorierna såsom givna, ännu mindre draga logiska slutsatser av dem. Å andra sidan kan man icke undgå att räkna med distinktionen mellan de båda typerna såsom ett doktrinhistoriskt faktum, som satt spår även i svenskt juridiskt tänkande och i motiven till den nuvarande lagstiftningen och som möjligen kan innehålla tanken på vissa praktiska detaljregler i en del hänseenden.

A. Det bildlika uttryckssätt, som brukar användas för att beskriva exempelvis en överlåtelse och som går tillbaka på det mera oreflekterade rättsliga föreställningssättet, är ju utformat så, *som om* rätten till en sak vore en ideell enhet av något slag, vilken kunde av en person s. a. s. flyttas över till en annan. Språkbruket är ju vidare ofta utformat så, *som om* denna tänkta ideella enhet bevarade sin identitet, sin kärna, oberoende av det växlande »rättsskydd», som i olika situationer tillmätes densamma. Det närmast liggande exemplet är det traditionella föreställningssättet rörande äganderättens övergång vid köp enligt svensk rätt, enligt vilket köparen redan i och med avtalet tänkes bli ägare, ehuru med endast svagt rättsskydd. Som bekant har

samtidigt detta sätt att behandla äganderättsbegreppet sedan gammalt korsats av en från motsättningen sakrätt contra obligationsrätt stammande strävan att icke tala om uppkomsten av äganderätt, förrän en mot tredje man något så när tryggad position uppnåtts. Dessa doktrinhistoriska förhållanden, som yttrat sig i tendenser, vilka under den historiska utvecklingen av läran om äganderättens övergång vid köp i svensk rätt på ett förvirrande och ofta för författarna själva omärkligt sätt blandats med varandra, kunna vara lämpliga att ha i minnet, när man undersöker klassificeringarna av legatariens rätt vid saklegat.

För tanken om det sakrättsliga legatet torde det i själva verket ha spelat en mycket stor roll, att man funnit det naturligt, enkelt och för rättsåskådningen tilltalande att tänka sig en direkt succession från testator till legatarien. Även om legatarien faktiskt får ut föremålet av de universella successorerna, som sköta om boutredningen, eller av annan därmed betrodd person, har man funnit det förkonstlat att rättsligt sett tänka sig de universella successorerna (numera dödsboet) såsom ett mellanled i successionskedjan. Ett krav på en formlig rättsöverlåtelse från de universella successorerna resp. boet framstår då som fullständigt omotiverat. Legatets verkställande ter sig blott som ett faktiskt utgivande av föremålet. »Själva rätten» tänkes ha redan förut blivit överflyttad. Denna idé om den direkta successionen betyder emellertid icke, att legatariens förvärv genast tänkes såsom ovillkorligt; den betyder säkerligen ofta icke ens, att förvärvet omedelbart tänkes vara fullt »sakrättsligt skyddat» (jfr det ovan angående köp sagda).

I det hänseende, varom nu talats, är det reella bakom tanken om den direkta successionen, att någon formlig överlåtelse från boet till legatarien icke erfordras och att, när legatariens förvärv visar sig definitivt, såsom hans fångesman i teknisk mening behandlas testator. I denna mening är successionen till saklegat, som skall fullgöras av boet, otvivelaktigt direkt enligt svensk rätt (principiellt naturligtvis med reservation för avvikande reglering i testamentet), en regel, som uppenbarligen också framstår som den mest rimliga.[6] Det obligatoriska system, som

[6] Jfr Bentzons ovan s. 219 not 4 citerade yttrande.

typiskt följes t. ex. i tysk rätt, innebär tvärtom krav på en överlåtelse från de universella successorerna till legatarien.[7]

B. En annan synpunkt, som av *Lagberedningen* i motiven till TL kombineras med motsättningen mellan de båda tänkta typerna av legat, rör legatariens prioritet i förhållande till andra anspråk. Synpunkten uttryckes på ett redan ovan citerat ställe i nämnda motiv så: »Om testamentstagaren fått sig tillerkänd viss i kvarlåtenskapen befintlig sak, framträder skarpast betydelsen av den förut berörda olikheten beträffande legatets rättsliga natur. Enligt såväl gällande rätt som förslaget blir då testamentstagaren i och med dödsfallet i regel ägare till saken (vindikationslegat), och hans prioritet i förhållande till övriga testamentstagare, universella eller speciella, är därmed given.»[8] Samma tankegång framträder även i följande yttrande på annat ställe i ifrågavarande motiv: »Den omständigheten, att legatet innefattar sakrätt, återverkar även på förhållandet mellan legatarierna och de universella successorerna. Att legat har företräde framför arvslott följer utan vidare av den testamentariska successionens begrepp, men med legatets sakrättsliga natur sammanhänger vidare, att legatet utgår, innan universella testamentstagare taga del i kvarlåtenskapen.»[9] I den sista satsen kommer möjligen också in tanken, att saklegatet i tiden skall verkställas före skiftet, då de universella testamentstagarna få ut sitt.

Till detta spörsmål, som uppenbarligen är fristående från det under A behandlade, är att säga följande. Har man en gång beslutat sig för att göra legatet till ett vindikationslegat och proklamera legatarien såsom ägare, och skola dessa begrepp ha en reell innebörd, som stämmer med sedvanligt föreställningssätt rörande äganderätt och vindikation, så har man därmed redan sagt, att man är beredd att regelmässigt ge legatarien företräde till föremålet framför andra successorer. Men när

---

[7] Se ovan s. 218 f. not 3.

[8] Lagberedningen, ÄB III s. 68.

[9] Ib. s. 215. För jämförelse hänvisas i motiven till Nordling, ÄB (3 uppl.) s. 212, Olivecrona, Testamentsrätten (2 uppl.) s. 464 samt SJA VIII s. 147. På dessa ställen säges dock intet av intresse för diskussionen av sakrättsbeteckningen i detta sammanhang (detta gäller även rättsfallet ur SJA).

nu utgångspunkten icke är något självklart och utan vidare givet, får man nöja sig med att konstatera, att saklegatarien faktiskt som regel har prioritet enligt det system, som följes i svensk rätt; att därifrån sluta till att legatet är sakrättsligt över huvud är uppenbarligen felaktigt, ity att denna beteckning förutsätter en viss bestämd lösning av en hel rad andra frågor, vilka praktiskt sett kunna lösas fristående. Prioriteten för saklegatarien kan m. a. o. mycket väl erkännas, samtidigt som i andra hänseenden legatarien har en sådan position, att det vore missvisande att kalla den sakrättslig. När man en gång i lagen bestämt begreppet universell testamentstagare så, att denne får hela kvarlåtenskapen, viss andel därav eller överskott däråa, är ju därmed förutsatt, såvitt ett legat och ett universellt förordnande skola kunna upprätthållas sida vid sida, att legatarien har prioritet i *den* meningen, att legatet regelmässigt utgår oberoende av det universella förordnandet och tillika i regel minskar den universelle testamentstagarens lott (eller åtminstone någon av de universella successorernas lotter, om de äro flera) — direkt, om legatet skall fullgöras av oskifto, indirekt, om det skall fullgöras av vederbörande universelle successor.[10] Detta är ju någonting alldeles analogt med legatets företräde framför arvslott (vi se här bort från laglottsreglerna), för vilket det sist citerade motivstället åberopar »den testamentariska successionens begrepp»; det tillkommer ej i fråga om företrädet framför universella testamentstagare något ytterligare moment, tydande på någon legatets sakrättsliga natur. Om däremot denna natur skall visa sig däri, att legatet faktiskt skall verkställas, innan universella successorer genom arvskifte taga del i kvarlåtenskapen, komma vi över till frågan om sättet för verkställigheten,

[10] Naturligtvis gäller det sagda med den reservationen, att testamentet *kan* tänkas innehålla exempelvis ett universellt förordnande, som avser viss andel av kvarlåtenskapen och som är skrivet så, att andelen skall beräknas på hela behållningen *utan* frånräknande av ett saklegats värde. Saklegatet kan då icke i och för sig sägas minska den universella testamentstagarens lott. Kollision kan dock under säregna omständigheter tänkas, t. ex. om det universella förordnandet avser hälften av behållningen inklusive legatet men det sistnämnda representerar mer än hälften av behållningens värde (legatet avser kanske en fastighet, som är boets största tillgång). Testamentet *kan* här vara att tolka så, att legatarien får underkasta sig jämkning, även om väl detta är undantag. Jfr TL 3:3.

vilket — såsom redan ovan betonats — är en sak för sig. Att legatet t. ex. skall verkställas av oskifto, hindrar ju principiellt icke lagstiftaren att, om han skulle finna detta tilltalande, betrakta boet såsom ägare i och med dödsfallet och kräva formlig rättsöverlåtelse från boet till legatarien (i de former, som fordras för överlåtelse inter vivos) ävensom i övrigt ge legatarien en så svagt utrustad position, att det funnes fog för att kalla den rent obligatorisk. Ej heller saklegatariens regelmässiga prioritet framför andra speciella testamentstagare (med övriga saklegatarier är han ju dock in dubio jämställd) medför nödvändigt en »sakrättslig» lösning av andra frågor rörande legatariens ställning.

Ett särskilt prioritetsproblem uppkommer, om testamentstagarna måste tåla inskränkning på grund av laglottskrav. Detta problem, som principiellt naturligtvis *kunde* lösas t. ex. så, att universella testamentstagare och legatarier finge vidkännas proportionell reduktion (en tanke, vilken upptogs som tolkningsregel i AL 7:3 i dess ursprungliga lydelse),[1] har ju i samband med tillkomsten av TL föranlett en tolkningsregel i AL 7:3 (i dess lydelse av 1930), utformad efter samma principer som TL:s konkurrensregler (alltså företräde för legat framför förordnande till universell testamentstagare, företräde för saklegat framför annat legat samt i övrigt proportionell reduktion). Ej heller lösningen av detta prioritetsproblem kan vare sig härledas ur eller motivera antagandet av en generell sakrättslig natur hos det ordinära saklegatet.

C. Att legatarien i normala fall anses som ägare redan från dödsfallet brukar sägas innebära, att det föreligger ett vindikationslegat, och detta uttryckssättet användes, såsom vi sett, även av TL:s motiv.[2] Skall däri ligga någon karakteristik av legatariens reella position, så tyckes ju detta tyda på att man i begreppet sakrättsligt legat lagt in icke blott den diffusa betydelsen av sakrätt lika med »rätt till sak», i viss mån oberoende av rättsskyddet mot tredje man, utan verkligen också — även hos oss — åtminstone i någon mån, tills vidare dock ovisst huru mycket, haft legatariens situation i förhållande till tredje man

[1] Jfr även Nordling, ÄB (3 uppl.) s. 212.

[2] Ovan s. 221.

i tankarna. Det är därför i hög grad motiverat att undersöka, om legatarien i fall, då enligt traditionell uppfattning ett sakrättsligt legat otvivelaktigt anses föreligga (saklegat att utgå av oskifto, icke förenat med några speciella inskränkande föreskrifter i testamentet om legatariens rätt), i själva verket har en position, som är sakrättslig i den meningen, att den kan fullt ut eller åtminstone i regel hävdas mot tredje man. »Tredje man» kan här uppenbara sig i olika skepnader. Framför allt kan det vara fråga om dödsboets borgenärer och om person, som enligt avtal med dödsboet förvärvat rätt (helt eller delvis) till det föremål, som det legatariska förordnandet avser (finnes endast *en* universell successor, får man räkna även med dennes personliga borgenärer ävensom personer, som slutit avtal med sagde successor icke i boets utan dennes eget namn).

Det kan här vara av intresse att taga del av de praktiska betänkligheter, som i motiven till BGB anfördes mot erkännande av vindikationslegat, huvudsakligen därför, att de bygga på vissa förutsättningar om vad ett dylikt legat, *om* det hade erkänts, skulle ha inneburit. Först redogöres där för vissa skäl *för* vindikationslegat. Vindikationslegatet stämmer bäst med testators intresse, att legatarien verkligen får saken, under det att en blott obligatorisk rätt för legatarien säges medföra viss fara för att detta mål ej nås. Arvingen kunde ju då av illvilja eller lättsinne förfoga över föremålet; t. o. m. arvingens personliga gäldenärer vore i stånd att komma åt detsamma, och testators borgenärer kunde välja detsamma som exekutionsobjekt, ehuru andra tillräckliga dylika objekt funnes i kvarlåtenskapen. Trots detta avvisa motiven vindikationslegatet. Det går enligt motiven ej väl ihop med traditionsprincipen beträffande lös egendom och i varje fall ej med fastighetsbokssystemet. Sagda omständigheter, som i detta sammanhang ej så mycket intressera oss, äro emellertid ej de enligt motiven tyngst vägande. Huvudvikten lägges där på den synpunkten, att arvingen (i Sverige skulle man numera säga dödsboet) måste kunna förfoga över legatet för att kunna likvidera skulderna i boet.[3] »Geht der vermachte Gegenstand unmittelbar auf den

[3] När det här talas om arvingen (i singularis), erinras om att man i tysk rätt följer systemet att framställa de allmänna reglerna så, som om

Vermächtnissnehmer über, so wird dem Erben nicht nur diese Befugniss entzogen, sondern er läuft sogar Gefahr, in den Fällen, in welchen der vermachte Gegenstand zur Schuldentilgung herangezogen werden muss, sich lediglich auf einen persönlichen Ersatzanspruch an den Vermächtnissnehmer beschränkt zu sehen, einen Anspruch, der vielleicht werthlos ist, wenn der Vermächtnissnehmer bereits über den Gegenstand verfügt hat, wie er dies unbehindert zu thun vermögen würde. Mittelbar werden in solchem Falle auch die Gläubiger des Erblassers betroffen.» Vissa utvägar nämnas, som under bibehållande av vindikationslegatets princip skulle vara avsedda att förhindra förfoganden från legatariens sida. De avvisas med argumentet, att de föra till en »Zwittergestaltung», som ur ingen synpunkt är tillfredsställande. Ett föryttringsförbud för legatarien anses icke tjänligt och ger icke arvingen (alltså ur vår synpunkt dödsboet) någon förfogandemakt. »Die Verfügungsmacht des Erben lässt sich mit einem unmittelbaren dinglichen Erwerbe des Vermächtnissnehmers in keiner Weise vereinigen. Liegt die Anerkennung der Verfügungsmacht des Erben im allgemeinen Interesse und ist eine solche zum Schutze der Gläubiger nicht zu entbehren, so muss von dem unmittelbaren Rechtserwerbe des Vermächtnissnehmers abgesehen werden.»[4]

Det är tydligt, att i de anförda resonemangen lagstiftningsproblemet kommit att snedvridas genom den på teoretiska skäl gjorda oriktiga förutsättningen, att man måste välja mellan två skarpt skilda typer: antingen det »direkta rättsförvärvet», medförande vindikationslegat med full verkan mot tredje man, eller

endast en arvinge funnes, och sedermera uppställa fallet med flera arvingar som ett specialfall. Jfr ovan s. 30 not 5. Med arvingar menas, vad vi kalla arvingar och universella testamentstagare.

[4] För det sagda se BGB-Motive 1888 bd V s. 134 f. Jfr Endemann III s. 281: »Der Grund dieser Stellungnahme des Gesetzes ist darin zu erkennen, dass die Rechtsstellung des Erben höheren Schutz verdient als die des Vermächtnissnehmers. Die Erbschaft fällt als Gesammtheit dem Erben an: er muss für die geordnete Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten einstehen, er haftet dafür, dass zuerst die vererbten Schulden und nur aus einem verbleibenden Ueberschuss die Vermächtnissforderungen befriedigt werden. Würden die vermachten Gegenstände unmittelbar dem Bedachten anfallen, so könnte die Fürsorge hierfür dem Erben aus der Hand gewunden werden; nur ein, oft unsicherer, Ersatzanspruch bliebe ihm gegen den Vermächtnissnehmer.»

det indirekta förvärvet, omedelbart ledande blott till ett rent obligatoriskt anspråk för legatarien mot den eller de universella successorerna (alltså med vårt nuvarande system dödsboet). Om man inser, att de praktiska delspörsmål, som dölja sig bakom begreppsfasaden, få lösas självständigt på praktiska grunder — ehuru naturligtvis med beaktande av deras praktiska samspel i stort — kunna en hel rad olikartade kombinationer av dylika detaljlösningar diskuteras såsom i och för sig genomförbara. Redan genom detta obestridliga förhållande måste man emellertid föranledas att ifrågasätta, om det kan vara möjligt att även med vissa uppmjukningar bibehålla kategorierna sakrättsligt legat (vindikationslegat) contra obligatoriskt legat såsom fack, i vilka alla förekommande lösningar skola inpressas. För det vidare övervägandet därav har det sitt värde att ha konstaterat de praktiska konsekvenser, som man i motiven till BGB lade in i tanken om vindikationslegatet, och som onekligen ligga närmast till hands att förutsätta, när man överhuvud taget möter begreppet sakrättsligt legat eller vindikationslegat — i den mån man nämligen utgår ifrån att traditionella föreställningar om sakrätt, vindikation o. s. v. fått vara bestämmande för begreppets reella huvudinnehåll. Har detta senare ej varit fallet, kan ju terminologiens berättigande redan av denna grund sättas under debatt.

Efter dessa allmänna synpunkter är det på sin plats att närmare undersöka legatariens situation i förhållande till tredje man, sådan den är enligt svensk lag vid sådana legat, som här diskuteras. Vi behandla då först förhållandet till dödsboets borgenärer, därefter förhållandet till tredje man, som rättshandlat med boet om det föremål legatet avser. Den gemensamma och obestridliga utgångspunkten är därvid, att legatarien enligt lagens tankegång — framdriven av en uppenbar praktisk nödvändighet — *icke* skall ha företräde framför den dödes borgenärer utan med legatet eller dess värde svara för dessas fordringar. Att så i sista hand är fallet, torde förutsättas vid alla diskussioner om legatariens position. Sättet för tankens realiserande skulle emellertid, om man följer tankelinjerna t. ex. i BGB:s motiv, vara olika vid det »sakrättsliga» och vid det »obligatoriska» legatet. Som ett i viss mån särskilt spörsmål uppstår frågan, om detta företräde tillkommer blott *den dödes* borgenärer eller även boets under

boutredningen uppkomna fordringsägare. Några ord böra nämnas även om förhållandet till arvingarnas privata borgenärer.

1. Om en person säges ha en sakrättsligt fullt utbildad äganderätt till ett föremål, som befinner sig i en annan persons bo, brukar däri först och främst ligga, att den förre (den som betecknas såsom ägare) har separationsrätt i förhållande till den senares borgenärer. I fallet legatarien kan det, såsom framgår av det nyss sagda, aldrig gälla full ansvarsfrihet i förhållande till den dödes borgenärer, men sättet för ansvarets anordnande kan vara olika. Innebörden i idén om det obligatoriska legatet är på denna punkt klar: borgenärerna kunna komma åt föremålet på samma sätt som andra objekt i boet. Ett konsekvent »sakrättsligt» system skulle väl däremot innebära (jfr BGB-motiven ovan), att borgenärerna saknade dylik möjlighet men att dödsboet — vid konkurs borgenärerna via konkursboet — hade ett fordringsanspråk mot legatarien på legatets värde. Ett dylikt system finnes icke hos oss, och det skulle betyda en tekniskt sett otillfredsställande metod att genomföra det uppställda målet, nämligen borgenärernas företräde framför legatarien till legatets värde. Svensk lag måste anses förutsätta, att ett *icke verkställt* legat direkt kan tagas i anspråk av borgenärerna genom utmätning (med sedvanliga modifikationer beträffande försäljning av egendom, utmätt från dödsbo, UL § 88 a) och i konkurs (har legatet redan verkställts, måste återbäring ske, d. v. s. proceduren blir något annorlunda beskaffad, men det erinras om att BL:s motiv tydligt uttala, att återbäringskravet verkar sakrättsligt, alltså även mot tredje man inom gränserna för allmänna regler om exstinktiva förvärv; återbäringsproblemen skola dock icke närmare behandlas i detta sammanhang). Detsamma synes i princip gälla även ett sådant icke verkställt fastighetslegat, som redan lagfarits för legatarien. Därmed är dock icke sagt, att det vore omöjligt att förhindra, att t. ex. vid utmätning i boet för den dödes gäld legatet toges i anspråk i onödan, d. v. s. ehuru annan egendom lika väl kunde tagas. Kan gäld betalas med hjälp av övrig egendom i boet, skall ju enligt lagens tankegång ett saklegat icke drabbas (jfr återbäringsreglerna i BL 4: 5 och 4: 6 samt motiven till sistnämnda §). Därest det upplyses, att visst föremål i boet i testamente tillfallit någon, bör vid ut-

mätningen detta föremål om möjligt skonas och den som har hand om boet synes böra påpeka förhållandet. Det är också rimligt att låta legatarien ha möjligheten att, om han känner till utmätningen, inskrida och hävda sitt intresse genom att yrka, att annan egendom i första hand utmätes. UL:s bestämmelser i 68 och följande §§ äro kanske ej direkt tillämpliga, då det här ej gäller att undantaga egendom, som över huvud ej skall kunna utmätas för gälden, utan blott om den ordning, i vilken egendom i boet bör angripas, och därför torde den i nyssnämnda stadganden föreskrivna proceduren ej böra tillämpas, men för möjligheten att vid utmätningen påyrka, att legatet tages sist, synes dock stöd kunna vinnas i grundtanken bakom 68 § UL. Har enligt legatariens mening hans intresse obehörigen åsidosatts vid utmätningen, bör han kunna klaga över utmätningsmannens förfarande jämlikt 10 kap. UL.

Redan med det ovan sagda är legatariens sakrätt, om det nu skall talas om en sådan, väsentligt modifierad. Det invändes måhända, att legatariens sakrätt aldrig fattats annat än såsom villkorlig, och att företrädet för den dödes borgenärer framför legatarien just är ett av uttrycken för denna villkorlighet. Men om en sakrätt till ett föremål i en annan persons bo brukar utmärkas av separationsrätt i förhållande till dennes borgenärer, och sakrätten nu i stället göres villkorad av att objektet icke behöves för dessa borgenärers tillgodoseende, så ligger uppenbarligen just i denna villkorlighet — minst sagt — en stark modifikation av den antagna rättspositionens »sakrättsliga» kvalitet.

I det föregående har endast förhållandet till *den dödes* borgenärer berörts. Det återstår att undersöka förhållandet mellan legatarien och sådana dödsboets borgenärer, vilka tillkommit först under boutredningen. Om nu den hävdvunna uppfattningen är, att legatarien är ägare från dödsfallet och att följaktligen dödsboet endast har ett slags legal förvaltningsrätt, som är anordnad främst av hänsyn till den dödes borgenärer men bör utövas även i legatariens intresse, kunde detta tyckas innebära, att den av boet stiftade gälden icke utan vidare kom att belasta även legatet. Visserligen kunde ju boets förvaltningsrätt tänkas innesluta även viss rätt att stifta gäld med verkan också beträffande legatet, men det naturliga kunde från de givna

utgångspunkterna tyckas vara att icke erkänna något sådant annat än i den mån gälden hade att göra just med legatets vård och förvaltning. I övrigt kunde det tyckas, som om den berörda hävdvunna uppfattningen borde leda till separationsrätt för legatarien vid utmätning och i princip ansvarsfrihet för nytillkommen gäld även vid boets konkurs (även om detta praktiskt knappast skulle ha betydelse i konkurs, då väl legatet merendels ändock finge realiseras för täckande av den dödes gäld). Man skulle kunna frestas att se ett stöd härför i den omständigheten, att BL 5:4 ger vid handen, att endast nödiga kostnader för legatet skola åvila legatarien i förhållande till boet (ehuru även andra kostnader kunna tänkas ha blivit nedlagda å legatet och resulterat i skulder, som äro bindande för boet på grund av borgenärernas goda tro jämlikt BL 1:3) samt att icke ens nödiga kostnader behöva gäldas av legatarien, i den mån de direkt föranletts av boutredningen. Något bindande argument är emellertid uppenbarligen BL 5:4 icke, eftersom där endast avhandlas förhållandet mellan boet och legatarien, sådant det skall göras upp, när legatet verkställes. Vidare kan naturligtvis invändas, att det alltid är förenat med vissa praktiska vanskligheter att uppdela kvarlåtenskapen i olika massor med principiellt olika gäldsansvar. Det kan också sägas, att tankegången bakom BL 1:3 pekar i riktning mot ett allmänt gäldsansvar även för legatet gentemot borgenärerna, åtminstone om dessa äro i god tro. BL innehåller vidare inga antydningar om en begränsning i legatets ansvar *gentemot borgenärerna* för gäld, stiftad efter dödsfallet. Tvärtom lämnar lagen ett bestämt, ehuru indirekt stöd för den motsatta meningen. Man synes nämligen med BL 4:6 ha velat stadga ett dylikt allmänt ansvar, effektuerat genom återbäring, för ett redan verkställt legat (i varje fall gäller väl detta om gäld stiftad före legatets utgivande).[5] Ett ännu icke verkställt legat kan då icke rimligen åtnjuta frihet från ansvar.

[5] I lagberedningens förslag lydde 4:6 på följande sätt: »Egendom, som utgivits såsom legat eller jämlikt ändamålsbestämmelse, skall återbäras, såvitt det erfordras för täckning av gäld efter den döde.» Lagrådet anmärkte, att »gäld efter den döde», såsom av motiven framginge, här fattades i den vidsträcktare meningen av boets gäld över huvud. Då detta ej överensstämde med kapitlets språkbruk i t. ex. 15 §, ansåg lagrådet, att uttrycket borde jämkas, vilket också skedde i den k. prop. genom uteslutning av orden »efter den döde». Jfr vidare EGB s. 282.

I förhållandet mellan legatarien och boet måste däremot i princip kostnadsregeln i BL 5:4 vara avgörande. En annan sak är, att om legatet tillgripits till nytillkomna borgenärers förnöjande, i regel icke annan egendom i boet finnes, varur legatarien kan erhålla gottgörelse, för att legatet använts till gäld, som icke i sista hand borde täckas med legatet.

När här talas om gäld, stiftad efter dödsfallet, har åsyftats gäld, tillkommen före legatets verkställande (och det har självfallet förutsatts, att *boet* varit ansvarigt, varom hänvisas till BL 1:3). Huruvida legatarien i någon mån kan drabbas av de ekonomiska konsekvenserna av det sätt, på vilket boutredningen utvecklar sig efter legatets utgivande, skall här icke undersökas.[6] Skulle något sådant kunna tänkas, kan det verka endast så, att det föranleder återbäringskrav. Något direkt ansvar mot boets borgenärer kan det icke längre bli fråga om.[7]

Legatets ansvar utåt också för sådan boets gäld, som tillkommit efter dödsfallet under tiden fram till legatets verkställande, belyser ytterligare svagheterna i legatariens position, om den mätes med traditionell sakrättsmåttstock.

Arvingarnas privata borgenärer kunna naturligtvis icke komma åt legatet. Detta förhållande är, när arvingarna äro flera, på grund av den svenska lagens hela system beträffande dödsboet så självklart, att man knappast behöver påpeka det. Principiellt måste detsamma gälla, om boet har endast en delägare; på grund av de faktiska svårigheter, som i sistnämnda fall lätt kunna uppstå att hålla boets och delägarens förmögenhet isär, får emellertid legatariens position gentemot delägarens privata borgenärer de facto en viss likhet med en ordinär separationsrätt. I själva verket är denna omständighet dock tydligen ett svagt stöd för en allmän sakrättsetikett. Samtidigt är det tydligt, att med de allmänna utgångspunkter, som förelegat exempelvis i tysk rätt, motsvarande förhållande skulle te sig (skenbart) som en mera utpräglad sakrättslig kvalitet. Principen är ju där en

[6] I motiven till BL 4:6 förutsättes, att återbäringsskyldigheten beträffande redan utgivet legat uppstår även med hänsyn till realisationsförluster och kostnader i anledning av ett efter utgivningen tillkommet egendomsavträde från boets sida. Klart framhäves detta hos EGB s. 282, där det betonas, att dylika kostnader och förluster alltså kunna drabba speciella testamentstagare inom gränsen för vad de mottagit.

[7] Jfr NJA II 1933 s. 426 f. (EGB s. 283 f.).

arvingarnas personliga succession även i den dödes skulder. När nu vidare de allmänna successionsreglerna gärna framställas så, som om normalfallet vore endast en arvinge, framstå lätt för tanken både den dödes och arvingens privata borgenärer som en enda stor grupp, och sakrättsligt skydd borde — kunde det tyckas — betyda skydd mot hela denna grupp, medan en blott obligatorisk ställning för legatarien borde betyda bristande separationsrätt gentemot hela nämnda grupp (jfr det ovan ur BGB-motiven anförda). Här visar sig — bland mycket annat — det riskabla i att bygga upp systemet kring fallet med en arvinge som normalfallet.

2. Ett sakrättsligt legat borde vidare innebära, att legatarien, därest boet förfogade över legatet, kunde vindicera detsamma, d. v. s. göra sitt anspråk på legatet gällande även mot tredje man inom de gränser, som de allmänna vindikationsreglerna utstaka.[8] Det sakrättsliga legatet för ju rent av i doktrinen beteckningen vindikationslegat. Ej heller i detta avseende visar sig emellertid sakrättsetiketten fullt träffande.

Först måste konstateras, att borgenärernas företräde framför legatarien naturligt för till att man erkänner en möjlighet för boet att genom försäljning under hand eller annat förfogande skaffa medel till borgenärernas förnöjande, om nämligen boet icke på annan väg än genom att förfoga över legatet kan få de behövliga medlen. Att boet av denna grund kan sälja legatet, antages klart i motiven till BL, såvitt gäller fast egendom,[9] och detsamma måste då gälla även annan egendom.[1] Boet uppträder i dylika fall uppenbarligen fullt riktigt i eget namn. Det handlar

[8] Jfr Platou s. 351. Ett spörsmål, som däremot faller utanför det nu behandlade problemet, är huruvida förordnande angående saklegat medför sådant förvärv, som enligt reglerna för godtrosförvärv blir bestående, även om testator icke var rätt ägare. Detta kan icke antagas vara fallet. Jfr Benckert, Exstinktiva förvärv II s. 211 f., ovan s. 206 f.

[9] NJA II 1933 s. 699 f. (EGB s. 583).

[1] Det bör anmärkas, att boet måste ha en viss förfogandemöjlighet över legat icke blott av hänsyn till borgenärerna utan i princip även av hänsyn till vissa successorer. Om egendomen i boet icke förslår till samtliga legat utan konkurrens uppstår, är det ej säkert, att saklegatet in casu har absolut företräde (TL 3:3 är ju endast en tolkningsregel); endast mera sällan torde dock ett boets förfogande vara motiverat av denna grund. Också jämkning av testamente för tillgodoseende av laglottsanspråk (AL 7:3) kan medföra behov för boet att åtminstone delvis förfoga över ett icke verkställt saklegat.

icke i legatariens intresse och kan på intet sätt betecknas som något slags ställföreträdare för denne. Redan denna obestridliga möjlighet till förfoganden, i den mån de äro påkallade av den konkreta situationen, förefaller ju vara en betänklig omständighet ur synpunkten av den »sakrätt», som legatarien förmenats ha. Man erinrar sig det förut citerade stället ur BGB:s motiv: »Die Verfügungsmacht des Erben lässt sich mit einem unmittelbaren dinglichen Erwerbe des Vermächtnissnehmers in keiner Weise vereinigen.»[2] Tanken, sådan den där föreligger, är visserligen oriktig genom sin bundenhet vid ett teoretiskt schema av innebörden antingen — eller, men den bidrager dock till att belysa, hur man där uppfattat den praktiska innebörden av idén om ett sakrättsligt legat.

Det kan nu invändas, att man med uttrycket vindikationslegat t. ex. i TL:s motiv sannolikt icke menat mera än att erkänna en vindikationsmöjlighet för legatarien inom de gränser, som utstakas av den villkorlighet, som bl. a. med hänsyn till boets borgenärer vidlåder hans position. Bortse vi från att termen vindikationslegat redan därigenom framstår såsom diskutabel, skulle i allt fall då föreligga vindikationsmöjlighet för legatarien, om boet förfogade över legatet, utan att detta förfogande vore strängt nödvändigt, naturligtvis dock inom de allmänna gränserna för vindikation, alltså reglerna om godtrosförvärv av lösöre m. m. och om hävd å fast egendom. Det kan emellertid ifrågasättas, om — särskilt efter tillkomsten av BL — ens en dylik vindikationsmöjlighet kan i obeskuret skick erkännas.

Vi antaga först, att legatet utgöres av en *lös sak* och att denna av boet föryttras eller pantsättes. Vore förfogandet in concreto nödvändigt, kunde det icke angripas av legatarien. Vore det däremot obehövligt, skulle tredje man enligt allmänna godtrosregler endast mot lösen behöva avstå saken, därest han i god tro antagit boet såsom ägare, d. v. s. icke vetat eller bort veta, att saken borttestamenterats. Om han nu visste detta men var i god tro rörande nödvändigheten av boets förfogande, skulle han då nödgas utan lösen utgiva saken till legatarien? Detta är knappast en tilltalande konsekvens. Det förefaller rimligare att icke göra tredje mans ställning i dylika fall direkt beroende av

[2] Ovan s. 231.

en domstolsprövning i efterhand av åtgärdens verkliga behövlighet, något som skulle göra tredje mans ställning mera svävande än som är ofrånkomligt och sätta honom i beroende av omständigheter, som han svårligen själv skulle kunna bilda sig en fullt tillfredsställande mening om.[3] Den linje, som är att förorda, synes därför vara, att frågan om tredje mans goda eller onda tro hänföres till befogenheten för boet att vidtaga åtgärden, i den mån föremålets egenskap av legat varit eller bort vara känd för tredje man. Något hinder i lagstiftningens avfattning mot att acceptera en dylik linje finnes icke. Att se ett hinder i det allmänna, icke närmare analyserade uttrycket vindikationslegat i TL:s motiv är icke befogat, särskilt som den här föreslagna grundsatsen synes väl harmoniera med den senare tillkomna BL:s allmänna inställning. Stadgandet i BL 1:3 är visserligen icke direkt tillämpligt, då det handlar om rättshandlings bindande verkan för *boet,* medan det här gäller dess verkan mot *legatarien,* som ju till yttermera visso även i BL:s motiv fattas såsom ägare till egendomen. Men den ovan förordade ståndpunkten befinner sig i linje med nämnda stadgandes grundtanke om skydd för godtroende tredje man vid rättshandlande med boet.[4] En jämförelse med sådana situationer, då (med ett egentligen föga adekvat uttryck) en ställningsfullmakt brukar sägas föreligga, är kanske icke alldeles träffande men saknar icke ett visst värde. På sitt sätt kunde det ju även oavsett detta ligga nära till hands att

[3] Jfr för dansk rätt Borum i Juristen 1937 s. 19 f., som dock närmast synes tänka blott på den möjligheten (vilken ju även är den mest praktiska), att tredje man icke visste eller borde veta, att saken testamenterats bort. Lösningen, som under denna förutsättning är given med de svenska allmänna principerna om godtrosförvärv, är icke utan vidare lika klar i Danmark.

[4] Hur stora krav man därvid skall ställa på den goda tron, är ett spörsmål, som icke här kan närmare dryftas. En principiellt viktig synpunkt på själva frågeställningen skall emellertid understrykas: om den goda trons förhandenvaro göres beroende av vad vederbörande insett eller *bort* inse, blir den goda tron icke en självständig, för domstolarna utan vidare given objektiv realitet, utan det blir en uppgift för praxis att fixera gränsen god tro — ond tro efter ändamålssynpunkter. Vad en person bort inse betyder ju vad han bort undersöka och skaffa sig kunskap om, och detta i sin tur måste — om man i lagtillämpningen vill få fram allmänna regler i möjligaste mån — bero på de linjer, efter vilka rättspraxis finner det riktigt att söka dirigera samhällsmedlemmarnas handlande i dylika situationer. Jfr Malmström i SvJT 1935 s. 487 samt ovan s. 178.

beskriva den här förordade grundsatsen så, att boet kunde sägas ha en »behörighet» att förfoga över egendomen, så att förfogandet, även om boet skulle handla utanför sin »befogenhet», sådan denna avgränsas genom läget i det särskilda fallet, upprätthålles, i den mån tredje man kan anses vara i god tro rörande »befogenheten». Man kan även tala om en i boets förvaltningsrätt liggande legitimation, på vilken tredje man i god tro kunde stödja sig. Självfallet skulle detta icke vara någon som helst förklaring utan endast vissa sätt att formulera en på praktiska grunder uppställd regel. Helt lyckade vore dock sådana formuleringar kanske icke, åtminstone ej den första av dem, om man nämligen nödvändigt ville kombinera uttrycken »befogenhet» och »behörighet» med idén om ett klart förhållande av ställföreträdarskap.[5] Det bör tilläggas, att om godtrosregeln i detta fall får den ovan förordade innebörden (och alltså här framstår såsom oberoende av de allmänna grundsatserna om godtrosförvärv av lösa saker) något tvång icke finnes att begränsa regelns effekt genom någon lösningsrätt för legatarien. Något hinder att analogivis tillämpa en lösningsrätt finnes å andra sidan icke, i likhet med vad praxis numera gjort i tvesalusituationen (NJA 1932 s. 107). Ur allmän synpunkt har det ju föga betydelse, i vilken riktning detta detaljspörsmål löses.

Resultatet blir redan med en strikt tillämpning blott av allmänna regler om godtrosförvärv, att legatarien ofta saknar möjlighet att mot tredje man hävda sitt anspråk på legatet, och dessa fall öka ytterligare, om den ovan förordade regeln accepteras. Däremot återstår naturligtvis skadeståndskrav mot boet och eventuellt även mot dem, som handlat å boets vägnar.

De synpunkter, som kunna anföras till stöd för en till godtroende tredje mans fördel verkande legitimation för dödsboet, äro i och för sig tillämpliga även beträffande borttestamenterad *fastighet,* men det måste undersökas, om en lösning i denna

---

[5] I alla händelser handlar ju boet icke som legatariens representant ens medelbart. Ville man pressa in tredje mans »godtrosförvärv» i de traditionella kategorierna derivativa resp. exstinktiva förvärv, hörde det väl närmast hemma bland de förra (jfr Benckert, a. a. II s. 291 not 23). Emellertid framgår av hela situationen det endast relativa värdet av sådana kategorier som ställföreträdarskap, derivativa och exstinktiva förvärv etc.

riktning här måhända är omöjlig av andra, tyngre vägande skäl. Skillnaden mellan att erkänna och icke erkänna dylik legitimation blir uppenbarligen i fråga om fast egendom betydande, eftersom en tillämpning blott och bart av allmänna vindikationsregler ej medför annat skydd för tredje man än det, som ligger i stadgandena om tjuguårig hävd. Ett direkt inträdande godtrosförvärv beträffande fast egendom erkännes ju i svensk rätt endast i några speciella undantagsfall.[6]

Uttrycket vindikationslegat pekar onekligen närmast i riktning mot att man ansett legatarien kunna vindicera en honom tillagd fastighet från tredje man. Denna regel borde i så fall gälla icke blott när boet trots kännedom om testamentet gör en obefogad avyttring (och även om fastigheten sedan går genom flera händer), utan även om boets försäljning berott på att testamentet först senare uppdagats (vi förutsätta då, att den i TL 8: 2 stadgade absoluta preskriptionstiden av tio år efter det testamentstagarens rätt inträdde ej hunnit löpa till ända och att testamentstagaren vederbörligen bevakar testamentet, sedan det kommit till hans kunskap). I sista fallet var ju både boet och tredje man-köparen i god tro. Blir icke köparen skyddad, kan man icke lagligen hävda ett omedelbart skydd för inteckningshavare eller ännu senare förvärvare blott på grund av deras goda tro.

Nu kan man tydligen icke låta uttrycket vindikationslegat utan vidare vara avgörande. Det täcker icke en klart utbildad orubblig tradition, och problemet är icke genomdiskuterat i svensk rätt. Det är anmärkningsvärt, att det icke tagits upp till reglering, när man tänker på att det i viss mån likartade spörsmålet om tredje mans ställning efter en oriktig dödförklaring lösts direkt i lag. Tredje man, som i god tro förvärvat egendom, fast eller lös, av de presumerade arvingarna, är ju helt skyddad (BL 8: 7 st. 2 och tidigare KF 27 nov. 1854, § 5), ehuru det sannolikt förhåller sig så, att riskerna för rättslivet i stort med en motsatt regel icke skulle vara större än riskerna ur tredje-mans-synpunkt på grund av vindikation efter opåkallade förfoganden från dödsbodelägares sida över borttestamenterad fast egendom. I de stora lagförslagen under 1800-talet ingingo stadganden, som satte mycket snäva gränser för testamentstagares möjlighet att få ut fastighets-

[6] Undén, Sakrätt II: 1 s. 199 ff.

legat av tredje man, som i god tro förvärvat detsamma av boet.[7] Sedermera tyckes emellertid spörsmålet ha kommit i skymundan, och varken i samband med arbetena på ny JB eller i samband med testamentslagstiftningen synes *Lagberedningen* ha uttalat sig om detsamma.

Det kan då synas, som om man — även om slagordet vindikationslegat ej i och för sig är avgörande — måste låta lösningen de lege lata gå i en för tredje man ofördelaktig riktning; det kan tyckas djärvt att utan direkt lagstöd skydda honom. Ett

[7] LagC:s civillagsförslag 1826 innehöll i JB 9: 12 ett stadgande av följande lydelse: »Nu gör någon, i grund av testamente, klander å fast egendom, som givarens arvingar till annan överlåtit: är testamentet ej bevakat inom år och dag efter givarens död, och har nye ägaren på god tro förvärvat och med egendomen lagfarit, innan testamentstagaren lagfart sökt; have denne ej rätt till egendomen, utan söke sitt skadestånd av arvingarna.» Jfr motiven s. 111 och de i samband därmed tryckta protokollen s. 36 (prot. 17 nov. 1825). Jfr även samma förslag JB 7: 9. — Se vidare Cassel-Norins Tablå 1839, JB s. 75.

Äldre lagberedningens förslag till JB 1847 har i 10: 15 ett motsvarande stadgande, som dock uppvisar den förändringen, att för testamentstagarens företräde fordras, att denne söker lagfart på fastigheten inom år och dag efter dödsfallet (ej blott inom denna tid bevakar testamentet); skälet var, att man ansåg, att alla upplysningar rörande äganderätt till fast egendom borde vara tillgängliga i lagfartsprotokollet, och att testamentstagare lika lätt kunde söka lagfart som inom samma tid bevaka testamentet (motiven s. 94 f.).

I ännu ett förslag dyker spörsmålet upp, nämligen i 1867 års förslag »till förändrade stadganden för betryggande av ägande-, pant- och nyttjanderätt till fastighet». Kommittémajoriteten föreslog ett stadgande (förslag till lag om inskrivning i fastighetsbok 1: 4), som byggde på äldre lagberedningens med det tillägg, att även annan rätt än äganderätt till fastigheten skulle, om den inskreves, vinna trygghet gentemot testamentstagare, som försummade att söka inskrivning inom natt och år efter dödsfallet. Testamentstagarens företräde, om han sökte inskrivning inom natt och år, innefattade ett undantag från förslagets allmänna regel, att företrädesrätten mellan stridiga anspråk berodde på tiden för inskrivningsansökan. Man fann, att en särskild regel måste ges för testamentstagare, som ej alltid genast fick kännedom om förordnandet till hans förmån, men att realsäkerheten skulle alltför mycket lida, om han hade obegränsad tid på sig att göra sitt anspråk gällande mot godtroende tredje man (motiven s. 35). Häradshövding Carlén slopade t. o. m. i sin reservation till betänkandet kravet på god tro hos tredje man och ställde sålunda testamentstagaren ännu sämre (Carléns förslag till förordning om lagfart med fastighetsfång § 11, reservationen s. 24, med motiv ib. s. 15).

sådant resonemang *kan* otvivelaktigt försvaras; redan de lege lata synas dock de tyngre vägande skälen tala för den motsatta lösningen, vilken förefaller att vara rättspolitiskt mera tilltalande och stå i god samklang med nyare utvecklingstendenser inom vår civilrätt. Man saknar ingalunda positiva hållpunkter för sistnämnda lösning. Utgångspunkten är den redan berörda och av *Lagberedningen* direkt betonade möjligheten för dödsboet att förfoga över den borttestamenterade fastigheten för genomförande av nödvändiga syften med boutredningen, främst betalning av gälden. Denna möjlighet måste betraktas som obestridlig; ett sakligt sett nödvändigt förfogande kan alltså icke rubbas genom något slags vindikationstalan från legatarien. Men skall verkligen denna förfogandemöjlighet för boet i praktiken kunna fungera på ett tillfredsställande sätt, kan man icke gärna tvinga tredje man att på egen risk pröva behovet av förfogandet s. a. s. till botten och därmed tvinga honom att — om han verkligen är försiktig — begära insikt i boets hela ställning o. s. v., utan att han ens därigenom teoretiskt vinner full säkerhet.[8] Man nödgas i stället, även beträffande fast egendom, ge boet en viss utåt verkande behörighet eller legitimation och låta legatarien kunna föra talan endast mot ondtroende tredje man (detta naturligtvis fullföljt genom en i praxis lämpligt avvägd gräns mellan god och ond tro, d. v. s. lämpligt avvägda krav på vad tredje man »bör inse»).[9] Eljest skulle för övrigt icke blott den, som i god tro köpt av boet, utan även alla, som från honom härleda sin rätt, få vika för legatarien, därest vid en efterhandsprövning domstol funne förfogandet icke ha varit strängt nödvändigt (ända till dess att legatariens rätt preskriberats eller hävd inträtt). Som ytterligare stöd för det sagda må även här erinras om ratio legis för BL 1: 3.

Tredje man kan naturligtvis vara i god tro på det sättet, att han vet om att fastigheten borttestamenterats men har grundade skäl att antaga, att en försäljning från boets sida ändock är nödvändig. Skyddar man tredje man i dylikt fall, måste man emellertid så mycket mera skydda tredje man, om denne icke

[8] Då man, även om nämnda regel gällde, ej kunde räkna med att tredje man i allmänhet kände till den, verkade regeln onekligen i viss mån som en fallgrop för tredje man.

[9] Om gränsen god — ond tro jfr ovan s. 239 not 4.

ens vet (eller bör veta), att fastigheten blivit föremål för legatariskt förordnande. Om detta gäller, när boet trots kunskap om testamentet säljer fastigheten, kan man omöjligen ställa tredje man sämre, om testamentet t. ex. var förkommet, så att icke heller boet kände till dess existens, d. v. s. testamentstagaren bör icke, om testamentet sedermera anträffas, kunna vindicera fastigheten från godtroende tredje man. Från den positiva utgångspunkt, som utgöres av boets förfogandemöjlighet i framför allt borgenärernas intresse, kommer man alltså som en naturlig konsekvens till ett godtrosskydd för tredje man, analogt med BL 8: 7 för dödförklaringsfallen och kompletterande principen i BL 1: 3. Att denna lösning icke kan presenteras med anspråk på oomtvistlighet är dock självfallet; det kan icke sägas mer än att denna lösning är den, för vilken — trots vissa betänkligheter — likväl de övervägande skälen synas tala.[10]

Det torde efter de föregående utredningarna vara uppenbart, att boets förfogandemöjlighet gör tesen om legatariens sakrätt över huvud mindre adekvat. Å andra sidan vinnes självfallet ingenting genom att påstå, att legatarien skulle ha en blott obligatorisk rätt, ty detta är i andra avseenden missvisande, i det att en sådan terminologi utnämner de universella successorerna, hos oss formellt numera dödsboet såsom sådant, till ägare under mellantiden och legatarien till ett slags borgenär, vilket också kan ge anledning till förhastade slutsatser och icke tillfredsställande återger förhållandena. Praktiskt sett representerar det svenska systemet — även om man icke skulle acceptera godtrosskydd för tredje man i den utsträckning, som ovan förordats

[10] Det bör tilläggas, att om man på detta sätt inom ramen för gällande lagregler söker tolkningsvis nå fram till ett godtrosskydd, man näppeligen kan som förutsättning därför uppställa lagfartsansökan från tredje man. De lege ferenda kunde naturligtvis däremot så ske, om detta befunnes önskvärt. Detta kan dock ifrågasättas (jfr BL 8: 7, där någon dylik förutsättning beträffande fast egendom ej uppställes, liksom ej heller beträffande vare sig fast eller lös egendom kräves tradition).

I dansk rätt äro tinglysningsreglerna konstruerade så, att problemet kommer i ett helt annat läge. Någon svårighet att nå erforderligt skydd för godtroende tredje man synes icke finnas, men däremot äro möjligheterna för legatarien att, även om han är vaksam, förebygga oriktiga dispositioner icke fullt klara. Se de förut åberopade inläggen i Juristen 1937 av Borum och Andersen.

— en frigörelse från det bl. a. i tysk rätt framträdande doktrinära schemat antingen sakrättsligt eller obligatoriskt legat men kan då icke heller vid en framställning tvångsfritt inpassas i ett teoretiskt schema, uppbyggt på dessa begrepp.

Förfogandemöjligheten för boet upphör i princip genom legatets verkställande; därefter får legatets ansvar för gäld utkrävas genom återbäring jämlikt BL 4: 6.[1] [2] Vad ovan sagts har emellertid visat, att i varje fall före verkställandet saklegatet intager en egendomlig mellanställning mellan boets tillhörigheter i egentlig mening och i boet befintlig främmande egendom.

Ett spörsmål bör kanske ytterligare här beröras angående försäljning från boets sida av legat, bestående av fast egendom, för tillgodoseende av ovan berörda syften. BL 2: 13 kräver, för att boutredningsman skall kunna avyttra fast egendom (eller tomträtt), skriftligt, bevittnat samtycke av delägarna i boet eller tillåtelse av rätten.[3] Om nu boutredningsmannen anser sig nödgad försälja fastighetslegat, uppkomma två frågor. Den första är, om det kräves legatariens samtycke, och den andra är, om man skall fordra dödsbodelägarnas samtycke (resp. rättens tillstånd). Vad legatarien angår, tänkes han ju enligt hävdvunnen uppfattning vara ägare, och det kunde då synas, som om hans (men däremot ej bodelägarnas) samtycke borde inhämtas. Ett krav på legatariens samtycke kan nu icke direkt härledas ur BL 2: 13, och om man ändock uppställer ett sådant krav, kan det ifrågasättas, om man, såsom i BL 2: 13 sker, kan

H 1886 · 235

[1] I vad mån en möjlighet kan finnas, att beträffande fast egendom, på vilken legatarien ännu icke sökt lagfart, även ett förfogande från boets sida efter den faktiska utgivningen till legatarien skulle kunna bli giltigt på grund av tredje mans goda tro, skall icke här undersökas.

[2] Det skulle — såsom redan antytts ovan s. 233 — tyvärr föra för långt att här undersöka också återbäringsproblemen. Enligt motiven till BL (NJA II 1933 s. 427, EGB s. 284) skulle återbäringsanspråket verka sakrättsligt. Vad lös egendom angår, betyder ju detta föga, då det begränsas av vanliga regler om godtrosförvärv. I fråga om fast egendom är återbäringskravets fulla sakrättsliga valör däremot ägnad att medföra åtskilliga betänkligheter. Har fastighetslegat verkställts av boet och lagfarits av legatarien, tala starka skäl för ett godtrosskydd för tredje man, som härleder sin ställning från rättshandling av legatarien. Om denna lösning de lege lata kan försvaras är dock ovisst.

[3] När BL 2: 13 talar om »delägarna», åsyftas givetvis delägarna i dödsboet.

låta samtycket ersättas av en rättens tillåtelse. Utan en dylik möjlighet att eliminera en obefogad samtyckesvägran skulle emellertid kravet på legatariens samtycke undergräva den givna utgångspunkten, nämligen att boet kan förfoga över legatet, framför allt om detta är nödvändigt för att skaffa medel till gäldsbetalning. Även med möjligheten att gå till rätten skulle f. ö. kravet på legatariens samtycke kunna skapa vissa svårigheter, då ju legatarien kan tänkas i det längsta motsätta sig även en befogad försäljning. Man torde i varje fall icke på basis av nu gällande lagregler kunna vidhålla tanken om legatariens samtycke.

Frågan om legatariens samtycke uppstår även, då dödsbodelägarna själva ha hand om boet. I detta fall kan uppenbarligen ännu mindre BL 2: 13 ha någon betydelse. Skall man fordra samtycke vid boutredningsmannaförvaltning, bör man emellertid likaväl fordra det vid delägareförvaltning; släpper man kravet i ena fallet, bör man släppa det i det andra. Vid delägareförvaltning synes det emellertid uteslutet att uppställa krav på legatariens samtycke. Varför skulle man då göra det blott vid fast egendom? Skulle man s. a. s. härleda kravet på legatariens samtycke från synpunkterna rörande legatariens allmänna ställning, sådana dessa av gammalt utformats i svensk juridik, så borde man ju komma till ett samtyckeskrav för såväl fast som lös egendom. Det strider mot vanlig juridisk tillämpningsteknik att här utan stöd av lag införa ett dylikt krav blott beträffande visst slag av egendom. Även här återkommer vidare synpunkten, att utgångsförutsättningen — boets dispositionsmöjlighet — undergräves, om samtycke kräves utan att samtidigt ett remedium gives mot obefogad vägran. Men att skapa detta genom att uppställa principen om domstols tillåtelse såsom surrogat för samtycke eller genom att proklamera någon annan dylik anordning går icke, när man icke har något stöd av lag härför. Resultatet blir alltså, att såväl vid delägareförvaltning som vid boutredningsmannaförvaltning något samtyckeskrav icke i nuvarande situation kan hävdas. Vid förvaltning genom testamentsexekutor måste också detsamma gälla.

Det återstår att beröra frågan, om boutredningsman, som vill sälja fastighetslegat, jämlikt BL 2: 13 behöver dödsbodelägarnas samtycke eller, om detta ej erhålles, rättens tillstånd. Nämnda stadgande är efter sin ordalydelse tillämpligt, och delägarna ha

på grund av försäljningens samband med den allmänna gäldsavvecklingen och därmed boets allmänna ställning även vissa intressen att bevaka i detta sammanhang. Det synes därför riktigast att tillämpa BL 2: 13 också i denna situation. Detta betyder blott att här, liksom eljest beträffande fastighet, för delägarna bevara ett medinflytande såsom s. a. s. en relikt av den beslutanderätt, som tillkommer delägarna, när boutredningsman ej finnes (och ej heller testamentsexekutor), en beslutanderätt, som de ju skulle ha haft även beträffande en borttestamenterad fastighets försäljning för borgenärernas förnöjande.

Meningen med det sagda har icke varit, att legatarien för närvarande skulle sakna alla garantier mot sakligt omotiverade förfoganden. Om man icke accepterar den speciella möjlighet till »godtrosförvärv» för tredje man, som ovan hävdats, blir tydligen särskilt i fråga om fast egendom legatarien väl tillgodosedd genom en möjlighet att i klanderväg omintetgöra varje sakligt ogrundat förfogande, så snart icke hävd inträtt (eller legatariens rätt preskriberats). Som ovan anförts, tala emellertid starka skäl för ett visst godtrosskydd för tredje man, och i så fall har legatarien nyssnämnda utväg endast mot ondtroende tredje man. Det kan icke invändas, att denna ståndpunkt är omöjlig därför, att legatarien då försättes i alltför dåligt läge. Han har nämligen vissa andra garantier. Misstänker han risk för omotiverat förfogande, har han den i BL 5: 3 givna utvägen att begära rättens förordnande, att säkerhet skall ställas för legatets utgörande eller att egendom, varom fråga är, skall sättas under särskild vård. Ha delägarna hand om förvaltningen, kan legatarien också gå vägen att begära tillsättande av boutredningsman (BL 2: 1).[4] Vidare föreligger ju ett till legatariens förmån verkande skadeståndsansvar, så snart förfogandet kan visas ha varit obehövligt, vilket skadeståndsansvar måste åvila dels dödsboet såsom sådant, dels de personer, som handlat å boets vägnar. Beträffande boets organ följer detta direkt av BL 1: 6 beträffande delägare och av 2: 18 beträffande boutredningsman (2: 20 st. 2, jämfört med 2: 18, i fråga om testamentsexekutor).[5] Slutligen kan vid fast egendom legatarien möjligen vinna visst skydd genom en snabb lagfartsansökan; därom nedan under D.

[4] Jfr NJA II 1933 s. 505 (EGB s. 357).

[5] Jfr NJA II 1933 s. 506 (EGB s. 357).

Borde man då införa någon anordning, som innefattade ett högre mått av garanti ur legatariens synpunkt men ändock ej hindrade en verkligt nödvändig avyttring? En utväg vore att — trots vissa därmed följande nackdelar — stadga krav på alternativt legatariens samtycke eller rättens tillstånd i fråga om fast egendom. En annan utväg vore, att legatarien obligatoriskt skulle underrättas om en tilltänkt försäljning — åtminstone beträffande fast egendom — och sedan finge viss kort tid på sig att, om han ansåge sig kunna visa åtgärdens obehövlighet, draga saken under rättens (eller domarens) prövning, ev. mot skyldighet att stå den ekonomiska risken för att en ändock nödvändig avyttring gåve sämre utbyte genom det därav vållade dröjsmålet. Emellertid synes det knappast finnas tillräckliga skäl för att belasta lagstiftningen med dylika anordningar.

I det föregående har huvudsakligen talats om förfoganden i form av försäljning, men det har förutsatts, att även pantsättning är tänkbar. Man måste ju tillerkänna boet en möjlighet att i stället för en försäljning inskränka sig till en belåning av saken, vilket i genomsnitt måste vara en för legatarien mindre kännbar åtgärd. En belåning kan ju in concreto vara fullt tillräcklig och alltså vara ändamålsenligare. Tredje mans ställning vid sakligt sett tvivelaktiga eller obehövliga förfoganden av dylik art bör bedömas efter samma riktlinjer, som gälla i fråga om försäljning.[6]

Pantsättningsmöjligheten måste gälla såväl lös som fast egendom. I fråga om fastighet blir alltså resultatet, att boet vid behov därav skall på ett eller annat sätt kunna åstadkomma inteckning i densamma, varefter — om boet så erhållit erforderliga medel — legatet skulle kunna verkställas, d. v. s. fastigheten överlämnas till legatarien, ehuru mera belastad än den var i den dödes hand. Till de inskrivningsrättsliga problem, som i detta sammanhang uppstå, skola vi nedan återkomma.

Var inteckningsåtgärden obefogad och är inteckningshavaren i ond tro, bör legatarien kunna få inteckningen förklarad ogiltig

[6] Även en belåning kan i princip tänkas motiverad icke blott av hänsyn till borgenärerna utan även av hänsyn till konkurrens med andra legatarier, om egendomen i boet är otillräcklig och saklegatet icke in casu har företräde (jfr SJA VIII s. 147). Här ligger kanske f. ö. en belåning i regel närmare till hands än en avyttring. En belåning skulle kunna tänkas även såsom en följd av jämkning av testamente för tillgodoseende av laglottsanspråk, i säregna fall även för tillgodoseende av universell testamentstagare (jfr ovan s. 228 not 10).

eller möjligen, om han hellre önskar det, få den till sig överlämnad (dock torde ej alltför stränga krav få ställas på den goda tron). Å andra sidan torde behovet av skydd för tredje man i god tro särskilt tydligt visa sig, när boet intecknar fastigheten, om nämligen denna utväg för boet skall ha praktiskt värde. Samma faktorer, som redan tidigare berörts, verka även här till ett visst skydd för legatarien.

D. Legatets ovan antydda mellanställning, sammanhängande med dess gäldsansvar och med boets framför allt av detta gäldsansvar betingade förfogandemöjlighet, leder — vare sig man vill acceptera det ovan förordade godtrosskyddet för tredje man eller icke — till särskilda komplikationer i fråga om legat av fast egendom. I motiven till BL antages legat jämförelsevis sällan bestå av fast egendom.[7] Även om detta må vara riktigt, om man jämför frekvensen av fastighetslegat med frekvensen av andra legat (lösegendomslegat, penninglegat etc.), är fallet dock ingalunda av blott teoretiskt intresse.

Om fast egendom såsom legat tillfallit en person, hävdades före BL, att beträffande legatariens lagfartsskyldighet de i 2 § LF angivna tiderna skulle räknas från det testamentet vunnit laga kraft, dock aldrig tidigare än från boupptecknings.[8] Samma regel kan numera direkt utläsas ur 2 § LF (i dess lydelse av 9 juni 1933).[9] På grund härav måste antagas, att legatarien också verkligen kan få lagfart — om sedvanliga lagfartsförutsättningar äro för handen — så snart bouppteckning hållits och testamentet blivit ståndande.[1] Om bouppteckning föreligger men

[7] NJA II 1933 s. 495.

[8] Undén, Kommentar s. 33, NJA II 1933 s. 693. Så även enligt lagberedningens förslag till JB II s. 272. Jfr också Nordling, Lagfarts- och inteckningslagarne s. 56.

[9] Jfr motiven till 1933 års ändring, NJA II 1933 s. 698 f.

[1] Det torde nämligen vara en rimlig och i svensk lagfartsrätt i andra fall accepterad tanke, att en förvärvares lagfartsskyldighet icke skall anses börja löpa, förrän en person i förvärvarens situation verkligen principiellt kan få lagfart beviljad. Denna synpunkt kan anläggas på den i praxis framträdande regeln, att — oaktat 2 § LF räknar tiderna för lagfarts sökande från det »fånget skedde» — sagda tider vid köp räknas från köpebrevet, icke från köpekontraktet, om detta senare innehåller, att sedan vissa villkor uppfyllts köpebrev skall utfärdas. Se NJA 1905 s. 460, 1907 s. 585. Jfr Undén, Kommentar s. 33, 36, Malmström, Villkor II s. 66.

testamentet ännu icke blivit ståndande, bör ansökan icke avslås utan med hänsyn till LF § 6 mom. 2 och § 10 förklaras vilande. Innan bouppteckning förrättats, torde däremot avslag vara det riktiga beslutet.[2] Vid ansökan om lagfart för legatarien kan inskrivningsdomaren uppenbarligen icke företaga någon prövning angående boets tillstånd och den därav beroende möjligheten, att fastigheten erfordras för betalning av gälden i boet. Ej heller lär inskrivningsdomaren kunna fordra något bevis om att fastigheten av dödsboet faktiskt utgivits till legatarien. Denna omständighet spelar ju ingen roll för lagfartsskyldighetens inträde enligt 2 § LF. Oavsett verkställigheten av legatet löper tiden för sökande av lagfart från testamentets lagakraftvinnande, om bouppteckning då redan hållits, eljest från dennas förrättande.[3] Det kan säkerligen stundom inträffa, att när denna tid löper ut — i stad är den ju blott tre månader — fastigheten ännu icke utgivits till legatarien, måhända därför, att boets tillstånd icke är det bästa (testamentet kan ju genom godkännande bli ståndande redan på ett tidigt stadium).

Om sålunda legatarien på ett stadium, som stundom kan inträffa relativt tidigt, kan få lagfart beviljad på fastigheten (ev. ännu tidigare vilande lagfart) och så småningom blir skyldig att söka lagfart, så kan å andra sidan enligt uppfattningen hos *Lagberedningen* även dödsboet såsom sådant söka och erhålla lagfart på fastigheten. De synpunkter, som varit bestämmande härför, kunna väl antagas ha varit ungefär följande. Om boet säljer fastigheten för att få medel till gäldsbetalning, kan köparen enligt gällande lagfartsregler icke få lagfart, om icke hans fångesman haft det. Fångesman är här dödsboet, icke legatarien, företrädd av boet. Om borgenärerna obestridligen ha

[2] Praktiska skäl synas göra det nödvändigt att betrakta bouppteckningen såsom det enda sättet att i detta fall styrka, att fastigheten verkligen ingått i kvarlåtenskapen (även om testamentet med tillräcklig exakthet angivit fastigheten). Jfr Undén, Kommentar s. 37. Att detta behöver styrkas synes uppenbart. Testator kan ju efter testamentets upprättande ha försålt fastigheten men köparen ej sökt lagfart. Att denne köpare skulle behöva vika för legatarien strider mot allmänt i svensk rätt hyllade principer rörande dödsfallsfångs karaktär. Någon analog tillämpning av grundsatsen i 12 § LF är otänkbar.

[3] Ej heller eljest spelar ju tillträdet av förvärvad egendom någon som helst roll för lagfarten.

företräde framför legatarien och fastigheten sålunda i nyss antydda situation går legatarien helt förbi, kan det nämligen icke vara riktigt med en lagfart i vanlig ordning för legatarien med de därmed förknippade kostnaderna, bl. a. lagfartsstämpel enligt stämpelförordningens 8 §, rubriken »Testamente om fast egendom». Skall man beträffande köparen upprätthålla kravet på fångesmannens lagfart, synes ingen annan utväg återstå än att behandla boet självt såsom fångesman och följaktligen kräva lagfart för boet, alldeles som när dödsbo eljest avyttrar fast egendom. (För att detta skall te sig formellt tillfredsställande, bör tydligen försäljningen också ske i boets och icke i legatariens namn.) Det anförda är alltså en förmodan om de bestämmande synpunkterna. Själva ståndpunkten framträder i följande passus i motiven till 1933 års ändring av 4 § LF: »Lagfart för dödsbo kan även avse egendom, varom arvlåtaren gjort singulärt testamentariskt förordnande. I regel föreligger ej anledning till dylik lagfart; den, som erhållit fastighet såsom legat, får utan förmedling av dödsboet lagfart med stöd av testamentet. Det kan emellertid vara nödvändigt, att egendomen under boutredningen försäljes för betalning av den dödes gäld, och i sådant fall bör lagfart meddelas för dödsboet, varifrån egendomen av köparen förvärvas. Skulle å fastighet, som omfattas av legatariskt förordnande, lagfart meddelas för dödsbo utan att avyttring kommer till stånd, är det naturligtvis icke hinder för legatarien att i sin ordning erhålla lagfart å fastigheten.»[4] Man observerar, att det klart är fråga om lagfart för *dödsboet,* ej för legatarien, som tvärtom i sin tur måste söka lagfart, om boet ej säljer.[5]

Resultatet skulle alltså bli, att enligt nu rådande system såväl legatarien som boet kunna skaffa sig lagfart.[6] Möjligheten tar för båda sin början med boupptecknigen eller rättare dess inregistrering (jfr LF § 4), låt vara att legatarien i regel då blott kan få vilande lagfart. Man kan då fråga, om det spelar någon

[4] NJA II 1933 s. 699 f. (EGB s. 583).

[5] Boet får alltså ej lagfart såsom något slags representant för legatarien.

[6] För boets del skulle även bortsett från det ovan i texten anförda finnas faktisk möjlighet att få lagfart åtminstone för det fall att boupptecknigen saknar uppgift om testamentet (och inskrivningsdomaren ej ändock känner till det), vare sig detta beror på försummelse eller på att testamentet kommit i dagen först senare.

roll, vem som kommer först med sin ansökan, och hur över huvud en rationell samordning skall komma till stånd. Man får onekligen det intrycket, att systemet på denna punkt icke är fullt genomtänkt och i tillämpningen måste skära sig en smula, om än kollisionsfallen i praktiken icke kunna bli så synnerligen ofta förekommande. En praktiskt orienterad lagtolkning kan emellertid icke stanna vid denna kritiska synpunkt och blott konstatera en bristande harmoni utan måste gå vidare och undersöka möjligheterna att inom de existerande lagbestämmelsernas ram övervinna de direkta kollisionsmomenten, utan att naturligtvis därför ett i allo idealiskt slutresultat kan ernås.

Som en given utgångspunkt måste man betrakta boets förfogandemöjlighet över legatet i och för borgenärernas förnöjande (undantagsvis även för tillgodoseende av andra legatarier eller av laglottsberättigad arvinge). Vidare är det nödvändigt att utgå från att boet *icke* förfogar *å legatariens vägnar,* så att denne skulle behöva inträda i en fångesmans förpliktelser, och att lagfart för *legatarien* icke får krävas såsom grundval för den lagfart, som skall beviljas boets köpare (jfr ovan). En försäljning eller en inteckning är en boets sak. Med hänsyn till gällande inskrivningsrättsliga bestämmelser, sådana de sedan länge tolkats, och med hänsyn till lagberedningens nyss citerade tydliga ståndpunkt, som kan väntas utöva avgörande inverkan på praxis, är det vidare ofrånkomligt att utgå från att lagfart för köparen resp. inteckning förutsätter lagfart för *boet.* Alltså måste boet kunna få lagfart på fastigheten, trots att den bortlegaterats. I förbigående kan konstateras, att denna möjlighet till lagfart i boets eget namn ytterligare belyser, med vilken försiktighet man får upptaga läran om legatariens äganderätt från dödsfallet, även om denna tänkes såsom villkorlig, särskilt i den mån det skulle visa sig svårt att effektivt begränsa denna möjlighet till fall, då verkligen nödvändigheten att skaffa medel till borgenärernas förnöjande o. s. v. ovillkorligen driver fram försäljning och alltså legatarien helt måste gå miste om fastigheten. Från de antydda utgångspunkterna ha vi att undersöka ett flertal delspörsmål.

1. Möjligheten för boet att få lagfart på fastigheten under åberopande av boupptecknings kan bero på att bouppteckningen saknar uppgift om testamentet.[7] Detta fall skall dock

[7] Se föreg. not.

icke här behandlas. Vi förutsätta det normala förhållandet, att av boupptecknigen framgår, att fastigheten testamenterats till viss person. Ändock skall, på ovan anförda skäl, finnas en möjlighet för boet att få lagfart, med hänsyn till att boet under vissa omständigheter kan förfoga över fastigheten, närmast genom försäljning men ev. även genom inteckning. Vi kunna tills vidare huvudsakligen fästa uppmärksamheten vid försäljningsmöjligheten. »Fångeshandling» för boet är naturligtvis här som eljest vid bolagfart (LF § 4) den inregistrerade boupptecknigen.

Om nu legatarien icke sökt lagfart utan det endast föreligger en lagfartsansökan från boets sida, kan man fråga efter förutsättningarna för dennas beviljande. Det är då klart, att det är omöjligt att i lagfartsärendet anordna en materiell prövning av boets läge, av boets försäljningsplaner eller av en eventuellt redan skedd försäljning. En sådan prövning skulle för övrigt icke i princip vara avgörande för en redan skedd försäljnings giltighet. Först och främst kunde en dylik prövning icke rättskraftigt avgöra frågan; vidare skulle även en sakligt sett obefogad försäljning eventuellt, nämligen om den tidigare hävdade ståndpunkten accepteras, kunna gälla under förutsättning av god tro (av ovan antydd beskaffenhet) hos köparen. Om å andra sidan en lagfartsansökan från boets sida alltid utan vidare skulle beviljas, betydde detta en väsentlig osäkerhet för legatarien. Denne bleve i vissa fall blottställd gentemot boet ej kanske så mycket för rena trakasserier — mot dessa är väl vederbörande agerande personers skadeståndsansvar en icke betydelselös motvikt, om man frågar efter andra faktorer än de rent moraliska; vet legatarien om boets planer, hinner han f. ö. kanske begära boutredningsman eller påkalla tillämpning av BL 5: 3 — som fastmera för boets åtgärder i alla tveksamma fall. Med hänsyn härtill är det naturligt att — utöver de allmänna faktorer, som verka till legatariens skydd — söka vissa garantier mot obefogade lagfartsansökningar från boets sida, i den mån inom det nuvarande systemets ram sådana över huvud äro möjliga med hänsyn till den summariska prövning, som måste utmärka inskrivningsförfarandet.

Tidigare har den tanken avvisats (ovan denna § under C 2), att en försäljning från boets sida skulle erfordra legatariens samtycke.

Självfallet kan då icke heller krav uppställas på dylikt samtycke såsom förutsättning för boets lagfart. De garantier, som man kan komma till, äro i själva verket icke särskilt effektiva. Upplyses det eller är det eljest känt för inskrivningsdomaren, att boet redan verkställt legatet, bör ansökningen avslås. Då bör nämligen legatet kunna tagas i anspråk endast genom påkallande av återbäring jämlikt BL 4: 6, och innan sådan återbäring skett, bör boet icke kunna skaffa sig lagfart på den till legatarien testamenterade fastigheten, som ju denne då själv innehar. Helst skulle man generellt vilja kräva bevisning för att legatet icke verkställts, men detta kanske blir svårt att genomföra i ett ansökningsärende (möjligen kunde man för detta ändamål höra legatarien); i varje fall synes man böra kräva bestämd uppgift från boets sida, att legatet icke verkställts, en uppgift, som väl i någon mån kan styrkas genom att boet t. ex. visar sig inneha den avlidnes lagfartshandlingar m. m. Någon materiell prövning av det befogade i de motiv, som föranlett boets lagfartsansökan, kan man tydligen icke påbörda inskrivningsdomaren. Möjligen skulle man däremot som en ytterligare restriktion kunna tänka sig en sådan praxis, att boet ej skulle få lagfart, om ej antingen lagfart samtidigt söktes för en boets köpare eller också inteckning söktes på grund av medgivande från boet (om inteckningsmöjligheten jfr ovan under C 2). Är det för inskrivningsdomaren känt, att egendomen jämlikt BL 5: 3 satts under särskild vård, bör lagfart för boet ej beviljas, utan att det framstår såsom sannolikt, att ett förfogande från boets sida verkligen är behövligt. Eftersom den särskilda vården avser att förhindra fri disposition för boet, bör egendomen av vårdnadshavaren icke utlämnas, om denne ej finner ett förfogande nödvändigt. Måhända bör därför dennes medgivande krävas även för lagfart (eftersom anordnande av särskild vård sker efter beslut av rätten, kunde det f. ö. ifrågasättas, om ej en avyttring från boets sida, som ju måste leda till vårdens upphörande, borde underställas rättens prövning).

2. Det har redan ovan framhållits, att man med nuvarande avfattning av LF icke, om legatarien söker lagfart på det lagakraftvunna testamentet, kan kräva, att han också skall styrka, att fastigheten överlämnats till honom, alltså legatet verkställts

i BL:s mening.[8] Det fallet kan då tänkas, att legatarien sökt och erhållit lagfart, ehuru legatet ännu icke verkställts, och att sedermera fråga uppstår om lagfart för boet, som vill sälja fastigheten för att kunna betala gälden i boet (låt vara att det måste medges, att frågan om förfogande från boets sida i regel torde vara utagerad, innan testamentet vinner laga kraft). Vidare finnes i princip möjligheten, att legatarien, innan testamentet blivit ståndande, vunnit vilande lagfart. En utväg att komma till rätta med dylika situationer vore att föra in desamma under återbäringsregeln i BL 4: 6 och säga, att legatariens lagfart resp. vilandeförklarade lagfartsansökan skapat ett hinder för boet att direkt få lagfart och avyttra fastigheten men att detta hinder får undanröjas på samma sätt som vid en bokstavlig återbäring jämlikt BL 4: 6 av ett redan verkställt legat. Boets återbäringskrav hindras ju i sistnämnda fall icke av legatariens vilande eller beviljade lagfart, men återbäring skall ske, innan sagda lagfart mister sin verkan; återbäringen i sin tur sker antingen genom legatariens frivilliga medverkan eller efter dom på återbäring. Om boet icke verkställt legatet, uppstår emellertid utan varje tvivel icke — ehuru legatarien tänkes ha fått vilande eller beviljad lagfart — någon egentlig återbäringssituation, och något direkt åberopande av BL 4: 6, som förutsätter, att egendomen utgivits till legatarien, är icke på sin plats. Detta hindrar nu i och för sig icke, att legatariens vilande eller beviljade lagfart kan tilläggas samma »spärrverkan» gentemot boet som legatets verkställande, vilken »spärrverkan» kunde upphävas endast i en ordning, analog med den egentliga återbäringen, d. v. s. antingen genom legatariens medgivande till lagfart för boet eller genom dom, som undanröjde legatariens lagfart (dylik dom skulle väl då förutsätta, att rätten funne förfogande från boets sida nödvändigt).

Den antydda lösningen stämmer med sedvanliga inskrivningsrättsliga principer, som synas fordra, att boet ej får lagfart, med mindre legatariens (beviljade eller vilande) lagfart regelrätt

---

[8] Ovan s. 249 f. Att »verkställande» av legat i BL:s mening betyder legatets utgivande, är tydligt av lagens avfattning. Se t. ex. BL 5: 1 och speciellt beträffande fastighet vissa uttalanden i motiven till denna §, NJA II 1933 s. 495 (EGB s. 344).

undanröjes (jag förutsätter dock, att i enkelhetens intresse omvägen via process icke skall behövas, om legatarien medger lagfart för boet; det blir då ett slags formell härledning från legatariens lagfart, låt vara att härledningen icke består i en reguljär överlåtelse och dessutom kan sägas erbjuda ett formellt bristfälligt underlag för boets lagfart i de fall, då legatarien hade blott vilande lagfart). Lösningen i fråga är dock ur andra synpunkter otillfredsställande.

Har legatet verkställts, har detta normalt föregåtts av en prövning av frågan, om legatet kunde behövas till täckning av gäld i boet m. m. Det är då naturligt, att det icke utan vidare skall gå för boet att taga hand om fastigheten och kullkasta legatariens vunna lagfartsförmån. Har däremot boet icke ännu ansett sig kunna verkställa legatet, ligger däri, att situationen är på ett helt annat sätt svävande. Om man här principiellt utgår från en möjlighet för boet att förfoga över legatet, om så erfordras framför allt av hänsyn till borgenärerna, är det icke tilltalande, att en under tiden inträffande (t. o. m. vilande) lagfart för legatarien skulle åstadkomma en spärrverkan, som icke fanns tidigare.

Av de skäl, som här antytts, kunde man överväga möjligheten att framkasta den lösningen, att trots legatariens vilande eller t. o. m. beviljade lagfart boet skulle anses bibehålla i huvudsak samma möjligheter icke blott att sälja fastigheten utan också att till fullföljande av försäljningstransaktionen skaffa sig lagfart för att möjliggöra lagfart för köparen. I så fall vore det emellertid lämpligast att såsom ett oeftergivligt villkor för lagfart för boet, trots legatariens tidigare lagfart, uppställa, att samtidigt lagfart söktes för någon, som köpt fastigheten av boet (eller att samtidigt inteckning söktes på grund av medgivande från boet). Vidare borde man kräva bevisning (åtminstone summarisk sådan) för att legatet verkligen icke verkställts. Styrktes ej detta på ett sätt, som efter omständigheterna och med hänsyn till förfarandets summariska karaktär kunde godtagas, eller styrktes det ej alls, borde legatarien höras i ärendet, för att man skulle få denna punkt utredd. Med dessa regler i förening med eljest förefintliga garantier för legatarien — möjligheten att vända sig i varje fall mot ondtroende tredje man vid omotiverad försäljning, skadeståndsmöjligheterna och möjligheten att vid befarade missbruk från boets sida påkalla tillämpning av

BL 5: 3 resp. att, om delägarna ha hand om förvaltningen, begära tillsättande av boutredningsman — skulle en något så när acceptabel ordning ha ernåtts. Det torde dock vara svårt att vinna gehör i praxis för den sist framkastade lösningen på grund av det ovanliga inskrivningsrättsliga förfaringssätt, som den förutsätter.[9]

3. Det kan tänkas, att boet sökt och erhållit lagfart på fastigheten, men att det oaktat någon försäljning av densamma icke blir av. Dylika fall skulle bli mycket sällsynta, om man följde den ovan framkastade tanken att såsom en förutsättning för boets lagfart uppställa, att samtidigt antingen lagfart sökes för någon, som köpt fastigheten av boet, eller inteckning sökes på grund av medgivande från boet. I inteckningsfallen stannar fastigheten ju kvar i kvarlåtenskapen, men i övrigt skulle ett dylikt förhållande, när boet fått lagfart, blott kunna bero av sådant som försäljningens återgång el. dyl. Med en liberalare ståndpunkt än den ovan antydda angående förutsättningarna för boets lagfart skulle fallen kunna bli flera. Så snart situationen över huvud är tänkbar, uppstår emellertid frågan om förutsättningarna för den lagfart, som sedermera i sinom tid bör följa för legatarien. Det har redan ovan nämnts, att lagberedningen förklarar, att legatarien i sin tur bör kunna erhålla lagfart, och detta är ju också uppenbart. Men när och under vilka betingelser kan detta ske?

Vi kunna antaga, att boet fått lagfart en viss inskrivningsdag och samtidigt intecknat fastigheten. Legatarien kan ej utan vidare tillåtas att under åberopande av testamentet t. ex. få lagfart påföljande inskrivningsdag. Boet kanske ej verkställt legatet och det kanske visar sig, att inteckningsåtgärden ej var tillräcklig för att tillgodose borgenärerna (det kanhända har yppats förut okänd gäld o. s. v.) utan att försäljning av fastig-

[9] Liksom legatarien kan även tredje man — på ett eller annat sätt — nödgas vika. Man kan antaga, att ehuru legatet icke verkställts legatarien fått åtminstone vilande lagfart och sålt fastigheten vidare, varefter köparen likaså fått vilande lagfart (hade legatarien beviljad lagfart, kan köparen också ha hunnit få lagfart beviljad). Man lär väl dock näppeligen kunna skydda tredje man i fråga om ett icke verkställt legat, vad som än må gälla om ett redan verkställt sådant (jfr ovan s. 245 not 2). Tredje man kan naturligtvis också vara inteckningshavare; skulle legatarien ha erhållit lagfart, kan han ju ha intecknat fastigheten. I varje fall vid icke verkställda legat lär väl ej heller dylik tredje man kunna skyddas. Jfr härom nedan s. 261.

heten blir nödvändig. Finge nu legatarien lagfart, skulle boets tidigare lagfart ej längre vara sista gällande lagfart, och till boets lagfart skulle därför ej kunna anslutas lagfart för köparen.[1] Den temporära spärr, som legatariens t. o. m. vilandeförklarade ansökan ur köparens synvinkel skulle utgöra, finge på något sätt undanröjas. Visserligen kunde detta eventuellt ske på det sättet, att boet ånyo skaffade sig lagfart (jfr under föregående siffra), men detta vore ett synnerligen otympligt och invecklat system; detta gällde i särskild grad, om boet nödgades gå rättegångsvägen för att få hindret undanröjt. Riktigare är att söka förhindra, att legatarien efter en en gång beviljad lagfart för boet utan vidare i sin tur får lagfart. Detta kan dock icke få taga sig det uttrycket, att man såsom en förutsättning för legatariens lagfart kräver något slags verklig överlåtelsehandling från boet till legatarien. Detta strider formellt alltför mycket mot hela det svenska systemet för legatariens succession (jfr ovan under A). Men väl synes man kunna — vilket realiter torde ha lika god effekt — kräva, att legatarien, vars fångeshandling alltjämt är testamentet, ej får lagfart, med mindre han antingen företer bevis, att boet icke har något att erinra mot den sökta lagfarten, eller också styrker, att legatet redan verkställts av boet. Då måste man också antaga, att en ansökan från legatariens sida, som icke åtföljes av handlingar, innefattande dylik bevisning, icke får föranleda ens vilandeförklaring, något som ju skulle ha en spärrverkan med sig gentemot en lagfartssökande köpare. Det riktiga beslutet synes därför vara avslag, även om detta onekligen icke särskilt väl går in under beskrivningen av avslagsgrunderna i 5 § LF.[2]

---

[1] Man kan ju ej ha två skilda lagfarna ägare samtidigt, vilkas lagfarter bägge skulle omfatta hela fastigheten och bägge samtidigt gälla.

[2] Bland de principiellt möjliga besluten från en inskrivningsdomares sida utom bifall, vilandeförklaring och avslag finnes ju även ett enkelt uppskovsbeslut (jfr Undén, Kommentar s. 57 f.). Om man antager, att ett uppskovsbeslut icke har vilandeförklaringens spärrverkan, skulle en utväg vara att till en början bevilja uppskov och därmed ge sökanden en chans att till nästa gång förete i texten antydd bevisning. Om uppskovet icke har spärrverkan, kan det emellertid icke rädda någon prioritet från ansökningstillfället, och då är ju hela utvägen av föga värde. Ett avslag vinner ju icke rättskraft så, att det hindrar upprepad ansökan.

4. En egendomlig situation uppkommer, om först legatarien erhåller lagfart, därefter boet förskaffar sig lagfart samt t. ex. intecknar fastigheten och sedermera överlämnar densamma till legatarien. Skall legatarien söka lagfart på nytt? Eller kan möjligen hans gamla lagfart s. a. s. ånyo leva upp? Det sista alternativet kan icke antagas. Är legatariens lagfart direkt undanröjd, är den definitivt ur spelet. Även om boet möjligen skulle kunna få lagfart utan dylikt undanröjande, har legatariens lagfart för framtiden förlorat sin ställning som sista lagfart. Med gällande bestämmelser synes i stället det riktiga vara, att legatarien ånyo söker lagfart, varvid samma förutsättningar få tillämpas, som framställts under föregående siffra. Förnyad stämpelbeläggning av testamentet torde han undgå jämlikt 17 § stämpelförordningen. Man kan säga, att detta är en otymplig omväg, men i den angivna situationen lär ingen bättre lösning kunna anvisas inom det nuvarande systemets ram.

5. Efter de föregående utredningarna är det möjligt att angripa spörsmålet om legatariens lagfartsskyldighet. Med en omedelbar tillämpning av lagens bestämmelser skall ju tiden för fullgörande av densamma löpa oberoende av legatets verkställande och *kunna* löpa till ända, även om det då icke ännu är klart, huruvida fastigheten behöver användas för att tillgodose borgenärerna o. s. v. En sak för sig är, att i praktiken lagfartsskyldigheten ofta icke utkräves med den energi, att de föreskrivna tiderna allmänt sett verkligen äro fullt effektiva. Detta bringar emellertid icke den svårighet, som ligger innesluten i lagens system, ur världen. Viktigare är invändningen, att testamentet, om det icke före klandertidens utgång godkännes, blir ståndande så sent, att frågan om boets ställning och behov då i regel måste vara klar. Det återstår dock vissa möjliga fall, då det sist sagda icke träffar in utan vissa komplikationer kunna tänkas. Om man utgår från de resultat, som framställts ovan under nr 1—4, och tillåter sig en tämligen fri lagtillämpning, torde man emellertid kunna eliminera en del av de antydda olägenheterna, ehuru man icke kan nå ett i allo tillfredsställande slutresultat.

Minst lätt att komma till rätta med är situationen, därest den på vanligt sätt beräknade tiden för legatarien att söka lagfart skulle gå till ända utan att boet sökt lagfart men dock under sådana förhållanden, att en möjlighet (kanske en stor sannolikhet) föreligger för att boet nödgas taga fastigheten i anspråk (vi förutsätta då också, att av denna anledning legatet ännu icke

verkställts av boet). Lagens ord innebära lagfartsskyldighet för legatarien, och för en inskränkande tolkning består den svårigheten, att något lätt påvisbart yttre faktum icke finnes, som gör sannolikt, att legatarien ej får fastigheten resp. ej får den utan ytterligare gravation. Det invändes måhända, att själva den omständigheten, att legatet ännu ej verkställts, utgör en tillräcklig sådan omständighet, men detta är med utgångspunkt från lagens text knappast riktigt. Det hade ju mycket väl varit en möjlighet för lagstiftaren att göra verkställandet till utgångspunkt för legatariens lagfartstid, men så har ej skett. Svårigheten torde därför i detta hänseende ej tolkningsvis kunna helt avlägsnas. Praktiskt får väl saken närmast ordnas på den omvägen, att om legatarien i medvetande om risken att söka lagfart och betala stämpel för en fastighet, som han sannolikt icke får, underlåter att söka lagfart, lagens medel för framtvingande av en försummad lagfartsansökan — vitesföreläggande på talan av allmän åklagare — får handhavas med försiktighet och med beaktande av det särskilda fallets läge, alltså med tillämpning i någon mån av en opportunitetsprincip; fall av antydd art måste ju vara relativt sällsynta.

Däremot torde man kunna hävda regeln, att om dödsboet sökt och fått lagfart på fastigheten (innan alltså legatarien gjort det) legatariens lagfartsskyldighet tills vidare suspenderas. Helt upphör den naturligtvis, om boets lagfart omedelbart åtföljes av lagfartsansökan för en boets köpare. Åtföljes den i stället av inteckningsansökan, grundad på medgivande från boet, invändes måhända mot suspensionen, att lagfart för legatarien förmodligen kommer att bli nödvändig, då fastigheten sannolikt verkligen kommer att övergå till legatarien, ehuru belastad med ett ytterligare inteckningsbelopp. Att så sker är dock ej säkert, enär en försäljning senare kan visa sig påkallad, och under alla förhållanden är det rimligt att låta boets lagfart tills vidare suspendera legatariens lagfartsskyldighet. Legatarien bör ju enligt det föregående ej kunna få ens vilande lagfart, om han icke företer bevis, att boet intet har att erinra däremot, eller styrker, att legatet sedermera utgivits till honom (ovan under 3). Detta motiverar till fullo den antagna suspensionen.[3]

[3] Jfr ovan s. 249 not 1.

Det är ingen avgörande invändning, att det skulle vara svårt att fixera den tidpunkt, då legatariens lagfartsskyldighet skall börja löpa igen, därest ingen försäljning blir av. Denna svårighet är icke oöverkomlig. För att få en enkel regel synes det bäst att generellt låta legatets verkställande bilda terminus a quo i dylika fall.[4]

6. Det återstår att ägna ännu några ord åt inteckningsförhållandena. Även dessa kunna uppvisa en del komplikationer, som f. ö. äro ägnade att ytterligare belysa olägenheterna av att en legatarie stundom kan skaffa sig lagfart på den fastighet han fått såsom legat, redan innan boet verkställt legatet.

Om legatarien erhåller lagfart, innan legatet verkställts, kan han tydligen även inteckna fastigheten. Av legatets gäldsansvar, sådant det utformats i det svenska systemet, blir det emellertid en ofrånkomlig konsekvens, att dylika inteckningar få vika, om boet för att skaffa medel till gäldsbetalning säljer eller intecknar fastigheten. Säljer boet fastigheten, måste inteckningar, härrörande från legatarien, sakna giltighet gentemot köparen, oberoende av inteckningshavarens goda eller onda tro; boets möjlighet att sälja vore annars föga värd. *Lagberedningen* torde ju rent av tänka sig detsamma gälla, därest legat, som redan verkställts, sedermera måste återbäras till boet jämlikt BL 4: 6.[5] Hur det hela rent tekniskt skall ordnas är en annan sak. Om inteckningshavaren ej frivilligt utlämnar inteckningen till köparen, får väl denne i rättegång yrka inteckningens ogiltigförklarande eller möjligen dess överlämnande till honom, såvida man ej redan i samband med en ev. rättegång om undanröjande av legatariens lagfart tagit upp frågan om inteckningens undanröjande.

Tekniskt sett blir situationen i viss mån ännu egendomligare, om boet icke säljer fastigheten utan nöjer sig med att inteckna den. Om det är riktigt, såsom ovan antagits, att man måste

---

[4] Visserligen kan det redan före verkställandet stundom vara klart, att försäljningen är onödig, men de växlande möjligheterna härför ägna sig icke som underlag för regelbildning. Ej heller behöver man modifiera den i texten antydda regeln därför, att genom senare återbäring fastigheten teoretiskt kan komma att ändock återgå till boet, en risk, som ju i princip alltid vidlåder ett legat.

[5] Sistnämnda tes torde dock erfordra en närmare undersökning, som icke här kan ske. Jfr ovan s. 245 not 2.

tillerkänna boet denna möjlighet, kan man icke komma ifrån konsekvensen, att en dylik inteckning bör gå före inteckningar, beviljade på grund av medgivande från legatarien (resp. av legatarien medgivna inteckningar, vilandeförklarade på grund av dennes vilande lagfart). Dessa behöva däremot icke här helt förlora sin verkan. Men därmed skapar man utan direkt stöd av uttrycklig lag en omkastning i förmånsrättsordningen, analog på sitt sätt med förmånsrätten för ogulden köpeskilling. Detta är onekligen ägnat att inge betänksamhet, men — såsom tidigare antytts — det förhandenvarande systemet är sådant, att vissa skärningar uppkomma, vilka icke kunna tolkningsvis på ett fullt tillfredsställande sätt avhjälpas. En motsatt lösning ger upphov till andra kanske större betänkligheter.

Om boet intecknat fastigheten och denna sedan överlämnas till legatarien, får denne däremot självfallet respektera sålunda tillkomna inteckningar, såsom redan ovan i vissa resonemang förutsatts.

7. Syftet med denna framställning är icke att skissera något slags reformprogram, men det må vara tillåtet att understryka, att vissa olägenheter av det nuvarande systemet skulle undvikas, om man icke läte tiden för fullgörande av legatariens lagfartsskyldighet börja löpa förrän i och med legatets verkställande och tillika gjorde verkställandet till en förutsättning för beviljande av lagfart för legatarien, ev. verkställandet *eller* medgivande från boet. Dessförinnan borde knappast ens vilande lagfart medgivas. Samtidigt kunde man möjligen överväga att införa något slags krav på domarens tillstånd el. dyl., om boet utan legatariens medgivande önskar förfoga över legat av fast egendom (ev. även andra legat av större värde). Dessa antydningsvis framkastade uppslag skola dock icke här närmare fullföljas.

E. Det har tidigare utvecklats (ovan under C), hurusom legatet, så länge det befinner sig i boet och alltså icke verkställts, kan bli föremål för utmätning för boets gäld (givetvis med de modifikationer, som följa av reglerna rörande ett visst temporärt utmätningsskydd eller rättare skydd mot försäljning av utmätt egendom, gällande dödsboet över huvud). Man kan nu emellertid fråga, när legatet blir åtkomligt för legatariens enskilda

borgenärer. Därvid måste man skilja mellan situationen före och efter legatets verkställande.

Av hänsyn till boets borgenärer måste man före verkställandet följa ett sådant system, att deras intressen icke trädas för nära; de skola ju enligt lagens tankegång gå före legatarien och även då före dennes borgenärer. Å andra sidan böra dessa senare få den möjlighet, som inom ramen för den först antydda synpunkten kan givas, att tillgodogöra sig den tillgång, som rätten till legatet representerar. Detta synes gå väl ihop, om man före verkställandet icke tillåter en legatariens borgenär att få utmätning i själva saken utan uttryckligen såsom föremål för utmätningen nämner legatariens rätt till saken, med den villkorlighet, som vidlåder denna. Att legatarien traditionellt brukar betecknas såsom ägare redan från dödsfallet, kan ej verka rubbning häri; f. ö. är ju även enligt denna traditionella uppfattning hans äganderätt synnerligen villkorlig. Beträffande ett för legatarien lagfaret men ännu icke verkställt fastighetslegat måste i princip detsamma gälla.

Har legatet verkställts, finnes visserligen en möjlighet, att det måste återbäras enligt BL 4: 6, men en mycket stor sannolikhet talar dock för att legatarien får behålla saken, och man kan därför praktiskt icke fortfara att behandla legatarien såsom innehavare av en blott provisorisk rätt. Av tekniskt-praktiska skäl måste man efter verkställandet av legatet låta en utmätning avse »själva saken», d. v. s. saken såsom sådan utmätes och säljes. Vilken verkan som det oaktat vid en återbäring må inträda gentemot utmätningsborgenären och över huvud mot tredje man med hänsyn därtill, att lagstiftaren fattat boets återkravsrätt såsom sakrättslig, skall icke behandlas i detta sammanhang.

F. I kap. III § 3 ha beträffande arvingar och universella testamentstagare diskuterats åtskilliga problem, som kunna tänkas uppkomma vid tillämpning av 1881 års hävdeförordning. Delvis analoga frågor göra sig gällande också beträffande fastighet, som utgör legat. Skulle hävdetiden löpa ut, innan dödsboet ännu verkställt legatet, uppkommer dock ett spörsmål, som är speciellt betingat av den legatariska successionen, nämligen huruvida man såsom fastighetens aktuelle innehavare ur

hävdesynpunkt skall betrakta dödsboet eller legatarien. Den traditionella läran om legatariens äganderätt från dödsfallet skapar en viss förmodan för att man hittills, om man reflekterat på saken, räknat legatarien såsom innehavare. Oavsett själva läran såsom sådan torde man också kunna uppställa detta som den naturligaste huvudregeln, som synes speciellt motiverad i de fall, då legatarien redan fått lagfart på fastigheten. Det finnes ingen anledning, varför en godtroende legatarie skulle bli lidande på eventuell ond tro hos dödsboet.[6] Om situationen är sådan, att av hänsyn till borgenärerna legatarien ändå kommer att gå miste om fastigheten, vore det självfallet tilltalande att kunna modifiera huvudregeln och betrakta dödsboet såsom innehavare (borgenärernas personer kan man icke gärna draga in). Svårigheten med en sådan modifikation är den rent tekniska, hur man skall kunna på ett tillfredsställande sätt draga en praktiskt brukbar gräns i förhållande till huvudregeln. Måhända kan man avgränsa undantagsfallen så, att dödsboet betraktas som innehavare, så snart det i det konkreta fallet är uppenbart, att boets tillstånd icke medger legatets verkställande.[7]

Blir i enlighet med hävdereglerna, tillämpade efter nu angivna riktlinjer, frågan om boets goda tro aktuell, får denna fråga bedömas i överensstämmelse med de principer, som utvecklats ovan i kap. III § 3 under A. Däremot återstår att avgöra, till vilken tidpunkt man skall knyta kravet på legatariens goda tro, i den mån det i det särskilda fallet kommer an därpå. Svaret kan ur många synpunkter vara tveksamt.[8]

[6] Det kan icke invändas, att förvärv på grund av legatarisk succession ej böra komma i bättre ställning genom förvärvarens goda tro, ty denna invändning skulle i så fall gälla alla dödsfallsfång. Den bevisar emellertid för mycket; i varje fall har ju lagstiftaren funnit det nödvändigt att låta även dödsfallsfång kunna grunda hävd.

[7] Att alltid låta boet gälla som innehavare, så snart boet skaffat sig lagfart på fastigheten, är icke fullt tillfredsställande, då bolagfarten kan tänkas ha blivit sökt blott för att möjliggöra inteckning.

[8] Beträffande dödsboet ansågs ovan, om än med tvekan, boupptecknings-tillfället avgörande. Det är emellertid tydligt, att detta ej har samma betydelse för legatarien som för de universella successorerna. Att bygga på dödsfallstidpunkten är icke en idealisk lösning; mot densamma tala delvis samma skäl, som tidigare anförts mot en sådan regel beträffande dödsboet. Finner man ingen annan praktikabel anknytningspunkt, kan man dock nödgas gå nämnda väg. Testamentets lagakraftvinnande synes ofta vara

Har legatet väl en gång verkställts, d. v. s. boet överlämnat fastigheten till legatarien, är denne att anse såsom dess innehavare, detta även om han ännu icke sökt lagfart men boet skulle ha lagfart. Hans goda tro får bedömas på nyss antytt sätt. Har han icke lagfart, blir frågan aktuell, vem som är »föregående innehavaren» ur synpunkten av 2 § HF. Klart är då, att som regel detta måste vara arvlåtaren (testator). Tvekan kan möjligen råda, därest boet erhållit lagfart på fastigheten (utan att dock avyttring skett). Det finnes dock knappast skäl att låta denna formellt-inskrivningsrättsliga omständighet föranleda undantag. (Har däremot legatet icke verkställts utan boet tvärtom sålt fastigheten till tredje man och är denna försäljning i och för sig giltig, lär man icke kunna undgå att behandla boet såsom »föregående innehavare» i förhållande till denne tredje man, därest vindikationstalan skulle riktas mot honom och han ännu icke erhållit lagfart.)

G. I utländska rättssystem, som principiellt erkänna blott ett s. k. obligatoriskt legat, även när det gäller legat av viss sak, betraktas naturligtvis också dylik legatarie såsom ett slags borgenär hos de universella successorerna (boet). Detta behöver dock ej medföra, att legatarier över huvud ställas på alldeles samma linje som vanliga borgenärer med hänsyn till de universella successorernas gäldsansvar. Skiftningarna i detta avseende kunna vi här ej följa. Vi endast konstatera, att intet som helst likställande förekommer i svensk rätt. Arvingar och universella testamentstagare bli icke genom försummat egendomsavträde personligen ansvariga för fullgörande av legat, liksom hela betraktelsesättet av legaten såsom egentlig gäld i boet är främmande för BL. Företages däremot arvskifte, innan

---

en för sen tidpunkt. Bevakas testamentet, är måhända bevakningstillfället lämpligare att utgå ifrån. Underlåtes bevakning därför, att den är överflödig på grund av arvingarnas godkännande, skulle tidpunkten för godkännandet (rättare den siste arvingens godkännande, om de godkänna successivt) kunna läggas till grund, om godkännandet sker efter dödsfallet. Har det skett före dödsfallet (jfr 2 § lagen om arvsavtal), skulle man möjligen — det gäller ju här sällsynta fall — kunna bygga på den tidpunkt, då legatarien i det särskilda fallet erhöll eller skaffade sig någon preliminär uppfattning om boets förhållanden (trots att denna tidpunkt vore svår att in concreto fixera).

legatet utgivits eller egendom, som därför erfordras, blivit ställd under särskild vård, bli delägarna jämlikt BL 5: 1 personligen och solidariskt ansvariga för förordnandets verkställande, såsom om skifte ej ägt rum; ansvaret är alltså väl att märka begränsat till den omfattning, i vilken verkställighet före skifte skulle kunnat äga rum med hänsyn till kvarlåtenskapens storlek. Med klassiska termer inom doktrinen kunde man säga, att ansvaret *cum viribus hereditatis* övergår till ett ansvar *pro viribus hereditatis*.

Det obligatoriska legatet i utländsk rätt brukar också anses vara underkastat allmänt obligationsrättsliga regler, i den mån icke positiva undantag stadgats.[9] Något sådant är ju alldeles främmande för det svenska systemet beträffande saklegat. Att reglerna om fordringspreskription icke kunna tillämpas på rätten att utfå saklegat är strängt taget alltför självklart för att behöva framhållas.[1] Med hänsyn till de särskilda reglerna om testamentspreskription (TL kap. 8) saknar spörsmålet dock större betydelse.

H. Motsättningen sakrätt — obligationsrätt i vanlig mening rör egentligen förhållandet till tredje man. Det är emellertid icke blott denna sida av legatariens ställning, som här måste beaktas. Om man tänker på den vanliga formuleringen, att legatarien skall betraktas som ägare redan från dödsfallet, blir detta tydligt, eftersom just med äganderättskonstruktionen av gammalt brukat förknippas även vissa andra spörsmål än dem, som avse förhållandet till tredje man. Detta visar sig faktiskt också beträffande legatariens position. Vi skola först beröra frågorna om avkastningen, kostnaderna och faran.

I fråga om kostnaderna hänvisar lagen (BL 5: 4) i första hand — naturligt nog — till eventuella föreskrifter i testamentet och stadgar, att i brist på sådana legatarien har att, innan egendomen utgives till honom, ersätta boet nödiga kostnader, vilka ej föranletts av boutredningen. Såsom redan tidigare nämnts, ingår i motiveringen för denna presumtionsregel bl. a. en hänvisning till att legatarien får anses som ägare redan från dödsfallet.[2]

[9] Se t. ex. Tuor s. 226, 759, RG-Komm. V ad § 2174.

[1] Jfr vidare nedan s. 279.

[2] Se ovan s. 222. Jfr Schrevelius, Civilrätt II s. 98, Knut Olivecrona, Testamentsrätten s. 352 (2 uppl. s. 377 f.), Nordling, ÄB s. 222 f.

Själva regeln är otvivelaktigt den naturligaste, när avkastningen samtidigt tillagts legatarien från dödsfallet,[3] men att i motiveringen inrycka föreställningen om legatariens äganderätt är uppenbart oriktigt. Om kostnadsregeln tänkes ingå bland de moment, vilka tillsammans konstituera den situation, som benämnes legatariens äganderätt, kan denna äganderätt icke vara motivering till ifrågavarande regel. Om åter kostnadsregeln icke tänkts ingå bland sagda moment, är frågan om kostnaderna ett fristående spörsmål, som i princip icke står i nödvändigt sammanhang med de omständigheter, som dölja sig bakom beteckningen legatariens äganderätt.[4] Består ett praktiskt lämplighetssammanhang, kan detta påvisas endast genom att anknyta till de konkreta detaljregler, som betinga detta sammanhang.

Man kan också göra en annan iakttagelse. Huvudregeln i BL 5: 4 skall tillämpas »där ej annat följer av testamentet». Principen att legatarien skall betraktas som ägare från dödsfallet, har också tänkts ha sina undantag. Dessa komma emellertid knappast att helt sammanfalla med undantagen från regeln i BL 5: 4. Om testamentet innebär, att viss annan successor skall utgiva det legat, varom fråga är (testator har t. ex. föreskrivit, att en fastighet skall tillfalla viss person men att denne skall till en viss annan person utgiva ett å fastigheten befintligt föremål), synes uppfattningen i TL:s motiv innebära, att legatarien skulle ha en blott obligatorisk rätt mot den, som skulle utgiva legatet (därom mera nedan i § 3). Häri torde icke nödvändigt behöva ligga någon avsikt hos testator, som motiverar en avvikelse från huvudregeln i BL 5: 4 om kostnaderna, trots den tänkta blott obligatoriska rätten för legatarien, liksom ej heller någon av-

[3] Därav följer ju nödvändigheten att låta legatarien svara för kostnader, erforderliga för avkastningens vinnande, och beträffande övriga kostnader kan ingen särskild grund påvisas för att belasta boet med desamma, i den mån de icke direkt föranledas av boutredningen, till nackdel för övriga intressenter och med avvikelse från den urgamla principen om sammankoppling av nyttan, kostnaderna och faran (jfr D. 50, 17, 10 och 40 domarregeln).

[4] Någon större formellt-teknisk fördel med hänsyn till den faktiskt givna traditionella innebörden av termen äganderätt kan man icke vinna genom att upprätthålla ett dylikt sammanhang, helst som svensk doktrin sedan länge varit benägen att koppla ifrån sådana spörsmål som de där behandlade från äganderättsfrågan.

vikelse från huvudgrundsatsen, att legatarien skall ha avkastningen från dödsfallet.[5] Kostnadsregeln har också — trots hänvisningen till legatariens äganderätt — faktiskt tänkts in dubio gälla även vid legat, som ej utgår av oskifto.[6]

Den nyss antydda regeln, att avkastningen redan från dödsfallet in dubio skall tillkomma legatarien, återfinnes likaledes i BL 5: 4. De i fråga om kostnaderna anförda synpunkterna äga mutatis mutandis tillämpning även beträffande avkastningen. Historiskt har ju rätten till ett föremåls avkastning vanligen betraktats som en konsekvens av svaret på frågan, vem som vore föremålets ägare. Sedermera har emellertid köplagen fristående reglerat spörsmålet om den tidpunkt, från vilken köpare av lös egendom skall åtnjuta avkastningen, och i doktrinen har förnekats, att i dylika övergångssituationer ett nödvändigt samband med äganderättsfrågan råder.[7] Med de redan i inledningen ovan angivna utgångspunkterna befinner sig hela äganderättsfrågan principiellt i det läget, att man aldrig med denna som grundval kan motivera något visst innehåll i en lagregel om avkastningen. Någon mera ingående utredning härom torde dock icke nu vara nödvändig. Det må vara nog att konstatera, att i nuvarande svensk rätt en person, som betecknas såsom ägare, visserligen regelmässigt men just i vissa övergångssituationer ingalunda alltid är den, som uppbär avkastningen.[8] I motiven till BL 5: 4 åberopas icke legatariens äganderätt såsom grund för avkastningsregeln.[9] Denna regel torde icke heller

[5] Jfr nedan s. 269 not 1.

[6] I motiven heter det direkt (NJA II 1933 s. 509): »Vad förut sagts om legat av oskifto gäller ock, då legatet belastar viss arvinge eller testamentstagare. Denne har rätt till ersättning för nödig kostnad, som ej kan hänföras till de normala utgifterna för utredningen.» — Den obligatoriska konstruktionen av legatet i BGB har icke hindrat en kostnadsregel sådan som den i BGB § 2185.

[7] Almén, Köplagen (3 uppl.) I s. 225, varmed bör jämföras ib. s. 189 f.

[8] Därmed förnekas ingalunda, att äganderätten, om därmed betecknas en viss fördelaktig tryggad position för den, som vi kalla ägare, typiskt sett måste innesluta rätt till avkastningen, om den ej skall te sig som en formell rättsposition med föga av reellt innehåll. Jfr Lagberedningen, ÄB III s. 132.

[9] Så har däremot tidigare skett t. ex. hos Schrevelius, Civilrätt II s. 98, Knut Olivecrona, a. a. s. 352 ff. (2 uppl. s. 377 ff.); Nordling, ÄB s. 222 åberopar ej direkt äganderätten men har förmodligen haft en liknande motivering. Jfr även Platou s. 353.

kunna begränsas till fall, då legatet efter traditionell uppfattning skulle vara sakrättsligt.[1]

Vad angår faran för egendomen, ger lagen intet stadgande, och ej heller synes något uttalande föreligga i motiven till BL. Det kunde då möjligen frågas, om man icke i de redan berörda tankegångarna om när legatarien borde anses såsom ägare finge utläsa även en ståndpunkt till spörsmålet om faran. Vid en rent historisk tolkning, som det ju här skulle gälla, torde dock något sådant resultat icke med absolut säkerhet kunna vinnas. Det är visserligen sant, att frågorna om äganderättens läge och om faran doktrinhistoriskt sett tidigare övervägande varit kombinerade,[2] men köplagen och senare doktrin har ju medfört en uppluckring även på denna punkt.[3] Om man än alltså ur gällande lag och motiven till densamma ej direkt kan utläsa några regler om faran, förefaller det emellertid tämligen givet, att — där ej annat följer av testamentets innehåll — regeln måste vara, att faran för casus åvilar legatarien från dödsfallet. Det finnes ingen anledning att i detta avseende avvika från de principer, efter vilka avkastnings- och kostnadsfrågorna reglerats, även om något begreppsmässigt nödvändigt sammanhang här icke består. Regleringen av avkastningen och kostnaderna kan ju sägas vila på den grundtanken, att själva legatet med vad därtill hör skall, mot skyldighet att svara för rimliga kostnader, tillkomma legatarien men att därutöver någon belastning av boet och dess delägare icke bör komma i fråga, och det ligger i linje därmed att låta faran vila på legatarien. Ej heller här finnes emellertid anledning att begränsa regeln till de fall, då enligt

---

[1] Jfr uttalandet i motiven till BL 5:4 (NJA II 1933 s. 507): »Skall legatet fullgöras av viss arvinge eller testamentstagare, kan det vara anledning att undersöka, huruvida testator avsett att tillförsäkra legatarien annan avkastning än den, som faller från den tid, då verkställighet bör äga rum. Lagregeln har emellertid icke begränsats att avse legat av oskifto utan gäller för legat i allmänhet, och denna vidsträckta tillämpning har stadgats under den i lagtexten tydligt angivna förutsättningen, att regeln får stå tillbaka, så snart testamentet föranleder en annan lösning av frågan om avkastningen.» Jfr även ib. s. 506 samt Bentzon s. 338, BGB § 2184 (som dock icke ger legatarien fullt så långt gående anspråk som i allmänhet en ägare mot en besittare. Endemann III s. 312 not 27).

[2] Beträffande faran i fråga om legat jfr Platou s. 353.

[3] Jfr Almén, a. a. s. 189 f.

den i motiven till TL framträdande åskådningen legatarien vore att anse såsom ägare redan från dödsfallet (jfr vidare nedan i nästa §).

I. Det fall kan tänkas, att legatarien avlider efter testators död men innan legatet hunnit verkställas. Det är uppenbart, att därest testamentet innehåller någon föreskrift för dylikt fall, denna har att lända till efterrättelse. Mera sällan lär väl dock något vara att utläsa ur testamentet därom. Regeln måste då vara, att legatariens successorer träda i hans ställe.[4] Några särskilda kommentarer torde emellertid icke behöva ägnas denna grundsats. Den är naturlig, vilka allmänjuridiska etiketter som än sättas på legatariens rättsställning, och förekommer även i rättssystem, som blott känna ett obligatoriskt legat.[5]

*

Undersökningen i denna § har visat, att svensk rätt på vägar, som på det hela taget äro praktiskt väl framkomliga, har löst problemet om legatariens rättsställning utan att i praktiken fastna i den på oberättigad teoretisk schematisering vilande problemställningen sakrättsligt eller obligatoriskt legat. I vissa avseenden utvisar det svenska systemet dock — särskilt beträffande fast egendom — påfallande praktiska oklarheter och svaga punkter; ett renodlande och praktiskt konsekvent realiserande av någotdera av de traditionella begreppen sakrättsligt resp. obligatoriskt legat kan dock ingalunda anbefallas såsom botemedel. Diskussionen av de olika praktiska detaljproblemen behöver icke göras till föremål för någon resumé. Det är tillräckligt att betona, att denna diskussion har visat, att den svenska regleringen av

---

[4] Jfr Nehrman, ÄB s. 228. Tolkningsregeln i TL 3:6 avser icke det här behandlade fallet. Orden »Dör testamentstagare, innan hans rätt inträtt» åsyfta den situationen, att han dör före testator, resp. vid successiva förordnanden före sin närmaste företrädare. Orden »eller kan testamentet eljest ej verkställas i vad honom angår» torde icke få tolkas så, att de avse det i texten berörda fallet, ehuru de ju strängt formellt skulle kunna täcka detsamma. Se motiven till TL 3:6.

[5] Se t. ex. Ehrenzweig II:2 s. 503, ZGB art. 543 och Tuor s. 500 f., BGB § 2176 och RG-Komm. därtill, Endemann III s. 305. Jfr även Windscheid-Kipp III s. 629.

det ordinära saklegatet icke, sådan den föreligger, kan pressas in i något av nyssnämnda traditionella begrepp. Att kalla det svenska saklegatet för principiellt obligatoriskt faller väl ingen in, men det är ej heller adekvat att utan vidare utge det för ett sakrättsligt legat, ett »vindikationslegat». Möjligen kunde man däremot, om man ville få fram en kort term, som antydde något om den reella skillnaden i förhållande till exempelvis det tyska systemet, använda något sådant uttryck som »direkt» legat el. dyl., ehuru det gärna medges, att också denna terminologi ger rum för vissa invändningar.

Det har redan tidigare nämnts, att man ju från traditionell utgångspunkt borde medge den principiella möjligheten av en blott obligatorisk rätt för legatarien, även om det skulle gälla saklegat att fullgöras av oskifto. Så borde vara fallet, om en testators avsikt i denna riktning läte sig påvisa.[6] Ur praktisk synpunkt lär man väl utan vidare kunna från diskussionen avföra det fall, att testator skulle ha haft tankefiguren »obligatorisk rätt» i tankarna. Principiellt kan naturligtvis testator ge en saklegatarie en på ett eller annat sätt svagare rättsposition än den vanliga, men testator är icke bunden vid motsättningen sakrätt contra obligatorisk rätt, utan variationsmöjligheter finnas i en hel rad av de praktiska hänseenden, som tidigare berörts. Det synes emellertid vara mycket osannolikt, att testator skulle i något fall över hela linjen åsyfta en ställning, som motsvarade de tänkta reella konsekvenserna av idén om ett »rent obligatoriskt» legat.

§ 3.

Legatariens position vid saklegat, som skola fullgöras av viss successor.

I föregående § har gjorts ett försök att närmare bestämma en rad av de förhållanden, som äro förknippade med den ordinära successionen till saklegat att fullgöras av oskifto. Det har därvid naturligtvis förutsatts, att icke de omdiskuterade frågorna blivit direkt lösta i testamentet; dock har det delvis gällt frågor,

[6] Se ovan s. 222, 224.

som icke gärna kunna tänkas ha blivit föremål för testamentsbestämmelser, och allt, som rör borgenärernas företräde framför legatarien med därur härflytande konsekvenser, kan testator uppenbarligen icke förfoga över, i varje fall icke till borgenärernas nackdel.

Därmed ha vi emellertid icke avfärdat frågan om legatariens position vid saklegat, som skola fullgöras av viss successor. Det tyckes ju förutsättas i TL:s motiv, att legatarien i dylik händelse blott har en obligatorisk rätt på utfående av legatet gentemot sagde successor, och det framstår som en uppgift att undersöka, i vad mån denna beteckning kan vidhållas visserligen icke som en principiell utgångspunkt, varifrån slutsatser finge dragas, men som en kortfattad karakteristik av legatariens ställning.

Det kan frågas, om det över huvud är tänkbart med saklegat (alltså legat av viss individuellt bestämd sak), som skall fullgöras icke av dödsboet utan av viss successor. Säkert är, att sådana fall måste vara mindre vanliga, men alldeles otänkbara äro de icke, och motiven till BL förutsätta dem klart såsom möjliga.[7] Vid en närmare undersökning torde man för fullständighetens skull böra beakta icke blott legat att omedelbart utgå utan även legat, som skall träda i verksamhet först längre fram, sedan någon annan successor först innehaft föremålet någon tid (legat med framskjutet förvärv).

A. Gäller det ett saklegat, som skall omedelbart utgå, är det rätt svårt att tänka sig, att fullgörandet därav skulle i testamente läggas å arvinge eller universell testamentstagare; dock är det kanske icke absolut omöjligt att föreställa sig en sådan anordning, och motiven till BL tyckas räkna därmed.[8] Lättare synes

[7] BL 5:4 avser ju endast legat av viss egendom och reglerar för dylika legat frågorna om avkastning och kostnader. I motiven till sagda § förutsättes, att densamma gäller även legat att fullgöras av viss arvinge eller testamentstagare. Se citatet ovan s. 269 not 1.

[8] Jfr föregående not. Äro de universella successorerna flera, vet man ju ej på förhand, hur kvarlåtenskapen fördelas på dem. Skulle det egendomliga inträffa, att viss angiven universell successor fått sig förelagt att utgiva legatet, kan detta sägas innebära, att han utsetts till ett slags specialexekutor beträffande legatet, varvid — om legatet också skall belasta honom — dess värde tillika skall avräknas på hans lott. Hela situationen

det i varje fall vara att tänka sig, att legatet är ett underlegat, som skall fullgöras av annan legatarie (huvudlegatarien). Man kan t. ex. antaga, att huvudlegatarien fått en fastighet med därå befintlig lösegendom men testamentet ålagt honom att till viss annan person utlämna exempelvis en möbelpjäs, som ingår i sagda lösegendom, eller att låta avstycka och till viss person överlämna ett visst mindre område av fastigheten. Såsom synes, blir det dock aldrig fråga om annat än relativt sällsynta situationer. Skall nu karakteristiken av legatariens rätt såsom obligatorisk vara befogad, kan det icke vara nog, att det faktiska fullgörandet åvilar viss successor i stället för dödsboet såsom sådant, utan det måste också förutsättas, att legatarien i vissa avseenden och särskilt gentemot tredje man är något sämre ställd än den saklegatarie, vars legat skall fullgöras av dödsboet. Vid prövningen härav kunna vi i stort sett följa samma undersökningsgång, som tillämpats i föregående §.

1. Man kan fråga, om legatets fullgörande från den därtill utsedde successorns sida skall innebära blott ett faktiskt överlämnande eller tillika innefatta en formlig rättsöverlåtelse. För lös egendom i allmänhet är frågan tämligen meningslös; möjligen kunde den ha fattbar innebörd i mycket speciella fall, t. ex. vid vissa slag av värdepapper, där frågan skulle gälla nödvändigheten och riktigheten eller icke av överlåtelsepåteckning från den verkställande successorns sida. Det finnes dock knappast något skäl att uppställa krav på dylikt förfarande. Skulle legatet avse fast egendom, kan frågan kanske däremot under särskilda betingelser komma i ett något annat läge. Om legatet (underlegatet i det förut antydda exemplet) vore en redan bestående fastighet — ett i själva verket ytterligt osannolikt fall — funnes näppeligen skäl att kräva formenlig överlåtelse till legatarien; att testator direkt skulle ha avsett detta förefaller föga troligt.

förefaller emellertid ganska verklighetsfrämmande. Detsamma kan väl sägas om det fall, att testator blott skulle ha föreskrivit, att den som vid skiftet finge föremålet på sin lott skulle utgiva det till legatarien (man finge då nästan nödvändigt förutsätta skifte genom lottning).

Skulle endast *en* universell successor finnas, försvinner åtminstone delvis den praktiska skillnaden mellan legat av oskifto och legat att fullgöras av successorn (jfr NJA II 1933 s. 502 f., EGB s. 353), och har testator förutsett blott en universell successor, kan han knappast tänkas ha gjort någon skillnad mellan de båda alternativen.

Ej fullt så osannolikt är måhända det fall, att fastighetslegatet, som skall fullgöras av viss successor, består i en ännu icke rättsligt frånskild del av en större fastighet. Testator har t. ex. tilldelat en person A en fastighet men föreskrivit, att denne skall avstycka och överlämna visst område till B. Här bildas B:s fastighet först sedan A fått hela den större fastigheten, och av denna grund torde den lämpligaste lösningen vara en formenlig överlåtelse från A till B vid sidan av det faktiska överlämnandet av besittningen; när B skall ha lagfart, får denna då stödjas på A:s lagfart såsom omfattande det hela. Därmed är dock icke sagt, att B:s position i övrigt måste gestaltas såsom »rent obligationsrättslig», varom mera i det följande.

2. De synpunkter, som ovan i § 2 under B utvecklats i fråga om legatariens prioritet framför andra successorer gälla i vissa delar även här. Det torde vara obehövligt att i detta sammanhang närmare utföra motsvarande resonemang. Det synes även därförutan klart, att någon sådan skillnad icke föreligger mellan de nu och i föregående § behandlade fallen, att den skulle bidraga till att motivera en karakteristik av nu ifrågavarande legattyper såsom obligatoriska.

3. Vi ha tidigare funnit, att det är mindre lämpligt att beteckna det ordinära saklegatet (att fullgöras av oskifto) som ett vindikationslegat. Det återstår att se, om det oaktat saklegatariens ställning gentemot tredje man blir *sämre,* om legatet skall fullgöras av viss successor, t. ex. en huvudlegatarie. Detta är en mycket väsentlig punkt för bedömande av den obligationsrättsliga etikettens lämplighet. I TL:s motiv synes man ha byggt på begreppen sakrätt och obligatorisk rätt såsom utan vidare givna.[9] Med denna utgångspunkt har det väl framstått såsom liggande i sakens natur, att i de nu diskuterade fallen legatariens rätt är rent obligatorisk. Han har ju intet direkt anspråk mot boet utan endast mot den successor, som har att utgiva legatet, alltså blott mot en viss bestämd person. Detta förefaller ju att stämma med sedvanliga definitioner på ett obligatoriskt anspråk.

Att resonemanget i fråga icke är hållbart och icke kan tjäna som principiell utgångspunkt för bedömande av legatariens reella ställning i hithörande situationer är tydligt. Ett annat spörsmål är, i vad mån författarna av TL:s motiv analyserat legatariens

[9] Se Lagberedningen, ÄB III s. 212 f.

ställning i olika hänseenden och funnit densamma stämma med den åsatta etiketten. Emellertid lär man icke kunna säga något därom med sådan bestämdhet, att man därur i sin tur skulle kunna sluta sig till motivens bakomliggande mening rörande bl. a. legatariens förhållande till tredje man. Oavsett detta utgå vi emellertid därifrån, att beteckningen av legatariens position i de här diskuterade fallen som obligatorisk, *om* den över huvud skall användas, förutsätter, att legatarien (i exemplet ovan alltså underlegatarien) verkligen saknar möjlighet att hävda sitt anspråk mot tredje man. En dylik innebörd lägges i utländsk rätt in i konstruktionen av en legataries rätt såsom obligatorisk.[1] Att det skall förhålla sig så, är emellertid ingen nödvändig konsekvens av att han icke kan vända sig direkt mot boet utan har att hålla sig till viss person (i exemplet huvudlegatarien). Drar man från det faktum, att han i denna mening har att hålla sig till viss person, den slutsatsen, att hans anspråk är rent obligatoriskt i så måtto, att det icke berör andra över huvud än denne person (sålunda bl. a. icke kan göras gällande mot sådan tredje man, som är nyssnämnde persons borgenär eller medkontrahent i avtal rörande objektet för det legatariska förordnandet), så sammanblandar man två olika betydelser hos uttrycket »anspråk mot viss person». Också för att få ut ett legat av oskifto får ju legatarien närmast vända sig mot visst rättssubjekt, numera dödsboet, förr den eller de universella successorerna personligen.

Förhållandet mellan boet och den successor, som skall fullgöra legatet, kräver i detta sammanhang knappast någon särskild undersökning. Är sagde successor också legatarie (huvudlegatarie), har han beträffande sitt anspråk att få ut föremålet i det hela samma ställning som en vanlig legatarie (bortsett från frågorna om avkastning, kostnader o. s. v., jfr nedan). Att i förhållande till tredje man ställa honom ogynnsammare än en vanlig legatarie är opåkallat.

Vad angår det legatariska förordnandets förhållande över huvud till tredje man, är det tydligt, att någon skillnad mellan de i denna och i föregående § behandlade legaten icke uppstår i fråga om situationen gentemot *boets* borgenärer eller tredje

[1] Se t. ex. Ehrenzweig II:2 s. 521 f., Tuor s. 577, 587 f. samt ZGB art. 564. Jfr Endemann III s. 281, 307 f.

man, som rättshandlat med *boet*. Även legat att fullgöras av oskifto saknar skydd mot boets borgenärer och i stor utsträckning också mot tredje man i övrigt, och att gentemot tredje man av sistnämnda slag försätta legat att fullgöras av viss successor i en ännu sämre ställning är omotiverat.

Spörsmålet, sådant det efter dessa preliminära konstateranden ter sig, blir alltså — om vi tänka på det förut antydda exemplet — huruvida underlegatarien har separationsrätt i förhållande till *huvudlegatariens* borgenärer, ehuru föremålet finnes kvar hos huvudlegatarien och legatet alltså ännu ej verkställts av denne, samt huruvida underlegatarien har möjlighet att för utfående av legatet vända sig även mot tredje man, till vilken huvudlegatarien överlåtit föremålet eller till vilken han upplåtit begränsad rätt till detsamma.[2] Eftersom det mycket väl är tekniskt möjligt att — ehuru legatet skall verkställas av viss successor — ge legatarien (här underlegatarien) ett åtminstone till en viss grad också mot tredje man genomförbart anspråk, är det tydligt, att avgörandet måste fällas efter praktiska överväganden. Det är uteslutet att testator genom att ordna på antytt sätt med verkställigheten velat reducera legatariens anspråk till »rent obligationsrättsligt» och dymedelst blottställa honom gentemot huvudlegatariens borgenärer o. s. v. — försåvitt man icke skall räkna med en testator, som är en benhård juridisk dogmatiker och önskar arrangera ett skolexempel. Är detta väl en gång klart och utgår man över huvud från det rimliga i att betrakta huvudlegatarien i vårt exempel såsom in dubio blott s. a. s. innehavare av en verkställande funktion, finner man, att de praktiska skälen tala för att icke ge legatarien en sämre ställning än som framtvingas av eljest givna och ofrånkomliga regler i svensk rätt, d. v. s. att också ge denne legatarie en »sakrättslig» position, så långt detta kan ske. Mot detta kan man icke ställa uttalandena i TL:s motiv såsom auktoritativa vittnesbörd om lagstiftarens mening. Motivens ståndpunkt är till sina praktiska konsekvenser icke närmare utförd och synes vila på teoretiska grunder av sådan art, som i allt fall icke äro en hållbar basis för den här avvisade uppfattningen, att saklegat att fullgöras av viss successor vore i praktisk mening »rent

[2] Jfr de ovan föreg. not anf. författarna.

obligationsrättsligt». För övrigt kan en snäv bundenhet vid dylika uttalanden i lagmotiv icke erkännas.

Enligt den här företrädda meningen skulle alltså i det förut berörda exemplet huvudlegatariens borgenärer icke kunna tillgripa föremålet, ehuru det ännu icke överlämnats till underlegatarien. Denne bör kunna freda det vid utmätning, vare sig man till stöd därför vill åberopa orden i 68 § UL om det, som »finnes höra annan till», eller orden i samma § om att utmätning ej heller får ske »till förfång av den rätt, annan till gäldenärens gods äger». Underlegatarien bör vidare ha separationsrätt i huvudlegatariens konkurs. Om huvudlegatarien genom avtal med tredje man förfogar över legatet, bör underlegatariens talan mot denne begränsas endast i överensstämmelse med sedvanliga vindikationsregler, alltså vid lös egendom de vanliga reglerna om godtrosförvärv, som ju emellertid synnerligen starkt begränsa möjligheten att vända sig mot tredje man. Att här ingå på en detaljerad analys av olika tänkbara fall beträffande lös egendom skulle föra för långt, särskilt som hela situationen måste vara mycket sällsynt i praktiska livet.

4. Några särskilda ord böra ägnas legat av fast egendom, som skall verkställas i här förutsatt ordning, varvid vi utgå från exemplet, att det skall verkställas av en huvudlegatarie. I det i högsta grad osannolika fall (jfr ovan), att legatet utgöres av en redan bestående självständig fastighet, måste man antaga (om ej testamentet ger annat vid handen), att huvudlegatarien icke rätteligen skall kunna erhålla lagfart på fastigheten. Erfordras ej lagfart för *boet* på grund av nödvändighet för boet att förfoga över fastigheten, bör lagfart beviljas blott underlegatarien och då i direkt anslutning till testators lagfart (jfr ovan under 1). Den verkställande successorn (huvudlegatarien) kan då ej heller inteckna fastigheten. Försäljning från dennes sida är ävenledes spärrad. I denna riktning verkar redan omöjligheten för tredje man-köparen att få lagfart beviljad. Söker denne lagfart och får den vilandeförklarad av hänsyn till säljarens bristande lagfart, böra tvesalureglerna anses otillämpliga. I stället bör legatariens talan begränsas endast av hävdereglerna (och TL:s preskriptionsregler). Riskerna för fastighetsomsättningen av denna princip äro praktiskt sett obefintliga på grund av hela situationens osannolika karaktär. Den här förfäktade

ståndpunkten är uppenbarligen motsatsen till ett »rent obligationsrättsligt» system, som strängt tillämpat t. o. m. borde innebära skydd för tredje man, som avtalat med den verkställande successorn, oberoende av den förres goda eller onda tro och endast skadeståndsrätt för legatarien (såsom ett minimum borde ett »obligatoriskt» system innebära fullt skydd för godtroende tredje man, men redan vid en sådan begränsning vore etiketten mindre god).

Om legatet består i en rättsligt ännu icke frånskild del av en större fastighet, som tillfallit den verkställande successorn A (i exemplet huvudlegatarien), har det tidigare (ovan under 1) ansetts, att man av tekniska skäl bör kräva formlig överlåtelse från denne till (under)legatarien B. A:s lagfart får då även anses till en början omfatta det hela. Vid undersökningen får man här skilja på två fall, nämligen dels det, då det för B avsedda området redan genom uppgifterna i testamentet är fullt individualiserat, dels då så icke är fallet utan detsamma t. ex. blott anges såsom ett lämpligt område om viss areal el. dyl. I förra fallet finnes knappast något skäl att frånkänna B skydd mot A:s borgenärer i allmänhet vid utmätning eller konkurs. Möjligen bör man däremot av hänsyn till eljest tillämpade fastighetsrättsliga principer låta en tredje man, som köper det hela i god tro och söker lagfart först, gå före B. Mutatis mutandis skulle i så fall samma resonemang tillämpas på inteckningar, grundade på medgivande från A. Är B:s område ej individualiserat i testamentet, synes det däremot svårt att tänka sig något skydd för B mot tredje man. Därmed lämnar man emellertid i viss mån området för undersökningen i detta kapitel, som endast avsetts att gälla saklegat i betydelsen legat av individuellt bestämd sak. Det skulle föra för långt att analysera alla tänkbara övergångssituationer.

5. Följer man samma gång för undersökningen som i föregående §, skulle därefter uppmärksamheten inriktas på möjligheten för (under)legatariens borgenärer att komma åt legatet. I huvudsak samma synpunkter kunna i själva verket tillämpas här som i den i föregående § under E diskuterade situationen, och några särskilda tillägg torde icke här erfordras.

6. De spörsmål, som bilda motsvarigheten till de i föregående § under F berörda hävdeproblemen i fråga om fastighets-

legat, synas så pass opraktiska, att man kan lämna dem därhän med den allmänna anmärkningen, att man sannolikt, om resultatet ovan under 1 angående obehövligheten resp. nödvändigheten av verklig överlåtelse i vanlig mening från den verkställande successorns sida, av tekniska skäl får tillmäta den därmed framträdande olikheten mellan skilda fall betydelse också i detta sammanhang.

7. Avser legat viss individuellt bestämd egendom, synes man icke heller där verkställigheten lagts å viss successor kunna få utrymme för en i princip generell tillämpning av allmänna obligationsrättsregler (jfr vad ovan sagts i föregående § under G). Ej heller här kunna reglerna för den allmänna tioåriga fordringspreskriptionen tillämpas (utan blott reglerna i TL kap. 8 om preskription av rätten att taga testamente). I motiven till TL[3] avvisas helt allmänt tanken om fordringspreskriptionens tillämplighet, när det testerade utgöres av viss individuellt bestämd egendom, som alltjämt finnes i behåll. Argumenteringen härför, som lyder: »till dylik egendom har nämligen testamentstagaren förvärvat äganderätt genom arvfallet», är däremot uppenbarligen mindre lyckad, helst som lagberedningen helt säkert därmed icke avsett att hävda, att något annat skulle gälla i sådana fall, då ett saklegat enligt dess egna utgångspunkter borde anses innebära en blott obligatorisk rätt.

8. Vad angår regleringen av kostnaderna för legatet samt avkastningen av detsamma, har redan tidigare (föregående § under H), konstaterats, att man — på sätt delvis direkt framgår av BL:s motiv — icke i och för sig kan göra någon skillnad mellan legat att verkställas av oskifto och legat att verkställas av viss successor. I båda fallen måste man tillämpa samma huvudregel och i båda fallen viker denna för testamentets bestämmelser; en annan sak är, att verkställigheten genom viss successors försorg stundom kan vara direkt förknippad med eller tyda på en avsikt hos testator att låta denne t. ex. få viss avkastning. I själva verket bildar ju detta på sitt sätt ett slags övergångsfall till sådana typer av legat, där legatarien enligt testamentet icke skall inträda omedelbart utan annan person först — mer eller mindre — tillgodonjuta föremålet, alltså de typer, som beröras nedan i denna § under B.

[3] Lagberedningen, ÄB III s. 370 (Ekeberg-Guldberg s. 230).

Vad faran för casus beträffar, gälla samma synpunkter. Regeln, att faran för saklegat (där alltså objektet är individualiserat) in dubio vilar på legatarien, kan icke begränsas till legat att verkställas av oskifto. Frågan är väl, om en olikartad reglering verkligen avsetts även av dem, som anse legatarien i ena fallet ha sakrätt (äganderätt), i andra fallet obligatoriskt anspråk.[4]

9. Den möjligheten, att legatarien avlider före verkställandet ehuru efter testator, föranleder inga särskilda kommentarer beträffande legat att verkställas av viss successor. Härom hänvisas till föregående § under I.

B. Såsom tidigare nämnts, bör man måhända här också något beröra legat, som icke skola utgå omedelbart utan först längre fram, sedan viss annan person först innehaft och dragit fördel av objektet. I det nära till hands liggande exemplet, att även den förste innehavaren är en legatarie, blir det alltså fråga om successiva legat till samma individuellt bestämda föremål. Tydligen beror det på testamentets innehåll, huru stora förfogandemöjligheter den förste legatarien har, och en hel serie variationer i detta avseende äro tänkbara från en ren nyttjanderätt för den förste upp till en tämligen fri ställning för denne med motsvarande mindre säkerhet för den andre testamentstagaren att verkligen få själva föremålet. Vissa av dessa variationer kunna naturligtvis då också ge den sistnämnde en ställning, som ungefär motsvarar den, som man skulle föreställa sig bakom beteckningen obligatorisk rätt.[5] Någon anledning att här närmare gå in på dessa förhållanden finnes icke.

*

Resultatet av undersökningen i denna § har, utöver synpunkterna på detaljproblemen i och för sig, blivit det, att det åtminstone för det övervägande antalet fall knappast kan vara

[4] Ur historisk synpunkt kan man erinra dels om det faktum, att nyare doktrin skilt frågan om faran från tvistigheterna om äganderättens övergång, dels därom, att redan tidigare satsen »dominus sentit casum» ingalunda varit allenarådande utan att även principen »debitor speciei liberatur interitu rei» gjort sig gällande på sina håll.

[5] Även här har man ofta — mer eller mindre — känt sig bunden i doktrinen av motsättningen sakrätt-obligatorisk rätt. Se t. ex. Platou s. 343 ff. Jfr även Bentzon s. 333.

riktigt att beteckna legatariens ställning såsom blott obligatorisk vid saklegat att omedelbart fullgöras av viss successor. Snarare är en dylik beteckning ägnad att inge felaktiga föreställningar om de regler, som få anses såsom de riktiga i fråga om legatariens position. Vid legat med framskjutet förvärv kunna växlande situationer tänkas, och någon generell etikett är omöjlig att komma fram till.