



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Marie Sandström

Obehörig vinst. Svensk privaträttsdogmatik
mellan Skylla och Karybdis

Särtryck ur häfte 2/2017

OBEHÖRIG VINST. SVENSK PRIVATRÄTTSDOGMATIK MELLAN SKYLLA OCH KARYBDIS

Av Marie Sandström¹

Den 17 september 1999 avkunnade den svenska Högsta domstolen en dom², vars domskäl blottar en kuriös motsägelse i hjärtat av den svenska förmögenhetsrätten. Det är osannolikt att domstolen avsåg, eller ens insåg, att dess ställningstagande kunde ha så vittgående implikationer för den civilrättsliga systematiken. Icke desto mindre kom domen att avslöja att den svenska privaträttsdogmatiken bygger på oförenliga föreställningar om rättens och juridikens enhetlighet. Föga överraskande blev fallet också mycket omdiskuterat. Av den rättsvetenskapliga analysen av domskälen framgår att olika uppfattningar om den juridiska systematikens natur och funktion utgjorde den springande punkten. Begreppet obehörig vinst blev en överraskande katalysator för denna process.

I. FALLET

Bakgrunden till Högsta domstolens dom var komplex. I centrum för händelseförloppet stod en bank, Sparbanken, som hade blivit utsatt för ett omfattande och komplicerat bedrägeri. Ett led i bedrägeriet bestod i att företrädaren för ett bolag – Liano Shipping Ltd – i augusti 1991 kontaktade banken och meddelade att ett belopp om 295.000.000 kr skulle överföras från Nordbanken till bolagets konto i Sparbanken. En namngiven direktör hos Nordbanken skulle bekräfta överföringen i ett telefonsamtal senare samma dag. Företrädaren för bolaget instruerade sedan banken att låta 25.000.000 kr kvarstå på Lianos konto i Sparbanken. Resterande belopp skulle överföras till en tredje bank, Handelsbanken. Sparbanken gavs vidare ett antal betalningsuppdrag. Ett av dessa uppdrag var att överföra drygt 9.300.000 kr till ett bolag, Fortune Finans AB i likvidation, som lösen av ett lån som upptagits hos Fortune Finans av ett till Liano närstående bolag. Sparbanken kontaktades kort därefter av en person som uppgav sig vara direktör hos Nordbanken och som bekräftade dessa uppgifter. Påföljande dag utförde banken betalningsuppdragen enligt instruktionerna.

¹ Professor i rättshistoria vid Stockholms universitets juridiska fakultet. En tyskspråkig version av denna artikel – Ungerechtfertigte Bereicherung. Schwedische Privatrechtsdogmatik zwischen Skylla und Chardydis – återfinns i *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag* (utgivare Marietta Auer, Hans Christoph Grigoleit, Johannes Hager, Carsten Herresthal, Felix Hey, Ingo Koller, Katja Langenbucher, Jörg Neuner, Jens Petersen, Thomas Riehm, Reinhard Singer) Göttingen 2017, s. 1199–2019.

² NJA 1999 s. 575.

Den tredje banken, Handelsbanken, till vilken större delen av överföringen hade destinerats, vägrade emellertid att ta emot pengarna. Skälet till bankens vägran var att Liano inte hade tillgångar som motsvarade överföringens storlek. Sparbanken mottog detta meddelande och inledde en undersökning av omständigheterna. Vid en kontroll visade det sig att Nordbanken saknade all kännedom om överföringen; ingen företrädare för denna bank hade varit i kontakt med Sparbanken i det aktuella ärendet. Så snart Sparbanken erhöll detta besked, och inom en timme efter att betalning hade skett, kontaktades Fortune Finans och banken förklarade att betalningen skulle "frysas" eftersom "något inte stod rätt till" med betalningen. Det framkom sedermera att banken fallit offer för ett bedrägeri och att det saknades täckning på Lianos konto för bankens betalning till Fortune Finans. Banken meddelade fortlöpande Fortune Finans om omständigheterna kring betalningen, vilket föranledde bolagets likvidator att avskilja betalningen från bolagets övriga tillgångar. Banken valde senare att stämma konkursboet och yrka återbetalning av det aktuella beloppet. Bolaget, å sin sida, bestred bankens yrkande.

Sparbanken gjorde i första hand gällande att betalningen skulle gå åter enligt principerna för återkrav av misstagsbetalning, s k *condictio indebiti*. En direkt tillämpning av dessa principer förutsätter således att det rör sig om en misstagsbetalning – *solutio indebiti* – vilken, enligt Högsta domstolen, föreligger då "någon erlägger betalning till annan under det felaktiga antagandet att han är skyldig denne beloppet eller när en gäldenär erlägger ett större belopp än den verkliga skulden". Huvudregeln i dessa fall har sedan gammalt varit att den betalande har rätt att återfå betalningen, förutom i sådana fall där motstående intressen talar för ett undantag från denna regel. Undantagen har i allmänhet avsett sådana fall där den som mottagit betalningen har varit i god tro och dessutom förbrukat eller på annat sätt inrättat sig efter betalningen.

I det aktuella fallet har emellertid misstaget begåtts av en betalningsförmedlare istället för av gäldenären. Högsta domstolen hänvisar till äldre rättspraxis³ som, i överensstämmelse med den romerska rätten, antagit att den principiella återkravsrätten inte föreligger i sådana fall där "någon av misstag betalat en annans skuld i den felaktiga tron att gäldenären har ställt medel till förfogande för betalningen". I dylika fall skulle betalaren visserligen med framgång kunna rikta ett krav mot gäldenären, men däremot inte mot borgenären. Denna praxis skall dock, enligt domstolen, inte utan vidare anses vara vägledande. Istället prövar domstolen huruvida återkravs-

3 Jfr NJA 1912 s. 562, se särskilt justitierådet Sjögrens anförande rörande *condictio indebiti* i den romerska rätten.

rätten kan göras gällande analogt också utanför området för den ”klassiska” misstagsbetalningen. Avgörande för denna bedömning skall vara ”om omständigheterna är sådana att skäl av samma art som de som ligger till grund för återkravs rätt vid traditionella *condictio indebiti*-situationer är för handen”⁴.

I sin analys av skälen bakom återkravs rätten framhåller domstolen särskilt betydelsen av obehörig vinst:

”Ett av de huvudargument som har brukat åberopas för den principiella återkravs rätten vid traditionella *condictio indebiti*-situationer är att det, om betalningsmottagaren får behålla vad han har uppburit, uppkommer en förmögenhetsförskjutning till hans förmån utan rättsgrund: han gör en obehörig vinst.”⁵

Det främsta argumentet för en dylik rättsanalogi, genom vilken återkravs rätts tillämpningsområde utvidgas till att avse även betalningsförmedlares betalningar, skulle vara att mottagaren annars skulle göra en obehörig vinst. Frågan är dock om någon sådan risk föreligger. I det aktuella fallet – som skulle ligga till grund för ett prejudikat av denna innebörd – får betalningsmottagaren antas ha fått betalt för en giltig fordran och kan således inte sägas ha gjort en obehörig vinst. Hade omständigheterna varit andra, till exempel om gäldenären saknade betalningsförmåga och borgenären följaktligen – före tredje mans misstagsbetalning – betraktat fordringen som värdelös, vore situationen i detta avseende likartad den som föreligger vid den klassiska misstagsbetalningen. Domstolen konstaterade således att det på denna grund saknades skäl att tillämpa principen om återkravs rätt på den aktuella situationen.

Utöver hänvisningen till obehörig vinst, anförde Högsta domstolen ett antal andra skäl för att avvisa en analog tillämpning av *condictio indebiti*: Ett argument för en rättsanalogi i denna typ av fall skulle vara, att betalningsmottagaren – oavsett god tro – kan antas ha samma eller bättre möjlighet än betalaren att ”överblicka och bedöma de förhållanden som inverkat på betalningen”. Frågan om någon av parterna har varit oaktsam i samband med betalning tillades också betydelse i bedömningen i enlighet med tidigare praxis.⁶ Avslutningsvis konstaterade domstolen att betalaren – en bank – hade

4 Min kursivering. Ett bindestreck har vidare förts in mellan orden *condictio indebiti* och situationer.

5 Min kursivering. Ett bindestreck har vidare förts in mellan orden *condictio indebiti* och situationer.

6 Se NJA 1994 s. 177 och däri refererad litteratur. Också detta fall gällde en betalnings-

ett särskilt ansvar för betalningens riktighet och tilliten till betalningssystemet. Felaktig betalningsförmedling hotar nämligen det allmänna intresset av trygghet i omsättningen. Genom det sista argumentet förvandlas föremålet för domstolens intresse – en betalningsförmedlares misstag – till en fråga om konsekvenserna av bristande professionalitet i betalningsförmedling. Högsta domstolens konstaterande, att Fortune Finans inte på grund av reglerna om *condictio indebiti* var skyldig att återbära betalningen, kan knappast ha kommit som en överraskning. Domen var dessutom, på denna punkt, enhällig. Trots detta kom hård kritik att riktas mot såväl domstolens motivering som slutsats.

2. KRITIKEN

En kort tid efter att domen hade avkunnats, publicerades en rättsfallsanalys i Juridisk Tidskrift. I artikeln – *Betalning av misstag*⁷ – riktas nedgörande kritik mot såväl Högsta domstolens avgörande i det enskilda fallet som dess principiella och därmed presumtvt prejudicerande motivering. Författaren – professor Jan Hellner – var inte heller vem som helst: Hellners doktorsavhandling, *Om obehörig vinst*⁸, ansågs vara en epokgörande⁹ framställning av och en briljant vidräkning¹⁰ med läran om obehörig vinst i svensk rätt. Hellners förkastelse dom hade således potential – i ett rättssystem som bygger på relativ prejudikatbundenhet – att sänka eller till och med undanröja avgörandets prejudikatvärde.

Hellners kritik tar framför allt sikte på Högsta domstolens hänvisning till obehörig vinst såsom ett huvudargument för restitution. Detta argument är, enligt Hellner, märkligt, då betalningsmottagarens relation till tredje man normalt saknar relevans. I själva verket utgör återkrav av misstagsbetalning – oavsett vem som utfört den – ett typfall av *condictio indebiti*. Det saknas således såväl skäl som stöd för att framhålla obehörig vinst som en förutsättning för återkravs rätt vid misstagsbetalning.¹¹ Om nu ändå förmögenhetsförskjutning utan rättsgrund skulle vara ett kännetecken för sådana situationer där återkrav skall godtas, så måste betalning normalt antas utgöra en vinst i förhållande till en mer eller mindre säker fordran. Därmed skulle

förmedlars möjligheter att kräva en misstagsbetalning åter.

7 Hellner, Jan, *Betalning av misstag*, Juridisk Tidskrift, 1999–2000, s. 409 ff.

8 Hellner, Jan, *Om obehörig vinst särskilt utanför kontraktsförhållanden: ett civilrättsligt problem i komparativ belysning*, Uppsala 1950.

9 Schultz, Mårten, *Obehörig vinst-motiveringar*, Svensk Juristtidning, 2012, s. 372.

10 Se Karlgren, Hjalmar, *Obehörig vinst och värdeersättning*, Stockholm 1982, s. 11.

11 Hellner kritiserade domstolen för att inte precisera den rättsliga grunden för obehörig vinst i svensk rätt.

bevisning rörande gäldenärens betalningsförmåga, och borgenärens inställning till möjligheten att utkräva fordran, vara onödig, då betalning presumeras vara bättre för borgenären än en fordring. Detta är, enligt Hellner, också skälet till att Fortune Finans motsätter sig bankens krav på återbetalning. Hans slutsats är att Högsta domstolens bestämning av själva vinstbegreppet är ”både juridiskt och sakligt diskutabel”¹².

Vid misstagsbetalningar är huvudregeln att betalaren har rätt att kräva tillbaka hela eller delar av betalningen. När motstående intressen gör sig gällande, kan undantag från denna huvudregel vara motiverade. Detta gäller främst då betalningsmottagaren har varit i god tro om betalningens riktighet och dessutom inrättat sig efter – kanske till och med förbrukat – betalningen. Därmed borde domstolen, enligt Hellners mening, ha låtit sig nöja. Utgången i det enskilda fallet hade dock i så fall blivit en annan, då Fortune Finans knappast kan sägas ha inrättat sig efter betalningen. Istället för en sådan tillämpning – eller utvidgning? – av reglerna för misstagsbetalning har emellertid Högsta domstolen blandat in begreppet *obehörig vinst* i ekvationen. I domskälen saknas belägg för antagandet att förmögenhetsförskjutning utan rättslig grund är ett *conditio sine qua non* för återkravsrätten. Hellner tvivlade dessutom på att det var möjligt att finna stöd för denna användning av begreppet i modern svensk rätt:

”Regeln om återkrav av betalning som skett av misstag står på egna ben i svensk rätt och stödjer sig på ett stort antal rättsfall, av vilka i varje fall huvudprincipen klart framgår. Regeln behöver inte stöd av vare sig läran om obehörig vinst eller förutsättningsläran¹³, *causa*-läran, ’kvasikontrakt’, implicerat villkor vid betalningen eller någon annan av de konstruktioner som förekommer. Sådana motiveringar har anförts, men de har allmänt förkastats såsom onödiga och missledande.”¹⁴

Högsta domstolens hänvisning till obehörig vinst, är emellertid inte endast onödig – och i enskilda fall vilseledande – utan direkt främmande för den svenska civilrättens systematik. Domstolen har nämligen använt sig av en

12 Hellner, *Betalning av misstag*, s. 411.

13 Förutsättningsläran brukar förknippas med den tyska rättsvetenskapsmannen och romanisten Bernhard Windscheid, som är mest känd för sitt arbete med den tyska civilrättslagbokens allmänna del. Läran har dock framför allt gjort sig gällande i de nordiska länderna, se Windscheid, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf 1850.

14 Hellner, a. a. s. 413. Obehörig vinst tillhör, enligt Hellner, inte ens den grupp av motiv som brukar framhållas som syften bakom återkravsrätten vid misstagsbetalningar i svensk rätt.

utländsk, närmare bestämt tysk, bestämning av begreppet *obehörig vinst*. Domstolens huvudargument är i själva verket en kondenserad version av § 812 i *Bürgerliches Gesetzbuch*:

Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.¹⁵

Den tyska regeln är emellertid inte, i motsats till den svenska läran om misstagsbetalning, utformad såsom en misstagsregel¹⁶, utan förutsätter endast en förmögenhetsförskjutning utan rättsgrund. Högsta domstolens lösning är följaktligen en rättskulturell bastard, som inte tar hänsyn till skillnaden i utgångspunkt för resonemanget. Hellners kritik går emellertid långt utöver konstaterandet att domstolens huvudargument för att inte tillämpa *condictio indebiti* analogt är en främmande fågel i den svenska privaträttsdogmatiken. Begreppet är – förutom onödigt och potentiellt missledande – också i vetenskaplig mening ”tomt”.

I anslutning till Uppsalaskolans begreppskritik – i synnerhet rättsvetenskapsmannen Vilhelm Lundstedts bedömning, att begreppet *obehörig vinst* ger uttryck för ett rättsvetenskapligt cirkelresonemang och därmed saknar ett objektivt fastställbart innehåll¹⁷ – hävdade Jan Hellner att det i juridisk mening är meningslöst att hävda att en rättsregel eller princip gäller därför att den förhindrar uppkomsten av obehörig vinst. Förklaringen till begreppets internationella popularitet fann Hellner istället i dess historiska och filosofiska grund: Obehörig vinst är, enligt Hellner, en rest av juridisk metafysik eller naturrätt som på något sätt har undkommit positiveringen av det juridiska tänkandet under 1800- och 1900-talen. Den svenska privaträttsdogmatiken – som har genomgått två vetenskapliga stålbad¹⁸ – skulle däremot vara relativt

15 Den som genom annans fullgörelse, eller på annat sätt, utan rättsgrund erhåller något på annans bekostnad, är förpliktigad att utge detta. Min översättning.

16 Jfr Sohm, Rudolph, *Institutionen: Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts*, Leipzig 1899, s. 390: ”Fall av vinst *sine causa* är: I. *solutio indebiti*, d. v. s. vid en betalning av misstag av en icke-skuld, har den som utfört misstagsbetalningen en återkravs rätt gentemot mottagaren, s. k. *condictio indebiti*”. Min översättning.

17 Se Lundstedt, Vilhelm, *Obligationsbegreppet*, bd I, Uppsala 1929, s. 168 ff.

18 Under inflytande av tysk idealism – och därefter Historiska skolan i rättsvetenskapen – övergav svenska rättsvetenskapsmän naturrättsläran, för att istället ägna sig åt att systematisera den svenska, positiva, rätten. En ”andra” våg av filosofisk kritik – denna gång i form av neokantianism – drabbade rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier. Filosofen Axel Hägerström och den s. k. Uppsalaskolan kan i denna mening sägas ha fullbordat positiveringen av den svenska rättsvetenskapen.

fri från metafysiska element. Det skulle kunna förefalla som om Hellners analys utmynnar i slutsatsen att Fortune Finans- domen skulle vara ett led i en naturrättslig renässans, genom vilken juridisk relevans tillmäts begrepp som till sin natur endast kan ha en subjektiv innebörd. Så är emellertid inte fallet.

Då Hellner påpekar att obehörig vinst används på minst två olika och till synes motstridiga sätt av domstolen – först anförs obehörig vinst som ett huvudargument för återkravsrätten, därefter övergår samma begrepp till att utgöra ett rättfaktum i en rättsregel i form av kravet på en förmögenhetsförskjutning utan rättsgrund – så leds tanken istället i riktning mot juridisk formalism med metafysiska övertoner. Domstolens (icke-)tillämpning av reglerna om *condictio indebiti* är nämligen, enligt Hellner, ”klart begreppsjuridisk”: ”/D/et ansågs inte ha ’skett en förmögenhetsförskjutning utan rättsgrund’, och därav dras den avgörande slutsatsen vid bedömningen av återkravets berättigande”¹⁹. I det avslutande stycket i Hellners analys återfinns vidare en beskrivning av den konflikt, till vilken själva föreställningen av ett rättssystem förefaller ge upphov: Motsättningen mellan de juridiska begreppens – begreppsjuridiska eller oönskade – normativa laddning²⁰ och det enskilda fallets eller rättsförhållandets ändamål (*telos*):

”Rudolf Jhering var i början av sin bana en anhängare av begreppsjurisprudensen. Han övergav den när han ställd inför ett konkret spörsmål fann att den ledde till resultat som stred mot ’das gesunde Rechtsgefühl’.”²¹

I denna episka strid mellan begreppens och ändamålets normativitet hade Högsta domstolen medvetet eller omedvetet tagit parti för begreppen och därmed, enligt Hellners mening, för det begreppsjuridiska motståndarlägret. Hellner avslutade därför sin rättsfallsanalys, i Jherings anda, med en förmaning till domstolen att den borde ”överväga om dess begreppsjuridiska resonemang låter sig förenas med sunt förnuft”²².

19 Hellner, a. a. s. 415.

20 Den normativa laddningen i begreppet *obehörig vinst* är naturligtvis särskilt påtaglig, då svaret på frågan om vinstens obehörighet är direkt avhängig rättsliga normer, främst rättsregler, men däremot inte andra juridiska begrepp.

21 A. a. ibidem. Hänvisningen avser Jhering, Rudolph von, *Beiträge und Zeugnisse*, Göttingen 1992, s. 67 f.

22 Hellner, a. a. ibidem.

3. RÄTTSVETENSKAPEN

Förvirringen kring begreppet *obehörig vinst* är emellertid inte begränsad till en handfull justitieråd i Högsta domstolen. Ett studium av den juridiska doktrinen under 1900-talet tyder istället på att begreppsförvirringen är – och under en lång tid har varit – ännu värre vid de juridiska fakulteterna än i domstolarna. Den vetenskapliga kritiken, som normalt får antas undanröja motsägelser och cirkelresonemang, förefaller i just detta fall snarare bidra till problemet. Rättsvetenskapsmännen verkar dessutom ha varit väl medvetna om begreppets destruktiva potential. En artikel om principen om obehörig vinst, som publicerades 1949 i Svensk Juristtidning av civilrättsprofessorn Fritjof Lejman, erbjuder ett särskilt vackert exempel på civilrättsvetenskapens försök att inkorporera *obehörig vinst* i sitt systembygge.²³

Lejman konstaterar inledningsvis att uttrycket *obehörig vinst* typiskt förekommer i systematiska framställningar av den svenska civilrätten. Under denna beteckning har nämligen vissa fall av ersättningsskyldighet sammanförts. Denna beskrivning ger intryck av att författaren uppfattade obehörig vinst som en etikett, vars funktion i rättssystemet endast skulle vara att – likt en vägskylt – underlätta för juristen att orientera sig i rättssystemet. Även om detta skulle utgöra en ganska andefattig definition, och möjligen svår att förena med den till synes normativa bestämningen *obehörig*, så kan den inte sägas ge upphov till några fatala motsägelser i den civilrättsliga dogmatiken. Också Lejman föll dock för frestelsen att ge begreppet en normativ kvalitet, då det samtidigt skall utgöra grund för bestämda rättsföljder.

Till saken hör också att de rättsregler som faller under begreppet och rättsgrunden *obehörig vinst* har varit omstridda och spridda över hela civilrätten.²⁴ Intrycket är att detta institut utgör en svag – sannolikt endast subsidiär och diskretionär – grund för ersättningsskyldighet. Lejmans förklaring till detta är att reglerna om obehörig vinst ytterst grundar sig på billighetsskäl och därför inte borde tillämpas alltför strängt gentemot vinstens mottagare.²⁵ Institutets enhetsskapande funktion sätts därmed också ifråga:

”Den synpunkten vid gränsdragningen kan då anläggas, att sådana fall, då ersättningsskyldighet inträder på grund av bestämmelser – ofta mycket detaljerade – i särskilda lagar, exempelvis köplagen, eller eljest i enlighet med utbildade regler för vissa rättsinstitut,

²³ Lejman, Fritjof, *Principen om obehörig vinst i svensk lagstiftning*, Svensk Juristtidning, 1949, s. 641 ff.

²⁴ A. a. ibidem.

²⁵ A. a. s. 644.

såsom beträffande den ordinära skadeståndssanktionen, lämpligen behandlas i det större sammanhang, till vilket de närmast hör. De fall, som därvid bliva över, ha kommit att instoppas under en rubrik *obehörig vinst* som följaktligen kommer att omfatta ett konglomerat av olika rättsregler.”²⁶

I citatet beskrivs obehörig vinst som en systematisk och normativ slasktratt. Det är svårt att förstå hur en sådan skulle kunna ges beteckningen *rättsinstitut*.

Lejman tvingades också, föga överraskande, att medge att det möjligen vore ”/m/era lämpligt och mindre missvisande ... att behandla varje fall för sig”²⁷ och på detta sätt slutgiltigt utmönstra det besvärliga uttrycket *obehörig vinst* ur den juridiska vokabulären. Det som talade för en sådan förkastelsedom över institutet var att

”... begagnandet av en så sammanfattande och – kanske också tendensiös – rubrik som ’obehörig vinst’ vid diskussion av vissa sinsemellan rätt olikartade fall, kan föranleda misstag och oriktiga slutsatser rörande de rättsföljder, som de olika fallen kunna ge upphov till. Lösningen skulle då här bestå i en mera specialiserad rubricering, som väl emellertid ofta underlåtes enbart på grund av bristande företagsamhet. Det har också av en svensk rättsvetenskapsman²⁸ utropats mot termen *obehörig vinst* att den tyder på ’att hela jurisprudensen då och då har garderobssorg. Den famösa figuren obehörig vinst användes nämligen, när rättsskolastiken i övrigt tryter såsom en lämplig nödfallsutväg.”²⁹

Av detta resonemang framgår att författaren, i likhet med kritikerna av institutet, var väl medveten om orsaken till begreppets särskilda sårbarhet, ”nämligen att den obehöriga vinsten begagnas såsom grund – ändamål eller kanske också rättsfaktum – för vissa bestämda rättsföljder, som just givit upphov till benämningen obehörig vinst”³⁰. Så snart benämningen *obehörig vinst* inte endast används såsom ”en sammanfattande juridisk term”³¹ eller

26 A. a. s. 642.

27 A. a. ibidem.

28 Rättsvetenskapsmannen i citatet är den ovan omnämnde Vilhelm Lundstedt, vars fientliga inställning till obehörig vinst grundade sig i uppfattningen att begreppet är vetenskapligt innehållslöst, se Lundstedt, a. a. s. 168, fn. 2.

29 Lejman, a. a. s. 642 f.

30 A. a. s. 643.

31 A. a. ibidem.

”en rubrik *obehörig vinst* som ... kommer att omfatta ett konglomerat av olika rättsregler”³² förvandlas den därmed sammanhängande argumentationen till ett cirkelresonemang.

Lejman fann emellertid skäl att ändå framhärda i sina försök att finna den obehöriga vinstens plats i rättssystemet. Med ”principen obehörig vinst åsyftas *nu framför allt också* något annat”; den är ”nämligen *också* en juridisk-teknisk term för ett specifikt mått på omfånget av ersättningskyldigheten”.³³ I denna egenskap – försäkras Lejman – bör termen inte möta så stora invändningar, i alla fall under förutsättningen att den endast begagnas ”inför ett auditorium av rättsvetenskapsmän eller i vetenskapliga skrifter”³⁴. En annan anledning till författarens ovilja att lämna uttrycket till sitt öde, fann han i historien. De romerska juristerna hade ju trots allt funnit en plats för obehörig vinst i fyra konditioner³⁵, varav den mest kända var *condictio indebiti*.³⁶ Problemet är dock att detta historiska argument har en begränsad räckvidd, då någon ”allmän grundsats om utjämning av all vinst, som uppkommit till följd av olika slags rättsfakta, ... näppeligen [kan] uppställas”³⁷. Också inom ramen för pandektvetenskapen tvingas således juristen att bedöma varje faktum för sig och det är, enligt Lejman, tveksamt om man överhuvudtaget kan tala om en enhetlig princip om obehörig vinst i den romerska rätten.³⁸

Vid denna punkt i framställningen är det ursäktligt om läsaren börjar betvivla begreppets realitet: Finns det överhuvudtaget något begrepp, princip eller institut som kan betecknas såsom obehörig vinst? Rör det sig i själva verket om en rättsvetenskaplig chimär? Lejman medger också att principen om obehörig vinst har haft stora svårigheter att göra sig gällande i den nordiska rättskulturen. Detta kan till stor del skyllas på motstånd från rättsvetenskapsmännens sida.³⁹ Den avgörande frågan är emellertid i vilken omfattning

32 A. a. s. 642.

33 A. a. s. 643. Begreppet, principen och institutet *obehörig vinst* fick därmed (ytterligare?) en funktion, nämligen att begränsa ersättningskyldigheten efter den obehöriga vinstens mått.

34 A. a. ibidem.

35 Med detta uttryck avses de fyra talerätter i romersk rätt som i den pandektvetenskapliga systematiken förknippas med principen om obehörig vinst, nämligen *condictio indebiti*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem causam* och *condictio ob injustam causam*.

36 A. a. ibidem.

37 A. a. s. 644.

38 A. a. ibidem.

39 Lejman framhöll särskilt den danske rättsvetenskapsmannen Julius Lassens nedgörande kritik av principen om *obehörig vinst*. Lassen menade att principen inte gav någon ledning beträffande de fall ”då en så beskaffad ersättningskyldighet bör inträda”, se a. a. s. 645.

”denna vaga och obestämda princip obehörig vinst från det romerskrättsliga systemet”⁴⁰ har utövat inflytande på den svenska lagstiftningen.

Denna fråga kan synas lätt att besvara. Till saken hör dock att de nordiska länderna inte har kodifierat sin civilrätt i modern tid. Istället för en generell och systematiskt uppbyggd lagbok, består den svenska lagstiftningen på civilrättens område av en myriad av punktlagar, som varierar stort i fråga om omfång, abstraktionsgrad, betydelse och inte minst ålder. Sökandet efter lagstiftningsstöd för obehörig vinst förutsätter således dels en inventering av flera seklers civilrättsliga lagstiftning, dels tolkning av disparata och många gånger ålderdomliga regler. Ett klart bevis för principens juridiska relevans i svensk rätt återfann Lejman i den nordiska växellagstiftningen: I 1851 års växellag hänvisas uttryckligen till den vinst som en växelgäldenär skulle göra på fordringsägarens bekostnad såsom en grund för ersättningskyldighet. Av motiven till 96 § växellagen framgår att denna skrivning skall anses ge uttryck för ”allmänt gällande rättsgrunder”⁴¹ i – får man anta – den svenska rätten; emellertid förefaller lagstiftaren ha hämtat bestämmelsen direkt från 1848 års tyska växelordning.

Lejmans sökande efter en allmänt gällande rättsgrund för de ersättningskrav som begränsas till den obehöriga vinsten förde honom bort från punktlagarna, som till sin natur avser speciella förhållanden, till 1734 års allmänna lag. Trots att det rör sig om ett försök att kodifiera den svenska rätten, inklusive civilrätten, så har denna lagbok mycket litet gemensamt med en modern kodifikation. Den kasuistiska lagstiftningstekniken och det arkaiserande språkbruket avslöjar att det rör sig om en kodifikation av äldre typ. Lagboken består i huvudsak av en sammanställning av äldre regler ur stads- och landslagar, vilket medför att den saknar allmänna och principiella stadganden. Detta har dock inte avskräckt svenska rättsvetenskapsmän från att söka stöd för utvecklingen av rättsprinciper i 1734 års lag: Det har således anförts att 18:3 handelsbalken utgör lagstöd för principen *obehörig vinst* i svensk rätt. Lejman var dock skeptisk till detta påstående:

”Det stadgas ju här, närmast för det fall, att en syssloman handlat oredligt mot sin huvudman, och därvid företagit rättshandlingar utanför fullmaktens ram, att huvudmannen – såsom för övrigt naturligt är – icke skall ansvara i förhållande till tredje man, vara ’saklös’, med ett undantag, ’utan det visas, att det honom till nytta använt är’. I detta fall skulle man följaktligen

40 A. a. ibidem.

41 A. a. s. 648.

kunna göra gällande, att det föreligger tydligt begagnande av principen obehörig vinst. Helt visst kan det icke heller förnekas, att så är fallet, men att lagstiftaren i ifrågavarande fall skulle sett ett uttryck för 'en känd och tvivelsutan riktig rättsregel som bjuder att ingen må rikta sig genom annans skada' – för att citera av äldre lagberedning använt uttryckssätt – torde likvisst icke utan vidare kunna antagas.⁴²

Det främsta skälet till Lejmans skepsis var regelns begränsade tillämpningsområde; den avser endast sysslomän som överskridit sin behörighet. Även om inställningen till laganalogier är, och har varit, ovanligt liberal i den svenska rättskulturen⁴³, så kan inte ens regelutfyllnad förvandla kasuistiska regler till lagfästa principer.⁴⁴ Ännu idag saknar den svenska civilrätten för övrigt en lagfäst allmän del, då samtliga försök att kodifiera den svenska civilrätten under 1800- och 1900-talen avvisades med argumentet att en kodifikation skulle stå i strid med landets rättstradition.

I en pluralistisk rättskällelära, som den svenska, behöver dock avsaknaden av lagstöd inte vara fatal. Lejman menade att principen har klart stöd i rättspraxis på ett antal områden, bland annat som stöd för återkravs rätt i *solutio indebiti*-situationer.⁴⁵ Också i doktrinen förekommer hänvisningar till obehörig vinst, trots rättsvetenskapsmännens uppenbara svårigheter att införliva begreppet i det svenska civilrättssystemet. Till saken hör också att distinktionen mellan svensk och tysk doktrin i normativt hänseende långt in på 1900-talet förblev otydlig; i doktrinen förekom ofta att pandektvetenskapliga auktoriteter åberopades till stöd för en viss lösning utan några kommentarer eller reservationer. Det finns således mer än ett korn av sanning i Jan Hellners kritik av Högsta domstolens domskäl, nämligen att obehörig vinst utgör ett uttryck för den tyska rättsvetenskapens inflytande på den svenska rätten.

Lejman förmedlade, i sin framställning av begreppet *obehörig vinst*, en tydlig känsla av frustration. Uttrycket, principen, institutet eller motivet – vokabulären är skiftande – förefaller stå i konflikt med de krav som ställs på en vetenskaplig verksamhet. Rättsvetenskapsmannen förefaller stå mellan

42 A. a. s. 647.

43 Se t. ex. Zweigert, Konrad – Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, tredje upplagan, Oxford 1998, s. 283.

44 Lejman menade att en tillämpning av 18:3 handelsbalken ex *analogia* på sin höjd kunde innebära en reglering också av annat ställföreträderskap än genom fullmakt, se Lejman, a. a. s. 647 f.

45 A. a. s. 655.

Skylla och Karybdis: Han kan ge upp varje ambition att ge begreppet en vetenskaplig bestämning och därmed lämna till rättstillämparen att lösa frågan fall för fall.⁴⁶ I annat fall tvingas han istället göra våld på rättens systematiska sammanhang genom att införa ett begrepp som – åtminstone till synes – ger upphov till cirkelresonemang och andra vetenskapliga fel. Det är uppenbart att de eventuella missgrepp som Högsta domstolen kan ha gjort sig skyldig till vid sin tillämpning av principen om obehörig vinst förbleknar inför den intellektuella härdsmälta som begreppet har förorsakat i den juridiska doktrinen. Frågan är emellertid vari konflikten mellan rättsvetenskapen och begreppet *obehörig vinst* egentligen består.

4. SYSTEMET

I första bandet av sitt epokgörande arbete, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, riktade Friedrich Julius Stahl skarp kritik mot vad han kallade det rationalistiska systemet i den positiva rätten:

”Det skadligaste inflytande som den rationalistiska inriktningen har utövat på rättsvetenskapen och den gällande rätten är det system som följde av denna riktning, ty även om dess innehåll måste hämtas ur verkligheten, så sökes *a priori* dess sammanhang i tomma abstraktioner.”⁴⁷

Kännetecknande för det rationalistiska systemet i den positiva rätten är, enligt Stahl, att ett abstrakt begrepp – till exempel *civilrätt* – utgör dess formella ordningsprincip och selektionsgrund. Rättens systematiska form består nämligen ”däri, att rätten underkastas ett högsta, innehållslöst begrepp,

46 Se a. a. s. 642: ”Mot denna term obehörig vinst – ... – kan nu givetvis riktas den invändningen, att den är alltför diffus och missvisande såsom syftande mot en större grupp av fall, som ej ha mycket gemensamt. Mera lämpligt och mindre missvisande skulle måhända varit att behandla varje fall för sig”. En sådan rättsvetenskaplig resignation, i kombination med svenska juristers uttalade skepsis inför en kodifiering av civilrätten, brukar ofta – felaktigt – beskrivas som en särskild nordisk ”pragmatism” i civilrätten, se t. ex. Schlechtriem, Peter, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, bd I, Tübingen 2000, s. 50, fn. 297 (hänvisning till Jan Hellner) och Wendehorst, Christiane C, *Die Leistungskondition und ihre Binnenstruktur in rechtsvergleichender Perspektive*, i *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrechts* (utgivare Reinhard Zimmermann), Tübingen 2005, s. 62.

47 Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, bd II, I, avd. I, Heidelberg 1833, s. 147: ”Der schädlichste Einfluß, welchen die rationalistische Richtung auf die juristische Bildung und das geltende Recht geübt hat, ist das System, das von ihr ausging. Denn wenn hier der Inhalt selbst freylich aus der Wirklichkeit genommen werden mußte, so wurde wenigstens der Zusammenhang desselben a priori gesucht in leeren Abstraktionen”. Detta och övriga citat ur Stahls *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht* har översatts av mig. Den tyska originaltexten återfinns i fotnoterna.

t ex lagen eller rätten i subjektiv mening, utifrån vilket varje rättslig kategori ... skiljs från de övriga"⁴⁸. Ur rättssystemets första och därmed mest abstrakta begrepp antas alla juridiska distinktioner och kategorier automatiskt följa. Det rör sig däremot *inte* om ett system som i sin helhet kan härledas ur ett abstrakt begrepp. Begreppsdeduktionen avser endast rättens systematiska form. Dess innehåll måste däremot hämtas ur rättskällorna, då det annars inte skulle utgöra ett vetenskapligt system för den positiva rätten. Därmed hamnar dock den positiva rättens form och innehåll i en ouplöslig konflikt.

Genom Immanuel Kants "kopernikanska vändning" i filosofin kom den vetenskapliga kunskapens enhet och struktur att sammanfalla med det mänskliga förnuftets arkitektur, d v s de transcendentala tankekategorierna. Upplýsningens emanciperade förnuft fann sig dock, utanför den rent filosofiska kunskapens område, utmanad av en annan ordningsprincip, nämligen den reella enheten i den historiska kunskapen. Ur Kants synvinkel kunde denna konflikt bara lösas på ett sätt: Objektskunskapen, med sin inneböende enhet, reducerades till en nyttig fiktion – ett "som om"⁴⁹ – som antogs vika inför kunskapssubjektets enhetsanspråk. I verkligheten bjöd den reella eller naturliga enheten i kunskapen motstånd mot vetenskapens formella ordning. I det rationalistiska systemet rådde, enligt Stahl, fullt krig mellan vetenskaplig form och rättsligt innehåll.

Antagonismen mellan ordning och innehåll gav upphov till två allvarliga problem i rättsvetenskapen: Den analytiska begreppsordningen kan inte ens – då den ständigt relativeras av det juridiska stoffet – motsvara sina "egna krav på logisk överensstämmelse"⁵⁰. Värre är dock, ur Stahls synvinkel, att denna begreppsordning aldrig kan uppfylla kraven på ett praktiskt tillämpbart eller juridiskt system:

48 A. a. ibidem: "darin, daß ein oberster inhaltloser Begriff, der des Gesetzes oder des Rechts im subjektiven Sinne ..., untergelegt, und von ihm aus nach irgend Cathegorie die Rechte, die Gesetze, ... geschieden werden". Jfr Larenz, Karl – Canaris, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, tredje upplagan, Berlin 1995, s. 282 ff. (rörande abstraktionens "tilltagande meningslöshet").

49 Se framför andra Vaihinger, Hans, *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, Berlin 1911, passim. Jfr Sandström, Marie, *Das dogmatische Verfahren als Muster der rechtswissenschaftlichen Argumentation, i Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie im 16.–18. Jahrhundert* (utgivare Jan Schröder) Stuttgart 1998, s. 191–203.

50 Stahl, a. a. s. 148: "eigenen Anforderung nach logischer Übereinstimmung".

”Lika litet uppfylls kraven på ett *juridiskt* system. Ty av ett sådant förväntar man sig ju inte bara en ordning, utan också ett inflytande på rättstillämpningen: därför består ju rätten; därför bedriver man rättsvetenskap. Denna åtskiljande princip – rättigheters, föremåls, lagars, handlingars abstraktion ... – är något helt annat än det som ger upphov till juridiska avgöranden.”⁵¹

De rationalistiska juristerna hade således misslyckats på alla tänkbara sätt: Rättssystemet uppfyllde varken vetenskapens eller juridikens krav. Därmed föll också den yttersta grunden och förutsättningen för en enhetlig och konsekvent rättstillämpning bort.

Det främsta tecknet på det rationalistiska systemets oförenliga ordningsprinciper är begreppslig ambivalens. Rättsvetenskapsmannen tvingas, i strid mot den antagna logiska strukturen i systemet, att på varje nivå föra in ordningsbegrepp som inte kan härledas ur det högsta, sammanhållande begreppet, i privaträttsdogmatikern Georg Friedrich Puchtas fall⁵² uttrycket *civilrätt*. Stahl gav flera exempel på sådana ”insmugglade” begrepp, t ex förvärv och förlust av rättigheter. I själva verket kan ett och samma uttryck, ”omedvetet och utan reservationer ömsom uppfattas såsom subjekt (själva begreppet), ömsom såsom predikat (begreppets följder) och vice versa”⁵³. Den inkonsekventa användningen av termen *obehörig vinst* – begreppet identifieras växelvis såsom rättsgrund och rättsföljd – förefaller utgöra ett typexempel på den ohistoriska rättsvetenskapens begränsningar.

Det sanna systemet har istället sin utgångspunkt – inte i juridiska begrepp eller rättsprinciper – utan i samhälleligt-historiska realiteter. Eftersom ”/r/ätten ... är en realitet”, måste också ”dess system måste byggas på fakta, inte på logiska kategorier, utan på det mänskliga livets reella positiva grunder”. Endast med en sådan utgångspunkt är det möjligt att försona rätten med dess systematiska struktur, ty ”till ett rättssystem ur en grundsats⁵⁴ när man bara, när man utgår

51 A. a. s. 150: ”Eben so wenig ist die Anforderung eines *juristischen* Systems befriedigt. Denn von einem solchen erwartet man nicht bloß eine Ordnung, sondern auch ihren Einfluß auf die Anwendung, dazu besteht ja das Recht, dazu betreibt man die Rechtswissenschaft. Das Princip dieser Scheidung – die Abstracta von Rechten, Gegenständen, Gesetzen, Thätigkeiten ... – ist aber ein ganz anderes als das, welches die juristischen Entscheidungen bewegt”.

52 Jfr Haferkamp, Hans-Peter, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 171, Frankfurt-am-Main 2004, s. 281 ff.

53 Stahl, a. a. s. 150: ”ohne Bewußtseyn und Rechenschaft bald als Subjekt (als Begriff desselben) aufgeführt [werden] und der Inhalt als Prädikat (als Folgen desselben), bald umgekehrt”.

54 D. v. s. till ett sammanhängande och motsägelselöst system.

från dessa realiteter”⁵⁵. Stahls ståndpunkt – i förening med hans beundran för de romerska juristerna⁵⁶ – förefaller visserligen leda tanken i riktning mot ett aggregat av falllösningar snarare än ett system i vetenskaplig mening.⁵⁷ Detta var dock inte Stahls avsikt. Endast med utgångspunkt i rättsligt reglerade, och därmed juridiskt relevanta, samhällsförhållanden kan rättsvetenskapsmännen skapa en sådan systematisk ordning i det juridiska materialet som uppfyller såväl teoretiska som praktiska krav på ett rättssystem; ”från denna punkt skiljer sig [nämligen] å ena sidan den faktiska grunden, förhållandena (såsom subjekt), och å andra sidan deras utveckling till rättsinstitut (såsom predikat) från varandra”⁵⁸. Medan en klassificering efter logiska kategorier kan ge juristen en – enligt Stahl falsk – känsla av kontroll över stoffet, så erbjuder det verkliga rättssystemet honom verktyg för total behärskning av rättens mångfald:

”Endast genom att följa denna oavbrutna rörelse, genom vilken man rör sig genom hela rättsområdet – den rörelse genom vilket livet självt fortskrider i rättsbildningen – befinner man sig i rättens medelpunkt och kan behärska rätten.”⁵⁹

Därmed förenas, enligt Stahls mening, form och innehåll i ett organiskt sammanhang: ”i rena totaliteter, som i sig själva åter naturligt uppdelas i organismer, grupperar sig helheten, och enskilda rättigheter, ... dess arter och särdrag följer, inte på ett godtyckligt utan ett sammanhängande vis, ur institutens innersta drivkraft, till vilka de hör såsom integrerade delar”⁶⁰. Det högsta

55 A. a. s. 151: ”/d/as Recht ... eine Realität [ist]”; ”/s/ein System ... auf Thatsachen gründen: nicht auf logische Cathegorien, sondern auf die reellen positiven Grundlagen des menschlichen Lebens”; ”/z/u einem Rechtssystem aus Einem Satz gelangt man nur, wenn man von ihnen ausgeht”.

56 Se a. a. s. 166.

57 I Marburger Methodenlehre förkastade Historiska skolans grundare, Friedrich Carl von Savigny, de systemansatser som antingen befinner sig *under* eller *över* det sanna systemet. I den första finns visserligen mångfald, men ingen enhet; i den andra finns enhet, men ingen mångfald. Se Savigny, Friedrich Carl von, *Marburger Methodenlehre* (utgivare Gerhard Wesenberg), Stuttgart 1951, s. 35 f.

58 Stahl, a. a. ibidem: ”/v/on hier sondern sich [nämlich] auf der einen Seite die faktische Unterlage der Verhältnisse (als Subjekt) auf der andern ihre Bildung zu Rechtsinstituten (als Prädikat)”.

59 A. a. s. 154 ff: ”So ist es ein ununterbrochener Zug, in welchem man das ganze Rechtsgebiet durchschreitet, es ist der Zug, auf welchem das Leben selbst bei der Bildung des Rechts fortschreitet, und nur ihm folgend befindet man sich im Mittelpunkt und beherrscht es”.

60 A. a. s. 156: ”/i/n lauter Totalitäten, die in ihnen selbst wieder lebendig aus Organismen gegliedert sind, gruppirt sich das Ganze, und einzelnen Rechte, ... ihre Arten und Verschiedenheiten ergeben sich selbst, nicht auf zufällige, sondern auf zusammenhängende Weise, aus dem innersten Trieb der Institute, zu welchen sie als Glieder gehören”.

systematiska uttrycket för sammanhanget mellan samhällsförhållanden och rätten består således av rättsinstitutets inre drivkraft.

I förhållande till de ohistoriska juristernas tvådimensionella begreppsordning, karakteriseras det verkliga och därmed organiska rättssystemet av sin rumsliga utsträckning. Av Stahls betoning av drivkraften – ”*Trieb*” – som såväl en avskiljande som en förenande ordningsprincip, följer emellertid också att rättssystemet ges en ytterligare dimension, nämligen tiden:

”En viktig bevekelsegrund för systemet, utöver att skilja och förena, är dess successiva utveckling. Det är tveklöst så, att varje förhållande genom helhetens inre enhet ingriper i alla övriga förhållanden. Det är uppenbart, att varje förhållande ingriper i alla övriga förhållanden, de står i ett oändligt sammanhang med varandra genom helhetens enhet – *det sanna systemet är rörligt*. Dock kan ett förhållande bara inta en plats i systemet, där dess rot är, ur vilken den har utvecklats. Det sätt på vilket förhållanden och institut utvecklas ur varandra, är [således] också deras ordningsföljd.”⁶¹

På samma sätt som motsättning mellan form och innehåll upplöses i växelverkan mellan organismen och dess organ, så upplöses den absoluta gränsen mellan nu och dåtid i rätten: ”i allt organiskt är en länk inte bara en förutsättning för något annat, utan alltid också – för att motsvara sin bestämning – betingat av detta”⁶².

Därmed står det också klart att det sanna systemet bygger på en dialektisk grund. Växelverkan mellan rättsförhållandet och dess institut ger upphov till såväl enhetlighet som rörelse i rättssystemet. Här ligger också den stora skillnaden mellan det rationalistiska och det historiska systemet. I det organiska systemet utövar den systematiska formen visserligen ett inflytande på sitt innehåll, men i motsats till en ahistorisk begreppsordning, anpassar sig systemets enhet ständigt till sitt innehåll. Systemet befinner sig således i en ständig dialog

61 A. a. s. 159: ”Eine bedeutende Rücksicht des Systems außer der Sonderung und Verbindung der Theile ist ihre Aufeinanderfolge. Es versteht sich von selbst, daß jedes Verhältniß durch die innere Einheit des Ganzen in alle übrigen Verhältnisse eingreift, in unendlichen Beziehungen steht – *daß das wahre System ein bewegliches ist*. Allein seine Stelle im System kann jedes Verhältniß nur da haben, wo seine Wurzel ist, aus welcher es herauskommt. Wie sich die Verhältnisse und Institute aus einander erzeugen, so ist ihre Folge”.

62 A. a. s. 160: ”... in allem Organischen ist nie ein Glied bloß Vorbedingung des andern, sondern immer wieder, um seiner Bestimmung zu entsprechen, zugleich von diesem bedingt”.

med sina olika beståndsdelar och därmed också med de samhällsförhållanden, på vilka det ytterst bygger:

”Med utvecklingen av samhällsförhållanden och rätten i historien måste också deras sammanhang, systemet, förändras. Varje rättsbildning har således sitt eget system. Endast dess karaktär, d v s att det utgör ett sammanhang mellan förhållanden och institut efter deras egna bestämningar, är alltid och överallt densamma.”⁶³

I förhållande till denna process – rätten såsom ett oupphörligt blivande⁶⁴ – kan den dogmatiska ordningen av begrepp, principer och rättigheter, endast utgöra ett blekt återsken. Rätten såväl i subjektiv som objektiv mening är inget annat än ett avdött uttryck för en bakomliggande samhälls-historisk realitet, ty ”rättssystemet är inte ett sammanhang av lagar eller rättigheter, utan ett sammanhang av rättsförhållanden och rättsinstitut”⁶⁵. Följdriktigt konstaterade Stahl att rättsvetenskapen under lång tid har spänt vagnen för hästen, ty ”man har brukat börja med indelningar, som man ordnat vid sidan av varandra – var och en efter sitt ändamål – istället för att göra indelningar först då de framstår såsom ett uttryck för institutets motiv”⁶⁶. I det sanna systemet är nämligen förhållandet det omvända: Rättsvetenskapsmannen ”börjar inte med

63 A. a. s. 161: ”Mit der Aenderung der Verhältnisse und des Rechts in der Geschichte muß sich nothwendig auch ihr Zusammenhang, das System ändern. Jede Rechtsbildung hat darum ihr eigenes System. Allein der Charakter derselben, daß es ein Zusammenhang der Verhältnisse und Institute nach ihrer Bestimmung ist, ist allen derselbe”.

64 Inflytandet av schellingiansk filosofi är ovedersägligt: Det rör sig till och med, enligt Stahl, om ett specialfall av Schellings *Philosophie der Zeit*: ”Däremot bildar världens skapelser, när de uppkommer på grund av ett handlande utanför mig, en oavbruten ström av verksamhet – ett blivande. Dessa båda drag, objektiviteten och blivandet, är det särpräglade i det schellingianska systemet, och skälet till att den måste kallas tidens filosofi.” (”Dagegen die Produkte der Welt, wenn sie von einem Handeln außer mir herkommen, bilden einen ununterbrochenen Strom dieser Tätigkeit – ein Werden. Diese beyden Züge, die Objektivität und das Werden sind die Eigenthümlichkeit des Schelling’schen Systems, durch die es die Philosophie der Zeit genannt werden muß”), se a. a. s. 251 f.

65 A. a. s. 146: ”... das System des Rechts ist nicht ein Zusammenhang der Gesetze oder der Rechte, sondern ein Zusammenhang der *Rechtsverhältnisse* und Rechtsinstitute”. Jfr Larenz – Canaris, a. a. s. 263 ff (rörande skillnaden mellan rättens inre och yttre system): I denna framställning står ”samspelet mellan principerna” i kontrast till det abstrakt-begreppsliga systemet. Därmed tillskrivs den rättsbildande drivkraften i instituten – som hos Stahl – istället rättsprinciperna.

66 A. a. s. 164: ”Man pflegt endlich mit den Eintheilungen zu beginnen, und führt sie alle je nach ihren verschiedenen rationes nebeneinander auf, statt daß jede Eintheilung erst da erscheinen sollte, wo sie sich als dem Motiv des Instituts ergibt”.

indelningar såsom något givet, utan utvecklar dem”⁶⁷. Därmed har emellertid systemet blivit metod.

5. METODEN

Den grundläggande premissen för Stahls systemuppfattning är antagandet att rättsvetenskapen tjänar ett yttre syfte. Rättsvetenskapen är nämligen, och måste i en rättsstat vara, en praktisk vetenskap: ”den avser nämligen inte att endast leda till en insikt i rätten; den bedrivs för rättens tillämpning”⁶⁸. Därav följer vidare att dess föremål måste vara sådan att den kan tillämpas på ett konsekvent och enhetligt sätt. Endast den i rättskällor fixerade eller genom den juridiska metoden givna eller ”gällande (positiva) rätten hos ett visst folk vid en bestämd tidpunkt”⁶⁹ kan uppfylla kraven på föremålet för en praktisk rättsvetenskap. Rättstillämpningen är nämligen, enligt Stahls mening,

”... den handling, genom vilken rätten ingriper i det enskilda fallet – såsom dess bildning ingriper i hela rättstillståndet – såsom något ännu ordningslöst, men mot goda seder och ordning strävande, och formar fallet efter sina egna tankar. --- *Förhållandet mellan ett sådant, ännu olöst fall, och helheten styr således rättstillämpningen. Att finna denna koppling, däri består den juridiska metoden.*”⁷⁰

Det är frestande att tolka Stahl så, att det enskilda fallet förbehållslöst underkastas det hela eller allmänna i rätten. Om så vore fallet, skulle den juridiska metoden endast utgöra ett specialfall av den logiska subsumtionen. Den juridiska metoden är också, enligt Stahls mening, en form av subsumtion, ”ty den mäter och bedömer det enskilda, ännu icke avgjorda efter det allmänna och avgjorda”⁷¹, men inte nödvändigtvis en logisk sådan. Den logisk-mekaniska subsumtionens klassifikationsprincip ställs istället mot en fri och naturlig subsumtion som har sin utgångspunkt och grund i det organiska rättssystemet.

67 A. a. ibidem: ”... beginnt gar nicht mit Eintheilungen als gegebenen, sondern sie entwickelt sie”.

68 A. a. s. 169: ”... ist [es] ihr nicht um die bloße Einsicht in das Recht zu thun, sie wird betrieben, um das Recht anzuwenden”.

69 A. a. ibidem: ”... geltende (positive) Recht eines bestimmten Volkes zu einer bestimmten Zeit”.

70 A. a. ibidem: ”der Akt, durch welchen das Recht den einzelnen Fall – wie durch seine Entstehung den ganzen Zustand – als einen noch ordnungslosen, aber nach Sitte und Ordnung strebenden ergreift, und nach seinem Gedanken gestaltet [...]. – *Die Beziehung eines solchen Fall zu einem Ganzen bestimmt daher die Anwendung. Sie zu finden, darin besteht die juristische Methode*”. Min kursivering.

71 A. a. s. 165: ”... denn sie mißt und beurtheilt das Einzelne noch nicht Entschiedene an dem Allgemeinen, Entschiedenen”.

Frågan är dock exakt när juristen skall överge den mekaniska subsumtionen till förmån för en subsumtion som bygger på en dialektisk – inte enbart klassificerande – logik. Härvidlag gör Stahl skillnad mellan redan avgjorda och tvistiga fall. Endast i tvistiga fall är den fria subsumtionen motiverad. Det är således konsekvensen av ett oklart rättsläge som motiverar övergången till en rättsskapande metod i domstol och myndigheter:

”Den [juridiska metoden] innebär dock inte endast logisk subsumtion, ty förhållandet mellan det enskilda fallet och rättsstillståndets helhet är inte blott logiskt, utan levande. Fallet kan således inte subsumeras under rättsatser, under vilande och avslutade kännetecken, utan endast under rättsinstitutet; det tvistiga fallet måste mätas efter rättsinstitutets inre drivkraft och de verkningar som institutet redan har givit upphov till. Om nu fallet helt överensstämmer med en i rätten redan utvecklad lösning, så att de helt täcker varandra, så skiljer sig tillämpningen inte från den logiska subsumtionen. Innehåller fallet emellertid någon särskild relation, så blir istället tillämpningen en form av fri efterbildning.”⁷²

I just detta sammanhang utvecklade Stahl sin analogilära. Just analogislutet är nämligen ett typexempel för den dialektiska eller naturliga subsumtionen: ”Det är inte en fastställd, avgränsad allmän regel, såsom förutsättning för en lag, som berättigar till en analog tillämpning, utan rättsinstitutets levande och sig själv utvidgande drivkraft, därmed också den omärkliga övergången från den fria, sanna, subsumtionen till en sådan utvidgning”⁷³. På detta sätt kan avgörandet av ett enskilt fall – rättstillämpningen – samtidigt vara ett verktyg för ”rättens utveckling och berikande”⁷⁴; den naturliga subsumtionen är således den metodologiska grunden för domstolarnas prejudikatbildning, genom vilken det enskilda fallet påverkar rättssystemet såsom helhet.

72 A. a. s. 165 f: ”Sie ist aber nicht bloße logische Subsumtion. Denn die Beziehungen des einzelnen Falls zum ganzen Rechtszustand sind nicht bloß logische, sondern lebendige. Es soll nicht unter Rechtssätze, unter ruhende abgeschlossene Merkmale subsumiert werden, sondern unter Rechtsinstitute, an dem Trieb in ihnen und den Wirkungen, die er schon erzeugt hat, muß *der streitige Fall* gemessen werden. Ist nun dieser mit dem im Rechte schon ausgebildeten völlig derselbe, so daß sie sich decken, dann unterscheidet sich die Anwendung nicht von logischer Subsumtion. Enthält er aber irgend eigenthümliche Beziehungen, so wird die Anwendung dann zur freyen Nachbildung”.

73 A. a. s. 166: ”Es ist nicht eine feststehende abgegrenzte allgemeine Regel als Voraussetzung eines Gesetzes, welche zur analogen Anwendung berechtigt, sondern ein lebendiger sich selbst erweiternder Trieb eines Rechtsinstituts, daher auch ein unmerklicher Uebergang von freyer, wahrer Subsumtion zu solcher Ausdehnung”.

74 A. a. ibidem: ”... die Fortbildung und Bereicherung des Rechts”.

Också de ohistoriska juristerna var, enligt Stahl, medvetna om logikens begränsningar. Däri ligger i själva verket förklaringen till den inneboende motsättningen mellan den reella och ideella enheten i det rationalistiska systemet. Endast med utgångspunkt i ett dialektiskt system kan juristen i tvistiga fall ersätta ”den slutna subsumtionen under en regel”, med ”det oupphörliga försättandet i de ledande ändamålets helhet och i de verkliga framsteg som avgörandet medför”⁷⁵. På detta sätt kan en fri rättsbildning – metodologiskt förankrad i såväl fallets ”behov” och det ”inre släktskapet mellan rättsinstituten”⁷⁶ – uppfylla högt ställda krav på en rättssäker rättstillämpning också i tvistiga fall:

”Grunden för all metod är nödvändigtvis systemet. Det naturliga systemet är således en förutsättning för den rättsbildning, ur vilken all fri efterbildning utgår, och som bara kan anförtros denna rättsbildning. *En sådan efterbildning är dock ingen godtycklig maktutövning, ty den följer bestämda regler, men dessa består i reella orsaker och ändamål, vilka kan kontrolleras.*”⁷⁷

I rättstillämpningen förväntas juristen i rättssystemet kunna såväl *finna* rättsliga lösningar på redan avgjorda fall som *skapa* lösningar för de tvistiga fallen: I avgörandet av tvistiga fall ersätts den logiska subsumtionen vid en viss punkt av en metodstyrd rättsbildning. I just denna punkt växlar juristen dock inte enbart metod, utan också systemförståelse. Endast växelverkan mellan rättsförhållande och rättsinstitut – det sanna eller naturliga systemet – kan nämligen utgöra ett mönster för enhetlig och konsekvent rättsbildning i domstolarna. De rationalistiska systemen – i vilka logiken skulle garantera absolut enhetlighet i rättens form, om inte i dess innehåll – resulterade istället i subjektiva och inkonsekventa ordningar av rättsregler eller rättigheter. Ironin i denna slutsats måste ha slagit Stahl.

6. JANUSANSIKTET

I såväl svensk som utländsk doktrin har åtskilliga teorier framförts om skälet till de nordiska rättsvetenskapsmännens skepsis inför begreppet *obehörig vinst*. Vissa har framhållit Julius Lassens kritik; andra har helt enkelt skyllt institutets

75 A. a. s. 167: ”... die abgeschlossene Subsumtion unter eine Regel”.

76 A. a. s. 169: ”... Bedürfnis” och ”... innern Verwandtschaft mit dem Rechtsinstitut”.

77 A. a. s. 168 f: ”Die Grundlage aller Methode ist nothwendig das System. Das natürliche System ist daher die Vorbedingung der juristischen Bildung, von der allein eine freye Nachbildung ausgehen, der sie allein anvertraut werden darf. *Eine solche Nachbildung ist noch gar nicht eine arbiträre Gewalt, denn sie hat sichere Bestimmungsgründe, nur hat sie dieselben in reellen Ursachen und Zielen, für sie gibt es eine Controle*”. Min kursivering.

svaga ställning på avsaknaden av en lagfäst allmän del i civilrätten.⁷⁸ Också den svenska rättskulturens eviga syndabock – Uppsalaskolan – har utpekats som ett skäl till en förmodad ”begreppskräck” i den svenska rättsvetenskapen. Det verkliga skälet bakom privaträttsdogmatikens skepsis förefaller dock vara ett annat: Både Lassens och Lundstedts kritik bygger på antagandet att det bara finns *ett* juridiskt relevant system. När uttrycket *obehörig vinst* har förekommit i svenska domstolars domskäl, har begreppsanvändningen därför förefallit vara inkonsekvent: Också Jan Hellner riktade kritik mot vad han uppfattade som en vacklande begreppsanvändning i Högsta domstolens avgörande i Fortune Finans-fallet. Domstolen hade nämligen använt begreppet *obehörig vinst* dels som ett motiv bakom återkravs rätt vid misstagsbetalning, dels som ett rättsfaktum i den rättsanalogi som, om den hade godtagits av domstolen, hade lett till ett bifall av bankens anspråk.

Emellertid rör det sig uppenbarligen om ett tvistigt fall, där ett och samma begrepp kan ha två olika betydelser inom ramen för den logiska respektive den naturliga subsumtionen. Frågan i fallet var ju om det rörde sig om en sådan situation att reglerna om återkravs rätt vid misstagsbetalning – *condictio indebiti* – skulle tillämpas analogt. I detta fall är själva valet av tolkningsresultat den ”tvistiga” fråga som, enligt Stahl, skall besvaras med hjälp av det relevanta samhällseliga syftet med regeln. I detta skede har domstolen således inget annat val än att betrakta *obehörig vinst* som ett motiv. Om domstolen hade konstaterat att en sådan rättsanalogi vore motiverad, vore det naturligtvis fullt möjligt – och logiskt oantastligt – att ange ”samma” förmögenhetsförskjutning *sine causa* såsom ett rättsfaktum.

Det är ingen överraskning att just den rättsvetenskapsman, vars framställning av civilrättens allmänna del i allt väsentligt överensstämmer med Stahls systemideal, är den ende privaträttsdogmatiker som utan reservationer har tillerkänt *obehörig vinst* allmän giltighet i svensk rätt. Ernst Viktor Nordling, professor i civilrätt vid Uppsala universitet, gav *obehörig vinst* en bestämd plats i det civilrättsliga systemet, jämsides andra grunder för uppkomsten av förmögenhetsrättsliga rättigheter och förpliktelser. Vid sidan av överenskomelser och delikt kan sådana rättigheter uppstå på grund av


”/el'n persons af yttre omständigheter beroende riktande på andras bekostrand. Där genom naturhändelse eller annans åtgärd omflyttning af förmögenhetsdelar sker, så att de tillfalla en annan, där

78 Detta måste sägas vara ett svagt argument, då stora delar av civilrättens allmänna del inte är lagfäst – vilket är en naturlig följd av att den svenska civilrätten inte har underkastats någon systematisk kodifiering – men trots detta tveklöst antas vara en del av den gällande rätten.

måste den, som kommer i åtnjutande af en sådan oförtjänt förmon, gifva ersättning åt den förlorande, men blott i den mon, som han själf blifvit rikare, eller denne senare lidit förlust, beroende däraf, hvilkendera — vinsten eller förlusten — är den minsta. Har förhållandet orsakats af främmande person, såsom därtill vållande, så är klart, att denne skall ersätta skadan i den mon, som full ersättning ej bör eller kan utgå af den, som blifvit rikare.”⁷⁹

Än mer talande är Nordlings sätt att beskriva de grunder som ger upphov till civilrättsliga rättigheter. Grunden för civilrättsliga rättigheter består i komplex av samhällseliga intressen eller *rättsfakta*. De utgör ”stödjepunkter för rättsbestämningen och den under lagens hägn fortgående rättsbildningen”⁸⁰. Nordling varnade uttryckligen för ett system som inte utgår från och anpassar sig efter verkliga omständigheter:

”Rättsvetenskapens uppgift med hänsyn till de faktiska förhållanden, som det allmänna lifvet företer, är att upptaga dessa förhållanden till afgörande med afseende på hvad, som skall vara rätt, på det sätt att alla omständigheter, som med afseende på rätten kunna ha någon betydelse, få sitt vederbörliga inflytande. Den har ej till uppgift att uppställa vissa principer på grund af några fakta och sedermera med ledning af dem liksom skära af den konkreta verkligheten. Det är med afseende på rätten erkänt såsom en god egenskap hos den samma, att han på smidigt sätt lämpar sig efter skiftningarna af det verkliga lifvet. Och på samma sätt bör vetenskapen om rätten i sin förklaring af de rättsliga satserna med vaket öga iakttaga förändringarna i de faktiska förhållandena, och ur dem och intet annat söka förklaring för de modifikationer i rätten, som af dem föranledas.”⁸¹

Efter Nordlings död inleddes en rättsvetenskaplig ökenvandring för begreppet *obehörig vinst*. Mycket talar för att Nordlings varning för system som saknar en fast förankring i samhällseliga realiteter klingade ohörd. Möjligen har uttrycket *obehörig vinst* fallit offer för en privaträttsdogmatik som inte lyckas finna en väg mellan den juridiska systematikens extremer. 

⁷⁹ Nordling, Ernst Viktor, *Anteckningar efter E V Nordlings föreläsningar i svensk civilrätt. Allmänna delen*, Uppsala 1882, s. 111.

⁸⁰ A. a. s. 106.

⁸¹ A. a. ibidem.