

HJALMAR KARLGREN

STUDIER
I
ALLMÄN AVTALSRÄTT



A.-B. PH. LINDSTEDTS UNIV.-BOKHANDEL, LUND

Civilrätt
a. Allmän

Avtalsrätt

HÖGSTA DOMSTOLENS KANSLI
BIBLIOTEKET

CIVILR.

EX. 2.

a. Allmän.

Högsta domstolens bibliotek



2 6120 012 456

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

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

Villkoren för tillståndet är:

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

Se även information på

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

Gåva

den justitierådet J. Skarstedt
med vördnad från förf.

STUDIER I ALLMÄN AVTALSRÄTT —

AV

HJALMAR KARLGREN

HÖGSTA DOMSTOLENS KANSLI
BIBLIOTEKET

LUND
HÅKAN OHLSSONS BOKTRYCKERI
1935

0

NÅGRA SPÖRSMÅL I ANSLUTNING
TILL 8 § AVTALSLAGEN

Bland de bestämmelser om avtals slutande, som förekomma i avtalslagens första kapitel, intager stadgandet i 8 § en jämförelsevis undanskymd plats. Det kunde synas, som om detta stadgande — i likhet med 9 §, som avslutar kapitlet — hade ett ganska speciellt innehåll, till skillnad från de föregående centrala lagbuden om anbudets och svarets egenskap av att vara bindande (1 §), om längden av den tid varunder vederbörandes bundenhet i allmänhet fortbestår (2—5 §§), om verkan av »oren» accept, särskilt i händelse av s. k. dold dissens (6 §), och om återkallelse av anbud eller svar (7 §). Ingenting antyder för övrigt, att lagstiftaren ägnat bestämmelsen i fråga något större intresse eller underkastat de i densamma behandlade spörsmålen en mera på djupet gående prövning. Icke heller inom doktrinen har stadgandet i högre grad tilldragit sig uppmärksamhet. Det har väl ansetts vara en rätt självklar regel, som i lagbudet uttalats. Vid närmare eftersyn visar det sig emellertid, att 8 § Avtl hänför sig till eller står i samband med flera av den allmänna avtalslärans svåraste och mest omstridda frågor. En undersökning av lagbudets innehåll och de förutsättningar, på vilka detsamma bygger, torde vid sådant förhållande utgöra en lämplig utgångspunkt för det bidrag till en positivrättslig belysning av nyssnämnda frågor, som den följande framställningen avser att ge.

I.

Lydelsen av 8 § avtalslagen är följande:

»Har den, som avgivit anbud, förklarat sig icke påfordra uttryckligt svar därå, eller utvisa omständigheterna, att han ej förväntar sådant, vare anbudstagaren ändock pliktig att på förfrågan giva besked, om han vill antaga anbudet; underlåter han det, anses anbudet förfallet.

Angående vissa fall, då underlåtenhet att avböja anbud anses såsom antagande, är särskilt stadgat.»

*Obligationsrättskommitténs*¹ motivering till första stycket av paragrafen lyder sålunda:

»Liksom en anbudsgivare kan medgiva anstånd med svaret vida utöver den tid, inom vilken anbud enligt reglerna i 3 § skola besvaras, kan han naturligtvis alldeles avstå från uttryckligt svar å sitt anbud. Likgiltigt är härvid, om han uttryckligen sagt ifrån, att han icke påfordrar svar, eller om det framgår av omständigheterna vid anbudets avgivande, att han icke förväntar sådant. Det senare är ingalunda ovanligt, särskilt i den mindre handeln. Om man per brev rekviderar varor hos en handlande och begär, att dessa skola skickas omedelbart eller med viss uppgiven lägenhet, förväntar man i allmänhet icke särskilt svar utan påräknar endast, att rekvisitionen skall å utsatt tid fullgöras. Sker detta, äger rekvisirenten icke undandraga sig avtalets fullgörande, därför att antagande svar å hans köpeanbud icke kommit honom till handa inom den tid, som i 3 § angives. Såsom exempel på saluanbud, å vilka uttryckligt svar icke förväntas, kan nämnas tillsändande av varor (t. ex. böcker) utan föregående rekvisition.

Att i sådana fall som de nu nämnda anbudet icke förfaller därigenom att det icke omedelbart besvaras, är så uppenbart, att någon uttrycklig bestämmelse därom icke erfordras. Syftet med förevarande paragraf, vari denna grundsats endast förutsättningsvis är uttalad, har varit ett annat. Anbudsgivarens avstående från svar — det må hava skett uttryckligen eller framgå av de omständigheter, varunder anbudet avgivits — kan hava den innebörden, att anbudstagaren skall hava en till tiden obegränsad frihet att antaga anbudet eller avslå detsamma, men meningen kan också vara den, att anbudsgivaren endast tills vidare avstår från rätten att erhålla besked härutinnan. Det förra kan säkerligen icke utan särskilt skäl antagas. Förslaget torde alltså stå i överensstämmelse med rådande rättsuppfattning, då det stadgar skyldighet för anbudstagaren att på förfrågan giva besked, huruvida han vill antaga anbudet. Underlåtenhet att giva sådant besked har till följd, att anbudet anses förfallet. Huruvida samma påföljd bör inträda, om besked rätteligen gives, men detsamma över huvud icke eller icke i rätt tid kommer anbudsgivaren till handa, kan vara föremål för delade meningar och bör möjligen besvaras olika i olika fall. I förslaget är detta spörsmål lämnat öppet; 42 § (40) är, enligt vad dess avfattning giver vid handen, icke tillämplig å ett meddelande av här avsedda slag.»

¹ Förslag till lag om avtal m. m., 1914, s. 57 f. Samma motivering hos Almén, Lagen om avtal m. m., 1916, s. 48 f.

Motiveringen — som väl är författad av Almén — är tvivelsutan bestickande. Klar är den emellertid, såsom nedan skall visas, ingalunda. Det är en rätt vansklighet att med ledning av densamma komma fram till en förnuftig tolkning av lagbudet.

Hur kan då, med hänsyn till det nyss citerade, någon tvekan råda om grunden till 8 § Avtl? Motiveringen synes ju ge bestämt besked om det med stadgandet fullföljda syftet. Kärnan i densamma ligger uppenbarligen i orden: »Anbudsgivarens avstående från svar . . . kan hava den innebörden, att anbudstagaren skall hava en till tiden obegränsad frihet att antaga anbudet eller avslå detsamma, men meningen kan också vara den, att anbudsgivaren endast tills vidare avstår från rätten att erhålla besked härutinnan. Det förra kan säkerligen icke utan särskilt skäl antagas». Alltså: när en anbudsgivare på sätt lagbudet beskriver avstår från svar, ikläder han sig visserligen en längre gående bundenhet än den som åvilar en anbudsgivare i allmänhet. Men denna på hans eget åtagande — hans viljeförklaring — grundade utvidgning av anbudsbundenheten får in dubio icke anses sträcka sig ända därhän, att han bindes för *obegränsad* tid framåt. Väl kan anbudsgivaren ha avsett att ikläda sig en sådan bundenhet, och styrkes det att så förhåller sig, skall hans vilja i enlighet med 1 § andra stycket Avtl lända till efterrättelse; den frihet som den enskilde i allmänhet åtnjuter att avtalsmässigt reglera sina rättsförhållanden på sätt honom lyster är nämligen här icke genom något tvingande lagbud inskränkt. Men domstolarna skola normalt uttyda anbudsgivarens förklaring om avstående från svar så, som om han iklätt sig bundenhet med den begränsning, att anbudet — *låt vara att det icke eo ipso förfaller även om en lång tid förlöper* — upphör att gälla efter det anbudstagaren lämnat obesvarad en till honom av anbudsgivaren riktad förfrågan rörande anbudets antagande eller förkastande. »Det maa i ethvert tilfælde ha formodningen mot sig at han vil være bundet til evig tid uten at ha nogen adgang til at faa uvissheten løst».² Man bör med andra ord

² *Norska* motiven hos Bugge, Avtaleloven, 1920, s. 37.

presumera, att anbudsgivaren jämväl i detta fall såsom villkor för sin fortsatta bundenhet uppställt, visserligen blott i sista hand, ett krav på accept. Även om man i enlighet med den teoretiska uppfattning, som ligger till grund för Avtl (»löftesteorien»),³ utgår ifrån, att det är *möjligt* för anbudsgivaren att definitivt, för obegränsad tid, binda sig genom sin egen viljeförklaring — i det att accept fordras endast när anbudsgivaren får anses ha gjort inträdet av definitiv bundenhet beroende av accept —, skall man i allmänhet förutsätta, att han icke *velat* göra detta. Den principiella innebörden av 8 § blir sålunda, att löftesteorien genom densamma i viss utsträckning uppmjukats eller modifierats.⁴

Att syftet med 8 § Avtl är det nu angivna, synes ytterligare vinna stöd av det stadgande i utländsk lagstiftning, som uppenbarligen utgjorde den *närmaste* förebilden till 8 § Avtl.⁵ Det rör sig, egenartat nog, om en bestämmelse i »Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten» av år 1794. I denna lagbok, som med avvikelse från allmänna pandekträttsliga grundsatser fastslog att ett anbud in dubio är för sin upphovsman bindande, förekom nämligen följande bestämmelse (I, 5, § 92): »Hat der Antragende die Zeit zur Erklärung über den Antrag dem Gutbefinden des Andern überlassen, so kann er dennoch, wenn der Andere zögert, demselben eine Frist zur Annahme bestimmen». Här hade sålunda den preussiske lagstiftaren tillförsäkrat en anbudsgivare, som antages ha bundit sig för obegränsad tid framåt, ett rättsmedel av i princip samma slag som det i 8 § Avtl avsedda. Att förevarande stadgande kom att uppmärksammas av de nordiska obliga-

³ I motsats till »kontraktsteorien»; jfr härtill Karlgren, *Rechtsgeschäfte*, i *Zivilgesetze der Gegenwart* X:1:1, 1933, s. 135. — Enligt ifrågavarande begreppsbestämning kan alltså en rättsordning stå på kontraktsteoriens grundval utan hinder därav, att den tillerkänner anbudet bindande verkan; så tysk rätt.

⁴ För en ytterligare modifiering av löftesteorien uttalar sig, på goda grunder, Ussing, *Aftaler paa Formuerettens Omraade*, 1931, s. 29 med not 76; jfr s. 51.

⁵ Att även en annan utländsk lagbestämmelse (§ 151 B.G.B.) torde ha påverkat lagstiftaren vid tillkomsten av 8 § Avtl, skall nedan närmare beröras.

tionsrättskommittéerna,⁶ förklaras bland annat därav, att Lassen i sin berömda, för nyare nordisk avtalslära grundläggande avhandling i »Tidsskrift for Retsvidenskab»'s första årgång⁷ refererade och utförligt uppehöll sig vid detsamma. Lassens inställning till stadgandet var för övrigt något tve tydlig. Å ena sidan karakteriserade han det som »egendomligt» och ansåg — med rätta, som av det nyss sagda följer — att regeln utgjorde en koncession åt den av honom hjärtligt ogillade kontraktsteorien,⁸ enligt vilken avtalsrättsliga rättsförhållanden blott kunna stiftas genom tvenne överensstämmande viljeförklaringar, anbud och accept, »i deres Sammenstød» och alltså icke, såsom enligt löftesteorien, genom »en enkelt Viljeserklæring alene».⁹ Men å andra sidan kommer till uttryck, att enligt Lassens mening själva grundtanken i stadgandet måste åtminstone för ett mycket stort antal fall anses berättigad, om än dess lagfästade av särskilda skäl vore överflödigt eller icke tillfyllestgörande.¹⁰ Möjligen bidrog till Lassens rätt avvisande hållning den uppfattningen — som kanske också är riktig — att lagbestämmelsen enligt preussisk rätt var tvingande, icke dispositiv till sin natur. Beträffande 8 § Avtl är som nämnt förhållandet ett annat. Eftergiften åt kontraktsteorien är alltså här, åtminstone teoretiskt sett, mindre betydande. Måhända har man däri att söka en orsak till att Lassen, som ju själv deltog i det nordiska lagstiftningsarbetet på avtalsrättens område, sedermera tycks ha försonat sig med grundsatsen i fråga.

Även i svensk juridisk litteratur återfinnas redan tidigt de synpunkter, som enligt vad ovan berörts skulle bära upp 8 § Avtl. Sålunda heter det hos Nordling¹¹: »Medgivande om

⁶ Resp. av nya lagberedningen, som i sitt förslag till lag om köp och byte av 1894, på sätt nedan skall omnämnas, upptog en mot 8 § Avtl svarande bestämmelse.

⁷ Løfte og Akcept, 1888 (Udvalgte Afhandlinger, utg. av Dahl, 1924, s. 75).

⁸ S. 257 f. (Afhandlinger s. 132 f.).

⁹ S. 108 (Afhandlinger s. 77 f.).

¹⁰ S. 267 f.; jfr s. 249 f. (Afhandlinger s. 140 ff. och 124 f.).

¹¹ Föreläsningar i svensk civilrätt. Allmänna delen. 2 uppl., 1891 (1913), s. 205. — I motiven till Avtl hänvisas (i rubriken till 8 §) till både Lassens och Nordlings arbeten.

beståndet av ett anbud kan lämnas för alldeles obestämd tid. I sådant fall kan, å ena sidan, anbudstagaren när som helst förklara, att anbudet antages, och å andra sidan anbudsgivaren, i händelse antagandet ej redan skett, när han finner för gott anmoda anbudstagaren att inom viss för antagandets verkställande lämplig tid ge tillkänna, huruvida han bestämmer sig för att antaga anbudet».¹²

Emellertid: går man till lagtexten i 8 § Avtl, faller det i ögonen, att lagbudet icke *omedelbart* ger uttryck åt den tankegång, varom hittills varit tal. Och icke heller i den återopade motiveringen träder samma tankegång läsaren *oförmedlat* till mötes.

För tillämpning av ifrågavarande regel har nämligen icke, såsom man av den angivna grunden för densamma skulle kunnat förvänta, i lagen uppställts som betingelse, att anbudsgivaren (till synes) bundit sig för obegränsad tid framåt.

¹² På motsvarande sätt uttalar sig Nordling för det fall att »anbudet är avgivet under medgivande, att det får stå tills vidare» (s. 208). Och något senare i framställningen (s. 210) säges det: »Om anbudsgivaren, på samma gång han avsänder anbudet, även till anbudstagaren avsänder den sak eller de varor, han vill till honom avlåta, och därom underrättar mottagaren, eller om han gör det efter anbudets avsändande utan att avvakta svar, behöver anbudstagaren ej taga i betraktande den omständighet, att anbudet måhända i fortskaffandet försinkats, ej heller avpassa anbudets antagande inom viss tid. ... Sedan han mottagit saken eller varorna, behöver mottagaren icke inom viss tid sända antagande av anbudet, emedan han genom besittningen av dem kan utesluta varje annat förfogande över dem. Han kan därför när som helst, då anledning därtill för honom uppkommer, förklara, att han vill behålla dem. Men om anbudsgivaren yrkar, att han skall bestämma sig, så vida han vill antaga anbudet, måste han därefter rätta sig. Underlåtenhet å hans sida att efter sådan anmodan inom den utsatta tiden eller eljest inom skälig tid avgiva antagande svar gör affären mellan dem om intet. Däremot hindrar antagandets försinkande under vägen ej affären. Förkommer det antagande svaret, kan han senare avgiva antagande. Å andra sidan kan anbudsgivaren göra anbudet så, att han anmodar anbudstagaren att till honom sända de varor, som han önskar till sig avlåtna. Är anbudet sådant, behöver ej anbudstagaren avsända svar, utan då han inom utsatt eller skälig tid avsänder varorna, innebär detta det nödiga antagandet. Deras fördröjande på vägen, så vitt anbudstagaren icke har någon skuld däri, kommer honom icke vid, emedan han fullgjort allt, vad av honom blivit begärt, då han avsänt dem.»

Fastmera förutsättes i 8 § allenast, att den som avgivit anbud förklarat sig icke påfordra *uttryckligt* svar därå, resp. att omständigheterna utvisa, att han ej förväntar sådant. Denna förutsättning, vid vilken i motiven lägges största vikt, är märklig. Stadgandet skall alltså enligt lagtextens lydelse komma till användning *dels* så snart anbudsgivaren förklarat, att han *över huvud* avstår från svar, resp. ett sådant avstående framgår av omständigheterna, *dels* så snart han visserligen får anses ha begärt svar men icke krävt ett uttryckligt utan nöjt sig med ett »tyst» (»konkludent», »stillatigande») svar. I båda hänseendena skulle man kunna fråga sig, om icke regeln erhåller ett tillämpningsområde, vilket sträcker sig långt utöver vad som betingas av det syfte, som enligt det föregående skulle vara med densamma fullföljt.

I det förra hänseendet framträda dock knappast några större svårigheter. Det är endast att märka, att lagtexten är ägnad att inge den uppfattningen, att redan i och med att anbudsgivaren uttryckligen förklarat, att han alldeles avstår från svar — eller, vilket naturligen måste därmed jämföras, förklarat att svar kan lämnas hur sent som helst —, det anförda motivet för 8 § Avtl ägde tillämplighet. En sådan uppfattning vore oriktig. Det kunde visserligen synas, som om anbudsgivaren i detta fall alltid måste anses ha bundit sig för obegränsad tid framåt, om man nu bortser från möjligheten att genom framställande av förfrågan lösgöra sig ur anbudstagarens grepp. Detta är emellertid ett misstag. Man kan icke generellt påstå något sådant. Fastmera lär det *i regel* ställa sig så, att anbudet här *av sig självt förfaller* efter utgången av en med hänsyn till omständigheterna skälig, låt vara ej sällan rätt lång tid. Icke kan t. ex. en person, som erbjudit sig att utföra ett arbete för annans räkning eller leverera en vara till honom och därvid medgivit den andre rätt att svara på erbjudandet hur sent som helst, under obegränsad tid framåt vara pliktig att vid anfordran fullgöra sin prestation, bara därför att han icke förstått sig på att interpellera sin motpart enligt 8 § Avtl. Hans bundenhet utslöcknar vanligen, när skälig (rimlig) tid gått till ända, rent automatiskt. Något behov av en interpellationsrätt ur den synpunkt, som

hittills diskuterats, föreligger då alltså icke. Endast *under särskilda omständigheter* kan ett anbud, när dess avgivare förklarat sig helt avstå från svar, fortfara att gälla ända tills förfrågan framställts och lämnats obesvarad. Obligationsrättskommittén har möjligen, om den utgått från här kritiserade uppfattning, vilselett ej mindre av den preussiske lagstiftaren av 1794 än även av Lassen. Att det för Lassen icke var någon vidare sympatisk tanke, att ett anbud måste anses upphöra att gälla om icke accept inom skälig tid följer, är naturligt, om man besinnar hans extrema motvilja mot kontrakts-teorien.¹³ — Vad nu anförts kan också uttryckas så, att en anbudsgivare i regel, även när han uttryckligt förklarat sig avstå från svar, dock måste anses förvänta ett sådant inom en med hänsyn till omständigheterna skälig tid. Lagtexten bör därför, så vitt här är i fråga, läsas så: Kan det undantagsvis, på grund av anbudsgivarens förklaring eller eljest, antagas, att han helt avstått från svar etc.

Viktigare är den andra sidan av ämnet: finnes det utrymme för den grundsats, som enligt det föregående skulle vara i 8 § Avtl uttalad, redan i och med att anbudsgivaren inskränkt sig till att förvänta ett *icke uttryckligt* (tyst) svar?

Man säger kanske genast: nej naturligtvis icke, för så vitt anbudsgivaren måste anses ha såsom villkor för fortbeståndet av sin bundenhet betingat sig, att det icke uttryckliga svaret kommer honom till handa inom viss tid — vare sig denna tid är av honom själv direkt fixerad (2 § Avtl), eller den beräknas enligt regeln om legal acceptfrist (3 § samma lag), eller den slutligen eljest är genom omständigheterna in-

¹³ Betecknande är följande yttrande av Lassen i ämnet (s. 249; Afhandlingar s. 125): »Regelsberger hos Endemann II S. 430 udtaler vel, at alle Tilbud ere begrænsede i Tiden, men senere S. 433 korrigeres dette saaledes, at det, bortset fra ganske overordentlige Forhold, ikke kan antages, at Nogen vil binde sig for altid. Dette er utvivlsomt rigtigt, og den naturlige Fortolkning af et Tilbud, der udtaler, at Antagelsen kan komme saa sent det skal være, vil sikkert ofte være den, at Tilbyderen under visse Eventualiteter kan fordre en Afgjørelse fra Adressaten, om han vil have Retten eller ikke, jfr Windscheid § 307 not 13 a.» Man iakttag det behändiga sätt, varpå Regelsbergers (och Windscheids) för flertalet fall alldeles riktiga anmärkning uttunnas.

direkt bestämd. Då förfaller anbudet, även här, *av sig självt* efter nämnda tids utgång; anbudsgivaren blir fri utan att behöva anlita det hjälpmedel, som 8 § tilldelar honom. En läkare anmodas t. ex. — skriftligen eller genom ett till hans biträde under hans frånvaro framfört bud — att göra ett sjukbesök hos viss person, och omständigheterna utvisa, att den sjuke icke begär annat svar, än att läkaren för ändamålet infinner sig hos honom. Här har då avgivits ett anbud, som lagrummet enligt sin ordalydelse förutsätter. Men även om någon viss tid icke utsatts, före vars utgång vederbörande väntar läkarens besök, är det tydligt, att 8 § Avtl här icke kan vara motiverad av *det* skälet, att anbudsgivarens bundenhet i och för sig fortbestår under obegränsad tid framåt (»till evig tid»), och att vid sådant förhållande möjlighet måste beredas honom att frigöra sig från sin betungande bundenhet genom att interpellera anbudstagaren om dennes inställning till anbudet. Sunda förnuftet säger ju, att den sjukas anbud av sig självt upphör att gälla efter viss tid, olika lång allt efter omständigheterna; läkaren kan alltså, om han dröjer för länge, avvisas med det beskedet, att den sjuke vänt sig till en annan läkare el. dyl. Det förhållandet, att allenast ett tyst svar från anbudstagaren förväntas, är följaktligen, kunde man sålunda säga, ett odugligt kriterium, när det gäller att träffa de rättslägen, som 8 § enligt det ovan sagda skulle ha i sikte.

Fullt så enkel är emellertid saken icke. Den möjligheten återstår nämligen, att det enligt lagstiftarens uppfattning icke i det valda exemplet förelåg ett tyst utan ett uttryckligt svar, ja över huvud att det *måste anses strida mot det tysta svarets begrepp*, att detsamma inom viss tid, för att vara verksamt, skall komma anbudsgivaren till handa. Detta vore visserligen ett för svenskt juridiskt språkbruk i viss mån främmande och ganska vilseledande uttryckssätt. Men i allt fall reducerades därmed den framställda invändningen till en blott terminologisk. I dylika lägen skulle förevarande lagbud icke komma till användning.

Låt oss då för att komma till klarhet på denna punkt — liksom beträffande lagbudets innebörd i allmänhet — se på de fall av icke uttryckligt svar, som lagstiftaren vid av-

fattningen av 8 § Avtl direkt haft för ögonen, och undersöka, om för *deras* vidkommande den åberopade grunden för stadgandet äger tillämpning.

De utpekade situationerna äro av två slag¹⁴: å ena sidan de fall, då någon till en annan, utan föregående rekvisition å dennes sida, med anbud om försäljning översänder en vara (i det följande kallade *realanbudsfallen*), å andra sidan de fall, då någon hos en annan beställer en vara utan att vänta annat svar på sin beställning, än att varan vederbörligen till honom översändes (i det följande kallade *beställningsfallen*).

Beträffande de förra fallen är kommitténs resonemang lätt att följa. Man har utgått ifrån att anbudsgivaren, när han översänder godset, måste anses ha (om man bortser från den begränsning, som 8 § just har till uppgift att fastslå) bundit sig för obegränsad tid framåt. Så alldeles självklart är det visserligen icke, såsom nedan skall beröras, att det förhåller sig på detta sätt. Men med hänsyn till lägets egenart tala starka skäl för riktigheten av nämnda utgångspunkt. Och man förstår i alla händelser, att kommittén för sin del ansett det uteslutet, att anbudsgivaren på annan väg än via interpellation till sin motpart skulle kunna bli fri från sin bundenhet.

Beträffande beställningsfallen åter — och dessa skjutas av kommittén i förgrunden — ligger saken till på ett helt annat sätt. Om en person »per brev rekvirerar varor hos en handlande och begär, att dessa skola skickas omedelbart eller med en viss uppgiven lägenhet», är det visserligen sant, att de vanliga reglerna om en anbudsgivares bundenhet icke i allo äro tillämpliga. Men när det gäller att bedöma, vilken rättslig verkan detta avstående från uttryckligt svar må äga, har man ingalunda blott att välja mellan de två alternativ, som kommittén suggestivt lägger fram till läsarens beskådande: att »anbudstagaren skall hava en till tiden obegränsad frihet att antaga anbudet eller avslå detsamma», eller att »anbudsgivaren endast tills vidare avstår från rätten att »(genom förfrågan)» erhålla besked härutinnan». Ty det finnes, som så

¹⁴ Jfr Nordling i citatet här ovan not 12.

ofta eljest, ett tredje alternativ: att anbudet *av sig självt förfaller* efter viss tids förlopp, här om icke anbudstagaren inom den utsatta tiden (omedelbart eller med uppgiven lägenhet) avsänder varan. Detta alternativ är också i förevarande fall det enda riktiga. Det vore en orimlighet, om handlanden sedermera ägde skicka på beställaren varan eller göra andra påföljder av avtalet gällande, under åberopande av att denne icke vore fri från sin genom beställningen åtagna bundenhet, då han underlåtit att begagna sig av interpellationsrätten enligt 8 § Avtl. På motsvarande sätt förhåller det sig åtminstone i regel, om beställaren icke angivit någon tid, inom vilken han motser beställningens utförande. Denna hans uraktlåtenhet kan omöjligen in dubio föranleda, att, i brist på förfrågan, anbudet fortfar att gälla i månader eller år, för obegränsad tid framåt. Fastmera bör anbudet vanligen tolkas så, att varan måste skickas inom skälig (rimlig) tid, vid äventyr av att anbudsbundenheten utan särskild förintelseåtgärd förfaller. Det torde vara relativt sällsynt, att en beställare får anses ha gått med på att hans anbud skall äga livskraft för obegränsad tid framåt. — Frågan blir då den, om icke det åberopade motivet för tillämpningen av 8 § Avtl i allmänhet är meningslöst, såvitt beställningsfallen angår. Finnes från den anförda synpunkten något behov av det remedium, som stadgandet anvisar? Är det icke, vad sagda fall beträffar, att slå in öppna dörrar, när kommittén under hänvisning till rådande rättsuppfattning vänder sig mot tanken, att anbudsgivaren under obegränsad tid skulle hållas fastkedjad vid sitt anbud, utan möjlighet att ens utverka sig ett besked från sin motpart?

Hur har då kommittén för beställningsfallens del tänkt sig saken? Man kan ju icke gärna utan vidare ha gjort sig skyldig till ett så grovt förbiseende, som nyss antyddes. — Troligen har det varit följande resonemang, som, åtminstone i första hand, föresvävat kommittén. Må vara att ett anbud i här avsedda fall upphör att gälla, därest icke anbudstagaren inom utsatt, resp. med hänsyn till omständigheterna skälig tid avsänder varan. Men antag, att varan ej kommer fram, på grund av olyckshändelse under transporten, eller dock försenas. Därmed förfaller anbudet icke; anbudstagaren har ju gjort vad på honom

ankommer genom varans avsändande.¹⁵ Det måste nämligen anses, att försändningsrisken här är anbudsgivarens (jfr 17 § köplagen).¹⁶ Svaret går på dennes, icke på anbudstagarens risk. Så till vida gäller en annan regel om anbudsgivarens bundenhet än i vanliga fall; enligt de visserligen blott dispositiva stadgandena i 2 och 3 §§ Avtl blir ju anbudsgivaren där fri från sin bundenhet, även om svaret i rätt tid avsänts, när det icke före acceptfristens utgång kommit honom *till handa*. Detta måste då ha till följd, att en anbudsgivare i beställningsfallen icke kan, även om den tid utlupit, inom vilken svaret under normala förhållanden bort vara honom *till handa*, vara säker på huruvida han är bunden eller icke. Ur *hans* synpunkt är läget alltså ungefär detsamma, som om han åtagit sig bundenhet för obegränsad tid framåt; han vet ju icke, om anbudet av sig självt förfallit, och måste ha ett medel att förskaffa sig visshet om sitt rättsläge. 8 § Avtl har förty en viktig funktion att fylla även i beställningsfallen.

Den till grund för 8 § Avtl liggande tankegången skulle alltså, ytterligare preciserad, vara denna. I vanliga fall är en anbudsgivare bunden allenast på villkor att inom viss tid — den av honom själv fixerade eller den legalt beräknade eller den eljest indirekt bestämda — svar från anbudstagaren kommer honom *till handa*. Varken i realanbuds- eller beställningsfallen gäller detta. Här har anbudsgivaren avstått från detta villkor för sin bundenhet. Därmed uppkommer för honom en pinsam ovisshet. Vad de förra fallen beträffar, ligger förhållandet i öppen dag. Vad åter angår de senare fallen, kan visserligen anbudstagaren, på grund av föreskrift av anbudsgivaren eller eljest, vara tvungen att iakttaga en viss frist, vid äventyr att om denna försittes han går sin rätt enligt anbudet förlustig. Men fristen hänför sig till varans avsändande, icke till dess framkomst till anbudsgivaren. Om det alltså icke finnes någon viss tid, inom vilken anbuds-

¹⁵ Jfr Nordling i det ovan not 12 citerade.

¹⁶ En analog tillämpning av detta stadgande är uppenbarligen, med utnyttjande av löfsteoriens principer, befogad. Det gäller ju här ett moment i *anbudsgivarens* bundenhet. För *hans* del har köpet genom den av honom avgivna viljeförklaringen kommit till stånd.

givaren kan förvänta ett svar sig till handa, ligger han så att säga i händerna på sin motpart. Härpå måste rådas bot. Han bör så mycket hellre kunna genom ett förfarande i överensstämmelse med 8 § Avtl frigöra sig från sin bundenhet, som man i regel måste utgå ifrån, att han vid anbudets framställande icke kan ha avsett att »till evig tid» vara hemfallen åt motpartens godtycke.¹⁷

Med denna utgångspunkt förstår man också, vilken egenartad betydelse som begreppen uttryckligt och icke uttryckligt svar (uttrycklig och »tyst», »konkludent» viljeförklaring) ha enligt förevarande lagrum. Det är av vikt att fixera denna betydelse och sammanställa den med vad man i allmänhet inlägger i dessa begrepp.

Även den vanliga innebörden av begreppen uttrycklig och tyst viljeförklaring är nu visserligen svår att exakt angiva. Ty några mera oklara och mångtydiga begrepp än dessa får man leta efter. Att en tyst viljeförklaring icke blott är en sådan, som avgives genom iakttagande av passivitet, är väl allmänt

¹⁷ Nu skisserade tankegång framträder tydligast i de *danska* motiven till Avtl, enligt uppgift huvudsakligen författade av Lassen: »Det vil formentlig være indlysende, at Reglerne i Udkastets §§ 2 og 3 om, at Tilbudets forpligtende Kraft er betinget af Akceptsvar, som fastsat i § 1 bør være fravigelige. Lige saa vel som Tilbudsgiveren frit kan bestemme Akceptfristens Længde, maa han helt kunne fritage den anden Part for den sædvanlige Betingelse for Tilbudets forpligtende Kraft, at *antagende Svar kommer frem til ham*. Undertiden maa det endog uden særlig Tilkendegivelse herom ifølge sædvansmæssig Opfattelse antages, at Svar» (läs: honom tillhandakommet svar) »ikke er nødvendigt, jfr saaledes ogsaa den tyske borgerlige Lovbog § 151 og den schweiziske Forbundslov om Obligationsretten Art. 6. Dette vil saaledes i Almindelighed være Tilfældet med Hensyn til Bestilling af Varer, der skulle sendes straks. Naar en Vare bestilles tilsendt straks eller snarest muligt, venter Tilbudsgiveren sædvanlig ikke noget Svar» (läs: något inom viss tid tillhandakommet svar); »Ordrens behørigte Effektuering maa være tilstrækkelig til at holde Tilbudet i Kraft» ... »At Tilbudet i saadanne Tilfælde ikke bortfalder, fordi det ikke besvares» (läs: besvaras genom ett meddelande, som inom viss tid kommer anbudsgivaren till handa), »synes selvfølgeligt og er derfor ogsaa kun rent forudsætningsvis udtalt i Udkastets § 9. Indtil videre henstaar det altsaa som uvist, om Aftale vil komme i Stand eller ikke. Men Tilbudsgiveren vil kunne faa Interesse i at erholde Besked i saa Henseende. Det bestemmes derfor» etc. (Udkast til Lov om Aftaler o. s. v., 1914, s. 30 b; kurs. här).

erkänt. Men i övrigt är terminologien vacklande och menings-skiljaktigheterna om den ifrågasvarande distinktionens värde stora. Ätminstone sex(!) rätt vanliga betydelser¹⁸ kunna urskiljas:

1—2) Den klassiska begreppsbestämningen¹⁹ är den, att medan uttryckliga viljeförklaringar utgöras av ord eller handlingar, som enbart eller huvudsakligen ha till syfte²⁰ att förklara vederbörandes rättsverkningsvilja, så bestå tysta viljeförklaringar av ord eller handlingar,²¹ varmed enbart eller huvudsakligen fullföljes annat syfte men från vilka man ändock, indirekt, kan sluta sig till viljans förefintlighet. Vid en närmare analys av hithörande författare visar det sig emellertid, att denna begreppsbestämning täcker två väsentligt olika uppfattningar, som dock ofta glida över i varandra. Ordet »förklara» kan nämligen betyda antingen »meddela, för annan person kungöra» eller ock: »ge uttryck åt». Är det den förre betydelsen, som föresvävar en författare, betecknas såsom uttryckliga viljeförklaringar ord eller handlingar, varmed (enbart eller huvudsakligen) fullföljes syftet att bringa rättsverkningsviljan till en adressats kännedom, under det att tysta viljeförklaringar bestå av ord eller handlingar, som (enbart eller huvudsakligen) ha annat syfte men från vilka man ändock, indirekt, kan sluta sig till viljans förefintlighet.²² Utgår man åter — och detta är det vanligaste — från den senare betydelsen av ordet »förklara», kommer det icke an på om vederbörande har dylik meddelelseavsikt, utan man talar

¹⁸ Här bortses från de fall, då man talar om en tyst viljeförklaring, fastän någon viljeyttring alls icke föreligger utan det rör sig om omedelbart legala rättsverkningar, vilka ha en viss likhet med de med en viljeförklaring förbundna rättsverkningarna. Se härom Lassen, *Haandbog i Obligationsretten*, Almindelig Del, 3 uppl., 1917—20, s. 227 ff., Ussing a. a. s. 208 ff.

¹⁹ Savigny, Windscheid (t. o. m. 4 uppl. av *Lehrbuch des Pandektenrechts*), Bekker, Dernburg, Enneccerus, Crome m. fl.

²⁰ Resp. enligt förklarings- och tillitsteorierna: av adressaten uppfattas ha till syfte. Motsvarande tillägg underförstås i det följande.

²¹ Eventuellt passivitet.

²² Se t. ex. Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, II, 1889, s. 68 ff.

om uttryckliga viljeförklaringar, så snart det föreligger ord eller handlingar, som (enbart eller huvudsakligen) ha till syfte att ge uttryck åt rättsverkningsviljan i fråga, medan vid tysta viljeförklaringar orden eller handlingarna (enbart eller huvudsakligen) fullfölja annat syfte, ehuru man från desamma kan indirekt sluta sig till viljans förhandenvaro.²³ Formuleringen, att den handlande i dylika fall, när meddelelseavsikt saknas, med sina ord eller åtgärder åsyftar att »ge uttryck» åt sin rättsverkningsvilja, är väl nu icke så lyckad.²⁴ Den reella innebörden i förevarande uppfattning synes också vara den, att uttryckliga viljeförklaringar utgöras av ord eller handlingar, som (enbart eller huvudsakligen) tillkomma just i syfte att föranleda de ifrågavarande rättsverkningarnas inträde — härmed kan ju rättsverkningsviljan sägas vara direkt förklarad —, under det att tysta viljeförklaringar bestå av ord eller handlingar, som (enbart eller huvudsakligen) tillkomma i annat syfte, men från vilka man indirekt kan sluta sig till viljans existens.²⁵

3) En uttrycklig viljeförklaring föreligger, enligt nästa begreppsbestämning, när den handlande begagnar sig av ett objektivt uttrycksmedel, d. v. s. av ett uttrycksmedel, som, det må bestå av ord eller handlingar, redan i och för sig, utan hänsyn till kontrahenternas subjektiva förhållanden och omständigheterna i det särskilda fallet, är ägnat att ge rättsverkningsviljan till känna — närmast sålunda ett enligt upp-

²³ Så är t. ex. återkallelsen av ett testamente genom testamentsurkundens sönderrivande enligt denna uppfattning en uttrycklig viljeförklaring, ty även om testator icke vill bringa sitt handlande till annans kännedom, företager han en åtgärd, som har till ändamål att ge uttryck åt återkallelseviljan (jfr Windscheid a. a., 4 uppl., § 72 not 7 och § 640 not 4).

²⁴ Varför skulle man vilja *uttrycka* en rättsverkningsvilja, om man icke vill bringa densamma till annan persons kännedom? Man torde, vad det i nästföregående not omnämnda exemplet beträffar, icke kunna säga mera, än att testator med sin åtgärd åsyftar uppnåendet av de rättsverkningar, som en återkallelse av testamente medför.

²⁵ Särskilt belysande är framställningen hos Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, I, 1900, s. 381 ff.

fattningen i handel ochandel vedertaget uttrycksmedel.²⁶ Eljest är viljeförklaringen tyst.

4) Uttrycklig är en viljeförklaring, när rättsverkningsviljan framgår av *ord* (eller tecken som betyda ord); alla övriga viljeförklaringar äro tysta.

5) Uttrycklig är en viljeförklaring, när rättsverkningsviljan framgår av ord (eller tecken som betyda ord), under förutsättning tillika att det ifrågavarande språkliga uttrycket är »adekvat» och på denna grund relativt tydligt.²⁷ Om man sålunda icke kan fastställa innebörden av de begagnade orden direkt utan måste utleta densamma med ledning av andra omständigheter, är viljeförklaringen tyst, lika väl som då viljan uttryckts utan att språket alls tagits till hjälp.

6) En uttrycklig viljeförklaring föreligger, när rättsverkningsviljan, den må yttra sig i ord eller handling, ger sig till känna med ett visst högre mått av *tydlighet*. Mindre tydliga viljeförklaringar äro tysta.²⁸

I nordisk doktrin synes man nu närmast ansluta sig till begreppsbestämningarna under 4) och 5) härövan.²⁹ Så Almén,³⁰ Lassen,³¹ Ussing,³² Stang.³³ Och förmodligen

²⁶ Se t. ex. den ofta citerade definitionen hos Zitelmann, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1900, s. 91, Windscheid a. a. § 72 vid not 7 (fr. o. m. 5 uppl.).

²⁷ Mycket vanlig begreppsbestämning. Se bl. a. Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, s. 300 ff., v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, II: 1, 1914, s. 417.

²⁸ Särskilt i nyare doktrin framträda sympatier för en sådan distinktion; se t. ex. Titze, art. »Rechtsgeschäft» i Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd IV, 1927, s. 657.

²⁹ Det säger sig självt, att svaret på frågan, vilket juridiskt värde skillnaden mellan en uttrycklig och en tyst viljeförklaring äger, kan utfalla helt olika, allt eftersom man utgår från den ena eller den andra av i texten berörda begreppsbestämningar.

³⁰ I sin kommentar till lagen om köp och byte (I, 2 uppl., 1917), enligt vars 1 § lagens bestämmelser skola lända till efterrättelse, »så vitt ej annat är *uttryckligen* överenskommet eller eljest må anses avtalat», anmärker Almén: »Vid sidan av det, som blivit uttryckligen överenskommet, sättes i lagtexten vad som 'eljest må anses avtalat'. Härmed har man velat inskräpa angelägenheten av att vid tolkning av ett köpeavtal laga hänsyn icke blott till kontrahenternas i *tal eller skrift* uttryckta vilja utan

ligger samma uppfattning även bakom 8 § Avtl, så vitt *anbudsgivarens* viljeförklaring angår.³⁴

När det åter i 8 § Avtl skiljes mellan ett uttryckligt och ett icke uttryckligt *svar*, tagas dessa ord — så vitt det nyss skildrade resonemanget varit avgörande — i en bemärkelse, som icke stämmer med någon av de angivna begreppsbestämningarna. Uttryckligt svar betyder nämligen här: »ett svar, som inom viss tid måste, för att icke anbudet skall förfalla, komma anbudsgivaren till handa». Ett sådant svar förekommer, med ifrågavarande utgångspunkt, varken i realanbuds- eller beställningsfallen. Även i dessa fall kan det visserligen föreligga ett »svar»: anbudstagaren kan t. ex. ha tillägnat sig det översända godset, resp. skickat i väg den beställda varan. Men då den härigenom ådagalagda acceptviljan som sagt icke behöver före någon viss tids utgång komma fram till anbudsgivaren, är svaret från dennes synpunkt icke uttryckligt; det rör sig om en tyst viljeförklaring. Svarets bristande uttrycklighet beror sålunda icke därpå, att det ej är klätt i ord, utan därpå, att det icke inom viss frist måste komma anbudsgivaren till handa. Detta ligger enligt 8 § Avtl i det tysta

lika mycket till övriga omständigheter (*facta concludentia*), av vilka man kan sluta till deras mening» (s. 27; kurs. här).

³¹ Uttrycklig viljeförklaring: »den Skylderklaring, der afgives ved Hjælp af de for dens Tilkjendegivelse ved Sprogloven bestemte Ord eller Ordtegn» (a. a. s. 227; kurs. här). Jfr i texten under 5).

³² »Udtrykkelige kaldes de Løfter, der afgives i Ord eller ved Hjælp af Tegn, der er Udtryk for Ord, f. Eks. et Nik, Tegnsprog, Signaler» (a. a. s. 206). Jfr i texten under 4).

³³ »Uttrykkelig sagt er alt det, som er uttalt i ord eller som flyter umiddelbart av ordene. Like med ord maa man vel stille tegn, hvis betydning paa forhaand er fastslaat. Alt det, som forøvrig udledes af ord eller handling, er stiltiende uttalt» (Norsk Formueret, I: 1, 2 uppl., 1921, s. 263).

³⁴ Det skiljes mellan det fall, att anbudsgivaren »förklarar» sig avstå från svar, och det fall att »omständigheterna» utvisa, att han icke förväntar sådant. Detta omskrives i motiven sålunda, att avståendet kan ha skett antingen uttryckligen eller framgå av de omständigheter, varunder anbudet avgivits. Härmed torde avses, att det antingen föreligger en i ord uttryckt förklaring från anbudsgivarens sida av sagda innehåll, eller att dennes avstående från svar framgår på annat sätt.

svarets begrepp. — Så snart däremot anbudsgivaren fordrar, att ett meddelande före utgången av en på ett eller annat sätt bestämd tid tillställs honom, har uttryckligt svar begärts, även om det icke skall avgivas i ord (eller tecken som betyda ord); jämför exemplet om läkarens sjukbesök härovan. 8 § saknar i dylika fall — trots att anbudsgivaren icke förväntar ett *i vanlig mening* uttryckligt svar — tillämplighet.

I det föregående har utvecklats, vilken tankegång som åtminstone i första hand torde ha varit för lagstiftaren bestämmande, då man utgått ifrån att även i beställningsfallen tillämpningen av 8 § vore motiverad ur de synpunkter, som enligt det ovan sagda skulle utgöra stadgandets *raison d'être*. Men är denna tankegång hållbar? Kan verkligen den omständigheten, att anbudsgivaren i dessa fall icke betingat sig att något svar inom viss tid skall komma honom tillhanda utan nöjt sig med att den rekvirerade varan inom viss tid *avsändes*, medföra, att han är i behov av det rättsskydd, som bör tillerkännas en i och för sig för obestämd tid framåt bunden anbudsgivare?

Säkerligen icke. Resonemanget i fråga tager föga hänsyn till realiteterna. För det första är det ju i så pass hög grad ett undantagsfall, att varans uteblivande hos anbudsgivaren vid den tid då den under normala förhållanden kunnat antagas vara honom till handa beror på dess förolyckande eller försening under transporten, att anbudsgivaren praktiskt taget knappast räknar därmed såsom orsak till att svar icke erhållits. Han kan efter utgången av den förutsatta tiden i allmänhet känna sig säker på att något avsändande i rätt tid icke kommit till stånd och bör förty vara medveten om att han till följd av anbudets förfallande icke är skyldig mottaga varan; han har alltså ingen anledning att på grund av ovisshet om sin bundenhet skrida till en förfrågan hos sin motpart. För det andra: skulle anbudsgivaren i något fall misstänka, att varan, trots dess uteblivande vid nämnda tid, vederbörligen avsänts, är ju detta ett förhållande, som det icke behöver vara så svårt att även utan dennes medverkan förskaffa sig kännedom om³⁵; för övrigt är det uppenbart, att anbuds-

³⁵ Annorlunda i realanbudsfallen, där det ofta måste vara synnerligen

tagaren i regel är intresserad av att självmant lämna upplysning i ämnet. — Även i beställningsfallen förhåller det sig alltså i *realiteten* och *normalt* på samma sätt som då avtal ingås i vanliga fall: anbudet utslocknar av sig självt, därest icke inom viss tid, längre eller kortare, svar kommer anbudsgivaren till handa.³⁶ I *realiteten* och *normalt* uppkommer icke en sådan ovisshet å anbudsgivarens sida, att ett tvångsmedel à la 8 § Avtl är erforderligt.

Hur skall man då — när sålunda den åberopade grunden för 8 § Avtl i största utsträckning visar sig, praktiskt sett, sakna tillämplighet — kunna förklara stadgandets tillkomst?

Förklaringen kan i viss mån ligga däri, att obligationsrättskommittén tagit intryck av en tysk lagbestämmelse på området, som i så fall icke rätt uppfattats. Men framför allt torde vara av betydelse, att kommittén mer eller mindre omedvetet påverkats jämväl av en annan synpunkt, ett annat motiv till stadgandet, än som hittills diskuterats.

Hur har man alltså i tysk rätt ställt sig till de spörsmål, som i 8 § Avtl behandlas?

I § 151 B.G.B. förekommer i ämnet följande bestämmelse:

»Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zu Stande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden.»

I detta lagbud³⁷ — som närmast hänför sig just till real-

vanskligt för anbudsgivaren att på egen hand taga reda på, om tillägnelse av godset ägt rum eller om anbudstagaren eljest kan anses vara villig att acceptera anbudet. Se härom vidare nedan.

³⁶ En annan sak är naturligtvis, att vid *beräkandet* av denna acceptfrist hänsyn måste tagas icke blott till den tid, som anbudstagaren bör ha på sig för att avsända varan, utan även till den normala transporttiden.

³⁷ Se angående detsamma först och främst de kända kommentarerna till B.G.B. och H.G.B. av Planck—Flad, Staudinger—Riezler, Oertmann, Staub—Könige (Anh. § 361) och Düringer—Hachenburg (IV, Allg. Einleitung, anm. 221 ff.). Ytterligare litteratur i fortsättningen.

anbuds- och beställningsfallen³⁸ — säges sålunda, att ett anbud under vissa förutsättningar kan accepteras genom en förklaring, som icke avgives »dem Antragenden gegenüber». Härmed anknyter lagbudet till ett i tysk rättsvetenskap vanligt men ytterst grumligt begrepp. Med en »einem anderen gegenüber» avgiven viljeförklaring förstås i och för sig en sådan, som avgivits i syfte att den handlandes rättsverkningsvilja därigenom skall komma till en adressats kännedom³⁹; vanligen fordrar man dock för begreppets tillämpning tillika, att adressaten är en *bestämd* person.⁴⁰ Det väsentliga är i allt fall, att viljeförklaringen sålunda är »richtungsbedürftig», att det rör sig om en till adressaten *riktad*, en till honom *utgiven* viljeyttring; det skall föreligga ett »meddelande» (i ord eller handling). Genom ett särskilt stadgande i B. G. B. (§ 130) fastslås nu rörande sådana viljeförklaringar i princip, att desamma för att vara »verksamma» jämväl måste komma adressaten *till handa* (»Empfangstheorie»)⁴¹. Generellt synes dock icke denna sats kunna upprätthållas; det förekommer undantagsvis viljeförklaringar, som väl måste till en adressat

³⁸ Även vissa andra fall höra dock hit. Som exempel brukar särskilt anföras, att en person utan att begära något svar beställer ett hotellrum till viss dag, eller att någon till en hantverkare översänder en sak för reparation, utan att först höra sig för om denne vill åtaga sig arbetet.

³⁹ Jämför begreppet uttrycklig viljeförklaring i den betydelse som ovan omnämnts vid not 22.

⁴⁰ Häremot dock åtskilliga författare; se t. ex. Manigk i Iherings Jahrbücher Bd 83, 1933, s. 37 ff. och v. Tuhr a. a. II:1 s. 400 och 427 ff. Redan bristen på enighet i detta avseende har medfört stor förvirring i den tyska litteraturen.

⁴¹ Å ena sidan räcker det icke med enbart ett avsändande eller annat utgivande, å andra sidan fordras icke, att förklaringen skall komma till adressatens kännedom. — Vad det innebär, att en viljeförklaring icke blir »verksam» med mindre den kommer adressaten till handa, visar sig för resten vid en närmare undersökning vara mycket oklart. Än vill man uttrycka, att viljeförklaringen saknar rättsverkan om den icke alls kommer fram till adressaten, resp. icke kommer fram före utgången av en i det särskilda hänseendet relevant frist. Än åsyftas det förhållandet, att viljeförklaringen efter framkomsten men icke dessförinnan är *oåterkallelig*. Än tänker man på den tidpunkt, från vilken en (i vederbörlig ordning tillkommen) viljeförklarings rättsverknings »datera» o. s. v.

riktas eller utgivas men som icke behöva för att vara verk-samma komma fram till denne.⁴² Emellertid identifieras van-ligen till följd av § 130 B. G. B. en förklaring »einem anderen gegenüber» (en »richtungsbedürftig» förklaring) med en för-klaring, som icke är verksam utan att komma adressaten till handa. En förklaring »einem anderen gegenüber» blir kort och gott = en »empfangsbedürftig» förklaring. Och omvänt lik-ställes i regel en »nicht empfangsbedürftig» förklaring med en förklaring, som är verksam *utan* att behöva avgivas »einem anderen gegenüber», oaktat det som nämnt finnes förklaringar, som visserligen måste avgivas »einem anderen gegenüber» (äro »richtungsbedürftig») men ändock icke äro »empfangs-bedürftig» i betydelsen att de måste komma fram till adressa-ten.⁴³ Vid sådant förhållande är det icke fullt klart, om inne-börden av den i § 151 B. G. B. uttalade rättsregeln, att accep-ten i realanbuds- och beställningsfallen ej behöver avgivas »einem anderen gegenüber», är den, att det icke ens fordras en till anbudsgivaren riktad, en till honom utgiven viljeför-klaring, eller om lagstiftaren lämnat frågan om »die Richtungs-bedürftigkeit» åsido och endast fastslagit, att accepten i alla händelser ej behöver komma anbudsgivaren till handa.⁴⁴ I senare fallet har sagda uttryck samma innebörd som be-greppet icke uttryckligt svar i 8 § Avtl.⁴⁵

Vare härmed hur som helst: säkert är, att en accept i real-anbuds- och beställningsfallen enligt tysk rätt, liksom enligt

⁴² Se sålunda Oertmann § 130, 6 (med hänvisningar).

⁴³ Jfr särskilt Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, s. 369 ff.

⁴⁴ Spörsmålet är av intresse i annat sammanhang, då det blir tal om förutsättningarna för inträdet av *anbudstagarens* bundenhet.

⁴⁵ Däremot får det anses uteslutet, att den svenske lagstiftaren med begreppet icke uttryckligt svar förbundit betydelsen av ett svar, som icke ens är avgivet i riktning mot anbudsgivaren. Ty det synes framgå, att kommittén (med allt fog) förutsatt, att i *beställningsfallen* accepten sker genom en till motparten riktad åtgärd, nämligen genom varans avsän-dande. Det avgörande för kommittén, som i 8 § endast reglerade frågan om *anbudsgivarens* bundenhet, har säkerligen varit, att svaret icke inom någon viss tid måste *komma fram* till denne; hur det förhåller sig med svarets »Richtungsbedürftigkeit» kunde man lämna därhän.

8 § Avtl, är verksam utan att det kräves, att densamma kommer anbudsgivaren *till handa*. Denne har ju själv avstått från ett honom tillhandakommet svar, eller »die Verkehrssitte» utvisar, att han ej förväntar sådant. Även den tyske lagstiftaren ställdes då inför frågan, om man icke i detta läge borde se till, att anbudsgivaren erhöles särskilt rättsskydd. Det underströks med skärpa i motiven,⁴⁶ att anbudsgivaren icke finge vara prisgiven åt sin motparts godtycke. Och i lagtexten drog man konsekvensen därav genom att i andra punkten av § 151 föreskriva, att tidpunkten för anbudets förfallande »bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden». Detta är den regel, som korresponderar med 8 § Avtl.

Det gäller emellertid att fastställa, *när* i föreliggande fall anbudet på ifrågavarande grund skall anses upphöra att vara gällande. Själva principen är visserligen klar: med hänsynstagande till anbudsgivarens direkt eller genom omständigheterna ådagalagda vilja beräknas den tidrymd, inom vilken accepten, väl icke skall komma vederbörande till handa (ty detta fordras ej), men inom vilken den skall *avgivas*.⁴⁷ En senare avgiven accept saknar rättslig verkan; anbudet har *förfallit*. Men det skulle kunna tänkas, att det i allmänhet just måste sägas vara förenligt med nämnda vilja, att anbudet icke av sig självt utan först efter en förfrågan från anbudsgivarens sida förfaller. Det är mycket troligt, att obligationsrättskommittén uppfattat stadgandet på detta sätt och därigenom stärkts i sin åsikt om lämpligheten av att i 8 § Avtl upptaga en bestämmelse av motsvarande innehåll. Till stöd härför kan särskilt åberopas, att den tyske författare, som kommittén, av Alméns kommentar till Avtl att döma, främst uppmärksammat, nämligen Planck, har ett uttalande i ämnet, som kunde synas gå i sagda riktning och som för resten har en viss likhet med kommitténs motivering. Sedan Planck såsom ett slags huvudregel uppställt, att anbudsgivaren, när viss tid icke utsatts för anbudets förfallande, är bunden till dess

⁴⁶ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, I, 1888, s. 173.

⁴⁷ Se Oertmann § 151, 4.

anbudstagaren förklarar sig avslå detsamma, modifieras denna sats på följande sätt:

»Ist aus den Umständen nicht zu entnehmen, in welchem Zeitpunkt der Antrag nach dem Willen des Antragenden erlöschen soll, so wird man als Regel annehmen dürfen, dass der Antragende berechtigt ist, auch noch nachträglich diesen Zeitpunkt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile zu bestimmen, indem nach der Verkehrssitte *nicht* angenommen werden kann, dass der Antragende sich ohne Beschränkung auf ewige Zeit hat binden wollen.»⁴⁸

Ser man närmare på Plancks framställning, visar det sig emellertid snart, att hans uppfattning icke är den nyss antydda. Från regeln, att anbudsgivarens bundenhet, om man bortser från möjligheten att i efterhand utsätta en acceptfrist, fortbestår till dess anbudet avslås, gör han nämligen undantag, förutom för det fall att anbudsgivaren bestämt viss tid, efter vars utgång anbudet utslocknar, även för det fall, att »sich aus den Umständen ein anderer Wille des Antragenden ergibt». Och detta undantag har synbarligen enligt författarens mening en betydande räckvidd. Sålunda inrymmas därunder åtminstone de flesta av de till stadgandet hänförliga *beställningsfallen*.⁴⁹ Här mister anbudet automatiskt sin kraft efter viss tids förlopp.

Än tydligare är, att tyska författare i allmänhet icke hysa den uppfattning om innebörden av andra punkten av 151 §, varom nu är tal. Visserligen torde man vara rätt ense därom, att om icke anbudsbundenheten på annat sätt kan bringas att upphöra, möjlighet finnes för anbudsgivaren att genom utsättande av en frist för acceptens företagande⁵⁰ göra sig sin bundenhet kvitt. Men detta tänkes uppenbarligen som en utväg så att säga i sista hand. Den är obehövlig när anbudet redan av sig självt, efter förloppet av viss tid, förfaller. Och

⁴⁸ Planck—Flad § 151, 5 (kurs. här). Motsvarande i äldre upplagor (t. ex. 2 uppl., 1898).

⁴⁹ Med författarens kommentar under 5) bör i det hänseendet sammanställas vad som säges under 3 a).

⁵⁰ Märk att man icke heller i detta fall (det gäller även Planck) synes kräva, att accepten måste *tillställas* anbudsgivaren; fristen hänför sig till acceptens *avgivande*.

att ett sådant automatiskt upphörande av anbudsbundenheten äger rum, antages allmänt *åtminstone* när det gäller flertalet av *beställningsfallen*. Särskilt framhålls, att när en beställare begärt »sofortige Leistung», anbudet utslöcknar, därest icke inom viss kortare tid anbudstagaren går i författning om att utföra beställningen,⁵¹ varmed i regel avses varans *avsändande*. Ofta tillägges det, att även om icke i anbudet direkt utsagts, att dess avgivare fordrar omedelbar prestation, detta i beställningsfallen normalt måste antagas vara av honom avsett. Att anbudsgivaren under sådana omständigheter skulle vara i behov av något rättsmedel jämförligt med det i 8 § Avtl omförmälda, plägar i den tyska litteraturen icke göras gällande. Av vad ovan yttrats i detta ämne framgår ock, att man har starka skäl för denna sin underlåtenhet. Anbudsgivaren är tillräckligt skyddad ändå.⁵²

Ifrågasätts kan t. o. m., om man icke i tysk rätt anlägger samma synpunkter även när det gäller realanbudsfallen. Huru härmed förhåller sig, är dock oklart. Somliga författare synas mena, att *dess* fall äro av den art, att anbudsgivaren, om han icke själv bestämt någon viss tid för motpartens tillägnelse el. dyl., är hänvisad till en »Fristsetzung» för att få den honom åvilande, i och för sig obegränsade bundenheten

⁵¹ I första utkastet till B.G.B. var detta t. o. m. i lagtexten fastslaget (86 § 4 st.): »Hat der Antragende sofortige Leistung verlangt, so ist er im Zweifel so lange gebunden, als zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist. Wird die Leistung verzögert, so erlischt der Antrag». Ehuru denna bestämmelse icke kom att inflyta i lagen, överensstämmer den, enligt vad allmänt anses, med gällande tysk rätt.

⁵² Kravet på varans avsändande inom viss tid har nämligen i *realiteten* till följd, att man på en omväg kommer tillbaka till regeln, att ett anbud av sig självt mister sin kraft, om svaret icke före utgången av en acceptfrist kommer anbudsgivaren *till handa*. Ty just därför att avsändandet är en åtgärd, avsedd att bringa acceptviljan till anbudsgivarens kännedom, föranleder det normalt, inom närmaste tiden därefter, en »Empfang» å dennes sida. Den praktiska skillnaden blir för den stora massan av fall allenast, så vitt anbudsgivarens bundenhet angår, att man vid beräkningen av den tid, inom vilken svaret måste vara honom till handa, får taga hänsyn till den längre tid, som transporten av en vara, i jämförelse med t. ex. befordringen av ett brev, tager i anspråk.

att upphöra.⁵³ Men av andra författaresh framställningar får man det intrycket, att de anse att anbudstagaren även här blott under en viss acceptfrist, en för ändamålet skälig tid, har möjlighet att *avgiva* accepten, d. v. s. företaga tillägnelsen av godset.⁵⁴ Sålunda: anbudet upphör av sig självt att gälla, om icke anbudstagaren före den skäliga tidens utgång accepterar, men accepten behöver icke bestå i ett anbudsgivarens tillhandakommet meddelande, utan det räcker med en tillägnelse av godset. Anbudsgivaren åtnjuter skydd så till vida, att hans motpart måste, för att icke gå sin rätt på grund av anbudet förlustig, inom den ifrågavarande tiden ådagalägga sin acceptvilja; försittes denna tid, kan anbudsgivaren omedelbart återfordra godset, och en tillägnelse, som ändock äger rum, innefattar en rättsstridig åtgärd, föranledande skadeståndsskyldighet m. m. Något annat accepthandlande än en intern tillägnelseåtgärd är emellertid icke av nöden.

En sådan medelväg, vad realanbudsfallen beträffar, synes i allt fall för den svenska rättens del icke förtjäna gillande. Naturligen *kan* anbudet vara så att förstå, att även om anbudsgivaren icke betingat sig att svar kommer honom till handa inom viss tid, anbudet skall av sig självt förlora sin giltighet, om icke motparten inom viss tid företager själva tillägnelsen. Särskilt är detta tänkbart, om anbudsgivaren på grund av omständigheterna kan påräkna, att svårighet icke skall möta för honom att förskaffa sig kännedom om tillägnelsen, oaktat han icke från motparten erhåller något meddelande om densamma. Den åberopade grunden för 8 § Avtl saknar då även i realanbudsfallen tillämplighet. Men sådana situationer torde förekomma endast undantagsvis. In dubio kan det icke antagas, att anbudsgivaren velat ställa sin bundenhet i beroende av sin motparts interna tillägnelseåtgärd. Så länge anbudstagaren tillåtes vara i besittning av godset (och icke erhåller någon förfrågan), bör rätten att tillägna sig detsamma under i och för sig obegränsad tid stå honom öppen.

⁵³ Så det beaktansvärda arbetet Wedemeyer, Der Abschluss eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen, 1904, s. 121.

⁵⁴ Jfr Oertmann a. st.

Den närmast föregående undersökningens resultat må sammanfattas sålunda, *att* förevarande tyska lagbestämmelse liksom 8 § Avtl utgår därifrån, att anbudsgivaren i realanbuds- och beställningsfallen avstått från kravet på att svar inom viss tid skall komma honom till handa, *att* under sådana förhållanden den tyske lagstiftaren i likhet med den svenske varit angelägen om att bereda anbudsgivaren tillbörligt rättsskydd, *att* man emellertid enligt tysk rätt icke generellt, och allra minst beträffande beställningsfallen, av nämnda avstående drager den slutsatsen, att anbudsgivaren åtagit sig bundenhet för i och för sig obegränsad tid framåt, *samt att* förty en interpellationsrätt, motsvarande den i 8 § Avtl lagfästa, icke helt allmänt, och i alla händelser icke beträffande flertalet av beställningsfallen, anses vara av behovet påkallad.⁵⁵

⁵⁵ I detta sammanhang må några ord sägas även om den — i de danska motiven uppmärksamade — schweiziska lagbestämmelsen i ämnet (art. 6 i lagen om obligationsrätten; jfr ock art. 10 st. 2). Stadgandet lyder:

»Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird».

Lagbudet är egendomligt och svårtolkat. Under uttrycket »ausdrückliche Annahme» synas åtskilliga olikartade företeelser vara inbegripna. Så mycket torde emellertid vara klart, att här *bland annat* avses de fall, då såsom i realanbuds- och beställningsfallen anbudsgivaren avstått från krav på att svar inom viss tid skall komma honom till handa. Sannolikt är det också från denna lagbestämmelse, som obligationsrättskommittén hämtat termen »uttryckligt svar» i 8 § Avtl (enahanda term förekom dock även i första utkastet till B.G.B., nämligen i dess 86 §). Det sätt, varpå nu den schweiziske lagstiftaren tillgodoser anbudsgivarens intressen, är radikalt nog: motparten skall bliva bunden genom sin passivitet; denna presumeras innebära accept (jfr 60 § köplagen). I den schweiziska rättslitteraturen tolkas likväl stadgandet restriktivt på det sätt, att det anses hänföra sig allenast till sådana fall, då omständigheterna ge stöd för att anbudstagarens tystnad är uttryck för en hans acceptvilja (se Oser, Das Obligationenrecht, I, 2 uppl., 1929, s. 61, Becker, Obligationenrecht, I, 1917, s. 30, v. Tuhr, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, I, 1924, s. 166 f.). Härmed blir tydligen bestämmelsen i stort sett innehållslös. Jfr 9 § i nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte 1894 och högsta domstolens uttalanden därom (N.J.A. II 1901 nr 1 s. 40 och 15 f.).

Den andra omständigheten, som förklarar tillkomsten av 8 § Avtl, är enligt vad ovan antytts den, att vid sidan av den åberopade grunden för stadgandet — vilken alltså i största utsträckning är praktiskt ohållbar — finnes ett ytterligare motiv, som indirekt torde ha varit av betydelse för lagstiftarens ställningstagande. I obligationsrättskommitténs argumentering flyta två skilda tankelinjer på ett diffust sätt samman. Man får för övrigt en känsla av att tankeglidning föreligger redan då man ser det skiftande sätt, varpå lagtextens ord: »uttryckligt svar» återges i motiveringen till 8 §. Än talas även där om uttryckligt svar, än bara om »svar», än om »omedelbart svar», än om »särskilt svar», än om »besked».

Förhållandet framgår, om man punkt för punkt följer kommitténs resonemang rörande beställningsfallen. Det säges till en början, att liksom en anbudsgivare kan medgiva anstånd med svaret (= det uttryckliga svaret) vida utöver den tid, inom vilken anbud enligt reglerna i 3 § skola besvaras, han naturligtvis kan »alldeles» avstå från uttryckligt svar å sitt anbud (avståendet må ha skett i tal eller skrift eller blott framgå av omständigheterna). Så långt är motiveringen blott uttryck för den förut skildrade tankegången: anbudsgivaren kan icke någonsin, icke ens inom den utsträckta tid som det medgivna anståndet föranleder, fordra ett honom *tillhandakommet* svar. Sedermera nämnes som exempel, att man per brev rekvirerar varor hos en handlande och begär, att dessa skola skickas omedelbart eller med en viss uppgiven lägenhet; då förväntar man i allmänhet, heter det, icke »särskilt» svar utan påräknar endast, att rekvisitionen skall å utsatt tid fullgöras. Icke heller häri ligger i och för sig någon avvikelse från nyssnämnda utgångspunkt: att särskilt svar icke förväntas, kan ju betyda, att man icke inom någon viss tid, längre eller kortare, äger fordra ett svar sig till handa utan måste vara nöjd med att varorna vederbörligen avsändas. Men omedelbart i fortsättningen säges det: »Sker detta, äger rekvisirenten icke undandraga sig avtalets fullgörande, därför att antagande svar å hans köpeanbud icke kommit honom till handa *inom den tid, som i 3 § angives*». Detta är ju något väsentligt annat. Av de kursiverade orden att döma skulle »särskilt» svar vara liktydigt

med ett anbudsgivaren *inom normal acceptfrist* tillhandakommet svar. Kommitténs konklusion blir också (sedan man i förbigående berört jämväl realanbudsfallen): »Att i sådana fall som de nu nämnda anbudet icke förfaller därigenom att det icke *omedelbart* besvaras, är så uppenbart, att någon uttrycklig bestämmelse därom icke erfordras». »Särskilt» svar översattes alltså här med »omedelbart» svar, och i detta senare uttryck inlägges synbarligen betydelsen av svar som måste komma anbudsgivaren till handa *inom den tid, som i 3 § Avtl säges*.⁵⁶ Redan i och med att anbudsgivaren icke kan förvänta ett »omedelbart» eller »särskilt» svar, skulle förty föreligga en situation av det slag, som kommittén har i sikte och vari den velat ingripa till anbudsgivarens skydd. Klart medveten härom har emellertid kommittén icke varit, ty i nära anslutning till det senast citerade återkommer den till sitt huvudmotiv, i det att den föreslagna lagbestämmelsen försvaras med hänvisning till att anbudsgivaren icke kan ha velat ikläda sig en till tiden obegränsad bundenhet — liksom om den omständigheten, att ett anbud icke behöver »omedelbart» eller »särskilt» besvaras, skulle innebära, att dess avgivare bundit sig »till evig tid»!

Med det sagda har frågan om innebörden av 8 § Avtl förts över på ett nytt plan. Det karakteristiska för de omdiskuterade fallen skulle sålunda icke längre vara det, att anbudsgivaren befinner sig i en pinsam ovisshet med hänsyn till att ingen som helst tid finnes bestämd, före vars utgång ett besked från anbudstagaren måste komma honom till handa, utan det, att även om anbudet av sig självt upphör att gälla efter en viss tid, vederbörande så till vida är sämre ställd än en vanlig anbudsgivare, som hans bundenhet varar *längre tid* än den i 3 § Avtl avsedda; bundenhetstiden, den må vara av anbudsgivaren utsatt eller framgå av omständigheterna, överskrider den legala acceptfristen.⁵⁷ Så förhåller det sig ju även om i

⁵⁶ I överensstämmelse härmed står, att enligt kommitténs terminologi en anbudsgivare, som betingat sig svar i form av omedelbart översäandande av en vara, härigenom icke betingat sig ett »omedelbart» svar.

⁵⁷ Man skulle kunna tänka sig, att jämväl hänsynen till, att acceptfristens längd här i allmänhet vore *svårare att beräkna* än i normala fall,

anbudet omgående expedition begärts; iordningställandet, avsändandet och transporten av varan kan icke gå lika snabbt som t. ex. avlåtandet och befordringen av ett brev.⁵⁸ Från denna utgångspunkt skulle anbudsgivaren behöva rättsskydd även i beställningsfallen. Och detta rättsskydd har då beretts i den formen, att fastän anbudsgivaren uttryckligt eller tyst iklätt sig bundenhet under en viss, den vanliga acceptfristen överskridande tidrymd, hans motpart ändock skall vara pliktig att före utgången av denna tid på förfrågan lämna besked rörande anbudets antagande eller förkastande, vid äventyr av att detsamma förfaller. Medan i realanbudsfallen förfrågningsmöjligheten har till uppgift att göra slut på en i och för sig obegränsad bundenhet, fyller den här funktionen att förkorta en väl begränsad, men *otillräckligt* begränsad bundenhet.

Ett visst stöd för att lagstiftaren, om än mer eller mindre omedvetet, påverkats av nu angivna synpunkter, utgör också det förhållandet, att det förefaller som om samma synpunkter låge till grund för den bestämmelse i nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte av 1894, som motsvarar 8 § Avtl. Sedan i 9 § av beredningens förslag föreskrivits, att om på grund av särskilda omständigheter uraktlåtenhet att avgiva svar å anbud kan anses utmärka, att anbudet antagits, köp är slutet, där ej avböjande svar utan oskäligt dröjsmål avsänts, stadgas det i 10 §:

»Är ej sådant fall för handen, som i 9 § är sagt, men har den, som gjort anbud, förklarat sig icke påfordra särskild underrättelse om dess antagande, eller framgår av omständigheterna, att han ej förväntar sådan underrättelse, vare den, som mottagit anbudet, pliktig att, på förfrågan, utan oskäligt dröjsmål avsända svar, vid äventyr att anbudet icke vidare är bindande.»

influerat. Detta motsäges dock i viss mån av det av kommittén valda exemplet (*»omedelbart eller med viss uppgiven lägenhet»*).

⁵⁸ Jfr de norska motiven (a. st.): »Det forekommer undertiden at den som avgir et tilbud, erklærer at han vil anse den anden parts taushet for aksept, eller at det iøvrig fremgaar av forholdet at han ikke venter uttrykkelig svar. I det daglige liv vil det saaledes ofte hende at man skriver til en forretning og bestiller varer til en bestemt dag, mens det fremgaar av forholdet at den som tilbudet er rettet til, ikke behøver at skrive til bestilleren og akseptere tilbudet» (kurs. här).

Stadgandet motiveras av nya lagberedningen på följande sätt ^{58a}:

»Det förekommer understundom, att den, som framställer ett anbud, uttryckligen förklarar sig icke påfordra särskild underrättelse om dess antagande — ett förfaringssätt, som vanligen beror på hans säkra förvisning, att anbudet skall godkännas. Vida oftare framgår dock av omständigheterna, att anbudsgivaren icke förväntar särskild accept. Så är, för att nämna ett ofta förekommande exempel, i regel förhållandet vid de inom den mindre handeln förekommande rekvisitioner, där rekvirenten tydligen endast påräknar att i rätt tid bekomma det rekvirerade. Att i dylika fall anbudet skulle anses förfallet, om det ej blivit i vanlig ordning antaget, lär redan på den grund ej rimligen kunna sättas i fråga, att sådant förutsättes icke vara av anbudsgivaren åsyftat. Emellertid bör det stå honom öppet att genom förfrågan vinna visshet, huruvida hans antagande, att anbudet skall godkännas, varit riktigt eller ej. Avgiver anbudstagaren ej något svar härå eller dröjer han oskäligt att svara, finnes icke något skäl, varföre anbudsgivaren fortfarande skulle hållas bunden av sitt anbud. Bestämmelser i detta syfte lämnas i 10 §.»

Som man finner, råder rätt stor överensstämmelse mellan denna motivering och obligationsrättskommitténs. Fullt tydligt är nu visserligen icke, varför enligt lagberedningen den omständigheten, att svaret i förevarande fall icke behöver lämnas »i vanlig ordning», skulle påkalla en interpellationsrätt för anbudsgivaren. Troligen har dock motivet icke så mycket varit det, att anbudsgivaren ansetts sväva i ovisshet för obestämd tid framåt rörande sin motparts inställning till anbudet; han förutsättes ju bliva fri från sin bundenhet, om han icke i rätt tid *bekommer* det rekvirerade. Avgörande synes i stället ha varit, att det dröjer *för länge*, innan han erhåller besked.

Emellertid måste vissa betänkligheter göra sig gällande mot att anse 8 § Avtl ge uttryck åt den princip, varom nu senast varit tal. Bortsett från att lagstiftaren så oklart låtit sig bestämma av ifrågavarande tankegång, komma särskilt två omständigheter i betraktande.

För det första: själva principen synes, redan vad beställningsfallen beträffar, till sitt värde vara omtvistlig, åtmin-

^{58a} N.J.A. II 1901 nr 1 s. 39.

stone så vitt man utgår från löftesteoriens grundsatser. Den medför ju, att en beställare, som avgivit ett anbud med beviljande av längre acceptfrist än den ordinära, äger rätt att, på sätt lagbudet anvisar, avkorta den en gång erbjudna fristen. Han behöver icke stå fast vid sitt anbud enligt dess ursprungliga innehåll. Här göres alltså avsteg från den grundläggande regeln i svensk avtalsrätt, att anbudet är bindande under en av anbudsgivaren direkt utsatt frist, resp. under en frist vars längd bestämmes av omständigheterna; förfrågningen verkar, medelbart, som ett slags återkallelse av anbudet. *Bakom 8 § Avtl döljer sig då* — i en helt annan utsträckning än av det åberopade huvudmotivet skulle följa — *en rest av kontraktsteorien*. Anbudet skall vara bindande under en normal acceptfrist men icke utan vidare därutöver; sedan kräves det (efter förfrågan) en accept från anbudstagaren, alltså ett *avtal*.⁵⁹ Det invändes kanske, att den ifrågavarande principen icke medför någon rubbning i löftesteoriens grundsatser, eftersom man i förevarande lägen kan i själva anbudsgivarens viljeförklaring presumtivist inlägga ett förbehåll om rätt att interpellationsvägen förkorta acceptfristen; anbudet har, rätteligen »tolkat», den innebörden, att en sådan förfrågningsrätt bör erkännas. Väl må det medgivas, kunde man säga, att ett verkligt förbehåll, vare sig uttryckligt eller konkludent, egentligen icke är för handen. Men det stämmer med anbudsgivarens *hypotetiska* vilja, att han har en förfrågningsrätt sig tillförsäkrad. — Härpå må till en början svaras, att just den omständigheten, att reglerna i 1 och 2 §§ Avtl sättas ur kraft

⁵⁹ Det behöver knappast framhållas, att man icke kan avfärda saken blott genom att säga, att det dock icke kan vara så betungande för anbudstagaren att besvara en dylik förfrågan. Att detta är att taga alltför ytligt på ämnet, visar sig redan därav, att den svenska rätten i allmänhet går fram med största försiktighet, när det gäller att statuera en svarsplikt beträffande avgivna anbud, åtminstone i icke kommersiella förhållanden. Särskilt får hänsyn tagas till den (mer eller mindre långtgående) bevisskyldighet, som följer med en svarsplikt av förevarande slag. Betecknande är för resten, att lagstiftaren dragit sig för att generellt låta befordringen av svaret på förfrågningsgå på anbudstagarens risk. Angående den åsyftade distinktionen i detta avseende se närmare de *danska* motiven s. 31 a.

redan genom ett hypotetiskt förbehåll av sagda art, innefattar en koncession åt kontraktsteorien.⁶⁰ Och att eftergiften åt kontraktsteorien är vida större än den som är en konsekvens av det förut anmärkta huvudmotivet till stadgandet, ligger i öppen dag. Det är en ofantlig skillnad mellan att blott i de fall, där en anbudsgivare iklätt sig bundenhet för i och för sig obegränsad tid framåt, i hans viljeförklaring intolka ett förbehåll om interpellationsrätt och att vara färdig med en dylik intolkning, så snart avgivaren av ett anbud, på sätt som i beställningsfallen är händelsen, åtagit sig bundenhet utöver den normala acceptfristen.

För det andra: godtages berörda princip i beställningsfallen, varför skulle den icke tillämpas jämväl i övrigt, även i fall som icke avses i 8 § Avtl? Den borde väl också gälla, när en anbudsgivare betingat sig, att inom viss tid, överstigande den legala acceptfristen, ett *i vanlig bemärkelse* icke uttryckligt svar skall komma honom till handa.⁶¹ Ja, även när en anbudsgivare fordrat (eller det av omständigheterna framgår att han förväntar) ett *uttryckligt* svar, en accept i tal eller skrift, och den medgivna acceptfristen är längre⁶² än den legala, borde det vara honom tillåtet att med interpellationsinstitutets anlitande taga sitt medgivande tillbaka. Men då ser kanske principen i fråga icke längre så oskyldig ut.

Det rationella kunde under dessa omständigheter synas vara att tillämpa 8 § Avtl blott för den händelse acceptfristen *extraordinärt* överstiger den legala. Här, men också endast här, låter det med en viss reson säga sig, att situationen har sådan likhet med de fall, där anbudsgivaren iklätt sig en i

⁶⁰ En dispositiv rättssats förlorar nämligen i allmänhet icke sin giltighet blott därför, att vederbörande kontrahent eller kontrahenter, om saken blivit föremål för övervägande, *skulle* ha velat annan rättsverkan än den i rättssatsen fastslagna. Hur komme icke regeln, att ett anbud är bindande, att förlora i praktisk betydelse, om den även eljest upphörde att gälla, så snart omständigheterna gäve vid handen, att anbudsgivaren, därest han tänkt sig in i förhållandena, *skulle* ha velat utesluta eller begränsa sin bundenhet (eventuellt även gäve vid handen, att anbudstagaren icke skulle haft något att däremot erinra)?

⁶¹ Såsom i det ovan anmärkta exemplet rörande läkarens sjukbesök.

⁶² Eventuellt tillika mera svårberäknelig; jfr ovan not 57.

och för sig obegränsad bundenhet, att samma regler lämpligen böra komma till användning. Rätt att genom förfrågnings framställande avkorta en oskäligt lång bundenhet borde då stå anbudsgivaren till buds jämväl utanför de fall som avsetts i 8 § Avtl. För de fall däremot, då den åtagna bundenheten icke är på detta sätt exorbitant, skulle stadgandet lämnas åt sitt värde.

Så som 8 § Avtl är skriven, och med hänsyn till vad ovan sagts om förarbetena till lagen, lär dock en dylik ståndpunkt icke kunna försvaras. I synnerhet är att märka, att stadgandet då endast relativt sällan kunde komma till användning i beställningsfallen, fastän ju lagstiftaren eftersträvat att just i dessa fall bereda anbudsgivaren ett extra rättsskydd. Man torde därför, i anslutning till lagstiftarens låt vara mycket dunkla intentioner, böra förutsätta, att 8 § äger tillämpning i beställningsfallen i allmänhet. Däremot lär fog saknas för att utanför realanbuds- och beställningsfallens område låta lagbudet komma till användning i andra fall än sådana, där acceptfristen extremt överstiger den normala.

*

*

*

Det må tilläggas några ord om tillämpningen av 8 § Avtl särskilt i vad angår *realanbudsfallen*.

Här är då först att uppmärksamma en omständighet, som är ägnad att reducera stadgandets praktiska betydelse.

I det praktiska rättslivet torde översändande av obeställda varor icke alltför ofta förekomma i andra fall, än där anbudsgivaren anser det något så när sannolikt, att anbudstagaren är villig att ingå på det föreslagna avtalet. Om då en längre tid förflyter utan att vederbörande avhör något svar å sitt realanbud, tager han ej sällan för givet, att detsamma accepterats, och i stället för att till motparten rikta en förfrågan i enlighet med 8 § Avtl, tillställer han honom helt enkelt *en räkning* på det översända godset. Så torde för övrigt en anbudsgivare ofta förfara, även om han är mycket oviss om sin motparts acceptvilja. Det är nämligen klart, att en förfrågan

av sagda slag lätt nog kan utmana till avslag, under det att en anbudstagare många gånger faller undan för den påtryckning, som ligger i mottagandet av en räkning. Att nu med hänsyn till rättsverkningar jämställa översändandet av en räkning med en förfrågan jämlikt 8 § Avtl är ej befogat. Den som får räkning på en obeställd vara *kan* frukta, låta vara i allmänhet utan skäl, att om han icke reagerar mot kravet, han måste behålla godset med skyldighet att betala köpeskillingen. Men han kan omöjligen tänka sig, att han, om han förhåller sig tyst, skulle kunna tvingas att lämna ifrån sig godset — så att säga icke skulle *tillåtas* betala räkningen. I denna ordning uppnår alltså icke anbudsgivaren, att anbudet förfaller; det »svävande» tillståndet fortfar.⁶³ — Motsvarande gäller, om anbudsgivaren vid framställandet av en förfrågan förklarar, att han kommer att betrakta en blivande tystnad å anbudstagarens sida som accept el. dyl.

I detta sammanhang uppkommer ock ett spörsmål beträffande den påföljd, som inträder, om i realanbudsfallen anbudsgivarens förfrågan lämnas obesvarad. Påföljden är, säger lagen, att anbudet »anses förfallet». Denna regel kan synas vara tämligen självklar. Icke kan verkan av underlåtenheten att besvara förfrågningen vara den, att anbudet anses accepterat? Nej, givetvis icke. En allmän rättsregel av sådant innehåll skulle medföra en i många fall mycket betungande svarsplikt och kunde av lätt insedda skäl leda till de mest stötande missbruk. Men ej heller regeln, att anbudet förfaller, kan anses under alla förhållanden lycklig. Det kan knappast till förmån för densamma åberopas, att påföljden överensstämmer med vad man tolkningsvis kan inlägga i anbudstagarens tystnad. Ty då denne är i besittning av godset och sålunda utan medverkan av anbudsgivaren är i tillfälle att tillgodosöra sig detsamma, kan hans underlåtenhet att ge besked

⁶³ Härmed är dock icke sagt, att anbudstagarens passivitet efter räkningens mottagande icke skulle ha någon som helst betydelse ur den synpunkt, som nu avses. Framställer sålunda anbudsgivaren *sedermå* en förfrågan enligt 8 § Avtl, får anbudstagaren möjligen, med hänsyn till den anmaning han tidigare genom räkningen erhållit, anses skyldig att fatta ett omedelbart beslut, så att vidare betänketid icke åtnjutes.

ungefär lika gärna anses tyda på en vilja att acceptera anbudet (eller dock vara uttryck för obeslutsamhet), som den kan anses tyda på en vilja till avslag. Och det är vidare diskutabelt, om icke regeln, betraktad som ett tvångsmedel mot anbudstagaren, är strängare än nöden kräver och går längre än som är förenligt med anbudsgivarens presumtiva vilja. Vad är det anbudsgivaren vill vinna med sin förfrågan? Klarhet om anbudstagarens ståndpunkt. Men följer därav med nödvändighet, att befogenheten att antaga anbudet skall, sedan betänketiden efter förfrågningen utlupit, vara utesluten, så att om anbudstagaren ändock senare tillägnar sig godset, hans tillägnelse skall bedömas som en rättsstridig handling? Ingalunda. Det finnes nämligen även en tredje möjlighet. Påföljden kunde inskränka sig till att anbudsgivaren efter betänketidens utgång ägde rätt att återhämta eller eljest återfordra godset. Anbudstagaren skulle sålunda icke kunna motsätta sig godsets återfordrande under motivering att han ännu icke fattat sitt beslut, men tills ett återkrav ägt rum, borde befogenheten att tillägna sig godset stå honom öppen, så att återkravet kunde avvisas genom meddelande om att anbudet accepterats (eller nu, i återkravets ögonblick, accepteras). Mera teoretiskt uttryckt: förfrågningen skulle innefatta ett förbehåll om rätt att, sedan betänketiden utgått, återkalla anbudet, men icke, ens villkorligt, återkallelsen själv. Även efter sagda tids utgång vore anbudet, tills återkrav sker, »gällande» — väl icke i betydelsen: oåterkalleligt bindande, men i betydelsen: tjänligt som underlag för accept.

Den angivna möjligheten har emellertid icke av lagstiftaren godtagits. Troligen har den vid lagbudets tillkomst icke ens uppmärksamrats. Säkert är lika fullt, att det i talrika fall måste anses vara förenligt med anbudsgivarens vilja vid tiden för förfrågningens framställande — eller rättare med hans hypotetiska vilja —, att tillägnelse får ske ända tills återkrav äger rum. En dylik tillägnelse skulle väl ofta vid nämnda tid⁶⁴ snarast te sig som en rätt angenäm eventualitet för anbudsgivaren. Först genom återkravet av godset ger

⁶⁴ Annorlunda naturligtvis sedermera om godset stiger i värde.

denne till känna, att någon tillägnelse icke i fortsättningen får företagas; det medgivande till en sådan, som kan sägas ha legat däri, att åt anbudstagaren inrymts besittning av godset, har, sedan besittningsförändring på detta sätt påkallats, upphört att gälla.

Skall nu i alla sådana fall 8 § skjutas åt sidan i vad angår påföljden av underlåtenheten att besvara anbudsgivarens interpellation? Detta torde vara för djärvt att antaga. Stadgandet i 1 § andra stycket Avtl, att reglerna i lagens första kapitel skola lända till efterrättelse, så vitt ej annat följer av anbudet eller av svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja, lämnar icke stöd för att hänsyn på detta sätt tages till en avvikande, blott *hypotetisk* vilja hos anbudsgivaren.⁶⁵ — Man finner under sådana förhållanden, att den svenska rätten, oaktat den principiellt bygger på löfteteorien, även på denna punkt visar en anmärkningsvärd tendens att *begränsa* ett avgivet anbuds rättsverkningar.

II.

De rättslägen, som 8 § Avtl behandlar, utmärkas enligt det föregående däray, att en anbudsgivare, som iklätt sig bundenhet under i och för sig obegränsad tid framåt — resp. under extremt lång tid eller dock, för beställningsfallens vidkommande, under längre tid än den ordinära acceptfristen — tills vidare är i avsaknad av ett meddelande från anbudstagaren därom, huruvida anbudet accepteras eller förkastas. Tydligt är nu, att lagrummet förutsätter som det regelmässiga, att anbudstagaren just därför att han icke avlåtit något meddelande om anbudets acceptering är *obunden*. Det sätt, varpå en anbudstagare plägar binda sig, är ju som bekant det, att han avger en till motparten riktad viljeförklaring, varigenom anbudet godtages. Detta är emellertid också endast huvudregeln. I vissa fall måste bundenhet för en anbudstagare kunna inträda även genom ett sådant (positivt) handlande, som icke företagits i syfte att bringa acceptviljan till anbudsgivarens

⁶⁵ Se ovan not 60.

känedom, som icke är till denne riktat eller utgivet — exempelvis, i realanbudsfallen, genom ett förfogande över det översända godset, som har till följd att detsamma icke kan återställas. Vidare kan en anbudstagare understundom bliva bunden redan genom sin passivitet, nämligen *dels* då denna på grund av omständigheterna i det särskilda fallet kan anses uttrycka en acceptvilja,⁶⁶ *dels* då genom särskilda lagbud, resp. genom i praxis utbildade rättsregler, passiviteten mera generellt tillerkänts samma verkan som accept (omedelbart »legal» rättsverkan). Exempel härpå förekomma i både realanbuds- och beställningsfallen.

Frågan, under vilka förhållanden en anbudstagare kan ådraga sig bundenhet genom ett till motparten icke riktat eller utgivet handlande, kommer, i ett vidare sammanhang, att upptagas till granskning i de följande kapitlen av denna avhandling. Här skall däremot det spørsmålet undersökas, huruvida och i vad mån den omständigheten, att anbudstagaren blivit genom dylikt handlande, resp. genom passivitet bunden, inverkar på tillämpningen av den i 8 § Avtl meddelade regeln, alltså inverkar på frågan om fortbeståndet av *anbudsgivarens* bundenhet. Skall denne senare, om han jämlikt sagda lagrum framställer en interpellation som lämnas obesvarad, kunna draga sig undan från det föreslagna avtalet, trots att anbudstagaren för sin del blivit, på antydda grunder, enligt detsamma bunden?

Ämnet beröres, så vitt angår verkan av anbudstagarens passivitet, av *obligationsrättskommittén* i motiveringen till andra stycket av 8 § Avtl:

»Anbudsgivarens förklaring, att han icke påfordrar svar, klädes ofta i den formen, att han säger sig betrakta anbudstagarens tystnad såsom samtycke till det föreslagna avtalet. Genom en sådan förklaring kan anbudsgivaren naturligtvis icke åvälva anbudstagaren en svarsplikt, som eljest ej skulle påvilat honom. Den, som utan föregående rekvisition får sig tillsänd en vara, åtföljd av en sådan för-

⁶⁶ När här och annorstädes i detta kapitel talas om att anbudstagarens förfogande över översänt gods, hans passivitet o. s. v. ger till känna en hos honom förefintlig »acceptvilja», sker detta i anslutning till det vanliga uttryckssättet. Till frågan om detta uttryckssätts riktighet blir det anledning att nedan i annat sammanhang återkomma.

klaring, är, åtminstone om han icke förut stått i affärsförbindelse med avsändaren, i allmänhet icke pliktig vare sig att sända varan tillbaka eller att avslå det gjorda anbudet. Undantagsvis kunna dock förhållandena vara sådana, att underlåtenhet att avböja ett anbud bör medföra samma rättsverkningar som ett antagande av detsamma. Att i lag uppställa allmänna regler angående förutsättningarna för att tystnad sålunda må tolkas såsom samtycke låter sig svårligen göra, och ett allmänt uttalande av innehåll, att där dessa förutsättningar äro för handen, avtal kommer till stånd genom underlåtenhet att avgiva svar, torde, såsom vid granskningen av nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte inom högsta domstolen erinrades, icke hava något värde. För ett särskilt fall har emellertid i 10 § (9 §) upptagits en bestämmelse av detta innehåll. Sådana bestämmelser förekomma också i 5, 79 och 80 §§ av det förslag till lag om kommission, handelsagentur och handelsresande, som av kommittén avgivits den 31 december 1912. En erinran om dessa bestämmelser har införts i andra stycket av den svenska texten. Därigenom utmärkes, att de i första stycket givna reglerna icke skola komma till tillämpning, när med stöd av ovan nämnda bestämmelser eller eljest antagas måste, att avtal kommit till stånd genom underlåtenhet att avböja ett anbud. Den skyldighet, som må åligga kontrahenterna att besvara förfrågningar eller giva meddelanden i anledning av ett dem emellan redan ingånget avtal,⁶⁷ bör uppenbarligen icke regleras i ett kapitel, som enligt sin överskrift handlar om ingående av avtal.»⁶⁷

Även dessa uttalanden lämna i tydlighet åtskilligt övrigt att önska.

Kommittén säger, och anser det vara genom lagtexten fastslaget, att den i första stycket av 8 § givna regeln icke skall komma till tillämpning, när med stöd av vissa anförda lagrum eller eljest antagas måste, att avtal kommit till stånd genom underlåtenhet att avböja ett anbud. Menas nu härmed allenast, att paragrafen då icke är *direkt* användbar, så att det lämnas öppet, huruvida den i sådana lägen bör tillämpas analogt eller föranleda en slutsats in contrarium? Härpå tyder onekligen det av kommittén för dess ståndpunkt åberopade, rent formella skälet: att den skyldighet, som må åligga kontrahenterna att besvara förfrågningar eller giva meddelanden i anledning av ett dem emellan redan ingånget

⁶⁷ I den anmärkta noten hänvisas till rättsfallen N.J.A. 1901 s. 29. 1909 s. 195 och 1913 s. 315.

avtal, uppenbarligen icke bör regleras i ett kapitel, som enligt sin överskrift handlar om ingående av avtal. Icke dess mindre har det säkerligen varit kommitténs mening, att verkligen i dessa fall den i 8 § uttalade regeln i princip är oanvändbar, så att en analog tillämpning av densamma icke må förekomma. Endast med utgångspunkt därifrån blir det nämnda skälet över huvud begripligt. Om nämligen sagda regel här principiellt skulle komma till användning och följden av anbudstagarens underlåtenhet att lämna besked alltså skulle bli den, att det avgivna anbudet förfaller och ett avtal icke anses slutet, så är ju detta i högsta grad ett ämne, vars reglering har sin plats i ett kapitel, som handlar om ingående av avtal. Endast om kommittén med »ett redan ingånget avtal» förstått ett avtal, som är så pass definitivt slutet, att det åtminstone i allmänhet icke kan blott genom ett uteblivet svar på en förfrågan komma att anses som obefintligt — utan rättsverkingarna av vederbörande kontrahents underlåtenhet att »giva meddelande» till medkontrahenten regelmässigt ligga på annat plan (modifiering av avtalets innehåll; jämför de av kommittén anförda rättsfallen)⁶⁸ —, rör det sig om ett ämne, som obestridligen icke hör hemma i första kapitlet avtalslagen.

Om sålunda kommittén får anses ha åsyftat, att anbudsgivaren i allmänhet icke med stöd av 8 § Avtl äger frigöra sig från bundenhet i de fall, där på grund av vissa anförda lagbestämmelser »eller eljest» antagas måste, att ett avtal kommit till stånd genom att anbudstagaren iakttagit passivitet, blir nästa fråga den, om 8 § Avtl avsetts sakna tillämplighet icke blott då passivitetens acceptverkan grundar sig på särskilda lagbud,⁶⁹ så att det rör sig om en omedelbart legal rättsverkan, utan även då den grundar sig på att man in casu kan ur anbudstagarens tystnad utläsa en acceptvilja.⁷⁰

⁶⁸ Se ock Alméns hänvisning (s. 50 not 11) till Grundtvig, Om Reklamation i Formueretsforhold, 1903, s. 235 f. (»Kontraktsforholds Betslaaen»).

⁶⁹ Eller, vad därmed uppenbarligen är jämförligt, i praxis utbildade rättsregler. Detta tillägg underförstås i det följande.

⁷⁰ De nyss citerade orden: »eller eljest» kunna ju lika väl betyda: »eller med stöd av andra lagbud» som: »eller eljest på en eller annan grund».

Till förmån för det förra alternativet tala i viss mån lagtextens avfattning och kommitténs anmärkning i anslutning härtill. Det är nämligen svårt att inse, hur kommittén kan säga det vara i lagtexten »utmärkt», att 8 § skall försättas ur tillämpning även i sådana situationer, där passivitets acceptverkan icke beror på särskilda lagbud utan har annan orsak. I själva lagen hänvisas ju endast till vad som »är särskilt stadgat». Emellertid synes framställningen i sin helhet utvisa, att kommittén i förevarande hänseende velat ställa på en och samma linje de fall, då passivitets rättsverkan är omedelbart legal, och de fall då i densamma kan inläggas ett slags tyst viljeförklaring. Att 8 § avsetts sakna tillämplighet i båda dessa grupper av fall, bestyrkes ock av en jämförelse med de *danska* och *norska* motiven.⁷¹

Vad är sedan *grunden* till kommitténs ståndpunkt, att en genom passivitet uppkommen acceptverkan skall på ifrågasvarande sätt utöva inflytande på anbudsgivarens rättsställ-

⁷¹ I de *danska* motiven yttras sålunda: »Bunden som Akceptant ved sin Passivitet bliver den anden Part kun, hvor saadant i Følge særlige Omstændigheder følger af Reglerne om stiltiende Viljeserklæringer eller af særlige Lovbud, saaledes § 10 i dette Udkast og §§ 5, 79 og 80 i Udkastet til Lov om Kommission, Handelsagentur og Handelsrejsende, eller af Sædvaner. At saadanne Tilfælde forekomme, har det svenske Udkast ved Tilføjelsen af et 2det Stykke anset det fornødent at minde om for derved at tilkendegive, at § 9 [8] ikke omfatter Tilfælde, hvor Aftale allerede er kommet i Stand, idet den anden Part er bleven bundet ved sin Passivitet. Da dette imidlertid formentlig tilstrækkeligt fremgaar af Affattelsen af § 9 ogsaa uden den omhandlede Tilføjelse, har det danske og det norske Udkast ikke optaget en saadan Tilføjelse. Om Virkningen af en Begæring om Svar, som først fremkommer, efter at Tilbudsmotageren er blevet bunden ved sin Passivitet, har man ikke ment at burde bringe nogen Regel i Forslaget» (s. 31; kurs. här). — Och i de *norske* motiven heter det: »At tausheten kan virke som aksept kan bero paa avtale, paa skik og bruk eller paa speciel lovforskrift, se bl. a. nærværende lovs § 9 og lov om kommission, handelsagentur og handelsreisende av 30te juni 1916 §§ 5, 79, 80 m. fl. steder. I den svenske tekst har man anset det nødvendig at erindre om at slike tilfælde forekommer. Dette har man derimot ikke anset paakrævet i norsk og dansk tekst. Man har ikke ønsket at gi nogen regel om disse forhold og har ikke trodd, at § 8 skulde kunne misforstaaes derhen at den ogsaa omfattet de tilfælde da tausheten virkelig er aksept» (Bugge s. 37; kurs. här).

ning? Det är näppeligen möjligt att ur den ovan återgivna motiveringen få fram annat svar än detta: Då anbudstagaren blivit genom sin passivitet bunden, är *avtalet* definitivt ingånget. Ett redan slutet avtal bör i regel icke kunna ensidigt, genom en låt vara obesvarad förfrågan från anbudsgivarens sida, »rivas upp». Under särskilda förhållanden må väl den omständigheten, att en anbudstagare, som de norska motiven uttrycker det, icke på förfrågan »erkänner» det ingångna avtalet, föranleda, att detsamma kan förfalla. Men i *princip* kan hans tystnad här icke åstadkomma en så kraftig verkan. Detta hindrar icke, såsom nyss framhölls, att anbudstagarens underlåtenhet att på förekommen anledning giva meddelande till sin motpart, t. ex. på grund av dennes uttalade uppfattning rörande avtalets innehåll, kan medföra *andra* rättsverkningar (såsom att avtalet till sitt innehåll förändras i enlighet med motpartens uppfattning el. dyl.).⁷² — Från nämnda utgångspunkt skulle då tydligen också förutsättas — ehuru kommittén⁷³ icke säger något i detta ämne — att även om anbudstagaren blivit bunden på annat sätt än genom passivitet, t. ex. i realanbudsfallen genom tillägnelse av det översända godset, 8 § likaledes principiellt saknar tillämplighet.⁷⁴ Även här är ju avtalet slutet. Därmed skulle då göras ett stort inhugg på stadgandets användningsområde, så mycket mera som anbudsgivaren under dessa omständigheter alltid måste vara beredd på att anbudstagaren, när godset efter en obesvarad förfrågan återfordras, gör gällande att han redan vid tiden för förfrågningen *hade* tillägnat sig detsamma.

⁷² Jfr 6 § 2 st. Avtl.

⁷³ Jfr däremot Almén a. st.: »Och ett allmänt uttalande av innehåll, att *avtal* under vissa förutsättningar kan komma till stånd genom underlåtenhet att avgiva svar *resp. genom konkludenta handlingar*, torde, såsom vid granskningen» etc. (kurs. här). I en not härtill anför förf. såsom exempel på konkludenta handlingar, att »anbudstagaren, utan att besvara anbudet, förfogar över en honom tillsänd vara».

⁷⁴ Jfr norska motiven a. st.: »Reglen i § 8 avgjør ikke om den som har *sluttet en avtale* er forpligtet til paa forespørsel at erkjende det. Dette spørmaal har, som det vil sees, *særlig betydning* i de tilfælde, da taushet virker som aksept» (kurs. här).

Om grunden för kommitténs ståndpunkt är den nu angivna, må det först som sist sägas, att densamma är starkt präglad av, om icke begreppsjurisprudens, så dock markerad kontraktsteori. Varför skall den omständigheten i och för sig, att *anbudstagaren* är bunden, ha till följd, att *anbudsgivaren* bindes i fall då han eljest, enligt 8 § Avtl, skulle vara fri? Man kan icke a priori från det förhållandet, att anbudstagarens förpliktelse enligt accepten kan göras gällande mot honom, om anbudsgivaren det önskar, sluta sig till att också anbudsgivarens förpliktelse enligt anbudet kan göras gällande mot honom, om anbudstagaren det önskar. Det lär icke vara mera orimligt, att anbudstagaren är bunden och anbudsgivaren fri, än att den senare är bunden och den förre fri. Är det männe därför, att anbudsgivaren här endast är *villkorligt* fri, som anbudstagarens bundenhet utlöser denna märkliga effekt? Men var står det skrivet, att villkoret (interpellationsrättens utövande) måste uppfyllas *innan* anbudstagarens bundenhet uppstår? Måhända har här omedvetet spelat in den föreställningen, att när villkoret först senare uppfylles, det i det ögonblick då anbudstagarens bundenhet uppkom förefanns en viljeöverensstämmelse mellan kontrahenterna, som icke genom ett ensidigt handlande å anbudsgivarens sida kan förintas. Det är med andra ord den berömda »samviljan», som här går igen. Ånyo får man det intrycket, att lagstiftaren faktiskt varit fången i kontraktsteoriens tankegångar, ehuru han i teorien ställde sig avvisande mot desamma.

Emellertid är naturligen för den skull icke uteslutet, att ifrågavarande ståndpunkt i nu avsedda lägen, eller åtminstone i vissa av dem, kan vara berättigad av *andra* orsaker än de av kommittén anförda. Hur det i förevarande fall förhåller sig med möjligheten att tillämpa 8 § Avtl, måste avgöras på rent sakliga grunder, med ledning av det syfte som stadgandet fullföljer. Detta syfte var ju att förskaffa en anbudsgivare, som bundit sig för i och för sig oinskränkt tid framåt eller dock under en onormalt lång acceptfrist, ett eljest icke påräkneligt besked från anbudstagaren rörande dennes inställning till anbudet; när efter förfrågningen jakande svar erhållits, inträder för anbudsgivaren definitiv bundenhet på samma sätt

som dylik bundenhet inträder för en anbudsgivare, vilken i vanlig ordning mottagit svar. Det skulle då kunna tänkas, att de berörda situationerna äro av den säregna beskaffenhet, att det ändamål, som eljest tillgodoses genom ett vanligt, resp. genom ett på förfrågan lämnat svar, här kan tillgodoses på annan väg, så att anbudsgivaren utan att behöva tillgripa en förfrågan befinner sig i samma läge som en anbudsgivare, vilken erhållit meddelande om anbudstagarens villighet att acceptera anbudet. Är detta händelsen, bortfaller grunden för 8 §, och bestämmelsen bör då icke vara tillämplig.

Utgår man från dessa överväganden, torde omedelbart kunna sägas, att i de fall då bundenhet uppkommer för anbudstagaren på sådana grunder, som att han i realanbudsfallen företager en *tillägnelseåtgärd* (förfogar över godset etc.), någon anledning icke föreligger att utesluta tillämpningen av 8 § Avtl. Uppkomsten av dylik bundenhet är redan av det skälet icke ägnad att häva den ovisshet om anbudstagarens ståndpunkt, vari anbudsgivaren tänkes sväva och som lagbudet har till funktion att skingra, att bundenheten icke, genomsnittligt sett, utan vidare kommer till anbudsgivarens kännedom. Tillägnelseåtgärden är ju i normala fall en rent intern akt, om vilken (eller om vars resultat) anbudsgivaren kanske först efter lång tids förlopp, då godset på grund därav icke kan återställas, blir underkunnig. Den omständigheten, att anbudstagaren blivit genom sitt handlande bunden och alltså måste om det påfordras fullgöra avtalet, *när* anbudsgivaren vinner kännedom om tillägnelsen, kan icke rimligen medföra, att anbudsgivaren för sin del, *så länge* han ej erhållit sådan kännedom, skall berövas den möjlighet, som eljes enligt 8 § står honom till buds att vinna klarhet om sin motparts ståndpunkt. En anbudstagare, som tillägnar sig godset efter dess mottagande men sedermera försummar att besvara den ifrågavarande interpellationen, riskerar sålunda, att den rätt till tillägnelse, som anbudet (villkorligt) tillförsäkrat honom och varav han begagnat sig, bortfaller ⁷⁵ — vare

⁷⁵ Enligt tysk rätt, som bygger på kontraktsteorien, kommer man åter beträffande motsvarande spörsmål till annat resultat. Jfr ovan not 50 och vid not 47, ävensom Wedemeyer s. 122.

sig man nu, såsom torde vara det riktiga,⁷⁶ anser att rätten bortfaller omedelbart efter det betänketiden i anledning av förfrågningen gått till ända eller först sedan godset av anbudsgivaren återkrävt. Anbudstagaren blir följaktligen skyldig att utgiva ersättning för godsets fulla värde, även om detta överstiger köpeskillingen. Något »upprivande» av ett definitivt slutet avtal ligger häri strängt taget icke; anbudsgivaren var ju, som förut framhållits, blott villkorligt bunden.⁷⁷

Något olika ligger väl saken till i de fall, då bundenhet uppkommer för anbudstagaren genom hans passivitet och denna acceptverkan icke bottnar i en legal reglering utan grundar sig på att man in casu anser sig kunna ur anbudstagarens tystnad utläsa en villighet att antaga anbudet. Passiviteten utgör nämligen, åtminstone i vida högre grad än berörda slags tillägnelseåtgärder, ett för anbudsgivaren *uppfattbart* förhållande; den är icke på samma sätt intern till sin natur. Under sådana omständigheter, kunde man säga, blir i förevarande fall anbudsgivarens ovisshet bragt ur världen utan att svar genom ett meddelande tillställs honom; han erhåller på annan väg just den underrättelse om anbudstagarens acceptvilja, som det är den vanliga acceptens funktion att förskaffa honom. Interpellationsinstitutet är därför obehövt.

Denna argumentering är likväl icke bärkraftig. Ty hänsyn måste tagas därtill, att den kännedom, som anbudsgivaren på nämnda väg må kunna vinna rörande anbudstagarens stånd-

⁷⁶ Se ovan vid not 65.

⁷⁷ Liknande förhållanden återfinnas för resten även på andra rättsområden. När t. ex. en omyndig utan erforderligt samtycke ingått avtal, äger enligt 5 kap. 8 § förmynderskapslagen den omyndiges medkontrahent frånträda avtalet, så länge ej detta blivit genom ett till honom riktat meddelande godkänt. Denna befogenhet lär av en medkontrahent, som fullgjort sin prestationsskyldighet enligt avtalet, kunna utövas utan hänsyn till att förmyndaren före frånträdandet — detsamma må nu anses kunna äga rum omedelbart eller först efter en obesvarad förfrågan (jfr nedan not 277) — å den omyndiges vägnar företagit en sådan tillägnelse av godset, som medför att avtalet är för den omyndige, om medkontrahenten vunnit kännedom därom och påfordrar detta, bindande. Att »avtalet» sålunda är genom tilläggnelsen slutet, inverkar icke på medkontrahentens rätt att frånträda.

punkt, i regel icke är den *säkra* och *tillförlitliga* kännedom, som han rimligen har anspråk på. Anbudsgivaren måste slippa att ge sig in på bedömandet av den vanskliga frågan, huruvida passiviteten i det enskilda fallet må på grund av omständigheterna anses vara uttryck för en bindande acceptvilja; det bör icke vara honom förmenat att genom interpellationsinstitutets anlitande tillförsäkra sig *full* klarhet om anbudstagarens inställning. Han bör äga förfrågningsrätt även om *in casu* tvivel icke kan råda om att tystnaden är liktydig med accept; stadgandets tillämpningsområde måste bestämmas något så när generellt.⁷⁸ Lagtexten lägger icke heller hinder i vägen för användningen av 8 § i sagda fall. Och om lagstiftaren av begreppslogiska skäl utgått från en annan uppfattning i detta avseende, lär man icke behöva böja sig för densamma.

Till stöd för att förevarande åsikt, om praktiska synpunkter få fälla utslaget, är väl grundad, kan ock återopas vad som inom högsta domstolen förekom, när den på sin tid avgav utlåtande över den ovan⁷⁹ citerade bestämmelse i nya lagberedningens förslag till lag om köp och byte av 1894, som utgjorde motsvarigheten till 8 § Avtl. Enligt de inledande orden i denna bestämmelse (§ 10) skulle densamma endast gälla, om ej sådant fall var för handen, som i 9 § angavs, nämligen det fall då på grund av särskilda omständigheter uraktlåtenhet att avgiva svar å anbud kunde anses utmärka, att anbudet antagits.⁸⁰ Detta motiverades av lagberedningen

⁷⁸ Av samma orsak synes även i de fall, då en *tilläggnelseåtgärd* faktiskt kommit till anbudsgivarens kännedom men denne ändå (för att förskaffa sig full visshet om motpartens ståndpunkt eller kanske för att komma ifrån avtalet) framställer en förfrågan, anbudstagarens tystnad ha den i 8 § angivna verkan. Det bör icke bero på en skälighetsprövning, om tilläggnelsen (det i och för sig interna handlandet) i det särskilda fallet varit så tydlig, att anbudsgivaren icke haft någon anledning att förfråga sig. Jfr vidare nedan s. 81 ff. — Har däremot anbudstagaren givit sin acceptvilja till känna genom en sådan *till anbudsgivaren riktad* åtgärd som erläggande av betalning, är det självklart, att en sedermera jämlikt 8 § Avtl framställd förfrågan icke föranleder avtalets »upprivande»; se Ussing a. a. s. 31.

⁷⁹ S. 33.

⁸⁰ Härunder innefattades troligen ej den då icke så aktuella möjlig-

med att »anbudsgivaren skulle eljest kunna bli fri från det redan avslutade köpet, om den andre underlåte att inom viss tid sända svar på hans förfrågan.» Här framträder sålunda tämligen renodlat den tankegång, som sedermera synes ha upptagits av obligationsrättskommittén. Men inom högsta domstolen kritiserades med skärpa sagda begränsning av stadgandets tillämpningsområde. Sålunda yttrade ett justitieråd: »Giltigt skäl för att fråntaga anbudsgivare rätt att även i sistnämnda fall förskaffa sig *visshet* om att anbudstagaren insett, att köp, oaktat hans uttryckliga förklarande ej föreligger, kommit till stånd, synes mig saknas».⁸¹ I samma riktning uttalade sig en annan ledamot av högsta domstolen: »Det synes svårt att förstå, varför anbudaren icke även under de särskilda omständigheter, som omförmålas i 9 §, bör kunna upphäva verkan av anbudet genom förfrågan».⁸²

I en särställning stå däremot de fall, för vilka det »är särskilt stadgat», att underlåtenheten att avböja anbudet anses såsom godkännande.⁸³ Här är nämligen att märka, att anbudsgivaren icke har något synnerligt behov av det rättsskydd, som 8 § Avtl erbjuder. Då bundenhet för anbudstagaren uppkommer på grund av dennes tystnad så att säga in abstracto, utan hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet, möter det inga större svårigheter för anbudsgivaren att bedöma, huruvida det ifrågavarande svävande tillståndet upphört eller ej. En tystnad, vars acceptverkan är legalt, schematiskt bestämd, fungerar, om man så vill, som ett relativt säkert och tillförlitligt »meddelande» rörande vederbörandes rättsverkningsvilja. Tillhandahåller rättsordningen *denna* metod för hävande av anbudsgivarens ovisshet, är 8 § umbärlig. Man får också anse det vara genom själva lagtexten avgjort — hur

heten av att acceptverkan tillkommer passivitet på grund av *särskilda lagbud*.

⁸¹ Just.r. Bohman, N.J.A. II 1901 nr 1 s. 40 (kurs. här).

⁸² Just.r. Skarin, N.J.A. II 1901 nr 1 s. 16. — Tre andra ledamöter av H.D. ansågo, i enlighet med ett av just.r. Bohman i första hand framställt yrkande, att 9 § borde uteslutas samt därav föranledd omredigering av 10 § vidtagas.

⁸³ Se t. ex. 5, 79 och 80 §§ kommissionslagen; jfr ock 60 § köplagen.

otydligt det än därstädes utmärkts⁸⁴ — att stadgandet be-
träffande *dess* fall⁸⁵ icke skall vinna tillämpning.⁸⁶

III.

I 8 § Avtl regleras uteslutande *anbudsgivarens* rättsställ-
ning. Den erinran, som i andra stycket av paragrafen göres
därom, att underlåtenhet att avböja anbud i vissa fall, enligt
vad därom särskilt är stadgat, anses såsom antagande, har på
intet sätt, såsom av det förut sagda framgår, till uppgift att
avhandla frågan, under vilka förutsättningar bundenhet upp-
kommer för *anbudstagaren*. I detta ämne har lagstiftaren —
vilken visserligen torde ha förutsatt som det normala, att
anbudstagaren är helt obunden ända tills motparten erhållit
meddelande om hans acceptvilja — över huvud ej uttalat sig,
och man kan med hänsyn till ämnets för en legal reglering
föga lämpade natur icke vara honom nog tacksam för detta.

⁸⁴ Formuleringen av andra stycket är i sig själv meningslös.

⁸⁵ Hit höra också de fall, då på grund av lägets typiska beskaffenhet
en accept av ett *benefikt* erbjudande får anses komma till stånd redan
genom anbudstagarens passivitet (med verkan att egendomen definitivt
ingår i dennes förmögenhet).

⁸⁶ För fullständighetens skull må framhållas, att man jämväl kunde
vänta följande motivering för att ifrågavarande fall böra anses stå i en
särställning. Det föreligger ju här, kunde man säga, över huvud icke någon
viljeförklaring å anbudstagarens sida, utan acceptverkan inträder som en
omedelbart legal effekt. Naturligt är då, att en *sådan* effekt icke kan
elimineras genom ett stadgande, som hänför sig till läget vid växlande
av *viljeförklaringar*, vid ett verkligt *slutande* av avtal. Den erinran, som
förekommer i andra stycket av 8 §, är med hänsyn härtill överflödigt
(märk att stycket saknas i de danska och norska lagtexterna). — Felet i
denna motivering är uppenbart. Någon eliminering av en genom särskilda
lagbud stadgad rättsverkan är det icke tal om. Ty nämnda rättsverkan
består i att *anbudstagaren* blir genom sin passivitet bunden, och *hans*
bundenhet, om motparten vill taga den i anspråk, behöfve ju icke för-
svinna därigenom, att möjlighet till tillämpning av 8 § förefunnes. Här
rör det sig däremot om *anbudsgivarens* rätt att interpellationsvägen få
sin bundenhet avlyft, och spörsmålet gäller, varför ej denna rätt skall
stå honom till buds såväl i det normala fallet, att »avtalet» uppkommer
genom anbudet i förening med en viljeförklaring å mottagarens sida,
som i undantagsfallet, att det uppkommer genom anbudet i förening med
annat rättsfaktum än en viljeförklaring. *Anbudet* är i båda fallen en
viljeförklaring, och *dess* verkan bör vara i Avtl reglerad.

Frågan sammanhänger i själva verket med ett av den allmänna avtalslärans allra svåraste och särskilt i utländsk rättsvetenskap mest omdebatterade spörsmål: i vad mån kan ett handlande,⁸⁷ vilket visserligen kan sägas ge uttryck åt en hos subjektet förefintlig rättsverkningsvilja men vilket icke ägt rum (eller ens med fog kan uppfattas ha ägt rum)⁸⁸ i syfte att, utan någon ytterligare åtgärd av vederbörande, bringa nämnda vilja till motpartens (eller motparternas) kännedom, äga verkan som viljeförklaring⁸⁹ gentemot den som företagit handlandet, resp. mot hans motpart? Med andra ord: i vad mån kan man frånfalla kravet på att en viljeyttring skall vara till motparten *riktad* eller *utgiven*, att den skall innefatta ett för denne avsett *meddelande*?⁹⁰ Spörsmålet, som har stor be-

⁸⁷ Resp. en passivitet. För att icke i onödan tynga framställningen upprepas detta icke ständigt i det följande.

⁸⁸ Även denna parentes kommer i det följande, när missförstånd ej är att befara, att underförstås. Jfr emellertid särskilt om denna sak nedan vid not 98 ff., 111 f., 128 och 182 f.

⁸⁹ Det är viktigt att uppmärksamma, att ett handlande kan vara såsom viljeyttring verksamt även om den bundenhet, som därigenom för vederbörande uppkommer, i viss utsträckning kan genom *återkallelse* upphävas. En fråga är, om över huvud en rättsligt relevant viljeyttring föreligger, en *annan*, under vilka förutsättningar densamma må återkallas. Endast om ingen som helst begränsning är satt för återkallelsemöjligheten, blir detta liktydigt med att själva viljeyttringen saknar varje »bindande» verkan.

⁹⁰ Dessa uttryck användas i det följande synonymt. I litteraturen tages understundom uttrycket, att en viljeyttring är till annan person *riktad* (eller innefattar ett meddelande), i en vidsträcktare bemärkelse. Det anses t. ex., att icke blott avsändandet av ett brev utan redan skrivandet av detsamma utgör ett till adressaten riktat handlande (eftersom brevets författare ju avser, att adressaten framdeles skall erhålla kännedom om brevets innehåll; jfr t. ex. Zitelmann i det bekanta arbetet *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches*, I, 1889, s. 99 och 136). Denna terminologi är dock icke den vanliga, och någon fördel med densamma synes icke stå att vinna.

Uttrycket »motpart» är egentligen mindre lyckat. Författaren har dock icke kunnat finna något bättre. Ordet »adressat», som ju eljest ligger närmast till hands, är naturligtvis olämpligt, då det här just rör sig om till annan person icke adresserade viljeytringar. »Medkontrahent» är inadekvat, »intressent» låter för obestämt. I den tyska litteraturen talas om »Gegner». — I uttrycket motpart inlägges givetvis icke, att denne alltid är den person, som genom det ifrågavarande handlandet skulle bli *berättigad* (jfr avtal till förmån för tredje man).

tydelse ur både principiell och praktisk synpunkt, förtjänar att från den svenska rättens utgångspunkt närmare undersökas. Särskild uppmärksamhet kommer därvid att ägnas de fall, som behandlas i 8 § Avtl, så att det utredes, under vilka förhållanden anbudstagaren där kan anses bli genom ett till anbuds-givaren icke riktat handlande, ett »outgivet» handlande, bunden. Men undersökningen kommer icke att begränsa sig till dessa fall utan har allmän räckvid.

Representativa för uppfattningen i *nordisk* rättslitteratur äro de uttalanden, som i ämnet förekomma hos Lassen, Ussing, Stang samt (i annat sammanhang än beträffande 8 § Avtl) *obligationsrättskommittén* (Almén).⁹¹

Av Lassens framställning i den berömda handboken⁹² framgår med stor tydlighet, att han anser att viljeyttringar, som icke till motparten utgivits, ha en ytterst underordnad betydelse.⁹³ Vad som i arbetet behandlas är i stort sett allenast »Løfter», och med ett löfte förstår författaren »en til en anden rettet og derved til dennes Bevidsthed kommen Tilsagns-erklæring (Skylderklæring)». En »ensidig Skylderklæring», d. v. s. en förklaring som *icke* är ett löfte, saknar i allmänhet, fastslås det, förpliktande verkan. Detta gäller, »uanset at Erklæringen maatte være Udtryk for en aldeles definitiv Vilje hos den erklærende i Erklæringens Øjeblik».⁹⁴ Regeln är, säger

Då ordet »viljeyttring» användes i stället för det mera vanliga »viljeförklaring», är orsaken den, att, såsom nedan skall beröras, lämpligheten av att beteckna jämväl en till annan person icke riklad viljeyttring såsom en »förklaring» har satts i fråga.

En viljeyttring kan, enligt den här valda terminologien, vara »avgiven» utan att för den skull vara »utgiven».

⁹¹ En av tysk doktrin starkt influerad och på grund av sin alltför schematiska karaktär föga givande framställning återfinnes hos Ekström, *Privaträttens allmänna läror*, 1921—25, s. 496 f.; jfr s. 510, 532, 563, 566, 693. Se vidare af Hällström, *Om villfarelse såsom divergens mellan vilja och förklaring*, 1931, s. 192 ff., 168 ff. Författarens uttalanden indicera näppeligen, att han trängt in i ämnet. I detta sammanhang må ock nämnas Hernberg, *Gäldförhållandet*, 1934, s. 136 f.

⁹² S. 36 ff. och 57 ff. (§§ 10, 11).

⁹³ Man får likväl komma ihåg, att framställningen endast hänför sig till obligationsrätten.

⁹⁴ S. 59 (överst).

Lassen, erkänd överallt (?), och han söker med stöd av vissa allmänna — mycket allmänna — synpunkter ådagalägga, att den stämmer med »sakens natur». Det tillägges emellertid, att principen kan ha sina undantag.

Lassens ståndpunkt belyses närmare, om man går till hans nyss citerade definition. Enligt denna kräves för förhandenvaron av ett löfte:

1) Det skall föreligga, eller åtminstone av adressaten kunna antagas föreligga, »en Tilsagnserklæring eller Skylderklæring, d. e. en Erklæring, som gaar ud paa at paalægge den erklærende et Baand, altsaa en Erklæring, som indeholder en Disposition»; den blotta enuntiationen eller »Beretningen» om att man fattat ett beslut är icke tillräcklig. — Huru detta skall tolkas, synes kunna vara föremål för olika meningar. Möjligen har Lassen velat säga, att det icke redan av viljeförklaringens *inhåll* får framgå, att den handlande ej avser att direkt på grund av densamma vara bunden.⁹⁵

2) Förklaringen skall icke blott vara uttalad utan ock »avgivet og rettet til en anden som Adressat». Lassen uppställer alltså, som det förefaller *utöver det under 1) anmärkta kravet*,⁹⁶ fordran på ett utgivande⁹⁷ av förklaringen till adressaten. Man kunde nu ha väntat sig, att Lassen skulle ansett denna fordran i princip vara uppfylld därmed, att förklaringen med fog kunnat *av adressaten antagas vara* behörigen utgiven. Lassen ingår emellertid omedelbart i detta sammanhang på en fråga, som icke har något direkt med det i denna avhandling diskuterade principspörsmålet om erforderligheten av ett utgivande att göra,⁹⁸ nämligen huru de fall skola bedömas, då adressaten på

⁹⁵ Men meningen *kan* också vara den, som Ussing, efter vad här nedan skall beröras, synes inlägga i enahanda uttryck. (Häremot talar dock vad strax efteråt i texten säges därom, att kravet på ett utgivande av viljeförklaringen av Lassen uppfattas som ett krav, vilket tillkommer *utöver* fordran på att förklaringen skall innehålla en disposition.) Lassens uttalanden å s. 37 not 1, 102 not 10, 147 f., 788 m. fl. ställen ge icke klarhet på denna punkt.

⁹⁶ Jfr ock citatet vid not 94 här ovan.

⁹⁷ Att »avgivet og rettet» skulle innebära något annat än »utgiven» i förut omtalade betydelse, finnes ingen anledning att misstänka.

⁹⁸ Jfr ovan vid not 88.

goda grunder utgår ifrån, att ett utgivande i laga ordning ägt rum, men detsamma faktiskt kommit till stånd mot vederbörandes vilja (brevet har lagts på posten utan att detta varit av brevskrivaren åsyftat). Svaret blir, att när »Overbringelsen»⁹⁹ skyldes Omstændigheder, der var uberegnelige for den erklærende, foreligger der intet Løfte fra ham» (!), »og han bindes ikke». Lassen har alltså på denna punkt till den grad adopterat viljeteoriens betraktelsesätt, att han inlägger i löftets begrepp, att en viljeförklaring, under den anmärkta förutsättningen, icke blott skall av motparten kunna uppfattas vara utgiven utan ock faktiskt *ha* utgivits.¹⁰⁰

3) Förklaringen skall på det under 2) angivna sättet ha kommit till adressatens kännedom. Dessförinnan kan den nämligen, säger Lassen, *återkallas* och är alltså icke bindande för avgivaren. Vad författaren talar om är då icke längre, huruvida viljeförklaringen i och för sig äger rättslig relevans eller icke, utan om den möjlighet som må stå dess upphovsman till buds att före viss tidpunkt genom positiv åtgärd omintetgöra verkan av densamma. Satsen, att den handlande är obunden, så länge icke viljeförklaringen kommit till adressatens kännedom, har sålunda en helt annan innebörd än satsen, att han är obunden av en outgiven viljeyttring.¹⁰¹ Jämväl nu ifrågakravet inlägges av Lassen i själva begreppet löfte.

Det blir följaktligen rätt heterogena företeelser, som av Lassen sammanfattas under begreppet »ensidig Skylderklæring» (= förklaring, som *icke* är löfte). De ganska fåtaliga undantag från regeln, att en sådan förklaring icke är bindande, som av Lassen uppräknas, sakna ock i stort sett intresse för det här behandlade ämnet.¹⁰² Ett hithörande exempel torde emellertid vara det, att

⁹⁹ Menas väl: utgivandet.

¹⁰⁰ Beträffande rekvisitetet under 1) uppställes däremot icke ett dylikt skärpt krav. Det räcker, att adressaten »med Føje antager, at der foreligger endelig Disposition overfor ham» (s. 102 not 10).

¹⁰¹ Jfr ovan not 89.

¹⁰² Sålunda ha de återopade bestämmelserna i 35 § Avtl och 76 § i 1880 års växellag betydelse blott såsom modifierande kravet på ett *faktiskt* utgivande enligt 2) här ovan, liksom det å s. 60 not 7 mot slutet anförda hänför sig allenast till rekvisitet nr 3). Beträffande det anförda exemplet om deposition enligt § 583 st. 1 Retsplejeloven, se Ussing a. a. s. 43 not 8.

enligt 21 § tredje stycket i 1880 års växellag godkännandet av en växel är för acceptanten förpliktande redan i det ögonblick det tecknas å växeln. Vidare nämner författaren som åtminstone »tilsyneladende» undantag från sagda regel, att den till vilken egendom överlättes med tillkännagivande att visst vederlag fordras för överlåtelsen blir genom tillägnelse av godset skyldig att erlægga detta vederlag (här syftas alltså bl. a. på realanbudsfallen), ävensom att den för vilken ett arbete utföres under sådana omständigheter, att ersättning måste antagas bli begärd, förpliktas att betala ersättningen genom att låta arbetet åt sig utföras.¹⁰³

Även Ussing, hos vilken motsvarande framställning¹⁰⁴ föreligger i förtydligat och i olika avseenden förbättrat skick, utgår synbarligen¹⁰⁵ därifrån, att det endast är rent undantagsvis, som en till motparten icke riktad eller utgiven viljeyttring äger rättslig verkan.

Det grundläggande faktum, vartill rättsordningen anknyter bindande och rättsstiftande verkan, är, säger Ussing, att en person *har avgivit (= utgivit) ett löfte*, d. v. s. att han utgivit en till en eller flera personer riktad viljeförklaring, som bör tolkas så, att den går ut på att lägga band på avgivaren. Författaren skiljer sålunda mellan *löftet* och dess *utgivande*. Skillnaden är dock blott formell; för att ifrågavarande »grundläggande faktum» skall föreligga fordras det *både* ett löfte *och* utgivandet av detsamma. Men vidare utmönstrar Ussing icke blott ur löftets utan även ur sagda grundläggande faktums begrepp kravet på att viljeförklaringen skall ha kommit till adressatens kännedom (Lassens rekvisit nr 3). Det blir alltså en sak för sig, att även det utgivna löftet i princip så till vida saknar förmåga att »stifta rätt», umbär »bindande» verkan, som detsamma, innan det kommit till adressatens kännedom, kan återkallas;¹⁰⁶ en del undantag måste ock göras från denna regel.¹⁰⁷

¹⁰³ S. 60 not 6, jfrd med s. 232 f. och 235 f.

¹⁰⁴ S. 15 ff. (§ 4 II) och s. 41 ff. (§ 5).

¹⁰⁵ Jfr emellertid även not 110 nedan.

¹⁰⁶ Härom s. 19—24.

¹⁰⁷ S. 41 f. (§ 5 under A) samt s. 43 vid not 10. — S. 24 ff. (§ 4 under

Begreppet utgivet löfte innefattar nu enligt Ussing följande:

1) Det skall föreligga ett tillkännagivande, riktat till en eller flera personer som adressater. Uttrycket »riktat», som ej definieras, är här icke liktydigt med »utgivet» utan tages förmodligen i den vidsträcktare bemärkelse, som ovan i not 90 angivits.¹⁰⁸

2) Tillkännagivandet skall gå ut på att den förklarande lägger band på sig själv gentemot andra. Denna förutsättning är uppfylld, när »selve Erklæringen gaar ud paa at binde den erklærende, idet den maa fortolkes saaledes, at den erklærende binder sig netop ved denne Erklæring». I uttalandet bör troligen inläggas, att ett löfte icke föreligger, då det framgår att den handlande ej vill vara bunden förrän någon ytterligare åtgärd av honom vidtagits,¹⁰⁹ även om icke själva *innehållet* i tillkännagivandet utvisar detta. Härpå tyder nämligen vad som yttras under nästföljande punkt.

3) Viljan att binda sig »lægger sig afgørende for Dagen» genom förklaringsens *utgivande*. Man kan säga, heter det vidare, att det först är utgivandet, som gör förklaringen till ett löfte, en rättshandling; vad som går före utgivandet är blott

E) behandlas det omvända spørsmålet, i vad mån understundom ett utgivet löfte kan återkallas *efter* det adressaten vunnit kännedom om det samma.

¹⁰⁸ Vilket juridiskt värde det enligt författaren skulle ha att bestämma begreppet på detta sätt, framgår knappast fullt tydligt. Kan meningen vara den, att medan det finnes en del fall, där ett utgivande (alltså riktning i vanlig bemärkelse) icke erfordras, för att en viljeyttring skall bli rättsligt verksam, det däremot vore uteslutet, att sådan verkan skulle tillkomma en viljeyttring, som ej ens är i nu ifrågavarande betydelse till motparten riktad? Jfr vad nedan säges om Stangs terminologi.

¹⁰⁹ Så vid meddelanden om planer, som, enligt vad man kan uppfatta, ännu befinna sig på övervägandets stadium m. m. Egendomligt nog anföres tillika, att det »af denne Grund» måste antagas, att en person icke »bindes» blott genom att meddela en annan, att han insatt ett belopp i en sparkassa i dennes namn, eftersom insättningen icke är uttryck för ett beslut att binda sig »saaledes», att insättaren avskäres från möjligheten att under livstiden träffa nya dispositioner beträffande det insatta. Kan icke en vilja att binda sig, här en överlåtelsevilja, förefinnas, även om återkallelserätt (begränsad till tiden före dödsfallet och sålunda icke tillkommande arvingarna) förbehålles? Jfr N.J.A. 1915 s. 174 och 1932 s. 341.

förberedelsehandlingar. Detta betyder, så vitt man kan förstå, att kravet på utgivande enligt författarens mening icke utgör något *nytt* moment utan i realiteten, trots att det formellt skiljes mellan löftet och dess utgivande, redan är innefattat i rekvisitet nr 2). Utgivandet säges för övrigt bestå däri, att »den, der skal bindes, eller hans Repræsentant foretager Handlinger, der sigter til (eller dog maatte antages for egnet til) at bringe Erklæringen til Adressatens Kundskab». ¹¹⁰ — Även Ussing inlägger, analogt med Lassen, i kravet på utgivande icke blott ¹¹¹ att adressaten med fog antager, att vederbörligt utgivande skett, utan ock, under vissa förutsättningar, att subjektet faktiskt *har* utgivit förklaringen. ^{111a}

Ussing framhåller emellertid, att det *kan* förekomma sådana lägen, där en person bindes genom en till adressaten icke utgiven viljeyttring, en »ensam» förklaring. Sålunda åberopas, förutom ett par av Lassen omnämnda exempel, det förhållandet att »Erlæggelsehandlinger, der foretages til Opfyldelse af en forud indgaaet Aftale, kan blive bindende, selv om der hverken foreligger nogen Viden om dem hos den berettigede eller nogen 'Afgivelse' til ham». ¹¹² Och författaren tillägger, att »der findes sikkert endnu flere Tilfælde».

På samma principiella ståndpunkt som Lassen och Ussing står ock Stang. ¹¹³ Ja, hos denne författare framträder i alldeles särskilt hög grad motviljan mot att tillerkänna utgivna viljeyttringar rättslig verkan.

Enligt Stang är, för att begreppet viljeförklaring skall vara

¹¹⁰ Tillägget inom parentes är förbryllande. Efter orden innefattar det en radikal nyhet i förhållande till Lassens ståndpunkt. Ingenting i framställningen i övrigt förråder emellertid, att det avsetts att genom detta tillägg låta kravet på utgivande undergå någon förändring av större räckvidd.

¹¹¹ Författaren framhäver dock mycket klart, att det rör sig om två skilda saker.

^{111a} Om undantagen från denna regel — vilka här alltså icke äro av intresse — handlar § 5 under B (s. 42 f.).

¹¹² Se närmare den intressanta uppsatsen av Ussing i Ugeskrift for Retsvæsen 1929 B s. 153 ff.

¹¹³ Norsk Formueret, I: 1, 2 uppl., 1921, s. 191—205, 209 f. samt 1 uppl., 1911, s. 251—258.

tillämpligt, icke tillfyllest, att man från ett handlande kan sluta sig till en viss vilja,¹¹⁴ utan det kräves därutöver, att subjektet vänder sig »mot utenverdnen og retter en meddelelse til den», ett meddelande som går ut på att vederbörande »vil noget, at han altsaa har fattet en beslutning». I viljeförklaringens begrepp ligger följaktligen, att den är till annan eller andra personer riktad eller adresserad.¹¹⁵ Några rättshandlingar utan adressat kunna, synes författaren mena, egentligen icke tänkas. Väl är det sant, att sådana handlingar som ockupation, dereliction m. m. i allmänhet sakna adressat, men just på denna grund, därför att de i regel icke innehålla något meddelande till yttervärlden, är det tveksamt, om de äro att betrakta såsom rättshandlingar.¹¹⁶

Emellertid är att märka, att Stang med kravet på att viljeförklaringen skall vara till en adressat riktad (eller innefatta ett meddelande till denne) icke utan vidare förbinder en fordran på riktning eller utgivande i den mening, varom, enligt det föregående, i denna avhandling är fråga. Uttrycken ha nämligen, av allt att döma, den vidsträcktare betydelse, som ovan i not 90 anmärkts. Stang anser sålunda,¹¹⁷ trots det nyss anförda, att en viljeförklaring *kan* vara bindande utan att behöva utgivas till adressaten. Detta är dock enligt författaren rena

¹¹⁴ »Naar en mand tar sin hat paa, kan man slutte, at han vil gaa ut, men nogen viljeserklæring har han ikke avgit» (s. 191 not 8).

¹¹⁵ Varje viljeförklaring är emellertid icke en rättshandling utan blott en sådan, till vilken rättsordningen anknyter den verkan, »at det, som erklæringen gaar ut paa, skal efterleves». I vad mån en viljeförklaring har denna verkan, beror främst därpå, »om den selv forlanger det». När det gäller att avgöra, om den handlande med sitt meddelande avser rättsverkans inträde eller blott kommer med ett icke bindande uttalande, skall hänsyn i synnerhet tagas till den omständigheten, huruvida han riktar sig mot den person, som rättigheten skulle tillfalla, eller om han riktar sig till någon annan person. I förra fallet måste ett »endelig og bestemt» meddelande anses för bindande, om icke särskilda förhållanden motivera en annan tolkning; en rättshandling föreligger alltså. I senare fallet blir förhållandet omvänt; endast under särskilda omständigheter, såsom vid avtal till förmån för tredje man m. m., kan ett dylikt meddelande föranleda bundenhet.

¹¹⁶ S. 199 samt 1 uppl. s. 212.

¹¹⁷ Jfr särskilt s. 198 not 28.

undantagsfall.¹¹⁸ De exempel på sådana »ensamma»¹¹⁹ viljeförklaringar, som skulle kunna nämnas på förmögenhetsrättens område, äro, om man bortser från 21 § tredje stycket i 1880 års växellag, enligt Stang diskutabla. Inom successionsrätten har man däremot ett »klart» exempel: testamentet. Särskilt bör uppmärksammas, att Stang *icke* såsom undantag från regeln, att en viljeförklaring för att vara verksam måste till annan utgivas, upptager de fall, då »en mand har tilbudt en anden en ydelse og denne derefter tilegner sig den» (tilläggnelseåtgärder i realanbudsfallen o. s. v.). Här *behandlas* visserligen, om anbudsgivaren det påyrkar, tillägnelsen som accept, men detta sker även om den är företagen i rättsstridig avsikt — innefattar ett »retsbrud» —, och acceptverkan grundar sig sålunda icke på en viljeförklaring å anbudstagarens sida (»oegentlig rätts-handling»). Grunden till att ett rättsstridigt förfarande blir föremål för sådan behandling är enligt Stang, vilken dock framhåller att de oegentliga rättshandlingarna »ligger viljeserklæringerne nær», att det skadestånd, som anbudstagaren eljest skulle ha att erlægga, regelmässigt bleve för ringa och för vanskligt att beräkna, samt att den som förfarit rättsstridigt icke bör slippa lindrigare undan än den som uppträtt hederligt. På liknande sätt förklaras den rättsverkan, som i olika lägen tillkommer ådagalagd *passivitet*; denna utgör blott »i de færreste tilfælde»¹²⁰ en viljeförklaring; i övrigt endast *behandlas* den, dels på grund av sin likhet med en rättshandling, dels framför allt av vissa moraliska och därmed jämförliga, objektiva skäl (»for retslivets skyld»), som en sådan.

¹¹⁸ »Jeg tror ikke, retslivet paa mange omraader har bruk for retshandler av denne art» (s. 204 not 42).

¹¹⁹ Denna term, som understundom användes i Tyskland (se t. ex. Leonhard, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, s. 256), har i nordisk doktrin införts av Vinding Kruse (Tidsskrift for Retsvidenskab 1919 s. 180 f.). Den tages emellertid av denne författare i vidsträcktare bemärkelse så till vida, att även en förklaring, som utgives till en adressat, betecknas som ensam, när adressaten icke är den enligt rättshandlingen berättigade (såsom vid tredjemansavtal). Mot denna egenartade terminologi Stang s. 204 not 44; jfr ock Ussing s. 196 f.

¹²⁰ Nämligen, så vitt man kan förstå, i de fall, då den utgör ett »meddelelsesmiddel»; se s. 191 f., 209 och 259 f. i 2 uppl. (s. 185, 216 och 252 i 1 uppl.).

Så till slut, vad den nordiska litteraturen beträffar, några ord om *obligationsrättskommitténs* uppfattning i här diskuterade ämne.

Man skulle möjligen kunnat vänta sig, att kommittén, när den i de inledande motiven till avtalslagens tredje kapitel gjorde sig möda med att definiera det rättshandlingsbegrepp, varifrån bestämmelserna i hela detta kapitel utgå,¹²¹ samtidigt givit en antydning om, huruvida man för begreppets tillämpning förutsatte, att viljeyttringen skall vara (resp. kunna uppfattas vara) till en motpart riktad eller utgiven, eller om man ansåg, att nämnda bestämmelser skulle, där så låte sig göra, komma till användning även beträffande viljeyttringar, som icke ha denna karaktär. Någon sådan antydning har dock icke lämnats.

»I förslaget», säger kommittén,¹²² »användes uttrycket [rättshandling] i så vidsträckt bemärkelse, att därunder innefattas alla viljeförklaringar, vilka hava till syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande» (som faller inom förmögenhetsrättens område). Denna definition, som ofta och icke utan en viss respekt återges i den svenska rättsvetenskapliga litteraturen,¹²³ är skäligen innehållslös. Upplysningen, att en rättshandling är en viljeförklaring (med rättsligt syfte), har, när det gäller tillämpningen av bestämmelserna i tredje kapitlet Avtl, föga värde, då begreppet viljeförklaring är minst lika omtvistat och oklart som rättshandlingsbegreppet. Måhända har det ock bara åsyftats att bestämma det inbördes förhållandet mellan de båda begreppen, d. v. s. att fastslå att, såsom i svenskt juridiskt språkbruk är vanligt, uttrycken rättshandling och viljeförklaring (med rättsligt syfte) äro synonyme; jfr

¹²¹ I och med att *lagen* bygger på begreppet rättshandling, är det naturligtvis av vikt att fastställa, vad man, så långt lagbuden sträcka sig, har att inlägga i begreppet. Det är så till vida icke en smaksak, hur man uppfattar detsamma. (Jfr däremot Stang s. 190; yttrandet härrör från 1 uppl., s. 184, alltså från tiden före avtalslagen).

¹²² S. 116.

¹²³ Se t. ex. Kallenberg, Svensk civilprocessrätt, I: 3, 1922, s. 547 not 6 och s. 627. Där får man bl. a. veta, att begreppet rättshandling genom avtalslagen »erhållit egenskapen av teknisk term med viss bestämd innebörd».

avfattningen av Avtl själv.¹²⁴ Om däremot med definitionen tillika gjorts ett försök att framhäva det för begreppen viljeförklaring och rättshandling karakteristiska, är försöket misslyckat.¹²⁵

Denna definition är alltså en dålig upplysningskälla. Emellertid torde kommitténs ståndpunkt ändå framgå rätt klart. Det finnes intet skäl att antaga, att man vid avtalslagens tillkomst hade andra rättshandlingar i sikte än sådana som framstå som meddelanden till en adressat. Redan avfattningen av åtskilliga lagbestämmelser i tredje kapitlet tyder i viss mån

¹²⁴ Det besked man på denna punkt erhåller synes gå ut på, att det icke göres den skillnad mellan begreppen rättshandling och viljeförklaring, som hävdas av Stang (se ovan not 115); att vid avtal redan anbudet eller accepten utgör en rättshandling, icke först avtalet som sådant (i motsats till tysk terminologi, enligt vilken anbudet och accepten väl betraktas som *viljeförklaringar* men icke som självständiga rättshandlingar); samt att rättshandlingen endast består av viljeförklaringen, icke tillika av sådana därmed sammanhörande rättsfakta som tradition el. dyl. (annorlunda även i det hänseendet tysk terminologi).

¹²⁵ Dels kommer icke ordentligt fram det avgörande kriteriet på en viljeförklaring — som skiljer densamma från andra rättsligt relevanta, rättsenliga handlingar —, att verkan tillerkännes förklaringen just *därför*, att rättsordningen tager hänsyn till den i handlandet uttryckta viljan. Dels kan det naturligtvis icke för begreppet rättshandling krävas, att subjektet haft något syfte att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande; det räcker att adressaten eller åtminstone tredje man kan utgå från att dylikt syfte förefunnits. (För övrigt är det tveksamt, om man alltid, t. ex. vid rättshandlingar framkallade genom s. k. legitimt tvång, kan fordra ens så mycket; se i ämnet bl. a. Jacobi, *Die Theorie der Willenserklärungen*, 1910, s. 65 ff.). Jfr vidare Björlings erinringar mot definitionen i Svensk Juristtidning 1916 s. 319 (huruvida dock en *preskriptionsavbrytande* handling är en rättshandling i avtalslagens mening, synes icke vara alldeles otvivelaktigt).

Jämväl andra uttalanden av kommittén rörande innebörden av det rättshandlingsbegrepp, varpå avtalslagen bygger, torde böra upptagas med en viss försiktighet. Det säges sålunda (s. 117), att till rättshandlingar i lagens mening böra hänföras bl. a. *reklamationer* i anledning av ett kontraktsbrott eller annat förhållande samt sådana åtgärder som *betalning* av en skuld och *tradition* av en sak eller en kvantitet varor till fullgörande av ett köpeavtal. Man undrar, om kommittén verkligen genomtänkt konsekvenserna av att dylika handlingar generellt betraktas som *viljeförklaringar*, underkastade de i tredje kapitlet Avtl meddelade rättsreglerna.

härpå (§§ 28—31: »den, gentemot vilken rättshandlingen företogs»; 32 § första stycket: »den, till vilken förklaringen är riktad»). Vissa lagbud *måste* t. o. m. hänföra sig till fall, då en viljeyttring utgivits, resp. av motparten antages hava utgivits (32 § andra stycket: »en avgiven viljeförklaring»; 35 §: »kommit ur hans besittning»; se ock 34 §). Viktigare än detta förhållande är dock, att kommittén får förutsättas ha delat den allmänna uppfattningen i nordisk doktrin, att sådana fall, där en outgiven viljeförklaring äger rättslig betydelse, praktiskt sett sällan förekomma. Detta antagande bekräftas ock av följande uttalande av kommittén, vilket ansluter sig till 35 § Avtl.

»För att en viljeförklaring skall medföra avsedd rättsverkan måste naturligtvis i regel fordras, att den genom avgivaren bringas till adressatens kunskap. Om A. meddelar C., att han är besluten att antaga ett anbud, som gjorts av B., kan B. icke därå grunda någon rätt, såvida icke C. mottagit meddelandet i egenskap av ombud för B. eller ock erhållit A:s uppdrag att bringa meddelandet till B:s kännedom och verkligen utför detta uppdrag. Lika litet lärers i allmänhet ett å en bolags- eller kommunalstämma fattat beslut att ingå visst avtal eller ikläda sig viss förbindelse kunna åberopas av den tilltänkte medkontrahenten, såvida icke beslutet blivit honom delgivet. Det ovan sagda gäller även om skriftliga viljeförklaringar. Om någon skrivit ett brev, vari han erbjuder sig att sluta köp eller annat avtal, och låter brevet ligga på sitt skrivbord, lärers han icke vara bunden av sitt erbjudande, därest det kan visas, att en främmande person tagit brevet och lagt det på posten.»¹²⁶

Här har man uppenbarligen — sannolikt under intryck av Lassens förut berörda, rätt förvillande utläggningar om innebörden i begreppet »löfte» — sammanblandat två, eventuellt tre olika frågor. Den första är just den, som nu intresserar: är det nödvändigt, för att en viljeyttring skall äga rättslig verkan, att den är till en adressat riktad eller utgiven? Härpå svarar kommittén, att »naturligtvis» måste i regel ett sådant

¹²⁶ S. 145 f. — I fortsättningen utvecklas, att tillämpningen av dessa allmänna rättsgrundsatser i vissa fall, särskilt då viljeförklaringen nedlagts i ett löpande papper, kunde leda till resultat, vilka ur rättssäkerhetens synpunkt måste betecknas såsom vådliga. I anledning härav föreslogs den bestämmelse, som sedermera inflöt i 35 § Avtl.

krav uppställas.¹²⁷ Den andra frågan är en fråga om tillämpning av viljeteori eller av tillitsteori: hur går det, om motparten med fog förutsätter, att utgivandet vederbörligen ägt rum men detsamma företagits av en obehörig person? Svaret blir (ehuru man självfallet icke uttryckte sig så inopportunt), att viljeteorien i allmänhet skall gälla.¹²⁸ Möjligen har även en tredje fråga föresvävat kommittén: om en viljeförklaring rätteligen utgivits (ett bud har t. ex. fått i uppdrag att framlägga ett brev) men förklaringens framkomst icke sker i den ordning dess avgivare åsyftat, är då rättshandlingen bindande? Kommittén synes — om man nu verkligen tänkt på denna sak — ge ett nekande svar,¹²⁹ i så fall med tvivelaktigt fog.¹³⁰

Går man sedan till den *kontinentala* rättsvetenskapen, visar det sig snart, att inställningen till förevarande spørsmål är en väsentligt annan. Några huvudpunkter i den rikhaltiga litteratur, som föreligger i ämnet, må här beröras. När den följande redogörelsen inskränkes till att avse *tysk* doktrin, beror detta dels därpå, att då över huvud en stark begränsning av framställningen i denna del är oundgänglig, det ligger nära till hands att främst hålla sig till det lands rätt, som under senare tid utövat det största inflytandet på svensk rättsutveckling, dels därpå, att diskussionen i ämnet inom tysk doktrin i hög grad anknutit just till den förut omnämnda lagbestämmelse (151 § B.G.B.), som behandlar realanbuds- och beställningsfallen och som i viss mån utgör en motsvarighet till 8 § AvtL.¹³¹

¹²⁷ Exemplet rörande ett å en bolags- eller kommunalstämma fattat beslut är inom parentes sagt illa valt; resultatet kan här förklaras redan av reglerna om kompetensfördelningen mellan samfällighetens organ.

¹²⁸ Annorlunda på sin tid Nordling a. a. s. 191.

¹²⁹ »... och verkligen utför detta uppdrag»; »genom avgivaren bringas till adressatens kunskap».

¹³⁰ Jfr Oertmann a. a. § 130, 3 (s. 454): »Genügt zur Vollendung der Willenserklärung die Abgabe, so ist das Zugehen nur ein objektives Erfordernis, und es kann nicht darauf ankommen, ob es seinerseits auf dem Willen des Erklärenden beruht. Verliert der Bote unterwegs den Brief und wirft ihn ein Dritter, der ihn findet, in den Kasten oder gibt ihn beim Adressaten ab, ist vielleicht zufällig selbst der Adressat, so ist den gesetzlichen Erfordernissen vollauf genügt». Liknande Stang s. 203 not 38.

¹³¹ Beträffande den *franska* litteraturen må särskilt hänvisas till det

Redan ett studium av den *pandekträttsliga* tyska litteraturen ger till resultat, att kravet på att en viljeyttring, för att vara rättsligt verksam, skall ha riktning till motparten eller vara till denne utgiven ej spelar en så dominerande roll som enligt de refererade nordiska författarna. Som exempel må nämnas Windscheid.

Även Windscheid understryker visserligen, att en viljeförklaring skall innehålla en »disposition», icke blott en »enuntiation»; den måste vara uttryck för »die Unterwerfung des Willens unter den Willen eines andern».¹³² Men detta innebär enligt författaren ingalunda, att blott en till annan eller andra personer riktad eller utgiven viljeyttring skulle vara en verksam viljeförklaring. Ej heller uppställles *utöver* denna fordran på att en disposition skall föreligga något allmänt krav av ifrågasvarande slag. Att tanken på ett dylikt krav var Windscheid främmande, framför allt beträffande icke uttryckliga viljeförklaringar, synes ock framgå av vissa anförda exempel.¹³³ Av särskilt intresse äro hans uttalanden om förutsättningarna för att ett avtal skall komma till stånd.^{133a} Medan i de fall, då accepten består av »eine an den Antragssteller gerichtete Rede», densamma är »existent» med utgivandet (avsändandet), resp. blir oåterkallelig sedan den kommit adressaten tillhanda, är anbudstagaren vid avgivandet av en accept som sker »stillschweigend» i princip bunden, ja oåterkalleligt bunden, från det ögonblick »die Handlung vollendet ist, durch welche er seinen Annahmewillen an den Tag legt». Så kommer ett mandatavtal till stånd redan genom att uppdraget utföres av uppdragstagaren, och ett låneavtal beträffande en bok slutes därigenom, att boken, för ändamålet översänd till vederbörande, blir läst eller för läsning mottagen.¹³⁴

klassiska arbetet Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1901 (1929), s. 145—171.

¹³² A. a. § 304 not 1, § 305 not 1.

¹³³ Se noterna 7, 9—10 i § 72.

^{133a} § 306, i synnerhet vid not 11. Jfr ock de ganska märkliga uttalandena i § 309 vid not 8a och 9.

¹³⁴ Windscheid tillägger emellertid i detta sammanhang, att ett föreslaget köpavtal icke för säljaren kommer till stånd (= oåterkalleligt

Över huvud gjorde sig inom pandekträtten ganska allmänt den uppfattningen gällande,¹³⁵ att när anbudet innehåller (såsom i beställningsfallen och i fall av anmodan att verkställa ett uppdrag) en »Aufforderung zur sofortigen Vertragserfüllung», avtalet måste anses slutet redan genom utförandet, eventuellt det påbörjade utförandet, av det för avtalets fullgörande erforderliga handlandet, även om detta handlande icke är till anbudsgivaren riktat eller utgivet. På motsvarande sätt ansågs »traditionsavtalet» i realanbudsfallen kunna perficieras redan genom ett tillägnelsehandlande å anbudstagarens sida. Än längre i förevarande hänseende gick Sohm,¹³⁶ vars »realiseringsteori» vann stort inflytande i teori och rättspraxis. En anbudsgivare kan enligt Sohm genom sin viljeförklaring tillägga *vilken som helst* åtgärd å anbudstagarens sida, om än aldrig så intern, egenskapen av accept; företager denne sedan (i acceptavsikt)¹³⁷ åtgärden, är avtalet perfekt, i handling realiserat, och sålunda även anbudstagaren bunden. — De pandekträttsliga strävandena att på detta sätt få avtalet att anses slutet på ett tidigt stadium bottna emellertid uppenbarligen mindre i intresset

kommer till stånd?) blott genom avsändandet av den beställda varan; anbudstagaren »kann die abgesendete Waare noch zurückrufen, wie den abgesendeten Brief». Är tanken den, att accepten såsom här adresserad till anbudsgivaren bör jämnställas med »eine an ihn gerichtete Rede», så att den icke är, eller i allt fall icke kan behandlas som, en »stillschweigend» avgiven accept? Svårförenlig med förevarande uttalande synes för övrigt vara den i de första upplagorna av handboken upptagna satsen, att en tyst accept även innefattas »in dem Beginn der Ausführung einer gemachten Bestellung» (§ 309 not 1); måhända menades dock, att här visserligen föreligger en accept men att den på nyss antydda sätt kan återtagas. Sedermera omskrevs denna sats i frågeform, varvid hänvisningar gjordes till andra författare.

¹³⁵ Se redogörelsen hos Wedemeyer a. a. s. 9—34 ävensom Lassen i Tidsskrift for Retsvidenskab 1888 s. 231 ff. (Afhandlingar s. 108 ff.) Märk i synnerhet Regelsberger, Pandekten, I, 1893, s. 553 ff. och Dernburg-Sokolowski, System des römischen Rechts, II, 1912, § 267 vid not 11.

¹³⁶ Über Vertragsschluss unter Abwesenden etc., i Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, Bd 17, 1873, s. 81 ff. Jfr Lassen s. 234 f. (Afhandlingar s. 111 f.)

¹³⁷ Att detta måste fordras, är säkerligen författarens mening. Lassens kritik av Sohm a. st. är därför knappast fullt rättvis.

att *anbudstagaren* icke skall kunna frångå ett av honom i acceptavsikt företaget handlande än i intresset att *anbudsgivaren* genom avtalets tillkomst skall bli bunden; ett anbud var som bekant enligt »gemeines Recht» i princip icke bindande.

Med särskilt hänsynstagande till nu berörda fall av outgiven accept skilde en del pandekträttsliga författare mellan å ena sidan *viljeförklaringar* i egentlig mening, som innefatta ett meddelande, »kungörande» av den handlandes vilja gentemot en adressat, och å andra sidan »*reala viljeyttringar*», varigenom rättsverkningsviljan kommer till uttryck oaktat en meddelelseavsikt saknas. Så bl. a. Hölder¹³⁸ och Regelsberger.¹³⁹ Och Bekker förfäktade t. o. m. — i skarpsinniga utredningar¹⁴⁰ — att den sunda kärnan i den vedertagna distinktionen mellan uttryckliga och tysta viljeförklaringar låge just däri, att densamma framhävde denna grundläggande skillnad mellan två olika arter av viljeyttringar, av vilka de förre måste anses binda sin upphovsman »fastare» än de senare.

I den *moderna* tyska rättslitteraturen har man på förevarande område icke kommit till någon enighet. Två huvudriktningar stå emot varandra.

Såsom typ för den ena riktningen, vilken intill senaste tid brukat betecknas som den härskande, kan nämnas Titze,¹⁴¹ vars ståndpunkt i sammanfattning är följande.¹⁴² Begreppet viljeförklaring förutsätter icke blott att en rättsverkningsvilja är förhanden utan även att densamma är »erklärt». Detta innebär i och för sig endast, att viljan skall genom ett handlande

¹³⁸ Pandekten, 1891, s. 212 ff.; jfr emellertid efter tillkomsten av B.G.B. samme författare i Iherings Jahrbücher, Bd 55, s. 416.

¹³⁹ A. a. s. 473 och 551 ff.

¹⁴⁰ System des heutigen Pandektenrechts, II, 1889, s. 67 ff., särskilt bilaga I.

¹⁴¹ Typisk är också, men icke fullt så upplysande, Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I, 8 bearb., 1921, § 136 (jfr den delvis modifierade framställningen i 13 bearb. av Nipperdey, 1931).

¹⁴² Se dels hans stora arbete Die Lehre vom Missverständnis, 1910, s. 20 ff., dels den ovan omnämnda artikeln »Rechtsgeschäft» i »Handbuch für Rechtswissenschaft», Bd IV, 1927.

(resp. genom passivitet) ha kommit till uttryck, vara »verlautbart». Något mera kan icke utan vidare krävas för att de allmänna regler, som gälla om tillkomst och verkan av viljeförklaringar, skola äga tillämpning. Det ligger alltså icke i viljeförklaringens begrepp, att densamma skall ha naturen av ett meddelande, ett till en adressat riktat eller utgivet handlande. Väl finnas en mängd fall — som för övrigt äro de praktiskt viktigaste — då det i lagen uttryckligen säges eller det av dess innehåll indirekt framgår, att en viljeyttring för att äga rättslig verkan måste utgivas, och utgivas till en *bestämd* adressat.¹⁴³ Men detta betyder, att lagen här uppställer krav på ett *kvalificerat* handlande såsom betingelse för viljeförklaringens rättsverkan, i analogi med vad som sker då viss form för en rättshandling är stadgad — låt vara att kvalifikationen här icke ligger i uttrycksmedlets beskaffenhet utan i dess riktning och låt vara att den grundar sig på hänsyn icke till subjektet självt utan till adressaten, vars intresse att vinna kännedom om viljeyttringen på denna väg skall tillgodoses. Dylika viljeyttringar, som måste företagas i riktning mot en bestämd adressat, stå förty i särställning så till vida, att för dem tillämpas särskilda regler *utöver* de allmänna bestämmelserna om viljeförklaringar. Framför allt gäller sålunda, vid det förhållande att ändamålet med kravet på ett utgivande är det nyss angivna, att det icke är tillräckligt, för att viljeförklaringen skall bliva verksam, att densamma utgivits; den måste också ha kommit adressaten *till handa* (130 § B.G.B.). Viljeförklaringen är med andra ord »empfangsbedürftig».¹⁴⁴ Däremot hör det till de icke »empfangsbedürftige» viljeförklaringarnas natur, att de bliva verksamma redan vid den tidpunkt, då det handlande ägt rum, genom vilket rättsverkningsviljan kommit till uttryck. Som exempel på sådana viljeförklaringar kan nämnas — för att taga ett ständigt åberopat, även i de romerska rättskällorna uppmärksammat fall —, att en arvinge får anses ha tillträtt kvarlåtenskapen icke blott då han hänvänt sig till vederbörande intressenter och meddelat sin vilja i detta avseende utan redan när han över huvud

¹⁴³ Angående detta sista tillägg, som väsentligt snedvrider tankegången, se ovan vid not 40.

¹⁴⁴ Se ovan vid not 41 ff.

uppfört sig på ett sätt, varifrån man tillförlitligen kan sluta sig till att han betraktar sig som arvinge (pro herede gestio). Härav framgår emellertid tillika, att icke t. ex. vilket som helst uttalande till en utomstående rörande villigheten att övertaga kvarlåtenskapen är att uppfatta som ett tillträdande av densamma. Här som eljest måste nämligen en »allvarlig» och »definitiv» rättsverkningsvilja föreligga. Detta av hänsyn till den *handlande* betingade krav bör strängt upprätthållas, även när man efterger det av hänsyn till *adressaten* betingade kravet på utgivande och »Empfangsbedürftigkeit».¹⁴⁵

Huvudrepresentant för den andra riktningen är Manigk, till vilkens i omfångsrika arbeten¹⁴⁶ utvecklade uppfattning mer eller mindre fullständigt anslutit sig v. Tuhr,¹⁴⁷ Oertmann,¹⁴⁸ Brodmann,¹⁴⁹ Düringer-Hachenburg¹⁵⁰ m. fl.¹⁵¹ Hans åsikter synas alltmer vinna terräng.

Som utgångspunkt för sin undersökning uppställer Manigk frågan, vilken räckvidd de allmänna bestämmelserna om viljeförklaringar i B.G.B. få anses ha, d. v. s. frågan hur en viljeyttring skall vara beskaffad, för att dessa bestämmelser skola äga tillämpning å densamma. Vad är det alltså för ett vilje-

¹⁴⁵ På frågan, varför det icke även i de fall, då viljeförklaringen hänförs sig till *obestämda* adressater, skulle av hänsyn till dessa krävas ett utgivande m. m. av viljeförklaringen, svarar författaren (Missverständnis s. 32), att här »kann von einem um der Kenntnissnahme willen aufgestellten Richtungserfordernis von vornherein keine Rede sein: denn gegenüber der incerta persona als solcher lässt sich von einer 'Richtung' — wenigstens im technischem Sinne — nicht sprechen» (!).

¹⁴⁶ Särskilt Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907; Irrtum und Auslegung, 1918; Das System der juristischen Handlungen im neuesten Schrifttum, i Iherings Jahrbücher, Bd 83, 1933.

¹⁴⁷ A. a. II: 1 s. 399 ff.

¹⁴⁸ Vorbem. nr 11 zu §§ 104 ff. (s. 335 ff.).

¹⁴⁹ Die Handelsgeschäfte i Ehrenbergs Handbuch d. ges. Handelsrechts IV: 2, 1918, s. 10 ff.

¹⁵⁰ Das Handelsgesetzbuch, IV, 3 uppl., 1932, s. 7 ff.

¹⁵¹ Av övriga Manigk rätt närstående författare må särskilt nämnas Hellman i Iherings Jahrbücher, Bd 42, s. 413 ff., Wendt i Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd 92, s. 234 ff., Leonhard a. a. s. 250 ff., Binder, Die Rechtsstellung der Erben, I, 1901, s. 86 ff., Jacobi a. a. s. 72 ff., Planck-Flad a. a. Vorbem. zu § 116 ff. under nr 3 samt § 151, 4.

förklaringsbegrepp, som *lagstiftaren* vid sin reglering utgått ifrån? ¹⁵² Och författaren kommer, efter granskning av hit-hörande lagbud, till det resultatet, att endast till annan eller andra personer riktade eller utgivna viljeyttringar äro i B.G.B. reglerade; övriga handlingar har man, oavsett vilken innebörd begreppet viljeförklaring må ha haft i den pandekträttsliga doktrinen, medvetet eller omedvetet lämnat ur sikte. En viljeförklaring i *lagens* mening är blott »diejenige Willens-äusserung, deren sich eine Person zwecks *Kundgebung* eines rechtlich erheblichen Geschäftswillens bedient». Till viljeförklaringsbegrepp hör alltså — för resten i överensstämmelse med vad det allmänna språkbruket inlägger i ordet »förklaring» — att den handlande vänder sig till en adressat, vidtager en åtgärd (eller iakttager passivitet) *i avsikt* ¹⁵³ att därigenom bringa sin vilja till dennes kännedom. ¹⁵⁴ En viljeförklaring kan emellertid vara riktad icke blott till en bestämd adressat utan ock till en obestämd grupp intressenter. Även upprättandet av en stiftelse, en utfästelse till allmänheten, ett testamente, utgör ett »meddelande» till andra personer och måste förty hänföras till de viljeförklaringar, varå berörda bestämmelser i B.G.B. äga tillämpning. Likgiltigt för användningen av begreppet viljeförklaring är vidare, om uttrycksmedlet är av den ena eller andra beskaffenheten; jämväl konkludenta handlingar kunna tjäna ett meddelesesyfte. Men saknas detta syfte, föreligger ingen viljeförklaring, icke ens en »stillschweigende» sådan.

Vid sidan av viljeförklaringar förekomma enligt Manigk i stort antal viljeyttringar, som icke äro till en adressat (eller en grupp adressater) riktade eller utgivna men ändock äga

¹⁵² Jfr ovan not 121.

¹⁵³ Med det fall, att vederbörande har för avsikt att meddela ett visst förhållande, anses dock böra jämsställas, att han är medveten om (ja enligt författarens senaste ståndpunkt: bör vara medveten om), att motparten för sin del utgår ifrån, att meddeleseavsikt förefinnes.

¹⁵⁴ v. Tuhr definierar »den Erklärungs willen» som »den Willen, die Handlung vorzunehmen, durch welche der Geschäftswille» (rättsverkningsviljan) »zur Kenntnis eines anderen Menschen oder eines unbestimmten Kreises von Menschen gelangen soll» (II: 1 s. 401; jfr s. 430: »zu ihm sprechen, ihm ein Schriftstück vorweisen, einen Brief, ein Telegramm oder einen Boten mit mündlicher Botschaft an ihn absenden»).

rättslig betydelse på grund av att i dem en rättsverkningsvilja kommit till uttryck.¹⁵⁵ Dessa s. k. »Willensgeschäfte» («Willensbetätigungen», »Willensverwirklichungen», enligt andra författares terminologi) utgöra en med viljeförklaringar sidoordnad grupp och ingå under begreppet rättshandling i vidsträckt bemärkelse.¹⁵⁶ Exempel: ockupation, pro herede gestio, accept enligt 151 § B.G.B. (varom vidare nedan), återkallelse av testamente genom testamentsurkundens sönderrivande, en hel del »Bestätigungen» och »Zustimmungen» m. m. För dessa »Willensgeschäfte» saknas nu som nämnt en enhetlig legal reglering, och endast i mycket begränsad omfattning (såsom beträffande krav på rättshandlingsförmåga o. dyl.) kunna bestämmelserna om viljeförklaringar analogt användas.¹⁵⁷ Framför allt kunna å dem icke tillämpas de rättssatser, som gå ut på att skydda motpartens befogade tillit till att ett handlande verkligen uppbäres av den rättsverkningsvilja, som synes vara genom detsamma uttryckt — sålunda bland annat reglerna om att ogiltighet på grund av viljefel måste göras gällande genom rättshandlingens angripande («Anfechtung») inom viss tid och om skyldigheten att ersätta motparten det s. k. negativa kontraktsintresset.¹⁵⁸ Ty orsaken till att en sådan tillit i vanliga fall skyddas är den, att subjektet avlåtit ett *meddelande* till adressaten; den som riktar sig till en annan person och därigenom framkallar en före-

¹⁵⁵ En tidigare åsikt, att i dessa fall rättsverkningsviljan vore relevant utan att den ens behövde ha kommit till uttryck, har författaren frångått: »Der bloss innere Entschluss ist zu wenig, die Erklärung» (= meddelande) »zu viel» (Willenserklärung s. 439 f.).

¹⁵⁶ Rättshandlingar (= »Rechtsgeschäfte») äro i sin tur sidoordnade med övriga rättsligt relevanta, rättsenliga handlingar («Rechtshandlungen»), vilka sönderfalla i olika grupper; se översikten i Das System etc. s. 36.

¹⁵⁷ I sak tämligen överensstämmande, om ock formellt olika, är v. Tuhrs ståndpunkt. Han säger nämligen (s. 406 ff.), att de allmänna reglerna om viljeförklaring i B.G.B. i och för sig måste, jämlikt det pandekträttsliga språkbruket, anses gälla även för »Willensgeschäfte», men tillägger genast: »soweit sich nicht aus der tatsächlichen Beschaffenheit des Willensaktes eine Abweichung ergibt». Med stöd av detta tillägg kommer författaren sedan till väsentligen samma resultat som Manigk (jfr dock s. 409 nederst).

¹⁵⁸ Den tyska rätten kompromissar som bekant, i vida högre grad än den svenska, mellan viljeteori och tillitsteori.

ställning hos denne om tillvaron av en sin rättsverkningsvilja bör vara *ansvarig* för vad han gör och sålunda (under vissa förutsättningar och i viss utsträckning) få vidkännas konsekvenserna av att den andre lider förlust genom att han litar på meddelandet. Vid »Willensgeschäfte» kan detta skäl icke åberopas. Motparten bygger här icke sitt antagande om en förefintlig rättsverkningsvilja på en så relativt fast grund som ett meddelande från vederbörande, utan han sluter sig till viljans förefintlighet från ett handlande, som tillkommit i annat syfte än ett meddelelsesyfte och därför enligt sakens natur icke kan ha samma grad av otvetydighet. Handlandet är icke »Erklärungsmittel» utan *indicium* för att viljan föreligger. En motpart, som inlåter sig på att draga dylika slutsatser, får då så att säga göra det på egen risk. Kan t. ex. arvingen ådaga-lägga, att den åtgärd, som tedde sig som en »pro herede gestio», i själva verket icke var förestavad av någon avsikt att tillträda kvarlåtenskapen utan bottnade i andra motiv, har han därmed undanföjt skenet av en rättslig viljeyttring — indiciet har tappat sitt bevisvärde —, och den handlande är obunden, utan att han behöver reagera mot den förmenta viljeyttringen inom viss tid och utan att skyldighet att ersätta motparten det negativa kontraktsintresset kan åläggas honom.

När kräver nu rättsordningen, att viljeyttringar, för att vara rättsligt verksamma, måste ha egenskapen av viljeförklaringar, och när nöjer den sig med »Willensgeschäfte»? På denna centrala punkt är Manigks framställning icke lika upplysande.¹⁵⁹ Hans åsikt¹⁶⁰ är i sammanfattning denna. Kravet på ett meddelande, en verklig förklaring till en adressat, upprätthålles icke för *den handlandes* skull; för *hans* del skulle det kunna räcka med ett »Willensgeschäft». Än mindre

¹⁵⁹ v. Tuhr säger i ämnet allenast (s. 404 f.), att »Willensgeschäfte» »i talrika fall» äro likvärdiga med viljeförklaringar, varefter en rad lagrum uppräknas. (Jfr dock även s. 429.)

¹⁶⁰ Se särskilt Willenserklärung s. 517 ff. och Das System etc. s. 100. — Tidigare hävdade Manigk, att Willensgeschäfte huvudsakligen förekomma i de fall, då den handlande allenast vill inverka på sin egen, icke på andra personers rättssfär. Denna motsägande föreställning vidhåller han icke längre.

upprätthålles det av hänsyn till bevissvårigheter el. dyl. Kravet grundar sig fastmera på beaktande av *motpartens* intresse; denne skall beredas möjlighet att på ett tillförlitligt, relativt tydligt sätt få kännedom om den handlandes rättsverkningsvilja. Av samma anledning måste för övrigt en viljeförklaring, för att äga verkan, tillika komma motparten till handa, såsom ock i 130 § B.G. B. föreskrives. Denna regel gäller, enligt ratio legis, även för viljeförklaringar med obestämda adressater, trots nämnda lagbuds avfattning. *Alla* viljeförklaringar äro sålunda »empfangsbedürftig», under det att »Empfangsbedürftigkeit» vid »Willensgeschäfte» är logiskt otänkbar. Om nu som sagt kravet på »Erklärung» (meddelande) grundar sig på hänsyn till motpartens intressen, följer därav, att »Willensgeschäfte» äro tillfyllest, om motparten själv avstått från kravet på att ett meddelande skall lämnas, resp. om ett sådant avstående kan antagas med stöd av »die Verkehrssitte». Denna princip är uttalad i § 151 B.G.B., som strax skall beröras. I övrigt hänvisar författaren till att *lagen* i åtskilliga fall efterger kravet på ett meddelande, när ett sådant icke med hänsyn till motpartens intressen kan anses vara påkallat.¹⁶¹ Det förefaller som om Manigk menar, att när man icke på detta sätt kan stödja sig på ett medgivande av motparten, på »die Verkehrssitte» eller på särskilda lagbud, »Willensgeschäfte» i princip måste fränkännas giltighet.

Mot bakgrunden av det nu anförda har man att se det lagbud i B.G.B., varigenom spörsmålet om *anbudstagarens* bundenhet i *realanbuds- och beställningsfallen* regleras.

I den ifrågavarande bestämmelsen (§ 151) föreskrives, som ovan är nämnt, att »der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zu Stande, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat». Innebörden av detta stadgande skulle nu i och för sig kunna vara begränsad därtill,

¹⁶¹ »Nur da nimmt das Gesetz von ihrer Notwendigkeit» (nödvändigheten av en viljeförklaring) »Abstand, wo kein schutzwürdiges Interesse jemandes entgegensteht» — så refereras i detta avseende Manigk hos Oertmann s. 336.

att oavsett om man i här avsedda fall för en giltig viljeyttring bör kräva, att densamma skall vara till anbudsgivaren riktad, viljeyttringen i alla händelser icke behöver komma denne till handa.¹⁶² Stadgandet skulle då icke, lika litet som för den svenska rättens del 8 § Avtl, innehålla något direkt uttalande i här dryftade ämne. I motsvarande bestämmelse i första utkastet (§ 86) till B.G.B. låg väl ock åtminstone huvudvikten¹⁶³ på att fastslå, att anbudstagarens accept är verksam utan att det erfordras (vare sig att den är »uttrycklig»¹⁶⁴ eller) att den kommer fram till anbudsgivaren.¹⁶⁵ Även det gällande lagbudets räckvidd synes av vissa författare bedömas på enahanda sätt.¹⁶⁶ Merendels inlägges emellertid i detsamma en vida radikalare innebörd. Det anses vara i lagen uttalat, att i förevarande fall avtal kommer till stånd, visserligen icke *utan* accept men utan en till anbudsgivaren *riktad* eller utgiven accept. Så snart anbudstagaren i handling, om än internt, ådagalagt sin acceptvilja, är icke blott anbudsgivaren definitivt bunden utan ock anbudstagaren; från denna stund skall ock tiden för avtalet, för båda kontrahenternas del, räknas.¹⁶⁷ För accept kräves med

¹⁶² Se angående betydelsen av uttrycken »einem anderen gegenüber» och »empfangsbedürftig» ovan vid not 39 ff.

¹⁶³ Från vilka föreställningar författarna av första utkastet utgingo beträffande frågan, huruvida accepten i realanbuds- och beställningsfallen måste vara riktad till anbudsgivaren eller icke, kan ur motiven (I, 1888, s. 172 f., jfr s. 157 f.) icke med säkerhet utläsas. Utkastet har i det hänseendet uppfattats olika; se t. ex. Planck-Flad § 151, 2, Zitelmann a. a. s. 136 (nederst). Jfr vidare nedan not 172.

¹⁶⁴ Som en egenhet för utkastet gällde annars, enligt samma § 86, att för giltigheten av en accept, i motsats till andra viljeförklaringar, krävdes uttrycklighet.

¹⁶⁵ Eller rättare: utan att det erfordras att den kommer till hans *kännedom*. Enligt första utkastet (§ 74) var nämligen eljest för *tysta* viljeförklaringar »die Vernehmungstheorie» (och icke »die Empfangstheorie») erkänd. — Betydelsen av tyst viljeförklaring torde här närmast varit den ovan s. 18 under 2) anmärkta; jfr Wedemeyer s. 73.

¹⁶⁶ Se t. ex. Rümelin i Archiv f. d. civilistische Praxis, Bd 93, s. 172 ff., Jung, Bürgerliches Recht, i Das gesamte deutsche Recht, utg. av Stammler, I, 1931, s. 642.

¹⁶⁷ Under intryck av kontraktsteorien betraktar man det i allmänhet som självfallet, att avtalets rättsverknningar icke kunna »datera» från en tidpunkt för anbudsgivaren, från en *annan* för hans motpart.

andra ord — enligt Manigks terminologi — endast ett »Willensgeschäft». Stöd för denna uppfattning har man ock i den motivering, som anfördes av kommissionen för andra läsningen av utkastet och som låg till grund för lagtexten i dess slutliga avfattning.¹⁶⁸

Men skall verkligen *varje* internt handlande, ur vilket man kan utläsa en acceptvilja, medföra avtalets slutande och sålunda binda anbudstagaren? På denna punkt tvekar man, naturligt nog, inför konsekvenserna av sagda principiella inställning.¹⁶⁹ Det är närmast två metoder, som begagnas för att avrubbba grundsatsen i fråga. Å ena sidan håller man med en viss stränghet på att det skall föreligga en »allvarlig» och definitiv »Betätigung» av acceptviljan. För sådant ändamål uppställas mer eller mindre långtgående krav på att handlandet till sin typ icke får vara av alltför förberedande art.¹⁷⁰ Särskilt anses det tämligen allmänt, att i beställningsfallen först *avsändandet* av varan (och alltså icke en förberedande åtgärd för leveransen) ger uttryck för en verklig rättsverkningsvilja.¹⁷¹ Detta innebär då, eftersom avsändandet ju är en till anbudsgivaren riktad åtgärd, att talet om att en outgiven accept är tillfyllest för beställningsfallens del faktiskt saknar betydelse.¹⁷² Men även i

¹⁶⁸ *Protokolle I*, 1897, s. 83 f.: »In solchen Fällen bedürfte es gleichwohl immer noch eine Annahme, welche begrifflich zum Wesen des Vertragsschlusses gehöre»(!). »Es genüge aber ausnahmsweise *eine jede Betätigung des Annahmewillens*, welche diesen erkennbar zum Ausdrucke bringe, ohne dass sie an den Antragenden gerichtet, *diesem gegenüber* erfolgt zu sein brauche.» (Kurs. här.)

¹⁶⁹ Redan kommissionen för andra läsningen hade tydligen en känsla av att man här var ute på hal is, då den yttrade (a. st.): »Wann eine derartige Betätigung vorliege, in welchem Zeitpunkte sonach der Vertrag zu Stande gekommen sei, ob schon mit dem Beginn oder erst mit der Vollendung der Betätigungshandlung, werde sich nur an der Hand des einzelnen Falles beurteilen lassen»(!).

¹⁷⁰ Belysande är härvidlag framställningen hos Planck-Flad § 151, 4.

¹⁷¹ Se sålunda v. Tuhr II:1 s. 478 not 138, Staub-Könige Anh. § 361 anm. 70; jfr Staudinger-Riezler § 151, 3 (s. 632 överst).

¹⁷² I realiteten var det nog så, att även lagstiftaren (d. v. s. kommissionen för andra läsningen) trots den teoretiska konstruktion, som man enligt vad nyss nämndes arbetade med, för *beställningsfallens* del (men icke eljest) närmast tänkte på *den* sidan av bristande »Empfangsbedürftig-

övrigt kommer man på denna väg till betydande begränsningar av stadgandets tillämpningsområde.¹⁷³ Å andra sidan hävdas det — i synnerhet av författare, som icke äro benägna att kräva dylik kvalificerad accept — att om än anbudstagaren ådrager sig bundenhet genom det till motparten icke riktade handlandet, han får anses vara befogad att, i den mån det låter sig göra, återtaga sin accept, »redressera» sitt handlande.¹⁷⁴ Denna mening har dock talrika motståndare, helst som förarbetena till lagen snarast tala mot densamma.¹⁷⁵

keit», som består däri, att den till anbudsgivaren riktade eller utgivna accepten ej måste, för att vara verksam, komma honom *till handa*. Se Manigk, Willenserklärung s. 369—373; jfr Das System etc. s. 71 not 1. Genom denna tidigare perfektion ville man väl vinna, dels att säljaren blir *oåterkalleligt* bunden redan med avsändandet av varan, dels att även *faran* för godset då övergår å beställaren-anbudsgivaren. Enligt kontrakts-teorien anses naturligtvis denna senare effekt, som ju i och för sig endast behöver vara uttryck för anbudsgivarens bundenhet (jfr ovan not 16), icke kunna inträda med mindre »avtalet» slutits.

¹⁷³ I t. ex. det fall, att realanbudet avser en översänd bok, skulle enligt en vanlig åsikt avtal visserligen komma till stånd genom att anbudstagaren säljer eller skänker bort boken (oavsett om avhändelsen kan gå tillbaka eller ej), men icke genom att han ställer in den i sitt bibliotek eller skickar den till bokbindaren, därest den sedermera i obundet skick därifrån återhämtas. Eller för att taga det ovan not 38 anmärkta skolexemplet: hotellinnehavaren får icke anses ha förpliktat sig att godtaga beställningen blott därför att han låtit iordningställa rummet för gästens räkning; annorlunda kanske om han på grund av beställningen avvisat annan person etc. (jfr Planck-Flad § 151, 4 c, Enneccerus § 153 not 6 m. fl.).

¹⁷⁴ Så framför allt Manigk själv (Willenserklärung s. 595 ff., 384, 390 m. fl. st.). — Märk att återtagandet i allmänhet icke anses kräva en underrättelse till motparten utan blott ett faktiskt undanröjande av det tillstånd, som indicerar acceptviljan. T. o. m. om motparten före undanröjandet skulle ha vunnit kännedom om nämnda tillstånd, kan han enligt Manigk icke åberopa sig på detsamma. Det inses lätt, att man under sådana förhållanden måste enligt båda de ifrågavarande metoderna komma till mycket snarlika resultat. Vad särskilt beställningsfallen angår, kan ju, om en förberedande åtgärd skulle betraktas som accept, blotta underlåtenheten att fullfölja beställningens utförande innesluta ett tillbakatagande av accepten.

¹⁷⁵ *Motive* s. 173 nederst (jfr dock Manigk, Willenserklärung s. 373 not 501), *Protokolle* s. 84.

IV.

Innan behandlingen av det föreliggande ämnet för den svenska rättens del fullföljes, bör närmare preciseras, när en viljeyttring kan anses vara till en adressat riktad eller utgiven, när den kan sägas innefatta ett för denne avsett meddelande, så att icke i undersökningen indragas fall, beträffande vilka någon tvekan om rättshandlingens giltighet ur nu ifrågasvarande synpunkt icke kan råda. En dylik precisering är så mycket viktigare, som det ej sällan i rättslitteraturen förekommer oklarhet i detta hänseende.

1) Det utmärkande för en viljeyttring med egenskapen av ett meddelande var ju, att vederbörande handlar i *syfte* att rättsverkningsviljan¹⁷⁶ därigenom, utan någon ytterligare åtgärd å hans sida,¹⁷⁷ skall komma till motpartens (eller motparternas) kännedom. Häri ligger då vanligen, så vitt skriftliga viljeförklaringar angår, att han vidtager en särskild föranstaltning, utöver själva formuleringen av förklaringens innehåll, för att adressaten skall bli underkunnig om hans vilja (brevet avsändes t. ex.). Men undantagsvis kan det förekomma, att en dylik föranstaltning är överflödig för meddelelsesyftets uppnående. Exempel härpå bjuder testamentet. Detta innefattar otvivelaktigt ett meddelande till andra personer, en till dessa riktad viljeyttring. Men någon särskild åtgärd för att bringa innehållet i testamentshandlingen till adressaternas kännedom behöver testator icke företaga, eftersom testamentet icke skall äga rättsverkan förrän efter hans död och det då, såsom tillhörande kvarlåtenskapen, i viss mån automatiskt föres över från testators verksamhetsområde till de personers, vilkas kännedom om hans vilja av honom eftersträfvats.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Detta uttryck användes i sedvanlig bemärkelse (= »Geschäftswille», »Erfolgswille»). Med uttryckets användande tages sålunda icke ståndpunkt till frågan, om den handlande måste avse (eller av motparten måste kunna antagas avse), att en *rättslig* bundenhet skall inträda. Se i detta omtvistade ämne Ussing s. 17 (med hänvisningar).

¹⁷⁷ Resp. å sådana personers sida, för vilkas åtgöranden han enligt allmänna rättsregler har att bära ansvaret (fullmäktige, underlydande etc.).

¹⁷⁸ Jfr Manigk s. 328 ff. — Att tala om testamente såsom en »utgiven» viljeförklaring är visserligen, rent språkligt sett, stötande. Termen

2) I nära sammanhang med det nu sagda står, att en viljeyttring kan vara till annan riktad eller utgiven, även om denne icke omedelbart eller ens inom den närmaste framtiden utan allenast *förr eller senare* — kanske efter det han av eget initiativ undersökt om handlandet ägt rum — avses skola erhålla kännedom om rättsverkningsviljan i fråga. Ja, en viljeyttring i meddelelsesyfte kan föreligga, även om dess upphovsman icke anser det säkert utan endast troligt eller möjligt, att hans vilja skall komma till adressatens vetskap, blott sådan vetskap av subjektet eftersträvas.

3) En viljeyttring måste anses vara till adressaten riktad eller utgiven jämväl då densamma endast i *andra hand* uppbäres av en meddelelseavsikt. En hyresvärd uppsätter t. ex. i fastigheten ett anslag om att en viss lägenhet nästföljande förste oktober är ledig till uthyrning och avser härmed tillika att i denna form verkställa uppsägning av den nuvarande hyresgästen (alltså *underrätta* honom om sin uppsägningsvilja).¹⁷⁹

4) För att en viljeyttring i meddelelsesyfte skall föreligga kräves icke, att adressaten är en *bestämd* person; den handlande kan lika väl rikta sig till en eller flera obestämda personer. Vilken betydelse det enligt svensk rätt överhuvud har att skilja mellan en till en bestämd person och en till en eller flera obestämda intressenter adresserad viljeförklaring, kan här icke undersökas.¹⁸⁰ — I detta sammanhang må anmärkas, att det understundom förekommer, att *offentlig myndighet* å dylika intressenters vägnar fungerar som adressat; jämför t. ex. 1927 års lag om gälds betalning genom penningars nedsättande i allmänt förvar.

5) Föreligger en till en annan person riktad eller utgiven viljeförklaring, måste när det gäller att avgöra, huruvida enligt

utgivande är en *denominatio a potiori*, passande endast för normalfallen, då subjektet för att bringa sin vilja till adressatens kännedom måste särskilt föranstalta om förklaringens överförande till dennes verksamhetsområde. Men detta förändrar ingenting i sak.

¹⁷⁹ Exemplet är hämtat från Titzé (a. a. s. 58 f.), på vars uppfattning i detta hänseende det icke är anledning att här ingå. Jfr nedan not 186 och 187.

¹⁸⁰ Skillnaden möter t. ex. i Avtl §§ 13 och 14 (»särskilt riktat meddelande», »allmänligen kungjord»).

subjektets vilja andra rättsverkningar skola inträda än de med förklaringen på grund av en dispositiv rättsregel förbundna, hänsyn naturligen ofta tagas till även ett sådant handlande å subjektets sida, som klarlägger dess inställning i det ifråga-varande avseendet men från vilket man icke kan sluta sig till något syfte att ge adressaten underrättelse om viljan att avvika från den dispositiva regeln.¹⁸¹

6) Till sist. Det kan icke i förevarande hänseende fordras — i allt fall icke för förmögenhetsrättens vidkommande —, att den som företagit ett handlande, varur man med fog kan utläsa syftet att bringa en rättsverkningsvilja till annans kännedom, verkligen *haft* ett sådant meddelelsesyfte, eller ens varit medveten om att motparten utgått ifrån att syftet förefunnits. Här måste nämligen enligt svensk rätt tillitsteoriens grundsatser tillämpas. Det vore orimligt, exempelvis, om den som avsänt ett brev skulle mot giltigheten av en däri innefattad utfästelse kunna invända, att han lagt brevet på posten utan att i själva verket ha avsett att tillställa adressaten en rättslig viljeförklaring (resp. utan att ens ha avsett att göra ett meddelande av något som helst slag). Väsentligt annorlunda förhåller det sig, om det varit en obehörig person, som genom sitt handlande (brevets avsändande) föranlett, att adressaten bibragts uppfattningen att ett utgivande i vederbörlig ordning ägt rum. Viljeförklaringen lär då i princip vara ogiltig.¹⁸² Dock är att märka, dels att denna regel har sina undantag (se 35 § Avtl), dels att viljeförklaringen i varje fall icke behöver vara en nullitet (jämför 32 § andra stycket Avtl).¹⁸³

¹⁸¹ Se Planck-Flad, Vorbem. zu §§ 116 ff. under 2 c, vilken som exempel nämner § 164 1 st. 2 p. B.G.B.: det kan framgå blott av »omständigheterna», att en person velat avgiva en viljeförklaring i *annans namn*. Jfr 5 kap. 12 § 1 st. 2 p. giftermålsbalken.

¹⁸² Jfr ovan vid not 128.

¹⁸³ De uttalanden, som hos Almén (Lagen om avtal s. 180 not 40 och 208 not 11) förekomma i detta sammanhang, äro dels oklara dels missvisande, beroende på att författaren fört ihop minst tre olika frågor, nämligen: 1) den i texten först berörda frågan, huruvida en person, som själv företagit det handlande, varifrån man med fog kan sluta sig till att han velat bringa sin rättsverkningsvilja till annans kännedom, kan åberopa a) att någon avsikt att meddela en vilja till *rättsverkningars* inträde icke

I alla sådana fall, då en viljeyttring i meddelelseavsikt är för handen, torde principiellt få antagas gälla, att avgörande för viljeyttringens rättsliga effekt icke är den ifrågavarande rättsverkningsviljan själv, ens på sätt densamma av adressaten uppfattats eller bort uppfattas, ej heller viljeuttrycket så som det objektivt sett, av folk i allmänhet, bör uppfattas,¹⁸⁴ utan den rättsverkningsvilja som subjektet, enligt vad adressaten insett eller bort inse, åsyftat att *meddela*.¹⁸⁵ Att närmare ingå på hit-

hos honom förefunnits (han har avsänt en offert i stället för en gratulation; hit hör möjligen även det fall, att någon undertecknat en borgensmening i tro att det gällde bevitnande av huvudgäldenärens namnteckning); b) att t. o. m. avsikten att tillställa adressaten ett meddelande av *något som helst* slag saknats (härom talar särskilt den av författaren icke korrekt refererade v. Tuhr); 2) den i texten sist berörda frågan, huruvida den person, som en godtroende adressat förutsätter ha utgivit ett meddelande om sin rättsverkningsvilja, kan invända, att utgivandet företagits av en obehörig (en underskriven inteckningshandling blir t. ex. genom förbiseende av inteckningsdomstolen utlämnad till obehörig person; vederbörande lärar här, trots vad Almén säger, vara bunden endast i den mån 35 § Avtl kan omedelbart eller analogt tillämpas); 3) frågan, huruvida den person, som en godtroende adressat antager ha utgivit ett meddelande om sin rättsverkningsvilja, kan — oavsett hur man ställer sig till nyssnämnda spörsmål — göra gällande att, vid en skriftlig viljeförklaring, själva den ifrågavarande urkunden är med hänsyn till texten *falsk*, låt vara att underskriften är äkta (»någon skriver sitt namn på ett rent papper, vilket sedan för ses med en ovanför namnet tecknad skuldförbindelse»).

¹⁸⁴ Se sålunda angående satsen »Falsa demonstratio non nocet» framför allt Manigk, Das Wesen des Vertragsschlusses in der neueren Rechtsprechung, i Iherings Jahrbücher, Bd 75, s. 206 ff. Av särskilt intresse är, att när en viljeförklaring för att vara giltig måste iklädas viss form, man torde få anse kravet härpå uppfyllt, så vitt den handlande anlitat formen för realiserande av sitt meddelelsesyfte, även om förklaringen, sådan den föreligger, objektivt sett icke ens kan sägas ge ett bristfälligt uttryck åt rättsverkningsviljan; utfärdaren av ett köpebrev har t. ex. råkat skriva raka motsatsen till vad han velat uttrycka.

¹⁸⁵ Av betydelse t. ex. i de situationer, där en mentalreservation av adressaten genomskådats eller där den bort genomskådas. Varken i det förra fallet eller i det senare synes anledning föreligga att vägra adressaten rätten att taga fasta på den uppfattning om den handlandes rättsverkningsvilja, som denne själv genom sitt meddelande åsyftat att bibringa honom (delvis annorlunda B.G.B. 116 § 2 st., vilken bestämmelse emellertid av vissa tyska författare skarpt kritiserats).

hörande spörsmål faller emellertid utom ramen för denna avhandling.

Efter dessa inledande anmärkningar, som nämnt avsedda att från undersökningen utskilja till densamma icke hörande fall, gäller det i första hand att vinna klarhet om *grunden* till att ett krav på riktning hos eller utgivande av en viljeyttring till dess adressat över huvud kan anses böra uppställas.

Den föregående översikten av den tyska rättslitteraturen på området har varit ägnad att belysa, hurusom man därstädes finner sagda krav betingat närmast av hänsyn till *motpartens* intressen; denne måste, eftersom hans rättsläge påverkas av viljeyttringen, tillförsäkras möjlighet att erhålla kännedom om densamma. Vid sådant förhållande är man, trots olika uppfattningar i övrigt, beredd att i viss utsträckning efterge kravet i fråga, nämligen i en hel del fall där det anses att motpartens intressen icke påkalla en »richtungsbedürftig», resp. »empfangsbedürftig» viljeförklaring. I motsats härtill synes man i nordisk doktrin lägga huvudvikten vid att det av hänsyn till den *handlande själv* är nödvändigt att icke nöja sig med en mer eller mindre »intern» viljeyttring. Och konsekvensen blir, att man blott rent undantagsvis vill godkänna avvikelser från den, såsom man vanligen uppfattar det, i sakens natur liggande grundsatsen, att en rättsverkningsvilja endast i utgivet skick förtjänar beaktande.

Den nordiska doktrinen inställning på området måste säkerligen i princip tillerkännas ett visst företräde. De tyska författarnas ensidiga betonande av motpartens intressen är ägnat att försvåra spörsmålets besvarande. Medgivas må emellertid, att man med ifrågavarande utgångspunkt omedelbart uppnår *ett* resultat av grundläggande betydelse. Hänvisningen till motpartens intressen är nämligen av värde, så vitt det rör sig om en viljeyttrings verkan *mot* denne. Oberoende av vad man eljes må anse beträffande ett internt handlandes rättsliga relevans, bör det förvisso i regel — när inga särskilda skäl tala för motsatsen — antagas, att en viljeyttring icke är verksam *mot* motparten med mindre den blivit till honom riktad eller utgiven. Och varför? Jo, därför att det under sådana förhållanden ligger vikt uppå, att vederbörande erhåller en så vitt

möjligt *säker* och *tillförlitlig* kännedom om subjektets rättsverkningsvilja. Detta syfte kan visserligen in casu men icke genomsnittligt sett uppnås, om ej krav uppställles på att viljeyttringen har naturen av ett meddelande till motparten. Icke ens om det outgivna handlandet skulle i det enskilda fallet med största tydlighet utvisa förhandenvaron av en rättsverkningsvilja och motparten vunnit kännedom om detsamma, bör det få mot denne åberopas. — Dessa synpunkter leda för övrigt, såsom ock i den tyska litteraturen uppmärksammas, vidare. De motivera det längre gående kravet på att en viljeförklaring i regel (jfr dock 40 § Avtl) också måste, för att vara mot adressaten verksam, komma honom *till handa*. Och det kan diskuteras, om man ens kan stanna härvid. Starka skäl tala för att t. o. m. en utgiven och adressaten tillhandakommen viljeförklaring icke bör anses vara till dennes nackdel verksam, med mindre den är »uttrycklig» i *den* meningen, att den utmärker sig för en högre grad av tydlighet. För att t. ex. en uppsägning skall gälla *mot* adressaten, är det näppeligen tillräckligt, att denne erhåller ett meddelande, vars innebörd visserligen kan, under hänsynstagande till »omständigheterna», tolkningsvis utletas men icke framgår med otvetydighet. Det förefaller, som om adressaten här icke bör vara nödsakad (men väl berättigad) att på egen risk bedöma, huruvida en (för honom ofördelaktig) rättsverkningsvilja hos den handlande föreligger eller ej.¹⁸⁶ — Det sagda äger omedelbar tillämpning även när det gäller avtals ingående enligt bestämmelserna i första kapitlet Avtl. Här uppställles såsom betingelse för att anbudet icke skall förfalla och för att anbudsgivarens definitiva bundenhet skall inträda, att ett meddelande från anbudstagaren, varigenom anbudet accepteras, inom en viss tid kommer den förre till handa (2 och 3 §§). Syftet med detta krav är naturligen det, att anbudsgivaren skall bli underkunnig om anbudstagarens acceptvilja. Men man har intet stöd för att kravet kan eftergivras, om i det enskilda fallet anbudsgivaren på annat sätt än genom ett dylikt meddelande vunnit kännedom om anbudstagarens vilja att

¹⁸⁶ Av denna anledning är det tveksamt, om i exemplet ovan vid not 179 uppsägningen äger verkan *mot* hyresgästen.

godtaga anbudet; en accept i form av ett outgivet handlande, detta må in casu vara än så tydligt, utövar principiellt icke nyssnämnda verkan *mot* anbudsgivaren.¹⁸⁷

Så snart det emellertid gäller frågan om en viljeyttrings verkan till fördel för motparten och alltså till *nackdel för den handlande* — och det är huvudsakligen den sidan av ämnet, som i det följande skall uppmärksammas — kommer man med den tyska utgångspunkten icke långt. Eller rättare: mycket för långt. Uppenbart är nämligen, att det praktiskt taget *alltid* måste vara förenligt med motpartens intressen, att han, *om han det önskar*, får taga fasta på en till honom icke riktad eller utgiven viljeyttring. Man kommer sålunda fram till att *varje* internt handlande, som ger uttryck för en rättsverkningsvilja, utgör en viljeförklaring så till vida, att det kan åberopas mot den som företagit detsamma (under det motparten i allmänhet, av förut anförda skäl, icke kan tvingas att låta handlandet mot sig gälla). Att detta är riktigt, kan åtminstone icke utan vidare, utan en närmare undersökning, tagas för givet. — Det uppnås alltså icke på nämnda väg, såsom åsyftats, någon begränsning av området för interna viljeyttringars rättsliga verkan. Att man inom den tyska doktrinen icke synes ha ögonen öppna för detta förhållande, förklaras sannolikt därav, att man under trycket av kontraktsteorien torde anse det självklart, att sådana »haltande» rättslägen utgöra anomalier av den art att man icke har orsak att räkna med desamma. Skall motparten, förutsättes det, ha rätt att göra t. ex. ett avtal gällande, måste han också vara därav bunden; bindas kan han åter icke — om det bortses från åtskilliga fall, där ett sådant krav på särskilda grunder ej anses påkallat av hans intressen — med mindre den ifrågavarande viljeförklaringen är till honom

¹⁸⁷ Med det anförda överensstämmer vad ovan vid not 78 yttrats om tillämpningen av 8 § Avtl. Om rättsordningen i där avsedda fall, i anbudsgivarens intresse, uppställt krav på att denne dock i sista hand skall få ett meddelande från anbudstagaren sig till handa, måste de skäl, som i allmänhet tala för att kravet på meddelande icke kan eftergivras därför att anbudsgivaren in casu må ha vunnit kännedom om en acceptvilja hos anbudstagaren, även i dessa fall föranleda motsvarande slutsats.

utgiven och kommer honom till handa; alltså behöver det endast hänvisas till motpartens intressen för att motivera »Richtungs-» och »Empfangsbedürftigkeit»!

Avgörande blir följaktligen spørsmålet, om icke med hänsyn till *det handlande subjektet självt* ett krav på riktning hos viljeyttringen eller utgivande av densamma är ofrånkomligt.¹⁸⁸ Är det för det första tänkbart, att en outgiven viljeyttring kan vara uttryck för en »verklig», definitiv rättsverkningsvilja? Och måste icke, i alla händelser, sagda krav upprätthållas ur synpunkten av att man endast på detta sätt vinner garanti för att subjektets rättsverkningsvilja är allvarlig och övervägd, iklädd så att säga det minimum av form, som rättsordningen fordrar?

Man torde, helt allmänt, kunna svara: I flertalet fall måste den omständigheten, att det ifrågavarande handlandet icke till annan eller andra personer riktas eller utgives, föranleda slutsatsen, att subjektet över huvud saknar rättsverkningsvilja. Då följer redan *därunder* — under alla förhållanden som regel med få undantag —, att handlandet icke är som viljeförklaring gällande. Det diskuterade problemet uppkommer då strängt taget icke.¹⁸⁹ Men i åtskilliga fall kan man ingalunda, av frånvaron av ett utgivande draga en sådan slutsats, emedan situationen är av det slag att subjektet icke, för uppnåendet av sina syften, har något intresse av att *meddela* motparten sin rättsverkningsvilja. Att under dessa omständigheter i princip upprätthålla det ifrågavarande kravet, låter sig icke göra. Dessa senare fall äro nu, åtminstone i huvudsak, sådana, där rättsverkningsviljan närmast går ut på realiserande av en för subjektet *gynnsam* rättseffekt. Därför att vederbörande avser inträdet av vissa för honom fördelaktiga rättsverkningar, är likväl icke eo ipso avgjort, att man också kan tillskriva honom en vilja till de *ogynnsamma* rättsverkningar, som därmed (särskilt vid ömsesidigt

¹⁸⁸ Hänsynen till att outgivna viljeyttringar kunna tänkas bereda svårigheter ur *bevisningssynpunkt* torde så mycket mindre kunna spela någon avgörande roll, som rättsordningen i största utsträckning, även på privaträttens område, t. o. m. anknyter till s. k. inre fakta; se härom utförligt Manigk, Willenserklärung s. 601 ff.

¹⁸⁹ Vad som skulle diskuteras var ju endast frågan, huruvida en *rättsverkningsvilja* även i outgivet skick är rättsligt relevant.

förpliktande avtal) stå i samband. Skulle emellertid detta anses vara befogat eller skulle på annan grund fråga uppkomma om att subjektet bör tack vare sin vilja till fördelaktiga rättsverkningars inträde drabbas även av ogynnsamma rättsverkningar, är det möjligt, att rättsordningen icke tillerkänner *vilket som helst* utgivet handlande, som ger uttryck för en rättsverkningsvilja, dylik effekt, utan söker korrektiv mot risken av att viljan icke är allvarlig och övervägd.

Till utveckling av det sagda må till en början framhållas följande.

Uttrycket, att en person ådagalägger en *vilja* till vissa rättsverkningars inträde, kan innebära två helt olika saker, och det är ur förevarande synpunkt av vikt att hålla denna dubbelbetydelse i minnet. Däri kan ligga 1) att den handlande »vill» rättsverkningarna i den meningen, att han anser dem förenliga med sitt *intresse*, så att det förefinnes ett beslut hos honom, att de, i vad på honom ankommer, skola inträda. Härmed har då ännu icke uppställts något krav på att rättsverkningarna, enligt den handlandes beslut, skola inträda *direkt*, närmare bestämt: utan något ytterligare åtgörande å hans sida.¹⁹⁰ Men i nämnda uttryck kan ock inläggas just detta krav på 2) att vederbörande icke blott fattat ett beslut med hänsyn till rättsverkningarna i fråga utan tillika avser ett direkt inträde av desamma, så att han utgår ifrån att någon ytterligare föranstaltning för ändamålet icke skall av honom vidtagas. — I förbigående bör anmärkas, att den som avgiver en viljeyttring naturligen alltid ytterst eftersträvar vissa för honom¹⁹¹ *gynnsamma* rättsverkningar, de må bestå i att ett rättsförhållande uppkommer, förändras, bevaras eller upphör. Men för att uppnå denna fördelaktiga effekt »vill» den handlande ofta även i och för sig icke önskvärda rättsverkningars inträde; han ikläder sig »bundenhet» genom viljeyttringen: åtager sig en förpliktelse, överlåter eller eljest förfogar över egendom etc.¹⁹²

¹⁹⁰ »Direkt» är alltså icke liktydigt med »omedelbart»; se ovan efter not 178 (under 2).

¹⁹¹ Undantagsvis, vid benefika rättshandlingar, för en annan person.

¹⁹² I uttrycket, att en person åsyftar inträdet av *bundenhet*, inlägges sålunda icke enbart, att han har en vilja till åtagande av *förpliktelse* utan även att han har en avhändelsevilja eller annan vilja till *rättsligt förfogande*.

Någon tvekan kan nu icke råda därom, att den vilja till rättsverkningars inträde, vartill rättsordningen anknyter, när den tillerkänner rättshandlingar verkan, måste — åtminstone i det överväldigande antalet fall ¹⁹³ — vara av nyss under 2) anmärkta slag. Det är icke tillfyllest, att den handlande ger uttryck för sitt beslut, om han ej tillika avser (resp. kan av motparten uppfattas avse), att rättsverkningarna skola inträda direkt, så att utan någon hans ytterligare åtgärd avhändelse äger rum, bundenhet enligt hans förpliktelseåtagande uppkommer etc.¹⁹⁴ Eljest är viljan ingen »äкта» rättsverkningsvilja. Det rör sig då blott om något som subjektet »ämnar» företaga. Det sagda gäller, väl att märka, även om omständigheterna med största tänkbara tydlighet ge vid handen, att beslutet är definitivt, oryggligt.

Fasthålles detta, är en viktig utgångspunkt given för bedömandet av frågan om effekten av viljeyttringar, som icke äro till annan riktade eller utgivna. Konsekvensen blir nämligen, att om upphovsmannen till en outgiven viljeyttring själv förutsätter (kan av motparten uppfattas förutsätta),¹⁹⁵ att rättsverkningarna icke skola inträda direkt utan först sedan han vidtagit en ytterligare åtgärd just i ändamål att bringa sin vilja till adressatens kännedom, viljeyttringen icke är gällande.¹⁹⁶ Om däremot den handlande, trots att viljeyttringen är outgiven, icke utgår ifrån en sådan förutsättning utan räknar med ett direkt inträde av rättsverkningarna, ligger saken annorlunda till. Huruvida det förhåller sig på det förra eller på det senare sättet, beror i sin ordning därpå, om en till en adressat icke riktad eller outgiven viljeyttring är lämpad för uppnåendet av de syften, som viljeyttringen enligt subjektets mening skall tjäna.

I flertalet fall — och de sedan gammalt mest uppmärksam-

¹⁹³ Angående vissa undantag, som kunna ifrågasättas, se nedan vid not 255 ff.

¹⁹⁴ Det torde vara denna tanke, som ligger bakom det Windscheidska bildspråket, att en viljeförklaring måste innefatta »den Ausdruck der Unterwerfung des Willens unter den Willen eines anderen» (ovan vid not 132); jfr vidare Ussings bestämning av Lassens motsvarande fras ovan vid not 109.

¹⁹⁵ Denna parentes underförstås på motsvarande ställen i det följande.

¹⁹⁶ Jfr dock ovan vid not 193.

made — är nu utan tvivel situationen den, att vederbörande icke kan tänkas avse att redan genom en outgiven viljeyttring realisera den rättsliga effekt, som av honom eftersträvas. Det vanliga är ju, att man för uppnående av en önskad förändring i det förutvarande rättsläget måste *påverka* en annan person till visst handlande — inverka bestämmande på hans handlings-sätt, för att tala med 39 § Avtl. En sådan påverkan förutsätter merendels, att man adresserar sig till den andre och meddelar honom sin vilja (sin förpliktelse- eller avhändelsevilja etc.). Eljest kan man ju i regel icke med nödig säkerhet räkna med att denne erhåller kännedom om att viljan förefinnes, i allt fall icke kännedom därom inom åsyftad tid. Om nu alltså en person har beslutat sig för att i påverkanssyfte hänvända sig till sin motpart för att underrätta denne om sin vilja, är det uppenbart, att innan sådant meddelande skett det icke hos honom föreligger någon vilja att *nu* vara bunden, någon vilja till ett *direkt* inträde av rättsverkningarna. Det kan då icke komma i fråga att låta motparten, om han genom annat handlande av den förre än ett meddelande blir underkunnig om berörda beslut, taga fasta på detsamma. Detta bör vara honom förmenat helt enkelt därför, att den vilja — låt vara den i handling klart uttryckta vilja —, som han under sådana omständigheter bygger på, icke är en vilja av *det* slag, som i allmänhet utgör rättsfaktum för inträdet av de för viljeförklaringar karakteristiska rättsverkningarna. En *äkte* rättsverkningsvilja saknas.

Det visar sig sålunda, att frånvaron av riktning hos eller utgivande av viljeyttringen i nu avsedda fall har betydelse utslutande ur den synpunkten, att man på grund därav måste antaga, att jämväl själva rättsverkningsviljan fattas. Det är denna brist, icke bristen på utgivande i och för sig, som är det avgörande. Förhållandet bestyrkes därav, att även en *utgiven* viljeyttring saknar rättslig relevans, om rättsverkningsviljan är i sagda mening »oäkta». En person är t. ex. fast besluten att gå in på en föreslagen affär och vidtager för ändamålet vissa förberedande åtgärder på sådant sätt, att de bli uppfattbara för motparten, och i syfte just att denne (direkt) skall erhålla kännedom om åtgärderna. Den handlande är ändå obunden, för så vitt man kan sluta sig till att han icke räknade med

bundenhetens inträde förrän efter någon ytterligare åtgärd (t. ex. upprättande av skriftligt kontrakt) utan betedde sig på nämnda sätt endast därför att han tyckte det var lämpligt att meddela motparten sitt intresse för affären el. dyl. Ja, en person kan direkt i tal eller skrift vända sig till en annan och betyga sin »vilja» till rättsverkningars inträde i det ena eller andra avseendet utan att därav föranledas några rättsverkningar, för så vitt adressaten förstår, att uppkomst av bundenhet redan på grund av *denna* viljeyttring icke åsyftades.

Av det anförda framgår av sig självt svaret på frågan, under vilka förhållanden bundenhet uppkommer för en anbudstagare i de i 8 § Avtl avsedda *beställningsfallen*. Anbudstagaren blir bunden först genom varans avsändande.¹⁹⁷ Tidigare föranstaltningar kunna väl med all önskvärd tydlighet utvisa, att han fattat ett definitivt beslut att acceptera anbudet, men de ådagalägga icke, att han åsyftat att utan någon ytterligare åtgärd ikläda sig bundenhet. Anbudstagaren måste ju inom viss, föreskriven eller skälig, tid »påverka» sin motpart genom att till honom översända den beställda varan; utan att på detta sätt meddela motparten sin acceptvilja kan han icke uppnå den rättsliga effekt, som han åstundar. Vad skulle det då finnas för anledning för honom att vilja binda sig redan dessförinnan? Förberedande åtgärder för leveransens utförande (anskaffandet av den beställda varan från annat håll, inpackandet av densamma o. s. v.) böra alltså icke få av anbudsgivaren åberopas, icke ens om åtgärderna med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet varit *ägnade* att komma till dennes kännedom.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Huruvida han ens då är bunden i den meningen, att den sålunda avgivna accepten är helt *odterkallelig* (jfr 7 § Avtl), är en annan fråga. Här om nedan vid not 252.

¹⁹⁸ På motsvarande sätt bör det ovan i not 38 först omnämnda skol-exemplet bedömas: hotellinnehavaren blir icke bunden förrän han genom en till gästen riktad viljeyttring accepterat anbudet (sålunda i allmänhet då gästen kommer och får ett rum sig anvisat). Fallet är, i förbigående sagt, av intresse såsom belysande de lägen, där anbudsgivaren har att *av eget initiativ efterhöra*, om anbudet accepteras. Ett ytterligare, berömt skolexempel må anföras: »Ich schreibe dem Gesanglehrer, ich würde morgen von 12—1 zu ihm kommen, und komme nicht». (Zitelmann, Rechts-

Man säger nu kanske: just med utgångspunkt från sådana överväganden, som här utvecklats, måste man väl komma till det resultatet, att en viljeyttring så gott som aldrig blir verksam utan att vara till en adressat riktad eller utgiven. Måste det icke vara ytterligt sällsynt, att någon avser att med sitt handlande direkt föranleda inträdet av rättsverkningar utan att i påverkanssyfte meddela sig med annan eller andra personer?

Nej, sådana fall förekomma i icke så liten utsträckning. En del exempel må nämnas.

Det enklaste fallet utgöres av rättshandlingar av typen ockupation eller dereliktion. Ockupanten eller derelinkventen kan ju på egen hand åstadkomma den rättsliga förändring, som han önskar. Det vore då meningslöst att för rättshandlingens giltighet kräva något syfte hos dess subjekt att bringa rättsverkningsviljan till annans kännedom. Ockupationen eller dereliktionen är gällande även om den företagits under sådana omständigheter, att den icke varit *ägnad* att komma till yttervärldens kännedom, ja t. o. m. om subjektet handlat i avsikt att hemlighålla sitt förehavande. Ty här betyder icke frånvaron av viljeyttringens utgivande, att en äkta rättsverkningsvilja saknas. Subjektet avser att, utan något ytterligare förfarande, rättsverkningen (ägenderättens uppkomst eller upphörande) skall inträda.¹⁹⁹

Praktiskt viktigare — och av särskild betydelse för ämnet i denna avhandling — äro de fall då, såsom i de till 8 § Avtl hänförliga realanbudsfallen, en anbudstagare anses ha accepterat ett avgivet realanbud genom att (medelst konsumtion, försäljning eller annat dylikt förfogande) *tillägna* sig det oversända godset.²⁰⁰ Här kan uppenbarligen sägas åtminstone så

geschäft s. 137; dennes reflexion, att accept här icke kan ske *efter* den för lektionen utsatta tiden, »nach verstrichener fester Leistungszeit», är med hänsyn till den anmärkta, för läget karakteristiska omständigheten ohållbar).

¹⁹⁹ En sak för sig är, att om t. ex. derelinkventen sedermera ångrar sig och vill återtaga sin avhändelseåtgärd, han lär vara berättigad att göra detta, så länge icke dereliktionen kommit till andra personers kännedom (eventuellt inverkat bestämmande på deras handlingssätt). Jfr Hölder i Iherings Jahrbücher, Bd 58, s. 142 f.

²⁰⁰ Jämförliga rättslägen uppkomma enligt 60 § köplagen och 5 kap.

mycket, som att tillägnelsen ger uttryck åt anbudstagarens vilja att *tillgodogöra sig godset*, utan att i allmänhet något syfte hos honom föreligger, att motparten genom tillägnelseåtgärden skall vinna kännedom om viljans förefintlighet. Anbudstagaren saknar varje rimligt motiv att med sitt handlande förbinda ett sådant meddelelsesyfte; han kan ju direkt, utan att först påverka sin motpart, vinna den förmånliga effekt som han eftersträvar. Detta är något som också motparten måste, om han är normalt utrustad, kunna inse. En särskild fråga är sedan, om i tillägnelsen tillika kan inläggas ett åtagande att *betala köpeskillingen* (d. v. s. en vilja till de motsvarande *ogynnsamma* rättsverkningarna); härtill blir tillfälle att senare återkomma. Men i vilket fall som helst: att ur tillägnelsen uttolka ett *meddelande* till motparten, är en fiktion.

Även eljes förekommer det ganska ofta, att en person, som ger uttryck åt sin rättsverkningsvilja, på *den* grund saknar anledning att i påverkanssyfte hänvända sig till en motpart, att han redan innehar den egendom, vars tillgodonjutande han eftersträvar, eller annars icke önskar någon förändring genom motpartens handlande i den föreliggande faktiska situationen.²⁰¹ Bl. a. har detta förhållande stor betydelse, när det gäller *godkännande av ogiltiga rättshandlingar* (i synnerhet om möjligheten att åberopa ogiltigheten icke är begränsad redan genom föreskrift om viss klandertid el. dyl.). Det är ett fullkomligt verklighetsfrämmande antagande, att domstolarna, när de ställas inför avgörandet av huruvida ett ogiltigt avtal blivit av den kontrahent godkänt, som äger göra ogiltigheten gällande,

8 § förmynderskapslagen (förmyndaren förfogar å den omyndiges vägnar över egendom, som av tredje man presterats på grund av det enligt lagrummet ogiltiga avtalet).

²⁰¹ Belägg härför erbjuder i viss mån redan ett av de klassiska exemplen på en tyst viljeförklaring: en låntagare erlägger i förskott, för nästföljande år, ränta å lånebeloppet; genom räntans mottagande ger borgenären konkludent »till känna», att lånet icke behöver under nämnda år inbetalas (D. 2, 14, 57, pr.). Naturligtvis *kunna* omständigheterna utvisa, att borgenären verkligen avser, förutom att mottaga ränta, att *underrätta* gäldenären om sitt ifrågavarande medgivande. Men viljeytringen är lika verksam, när gäldenären icke alls har något stöd för att en sådan avsikt förefinnes hos hans motpart.

skulle i förutsatta läge inskränka sig till att beakta blott sådana åtgärder å kontrahentens sida, ur vilka kan utläsas en avsikt hos denne att bringa sin ratihabitionsvilja till motpartens kännedom. Tanken på en sådan inskränkning skulle förmodligen förefalla dem mer än lovligt »teoretisk». Man inriktar sig väl i stället på att undersöka, om kontrahenten genom sitt uppträdande över huvud kan sägas ha givit ett tillförlitligt uttryck för viljan att tillgodogöra sig det genom avtalet åtkomna (och därigenom, som man anser, sin vilja att avtalet skall stå vid makt), oavsett om han tillika åsyftat att härom *underrätta* medkontrahenten.²⁰² — I detta sammanhang bör särskilt uppmärksammas den betydande roll, som *passiviteten* spelar i det praktiska rättslivet. Även bakom passivitet *kan* visserligen dölja sig en meddelelseavsikt: någon tiger i annans närvaro just *för att* den andre skall av tystnaden draga en viss slutsats om hans vilja (»en talande tystnad»)²⁰³. Men detta är naturligtvis relativt sällsynt. Vill man meddela 'en sak, väljer man normalt ett säkrare uttrycksmedel än tystnaden. Utan då passiviteten i rättspraxis så ofta tillerkännes verkan av viljeförklaring, beror detta — om man bortser från de fall, då effekten grundar sig på särskilda lagbud eller på därmed jämförliga, sedvanerättsligt utbildade normer²⁰⁴ — på att domstolarna med stöd av omständigheterna i det särskilda fallet anse passiviteten avslöja, trots frånvaron av meddelelsesyfte, en vilja hos vederbörande att åtnöjas med det rådande faktiska tillståndet. Genom att ha förhållit sig tyst anses en kontrahent ha godtagit motpartens ståndpunkt, avstått från att göra en viss befogethet gällande o. s. v., även om ingenting tyder på att

²⁰² Antag t. ex., att någon genom ett avtal, som på grund av svikligt förledande, bristande förutsättningar el. dyl. icke är för honom bindande, inköpt en fastighet, som han ock tillträtt. Förvisso skulle man i rättspraxis icke draga sig för att fastslå, att köparen, om han efter vunnen kännedom om ogiltighetsgrunden i handling tydligt ådagalagt sin vilja att behålla och för egen räkning utnyttja fastigheten, härmed måste anses ha konkludent godkänt köpet, även om någon avsikt att stå motparten till tjänst med ett meddelande om godkännandet ingalunda kan ur hans åtgöranden utläsas.

²⁰³ Jfr ovan vid not 120 ävensom Ekström a. a. s. 565.

²⁰⁴ Jfr Karlgren i Svensk Juristtidning 1933 s. 46 f.

han velat genom sin tystnad underrätta motparten om godkännandet eller avståendet.

Av intresse ur förevarande synpunkt äro ytterligare de fall, där en fullmäktig, så vitt sådant är medgivet, i huvudmannens namn (eller eljest med omedelbar verkan för honom) företager en rättshandling gentemot sig själv i eget namn (självintråde). Fullmäktigen har otvivelaktigt då — i viss utsträckning — möjlighet att genom ett rent internt handlande²⁰⁵ föranleda inträdet av vissa för sig förmånliga rättsverkningar; tack vare den behörighet han innehar på grund av fullmakten kan han, delvis, uppnå samma effekt, som om han i påverkanssyfte hänvände sig till huvudmannen, och har så till vida intet behov av att tillställa denne ett meddelande.²⁰⁶ — Andra mer eller mindre närstående exempel äro följande.²⁰⁷ En panthavare tillförsäkrar sig ur vederlaget för den försålda panten betalning för sin fordran. En förmyndare uppfyller en förbindelse, vari han häftar till den omyndige, genom att av egna medel bekosta

²⁰⁵ Att tala om att det dock i detta fall föreligger ett utgivande av viljeyttringen å fullmäktigens sida, nämligen till honom själv »i annan egenskap», är ju blott en lek med ord.

²⁰⁶ Som bekant förhåller det sig emellertid så, att institutet självinträde — jämväl utanför fullmaktslärans område — av vissa rättspolitiska skäl motarbetas av rättsordningen, så att av en självinträdande representant ingångna rättshandlingar drabbas av, om icke nullitet så åtminstone relativ ogiltighet. Sålunda gäller enligt kommissionslagen, icke blott att kommissionär äger rätt till självinträde allenast när dylik rätt följer av avtal eller av handelsbruk eller annan sedvänja (40 §), utan också, att ett *internt* självinträde jämväl under denna förutsättning i princip är otillåtet. Enligt lagens 41 och 45 §§ sker nämligen självinträde därigenom, »att kommissionären i sitt *meddelande* om uppdragets utförande uttryckligen giver kommittenten till känna, att kommissionären själv är köpare eller säljare av godset». Lagen vidbliver dock icke denna ståndpunkt, så vitt angår rättsverkan *mot* kommissionären; se 42 § 2 st. Jfr obligationsrättskommitténs motivering: »Genom att förfoga över godset för egen räkning — exempelvis genom att lämna det såsom pant för eget lån — har nämligen kommissionären i handling visat, att han betraktar godset såsom sitt eget, och kommittenten bör därför, om förhållandet kommer till hans kännedom, kunna taga fasta på denna kommissionärens ståndpunkt ...» (N.J.A. II 1914 nr 6:1 s. 253).

²⁰⁷ Jfr ock Ussing i Ugeskrift for Retsvæsen 1929 B s. 154.

nödiga åtgärder å dennes egendom.²⁰⁸ Eller han efterskänker en fordran hos den omyndige (utan avsikt att underrätta honom därom) genom att sönderriva fordringsbeviset eller genom att i sina böcker upptaga fordringen som betald. Innehavaren av ett enmansbolag verkställer bolagets likvidation och reglerar därvid sina mellanhavanden med bolaget, under överförande av tillgångar från bolagsförmögenheten till sin enskilda förmögenhet o. s. v. Hur skulle en sådan likvidation över huvud vara möjlig, om endast till en adressat riktade eller utgivna viljeförklaringar skulle gälla?

Med det anförda har likväl icke visats mera, än att det i åtskilliga rättslägen kan förekomma, att en person genom sitt handlande ger uttryck åt en vilja till vissa för honom *gynnsamma* rättsverkningars inträde, utan att detsamma behöver vara till motparten riktat eller utgivet. Den för ämnet centrala frågan är emellertid den, om i dylika fall det utgivna handlandet också kan anses vara uttryck för en vilja till åtagande av förpliktelser eller eljest till för subjektet *ofördelaktiga* rättsverkningars inträde, så att motparten må på handlandet, i dess egenskap av viljeförklaring, kunna grunda någon rätt mot vederbörande. Spörsmålet skall här närmast behandlas med utgångspunkt från *realanbudsfallen*.

Antag sålunda, att till en person översändes en obeställd vara, åtföljd av en räkning lydande å ett högre pris än det för varan i orten gängse (men dock icke uppenbart orimligt). I syfte att tillgodogöra sig varan förfogar anbudstagaren över densamma (genom konsumtion, försäljning eller annorledes) på sådant sätt, att den icke *kan* återställas, eller han är i allt fall, på grund av nämnda syfte, icke *villig* att återställa varan. Anbudstagaren erbjuder sig betala det gängse, skäligen priset men bestrider att erlægga det i räkningen upptagna beloppet. Skall han vara skyldig till detta senare?

I nordisk doktrin är man, såsom Stang framhåller,²⁰⁹ i allmänhet på det klara med att en sådan skyldighet åvilar

²⁰⁸ Den »gynnsamma» rättsverkan, som den handlande här på egen hand avser att realisera, är förbindelsens utplånande. — Även i detta fall, liksom i nästföljande exempel, bortses från möjligheten, att på speciella grunder rättsverkningsviljan likväl icke skulle anses böra vinna beaktande.

²⁰⁹ A. a. (1 uppl.) s. 251.

honom. Men motiveringen för denna till synes så enkla sats har vållat bekymmer. Kan i anbudstagarens berörda tillägnelse inläggas en utfästelse att betala det begärda vederlaget? Är sålunda grunden till hans ansvarighet den, att han måste anses ha *accepterat* det avgivna anbudet?

Stang besvarar för sin del, enligt vad redan i annat sammanhang berörts,²¹⁰ frågan principiellt nekande. Har anbudstagaren verkställt tillägnelsen i redlig avsikt, alltså med avsikt att betala den fordrade köpeskillingen, kan han visserligen »til nød» sägas ha avgivit en accept.²¹¹ Om han däremot handlat i rättsstridigt syfte, har han »slet og ret begaaet et retsbrud og intet andet». Icke dess mindre skall enligt Stang — av skäl som icke verka alltför övertygande²¹² — det rättsstridiga förfarandet på motpartens yrkande *behandlas* som accept, så att anbudstagaren icke undkommer blott med skadeståndsskyldighet, beräknad efter godsets värde. Under sådana omständigheter är det i förevarande läge, synes författaren mena, för det rättsliga bedömandet likgiltigt, om en acceptvilja in casu är förhanden eller ej.

²¹⁰ Se ovan efter not 119.

²¹¹ Varför även här blott »til nød»? Jo väl därför, att tillägnelsen icke utan vidare kan sägas vara — vilket ju författaren för tillämpning av begreppet viljeförklaring fordrar — ett till motparten riktat handlande, ett meddelande till en adressat (ens i den mening Stang använder dessa uttryck; se ovan före not 117).

²¹² Det anförda motivet — hänsynen till att skadeståndet i regel skulle bli mindre än köpeskillingen och att det skulle vara svårt att beräkna det samma, ävensom att en person som tillägnar sig egendom oredligt icke bör slippa lättare undan än den som förfar hederligt — synes leda för långt. Skall även en tjuv, som bryter sig in i en affär och tillgriper varor, vara prislappar åsatts, erlagga skadestånd med de belopp, som prislapparna utvisa? — Icke heller Grundtvig (Norsk Retstidende 1912 s. 236 f.) anser Stangs motivering innebära någon »*virkelig* Begrundelse». Själv säger författaren: »Det rette er vistnok at opfatte Tilægnelsen som et til Erstatning forpligtende Forhold, og saa fastsætte Erstatningens Størrelse efter ethvert rimeligt Hensyn til det praktiske Livs Krav, navnlig under Hensyn til den for Afsenderen tabte *Adgang* til Fortjeneste (lucrum cessans)». Kan meningen med detta oklara yttrande vara, att anbudsgivaren trots allt icke har en ovillkorlig rätt att fordra räkningens belopp utan bör vara hänvisad till skadeståndsreglerna, så att han måste leda i bevis (eller åtminstone göra sannolikt), att han kunnat sälja varan å annat håll till det fordrade priset? Se v. Tuhr II: 1 s. 408 not 44. Jfr ock Ussing s. 211 not 26.

Denna argumentering — att tillägnelsen icke kan utgöra en accept när anbudstagaren handlat i rättsstridigt syfte — är uppenbarligen, om densamma skall tagas efter orden, hållbar endast om man bygger på viljeteorien. Enligt nordisk rätt föreligger ju en viljeförklaring icke blott då en person verkligen *velat* förplikta sig, utan även då motparten med fog kan ur hans handlande utläsa en förpliktelsevilja. Den springande punkten blir sålunda, om icke anbudsgivaren skäligen bör kunna *uppfatta* anbudstagarens tillägnelse så, att denne är villig erlägga den fordrade köpeskillingen.

Stang vill väl i själva verket också säga, att vad som gör det omöjligt att grunda anbudstagarens förpliktelse att erlägga det begärda vederlaget på ett i tillägnelsen uttryckt åtagande av denne härutinnan, är den omständigheten, att förpliktelsen inträder även om anbudsgivaren, när han vunnit kännedom om tillägnelsen, fått klart för sig, att anbudstagaren icke hade någon förpliktelsevilja. Stang torde med andra ord dela Lassens uppfattning,²¹³ att »Tilegneren bliver forpligtet, selv om han tager udtrykkelig Reservation mod at forpligtes ved Tilegnelsen, og selv om Yderen, samtidigt med Kundsken om Tilegnelsen, erholder Kundsken om, at Modtageren ikke med Tilegnelsen forbandt nogen Vilje til at yde det forlangte».²¹⁴ Väl må — så synes man böra uppfatta Stang — en anbudsgivare i vanliga fall, då han blir underkunnig om att tillägnelse ägt rum, kunna sluta sig till att anbudstagaren accepterat anbudet och ämnar uppfylla avtalet. Men det märkliga är, att acceptverkan inträder även i situationer, där en dylik slutsats icke kan dragas. Det är *därför*, som grunden till nämnda verkan måste vara en annan än den, att tillägnelsen innefattar en accept.

²¹³ Haandbog s. 235.

²¹⁴ Att en sådan regel gäller, är däremot i *kontinental* rätt långt ifrån allmänt erkänt. Se t. ex. v. Tuhr II:1 s. 409, Manigk, Das System etc. s. 72 f., Riezler, Venire contra factum proprium, 1912, s. 119. v. Tuhr anser t. o. m. — vilket bör intressera Stang — att det skulle strida mot *tro och heder*, »wenn man jemandem gewissermassen zur Strafe für eine vielleicht unbedeutende Eigentumsverletzung eine ungewollte Vertragspflicht auferlegt, deren Tragweite ausser allem Verhältnis zu dem vom Gegner erlittenen und ihm zu ersetzenden Schaden stehen kann» (s. 409 not 46).

Ikke heller denna argumentering är emellertid, så bestickande den än kan låta, i och för sig avgörande. Om man över huvud anser (och detta är säkerligen den vanliga åsikten), att en anbudsgivare, som vinner kännedom om att motparten tillägnat sig det översända godset, i *allmänhet* — d. v. s. så vitt inga särskilda omständigheter tyda på motsatsen — måste i tillägnelsen se ett uttryck för vederbörandes vilja att erlægga det fordrade vederlaget, en vilja att acceptera det avgivna anbudet, så möter det ingen som helst svårighet att från *till-litsteoriens* utgångspunkt motivera, varför även i nu avsedda läge (alltså då omständigheter föreligga, som ge vid handen att tillägnelsen icke skett i acceptavsikt) anbudstagaren häftar på grund av en genom viljeförklaring åtagen förpliktelse, på grund av sin *accept*. Ty är för en förpliktelseförklaring i dess egenskap av rättsfaktum bestämmande icke den verkliga förpliktelseviljan utan motpartens befogade uppfattning om dess förhandenvaro, saknas varje anledning att a priori förutsätta, att denna uppfattning skulle kunna hänföra sig blott till en *redan avgiven* viljeförklaring, icke jämväl till en *framtida* sådan, nämligen *för det fall* att densamma *kommer* att avgivas. En viljeförklaring kan anses ha en från upphovsmannens vilja avvikande innebörd lika väl till följd av den uppfattning motparten på förhand hyser rörande densamma, som till följd av den uppfattning han får efter dess tillkomst. Naturligtvis måste jämväl här viljeförklaringen, för att kunna av motparten åberopas, komma till dennes kännedom, men utslagsgivande är icke den föreställning om subjektets rättsverkningsvilja, som motparten *då* bibringas, utan den *föreställning*, som han med fog kunnat utgå ifrån redan *innan* handlandet företagits.²¹⁵

Resonemanget, som väl i sina huvuddrag stämmer med Lassens tankegång, ehuru det icke är hos honom närmare utfört,²¹⁶ skulle då bli följande. När anbudsgivaren (A) till

²¹⁵ Att föreställningen kunnat hysas endast villkorligt — för det fall att tillägnelse äger rum — har intet att betyda, sedan genom tillägnelsens verkställande villkoret uppfyllts.

²¹⁶ »Yderen er paa Forhaand berettiget til at stole paa, at Tilægnelsen kun finder Sted imod Forpligtelsens Overtagelse» (s. 235). Vilken möda Lassen emellertid haft att få ifrågakvarande fall att åtminstone hjälpligt

anbudstagaren (B) översänder godset, sker det naturligtvis på grund av en mer eller mindre stark förhoppning om att B skall tillägna sig godset med avsikt att för detsamma erlægga den fordrade köpeskillingen. Denna förhoppning, att en tillägnelse i sådan avsikt kommer att äga rum, kan nu, av lätt begripliga skäl, i regel icke i och för sig vinna något rättsligt beaktande; A:s intresse av att B ingår på det föreslagna avtalet skyddas vanligen icke ens så, att B ådrager sig bundenhet genom att under längre tid förhålla sig passiv. Men vad rättsordningen med fördel kan anknyta till är A:s förhandsuppfattning om att *därest* en tillägnelse av godset företages, densamma ger uttryck för B:s vilja att betala det begärda vederlaget. A måste nämligen kunna utgå ifrån att B icke ämnar handla »rättsstridigt» genom att söka åtkomma godset gratis eller dock till lägre pris än A uppställt som villkor för tillägnelsen. Samma skäl, som i vanliga fall tala för att en person måste fullgöra den förpliktelse, som han enligt motpartens uppfattning iklätt sig genom ett visst till dennes kännedom kommet handlande, oaktat senare må upplysas, att en förpliktelsevilja av ifrågavarande art icke hos honom förefanns, samma skäl tala för att B, när han tillägnar sig godset, måste infria den förpliktelse, vars åtagande A på förhand hade fog för att inlägga i hans tillägnelsehandlande, även om det vid eller efter handlandet blir för A klart, att B icke avsåg att åtaga sig någon dylik förpliktelse. Det är ju uppenbart, att A:s berörda förhandsslutsats är ägnad att »inverka bestämmande på hans handlingssätt» (39 § Avtl) — bidra till hans benägenhet att tillhandahålla B godset —, i analogi med vad som gäller beträffande den slutsats om en persons rättsverkningsvilja, som en adressat eljest först i efter-

passa in i sitt system, framgår på flera sätt (se särskilt s. 236 f.). Trots det citerade anses tillägnelsen blott vara ett »kvasilöfte», den är icke en Skylderklaring »ifølge den almindelige Opfattelse», ja författaren gör endast med en viss försagdhed (»noget anderledes», »tilsids») gällande, att tillägnelsen dock har den »juridiska» egenskapen gemensam med löftet, att den genom sin förmåga att hos motparten alstra tillit ger denne rätt att behandla vederbörande som om han hade avgivit ett löfte. Naturligtvis medverkar till Lassens svårigheter det sätt, varpå han bestämt löftesbegreppet (se ovan vid not 94 ff.).

hand, vid vunnen kännedom om ett företaget handlande, bibringas.

Någon anledning finnes sålunda icke att på *denna* grund bestrida, att anbudstagarens tillägnelse i realanbudsfallen bör ådraga honom ansvarighet till följd av att tilläggnelsen ger uttryck för ett förpliktelseåtagande å hans sida, utgör en verklig accept. Icke dess mindre är detta bestridande av en annan och djupare liggande grund motiverat.

Man måste nämligen ifrågasätta, om det *över huvud taget* finnes något fog för att tillskriva en anbudstagare, som tillägnat sig översänt gods, avsikten att genom tilläggnelsen ikläda sig en förpliktelse att betala den fordrade köpeskillingen — alltså även då omständigheterna icke ge något positivt stöd för att han handlat i »oredlig» avsikt. Varför skulle egentligen en anbudsgivare, som under vanliga förhållanden vinner kännedom om en skedd tillägnelse, ur densamma kunna utläsa en förpliktelsevilja? I tillägnelsehandlandet som sådant kan ju icke inläggas mera än en vilja att *tillgodogöra sig godset*. Tvärtom måste man säga sig, att anbudstagaren skulle förfara mycket besynnerligt, om han genom ett förpliktelseåtagande föranledde inträdet av vissa för sig ogynnsamma rättsverkningar, när detta här icke är nödvändigt för att han skall komma i åtnjutande av den förmån han eftersträvar; godset befinner sig ju redan i hans besittning. Från denna utgångspunkt är det uppenbart, att man då också kan draga i tvivelsmål, att anbudsgivaren har fog för att *på förhand* utgå ifrån att anbudstagaren icke verkställer en »rättsstridig» tillägnelse. Måste icke anbudsgivaren ha all anledning att räkna med att hans motpart såsom förständig man föredrager att tillägna sig godset gratis, utan att vilja betala något vederlag?

Man invänder naturligtvis, att den praktiska erfarenheten dock visar, att en anbudstagare endast i undantagsfall företager en tillägnelse utan att tillika vara villig att erlagga den fordrade betalningen. Ja, detta är på sitt sätt riktigt. Men eftersom anbudstagaren som sagt här icke i och för sig kan ha något intresse av en dylik ogynnsam rättsverkans inträde, måste förklaringen till förhållandet ligga däri, att anbudstagaren själv vet om, att han icke »kan», icke »får», tillägna sig godset med

mindre han tillika gäldar köpeskillingen. Anbudstagaren har med andra ord klart för sig, att han i och med tillägnelsen blir i enlighet med en i samhället genomförd regel — en i rätt eller moral eller sed grundad regel — *bunden*, skyldig att erlægga det begärda vederlaget, oberoende av ett sitt förpliktelseåtagande härutinnan. Just därför att anbudstagaren känner till, att bundenhet inträder genom själva tillägnelsen *oavsett* om han vill ikläda sig bundenhet eller ej, aktar han sig merendels väl för att företaga en tillägnelse i andra fall än sådana, då han hellre finner sig i förpliktelserättsverkningarna än avstår från förmånen att tillgodogöra sig godset. Därför och endast därför är normalt med tillägnelseviljan förenad en villighet att betala vad som fordras i vederlag.²¹⁷ Men förhåller det sig så, ligger det i öppen dag, att den omnämnda invändningen bygger på ett cirkelresonemang. Så vitt till en början ifrågavarande regel — vilken alltså, genomförd i samhället, har till *resultat*, att hos dem som företaga tillägnelser genomsnittligt sett uppkommer villighet till vederlagets erläggande — är av rent rättslig natur, måste ju rättsfaktum för de dryftade rättsverkningarnas inträde vara något annat än subjektets förpliktelsevilja (resp. motpartens uppfattning därom), nämligen viljan till godsets *tillgodogörande*.²¹⁸ Och även så vitt nämnda regel är en moral- eller sederegel, är det knappast tänkbart, att rättsordningen anknyter först till den genom moralen eller seden skapade viljan att prestera vederlag, i stället för att anknyta direkt till det faktum, som utgör »rättsfaktum» jämväl för moral- eller sederegeln (d. v. s. sagda vilja till godsets tillgodogörande).²¹⁹

Att den kritiserade tankegången är ohållbar,²²⁰ framgår

²¹⁷ Läget är alldeles detsamma i det fall att en person från disken i en butik, i butikspersonalens närvaro, tillägnar sig en därstädes befintlig vara.

²¹⁸ Angående innebörden härav (och särskilt angående frågan, om med dylik vilja förstås den verkliga eller den av motparten med fog uppfattade viljan till godsets tillgodogörande) se vidare nedan vid not 225 ff.

²¹⁹ Tankefel av nu anmärkta slag, som i litteraturen äro mycket vanliga, ha som bekant i stort antal, på olika rättsområden, påvisats och nagelfarits av Lundstedt.

²²⁰ Den blir naturligtvis icke bättre, därför att man väljer det uttrycksättet, att anbudsgivaren måste anses utgå från den »förutsättningen», att

ytterligare av dess praktiska konsekvenser i vissa avseenden. Man skulle t. ex. enligt densamma nödgas antaga, att om anbudsgivaren, när han översände godset till sin motpart, på grund av omständigheterna i det särskilda fallet hyste miss-tankar om att denne ej vore villig att i händelse av en tillägnelse av godset vidkännas förpliktelsen att gälda den begärda köpeskillingen,²²¹ han ginge miste om rätten att utkräva densamma och vore hänvisad att i skadeståndsväg fordra ersättning för godsets värde. En sådan uppfattning skulle domstolarna säkerligen icke dela.

Om alltså den acceptverkan, som tillägnelsen i förevarande fall medför, icke anknyter till något förpliktelseåtagande å anbudstagarens sida, är det emellertid lätt att förstå, varför det trots allt ter sig så naturligt att i tillägnelsen inlägga ett sådant åtagande och att då även tillskriva anbudsgivaren en förhandstillit till att något »rättsstridigt» tillgodogörande av godset icke är att förvänta. Särskilt två omständigheter komma i betraktande. Den ena har nyss berörts: rättsregeln i fråga *leder till* att verkligen, genomsnittligt sett, en tillägnelse icke kommer till stånd med mindre anbudstagaren är villig att uppfylla det av motparten statuerade »villkor» för tillägnelsen, som består i ett visst vederlags erläggande. Det förhåller sig endast så, att denna villighet (eller uppfattningen om dess förhandenvaro) är såsom rättsfaktum irrelevant. Den andra omständigheten är den, att *grunden till regeln är i princip densamma som grunden till att rättslig verkan tillerkännes förpliktelseåtaganden.*²²² Ty vad är denna grund? Jo, genom att rättsordningen behandlar sådana åtaganden som rättsfakta — med påföljd, att hos samhällsmedlemmarna i allmänhet uppkommer en tillit till att de enligt förklaringarnas innehåll åtaga förpliktelserna komma

anbudstagaren icke kommer att tillägna sig godset annorledes än i acceptsyfte, ett förhållande som måste av den senare inses. Varför skulle han förutsätta något sådant? Och varför skulle denna förutsättning vara rättsligt relevant? Om hela förutsättningsläran — åtminstone i dess Lassenska utformning — gäller för övrigt, att den är starkt infekterad av cirkelresonemang.

²²¹ Att anbudsgivaren ändock översände varan berodde kanske på att han tyckte sig kunna taga risken eller på att han hyste tillit till att domstolarna vid behov skulle förhjälpa honom till hans rätt.

att av vederbörande fullgöras, resp. förstärkes den tillit, som redan på grund av andra än rättsliga faktorer kan vara tillfinnandes — uppnås ju i främsta rummet, att en tryggad omsättning av nyttigheter möjliggöres eller underlättas. Tack vare den allmänna tilliten till avgivna utfästelser påverkas folk till ett ur omsättningens synpunkt nyttigt handlande; en person presterar till en annan i förvissning om att i sinom tid, med stöd av den andres förpliktelseåtagande, erhålla motprestation o. s. v.²²² I alldeles samma riktning fungerar nu diskuterade rättsgrundsats. Genom att i rättslivet tillämpas regeln, att en i syfte att tillgodogöra sig godset verkställd tillägnelse å anbuds-tagarens sida föranleder förpliktelse för honom att betala den fordrade köpeskillingen — varmed uppkommer och förstärkes icke blott en tillit till att en tillägnelse, varom vederbörande först i efterhand vinner kännedom, skall tillföra honom det önskade vederlaget, utan även en förhandstillit till att en tillägnelse, om den sker, kommer att ha motsvarande effekt —, underlättas omsättningen i väsentlig grad. Funnes icke denna förhandstillit, skulle naturligtvis benägenheten hos anbuds-givare i gemen att i situationer av förevarande slag företaga prestation utan att avvakta accept undergrävas eller motverkas. Regeln stimulerar med andra ord till ett — helt visst ur samhällelig synpunkt nyttigt — *fullgörande av avtal i förskott*.²²³ Den framdriver samma slags handlande å en kontrahents sida, som i vanliga fall äger rum under intryck av motpartens förpliktelseåtagande.²²⁴

²²² Jfr Lundstedt, Obligationsbegreppet, I, 1929, s. 135 ff. Se ock Ussing s. 8 ff.

²²³ Jfr till det senast sagda Ussing: »Denne Regel anbefaler sig, fordi den skaber den fornødne Tryghed i den slags Forhold, som har en nyttig Funktion i Omsætningen. Den undgaar den Usikkerhed, der vilde indtræde, hvis den, der overlod en anden Formuegodet (»Yderen«), kun havde Krav paa Erstatning for Godets Værdi, og den vil i de allerfleste Tilfælde ikke gaa Modtagernes berettigede Interesser for nær» (s. 210). »Den her omhandlede Fremgangsmaade maa søge sin Berettigelse i, at den letter Indgaaelsen af Aftaler» (s. 211 not 27).

²²⁴ Från en annan synpunkt sett torde man kunna säga, att då med en rättighet normalt är förbunden en befogenhet för dess subjekt att genom ett särskilt handlande ställa rättigheten till annans disposition på

Det nämndes nyss, att rättsfaktum för den ansvarighet, som anbudstagaren genom sin tillägnelse ådrager sig, får anses vara (i stället för ett förpliktelseåtagande) hans i handlandet uttryckta vilja att tillgodogöra sig godset, alltså hans tillägnelsevilja.²²⁵ Innebörden härav skall nu närmare belysas.

Här kan då först det inkastet väntas, att det icke är självklårt, att det för ansvarighetens inträde bör uppställas någon subjektiv betingelse alls. Fordras det över huvud en viljeförklaring (en uttryckt tillägnelsevilja) å anbudstagarens sida? Räcker det icke med det objektiva faktum, att anbudsgivaren ej återfår sin egendom? Härpå är att svara, att så långt går förvisso icke den svenska rätten. En viljeyttring å anbudstagarens sida, avseende godsets tillgodogörande, kräves. Om sålunda oförmågan att återställa godset vållats av olyckshändelse eller därav att detsamma genom sin egen beskaffenhet förstörts eller försämrats, uppkommer ingen förpliktelse att betala köpeskillingen. Lika litet uppkommer sådan förpliktelse, om visserligen godset, medan det befinner sig i anbuds-

visst av subjektet bestämt villkor, det på sätt och vis vore inkonsekvent, om icke ett sådant handlande kunde företagas i förlitan på att villkoret av den andre respekterades. Just den omständigheten, att, enligt det fungerande rättssystemet, en rättighet innefattar icke blott möjligheten att tillgodogöra sig själva den ifrågavarande nyttigheten (resp. att erhålla ett vederlag motsvarande dess objektiva värde), utan även utsikten till att genom ett särskilt handlande förvärva det av subjektet *önskade* vederlaget, måste medföra, att när dylikt handlande företagits och tack vare detsamma en tillägnelse å motpartens sida kommit till stånd, subjektets intresse icke blir till fullo täckt genom ett i enlighet med det objektiva värdet beräknat skadestånd.

²²⁵ Vad den kontinentala litteraturen angår, må i detta sammanhang hänvisas till framställningen hos Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, 1893, s. 115 ff. Något arbete, som i värde kan mäta sig med denna förträffliga bok, kan den nyare tyska doktrinen icke på ifrågavarande område uppvisa. Ehrlichs åsikt (som av tyska författare allmänt avböjes) går ut på att i realanbudsfallen och därmed jämförliga rättslägen anbudstagarens förpliktelse uppkommer direkt genom »die reale Aneignung» (med »Aneignungswille») »der real angebotenen Leistung» (jfr Bekker a. a. II s. 102 och 117). Till Ehrlich (och Bekker) ansluter sig nyligen, i ett litet men icke oävet arbete, Himmelschein, *Beiträge zu der Lehre vom Rechtsgeschäft*, 1930, s. 54 (rätt onådig recension av Neuner i *Archiv f. d. civilistische Praxis*, Bd 134, s. 104 ff.).

tagarens besittning, blivit föremål för tillägnelse men denna icke företagits av anbudstagaren själv (resp. av hans underlydande eller eljest av någon för vars åtgärder han enligt allmänna regler har att bära ansvaret) utan av en obehörig.²²⁶ Icke heller ådrager sig anbudstagaren *utan vidare* ansvarighet, om godset går till spillo (helt eller delvis) på grund av att det icke av honom *vårdas*. Hur långt hans vårdnadsplikt sträcker sig, är visserligen ganska oklart.²²⁷ Bäst framgår dock erforderligheten av en tillägnelsevilja å anbudstagarens sida därav, att om denne vid sitt handlande är omyndig eller sinnessjuk eller handlandet eljest är behäftat med ett fel, som enligt

²²⁶ Se ovan vid not 182.

²²⁷ Här måste mot varlannat vägas å ena sidan hänsynen till att icke effektiviteten av den ifrågavarande regeln äventyras genom att en anbudsgivare avskräckes från att i förskott fullgöra avtalet på grund av risken för godsets förstöring när åt detsamma icke ägnas erforderlig vård, å andra sidan hänsynen till att anbudstagaren icke rimligen bör, då godset ej av honom beställts, genom motpartens ensidiga förvållande åvälvas en betungande vårdnadsplikt. På grund av sistnämnda hänsyn lär det sålunda vara uteslutet att söka hämta ledning från köplagens regler om verkan av borgenärsmora. Att en anbudstagare genom att *uppsåttligt* fördärva godset ådrager sig förpliktelse att gälda köpeskillingen, kan väl knappast betvivlas. Härvid kan man emellertid icke stanna. Tänkbart vore, att man skulle kunna anse, möjligen med något stöd av 12:6 HB (se över huvud om detta lagrum Hasselrot, Juridiska skrifter, VIII, 1924, s. 61 ff.), att acceptverkan icke inträder genom blotta *underlåtenheten* att vårda godset, medan det däremot skulle ställa sig olika vid en genom positivt handlande ådagalagd vårdslöshet. Rationellare torde dock vara att, i enlighet med många författareshets mening (jfr Lassen s. 233 not 11 in fine, Ussing s. 212 not 28, Enneccerus 13 bearb. § 153 not 5, Staudinger-Riezler § 146, 5; delvis avse dock dessa uttalanden blott frågan om skadeståndsskyldigheten), låta det ankomma på, om den vårdslöshet, som ligger anbudstagaren till last, med hänsyn till omständigheterna kan betecknas som *grov* eller icke. Vid avgörandet härav bör beaktas, att anbudstagaren i allmänhet icke lär vara skyldig att vidtaga andra åtgärder än som äro nödiga för att skydda motparten för förlust (jfr 24 § Avt. och 48 § kommissionslagen.) — Emellertid synes även nu angivna regel om vårdnadsplikten, såsom alltför intetsägende, vara i behov av nyansering. Märk sålunda betydelsen av godsets beskaffenhet (skrymmande eller icke, av relativt stort eller litet värde etc.) samt av en eventuell tillsägelse till motparten om att anbudstagaren ej vill åtaga sig något ansvar för godset. Jfr ock Himmelschein a. a. s. 103 ff.

allmänna rättsgrundsatser kan åberopas även gentemot en godtroende adressat, någon skyldighet att betala den fordrade köpeskillingen icke torde genom tillägnelsen uppkomma. Vål skulle den motsatta ståndpunkten kunna försvaras därmed, att man i så fall vunne, att hos anbudsgivare i allmänhet ytterligare förstärktes den tillit, som rättsregeln i fråga har till syfte att uppamma. Men det finnes ingen anledning att här gå längre i denna riktning än man gör beträffande rättshandlingar i allmänhet. I den mån det beträffande verkliga förpliktelseåtaganden anses motiverat att till skydd för omyndigas, sinnessjukas etc. intressen kasta hänsynen till behovet av att skydda den allmänna omsättningen och skapa säkerhet i handel ochandel över bord,²²⁸ i samma mån är detta påkallat även här.

Även i ett annat viktigt hänseende måste otvivelaktigt en subjektiv betingelse för inträdet av anbudstagarens berörda ansvarighet uppställas. Nödvändigt är, att anbudstagaren äger eller åtminstone bör äga kännedom om att godset mottagits från annan person och om det ifrågavarande, av denne bestämde »villkoret» för tillägnelsen (det fordrade köpeskillingsbeloppet etc.).²²⁹ Detta krav synes också, såsom nedan skall visas, (för jämförliga fall) strängt upprätthållas i rättspraxis. — En annan fråga, som särskilt ur principiell synpunkt har stort intresse, är åter, vad som gäller för det fall att själva tillägnelsen sker av *misstag*. Hur ställer det sig sålunda, för att taga

²²⁸ Hur långt man sträcker sig, när det gäller att till förmån för dylika intresser uppoffra de synpunkter, som eljest dominera i svensk avtalsrätt på förmögenhetsrättens område, belyses bland annat av ett sådant lagrum som 25 § AvtL. Den legala fiktionen om att fullmäktigen på grund av åtagen garanti »ansvarar för att han har erforderlig fullmakt» — ett lagbud som lär vara förestavat av hänsyn till angelägenheten av att i samhället uppkommer eller förstärkes en tillit till fullmäktiges handlande, så att fullmaktsinstitutet blir användbart för sitt ändamål — äger enligt motiven (s. 108) i princip icke tillämpning, när fullmäktigen är omyndig.

²²⁹ Se Ussing s. 209: »indser eller bør indse, at han kun maa tilegne sig det paa visse Vilkaar» (jfr vid not 21). — I detta sammanhang må ock hänvisas till de två begränsningar i anbudsgivarens möjlighet att stipulera villkor för tillägnelsen, som omnämnas av Ussing s. 210 vid not 22 och 23. Dessa begränsningar stämma förträffligt med regelns grund.

ett bekant, från Bekker²³⁰ hämtat exempel, om en anbudstagare, som beslutat sig för att icke behålla några utan rekvisition till honom översända cigarrer, förväxlar dem med sina egna och därför röker upp dem? Frågan går i själva verket ut på huruvida i detta läge viljeteorien eller tillitsteorien skall tillämpas — med andra ord, huruvida avgörande skall vara den verkliga viljan att tillägna sig främmande egendom eller den tillägnelsevilja, som motparten kan antaga vara för handen. Anbudsgivaren måste nämligen vid det tillfälle han översänder varan — och enligt vad ovan antytts är det denna tidpunkt, som i förevarande fall motsvarar den i 39 § Avtl angivna tidpunkten — föreställa sig, att en konsumtion å anbudstagarens sida, om den äger rum, kommer att vara uttryck för en dylik tillägnelsevilja.²³¹ Det torde knappast kunna anföras några bärande skäl för att man här skulle anse viljeteoriens grundsatser böra komma till användning.²³² Att den nordiska rätten eljest, så vitt förmögenhetsrätten angår, står på tillitsteoriens grund, är visserligen icke i och för sig avgörande. Ty tillägnelsens egenskap av att utgöra ett till motparten icke riktat eller utgivet handlande skulle ju kunna tänkas motivera en tvekan om det berättigade i att här analogt tillämpa de allmänna reglerna om verkan av misstag vid rättshandlingars ingående. Det kan förvisso vara befogat att förutsättningslöst undersöka, i vad mån de skäl, som eljest tala för tillitsteorien, över huvud äro tillämpliga, när det gäller outgivna viljeyttringar. I det avseende, varom nu är tal, synes emellertid någon dylik tvekan icke behöva råda. Det ändamål, som med ifrågavarande rättsregel skall vinnas — nämligen att för stimulerande av villighet till fullgörande av avtal i förskott det genom rättsordningens försorg hör hos anbudsgivare i allmänhet skapas eller förstärkas en tillit till att i händelse av tillägnelse det begärda

²³⁰ A. a. II s. 102.

²³¹ Detta kan han på förhand utgå ifrån, hur det sedan må vara med hans förhandstillit till anbudstagarens villighet att erlagga *betalning* för vad som tillägnas.

²³² Samma resultat redan hos Bekker a. st., vilken dock förutsatte, att i det valda exemplet anbudstagarens förväxling berodde på grov vårdslöshet.

vederlaget kommer att erläggas —, talar med styrka för att dylika misstag icke få åberopas. Särskilt må framhållas, att det eljest ofta skulle ställa sig ganska lätt för en anbudstagare att undandraga sig förpliktelsen att gälda köpeskillingen genom att förebbringa omständigheter, som kunde övertyga domstolen om att ett misstag (resp. ett ursäktligt misstag) å hans sida förelupit, ehuru så icke varit fallet.²³³

Av vad här anförts om att rättsfaktum för tillägnelsens acceptverkan utgöres av en vilja att tillgodogöra sig godset, följer omedelbart, att det icke innebär något som helst besynnerligt, att även ett brottsligt (med straff belagt) förfarande medför avtalsrättsliga rättsverkningar. Den så ofta antagna motsättningen mellan rättshandling och delikt är här icke för handen. Deliktet och förpliktelseåtagandet låta sig icke gärna förena, men naturligtvis mycket väl deliktet och tillägnelseviljan.

När i det föregående talats om verkan av anbudstagarens tillägnelse, har hela tiden förutsatts, att anbudstagarens handlande i syfte att tillgodogöra sig godset haft till följd, att han icke *kan* återställa detsamma till anbudsgivaren, resp. att det dock står fast, att han icke *vill* återställa det. Nu uppkommer den betydelsefulla frågan, om anbudstagaren blir bunden i enlighet med det föreslagna avtalet jämväl i sådana fall, då han visserligen företagit en tillägnelseåtgärd men sedermera, i den mån detta rent faktiskt är möjligt, »tagit tillbaka» densamma och nu behörigen tillhandahåller anbudsgivaren godset. Anbudstagaren har t. ex. försålt godset till tredje man men har fått försäljningen att gå åter och underrättar nu motparten, att godset står till hans disposition. Skall denne ändock kunna

²³³ Lassen anslöt sig i förevarande avseende, märkligt nog, till viljeteorien (s. 232 not 8 a). Även Ussing lutar väl i någon mån åt samma håll men tillägger: »Ved Tilægnelse i Gerning kan en Vildfarelse, der ikke er fremkaldt af Yderen, dog næppe faa Betydning, medmindre Vildfarelsen udelukker Culpaa i Erstatningsregels Forstand» (s. 211 not 27). Att verkan av ett misstag skall vara beroende av detsammas ursäktlighet eller ousäktlighet, är ju en gammal viljeteoretisk distinktion, som den nordiska rätten i allmänhet står främmande för. Det förefaller, som om man icke utan mycket tungt vägande argument borde inaugurera principen på detta område.

åberopa, att anbudet »accepterats»? Är med andra ord tillägnelsen icke blott *verksam* såsom medförande ansvarighet för köpeskillingens gäldande utan även *oåterkalleligt* verksam?

Man torde böra skilja mellan olika fall. Antag till en början, att motparten vunnit kännedom om tillägnelsehandlandet först *efter* det han från anbudstagaren erhållit meddelande om att godset står till hans förfogande (alltså först efter den hos honom gjorda »återkallelsen»). Här synes såsom huvudregel böra gälla, att någon ansvarighet icke uppkommer för anbudstagaren till följd av dennes återtagna tillägnelsehandlande. Å ena sidan kan ju motparten icke åberopa sig på någon i *efterhand* vunnen, rättsligt beaktansvärd kännedom om anbudstagarens vilja att tillgodogöra sig godset (jfr 7 § Avtl). Och å andra sidan torde det i allmänhet icke heller vara av behovet påkallat att genom rättsordningens försorg hos anbudsgivare i gemen skapa eller förstärka en förhandstillit till att, därest en tillägnelse kommer till stånd, densamma icke må tagas tillbaka. Den omständigheten, att en anbudsgivare icke kan räkna med att tillägnelsen är orubblig, behöver i regel icke i nämnvärd grad motverka hans villighet att prestera i förskott; han måste ju alltid tänka sig möjligheten av att anbudstagaren icke finner med sin fördel förenligt att tillägna sig godset, och det kan då, när godset återfås i oförändrat skick, icke göra så mycket till eller ifrån, om anbudstagaren först efter någon tvekan intager sin avvisande ståndpunkt.

Det sagda gäller dock näppeligen undantagslöst. Under särskilda förhållanden, i synnerhet i handelsrättsliga rättslägen, skulle berörda återkallelserätt bereda anbudstagaren en spekulationsmöjlighet, som kunde motverka realanbudsinstitutets praktiska funktion.²³⁴ Uppenbart är nämligen, att det även finnes andra omständigheter, som kunna tänkas avhålla anbudsgivare i allmänhet från förskottsuppfyllelse av avtal, än risken för att godset, fastän accept utebliver, icke rätteligen återställas

²³⁴ Att man icke kan avfärda denna synpunkt med det naiva och på ett tankefel vilande argumentet, att anbudsgivaren får skylla sig själv, eftersom han genom sättet för anbudets avgivande berett anbudstagaren tillfälle att spekulera, behöver efter den tidigare utredningen knappast framhållas.

och förmögenhetsförlust därigenom tillskyndas vederbörande. Redan det förhållandet, att anbudstagaren ägde möjlighet att utnyttja den presterade, främmande egendomen till vinst för sig, utan någon fördel för anbudsgivaren, skulle (oaktat utnyttjandet icke lade hinder i vägen för egendomens återställande) kunna vara ägnat att verka i samma riktning.²³⁵ Under vilka förutsättningar det på sådana grunder får anses motiverat att inskränka sagda återkallelserätt, är emellertid vanskligt att säga. Att uppdraga några bestämda gränser i detta avseende, möter stora svårigheter.²³⁶

Hur ställer det sig sedan i de fall, då tillägnelsehandlandet kommit till anbudsgivarens kännedom (eventuellt även inverkat bestämmande på hans handlingssätt), *innan* han underrättats om att anbudstagaren icke är villig att behålla godset? Här är man tillbaka vid den för viljeförklaringar i allmänhet vanliga frågeställningen: skall rättsordningen låta rättsverkningar inträda i anslutning till den uppfattning om ett visst handlandes innebörd, som motparten *i efterhand* bibringas? Ty även om anbudsgivaren som nämnt icke behöver ur den till hans kännedom komma tillägnelsen utläsa något förpliktelseåtagande, kan han ju därur utläsa en vilja till godsets tillgodogörande, en tillägnelsevilja. Han sluter sig därmed till att godset *icke kommer att återställas*, för vilken händelse, på ovan skildrade grunder, acceptverkan skulle inträda. Skall gentemot en dylik slutsats anbudstagarens senare återkallelse gälla?²³⁷

Det ligger nära till hands att utan vidare svara nekande. Detta vore dock förhastat. Mot en alltför schematisk över-

²³⁵ Jfr det av Himmelschein a. a. s. 103 not 59 omnämnda (ur Gutachten der Berliner Handelskammer hämtade) fall, att de varor, som anbudstagaren vill återbära, varit utställda i butiksfönster till skyltning, utan att detta efterlämnat »några spår». Här kan dock måhända spela in en presumtion om att ett sådant begagnande av varorna väsentligt nedsätter deras värde.

²³⁶ Ett par särskilt viktiga fall, då de ifrågavarande hänsynen göra sig gällande, skola i det följande beröras.

²³⁷ Spörsmålet blir naturligtvis icke praktiskt i de undantagsfall, då enligt det i nästföregående stycke sagda en skedd tillägnelse *över huvud* icke (med hänsyn till intresset av en förhandstillits uppkomst) får tagas tillbaka.

flyttning av regeln i 7 § Avtl på förevarande område kan icke nog varnas. Här måste man nämligen, för en viss grupp av fall, taga ställning till ett principspörsmål av rätt stor räckvidd. När i sådana lägen, där vederbörande genom ett till annan eller andra personer icke riktat eller utgivet handlande ger uttryck för en vilja till förmånliga rättsverkningar (här en vilja att tillgodogöra sig det översända godset), anledning i och för sig anses föreligga att till nämnda vilja anknyta för subjektet ogynnsamma rättsverkningar (här acceptverkan), skall då *vilket som helst* utgivet handlande av ifrågavarande art vara tillfyllest? Det bör uppmärksammas, att i normala fall, då en person först genom en till en adressat riktad eller utgiven viljeförklaring, ett meddelande, kan anses ge till känna en »äкта» rättsverkningsvilja, kravet på utgivande *faktiskt* fungerar som ett slags formkrav. Spörsmålet blir under sådana förhållanden, om icke, när på grund av lägets egenart detta formkrav faller bort, det måste tillkomma något i stället, ett surrogat till skydd för den handlande mot en överilad viljeyttring och till uppnående av nödig säkerhet i rättssamfärdseln. Är icke detta nödvändigt särskilt med hänsyn till angelägenheten av att undvika *oklarhet* om existensen av och innehållet i den ifrågavarande rättsverkningsviljan (viljan till förmånliga rättsverkningar), såväl ur motpartens som ur tredje mans och de rättstillämpande myndigheternas synpunkt? Och kan det överhuvud sägas vara i högre grad av praktiska behovet påkallat, att *varje* sådant handlande tillerkännes verkan av viljeförklaring — att rättsordningen söker skapa eller förstärka en tillit till *alla* viljeyttringar av detta slag?

Helt visst måste av nu antydda skäl vissa begränsningar göras, när det gäller att låta en i ett utgivet handlande uttryckt vilja till för subjektet förmånliga rättsverkningar draga med sig ansvarighet jämväl för de ogynnsamma. Emellertid är det väl näppeligen möjligt, så olika varandra som de hithörande rättslägena äro — olika även med hänsyn till styrkan av de praktiska skäl, som tala för ett mer eller mindre vidsträckt erkännande av det interna handlandets rättsliga betydelse —, att uppställa några generella formler, med stöd varav de rättsligt relevanta viljeyttringarna kunna utskiljas

från de irrelevanta. Å andra sidan kan avgörandet uppenbarligen icke bero på en prövning, efter domarskön, av omständigheterna i varje särskilt fall. Fasthellre torde här, liksom på så många andra områden, böra eftersträvas, att för de olika typer av rättslägen, som oftast förekomma, utbildas bestämda, låt vara till en viss grad elastiska, regler. — Ett krav synes dock vara av beskaffenhet att böra mera allmänt upprätthållas. Stränga fordringar torde böra uppställas på *tydligheten* av den genom den outgivna viljeyttringen ådaga-lagda rättsverkningsviljan. Redan hänsynen till faran för att eljest talrika misstag skulle förekomma vid avgörandet av vad man har att inlägga för innebörd i ett visst internt handlande tala starkt för att anse en högre grad av tydlighet oundgänglig.

Vad nu realanbudsfallen angår, som ju undersökningen närmast avser, synes det icke vara betänkligt att låta anbudsgivaren taga fasta på åtminstone ett sådant tillägnelsehandlande å anbudstagarens sida, som (till sin typ) endast med avsevärd omgång och svårighet kan neutraliseras. Skol-exempel²³⁸: den till påseende översända boken säljes av anbudstagaren till en tredje man. Anbudsgivaren, som — låt vara rent tillfälligt — vunnit kännedom om åtgärden, bör icke behöva räkna med att försäljningen går tillbaka och boken tillhandahålles honom; en återkallelse av detta slag bör alltså icke äga verkan mot honom. Kan däremot tillägnelseåtgärden med lätthet undanröjas (anbudstagaren placerar t. ex. boken, visserligen i fullt tydlig avsikt att behålla densamma, i sin bokhylla), ställer det sig annorlunda. Här har anbudsgivaren icke alls samma stöd för sitt antagande, att en neutralisering av tillägnelsen är praktiskt sett utesluten eller, om man så vill, att tillägnelseviljan är *beståndande*.

Även om det handlande, vari anbudstagarens tillägnelsevilja kommit till uttryck, icke är i nämnda mening kvalificerat, synes det möjligen kunna försvaras, att motparten, som blivit underkunnig om handlandet, bör äga rätt att (utan hänsyn till att egendomen sedermera ställes till hans disposition) återopa

²³⁸ Jfr ovan not 173.

sig på detsamma, därest det företagits under sådana omständigheter att det varit *ägnat* att komma till hans kännedom. Här har viljeyttringen obestridligen i *viss mån* en utåtriktning, ett slags extern karaktär. Det föreligger på sätt och vis ett utgivande, om än i denaturerad och starkt försvagad form. Anbudstagaren »borde» i förevarande läge ha kunnat utgå ifrån att motparten skulle erhålla vetskap om hans vilja att tillgoda göra sig godset och taga intryck därav (d. v. s. sluta sig till att detsamma icke kommer att återställas), även om ur handlandet icke kan uttolkas något *syfte* att underrätta honom om viljans förefintlighet. — Denna synpunkt har för övrigt betydelse icke blott när det gäller tillägnelse genom positivt handlande utan även när viljan att »godset behålla» (jfr 60 § köplagen) framträder i form av passivitet. Ty passiviteten är just, åtminstone i mycket hög grad, *ägnad* att av motparten uppfattas.²³⁹

Vad i det föregående anförts kommer i tillämpliga delar bedömandet av en mängd andra fall till godo, där det rör sig om att låta en i ett outgivet handlande uttryckt vilja till förmanliga rättsverkningars inträde föranleda, att subjektet, utan något förpliktelseåtagande eller eljest någon vilja till bundenhet, drabbas av motsvarande ogynnsamma rättsverkningar. Blott några få punkter skola här beröras.

Av särskilt stor praktisk betydelse äro, såsom redan framhållits, hithörande spörsmål i de fall, där ett ogiltigt eller eljest overksamt avtal slutits. Här kan man för övrigt delvis, till stöd för slutsatser motsvarande de i det föregående utvecklade, hänvisa till positiva lagbud. I synnerhet kommer i betraktande den i allmänt avtalsrättsligt hänseende centrala lagbestämelse, som återfinnes i 57 § köplagen.²⁴⁰ Det stadgas där, att om köp häves enligt denna lag, säljaren ej är pliktig att giva köpeskillingen ut, med mindre han återbekommer godset väsentligen oförändrat och oförminskat. En köpare, som genom

²³⁹ Jfr ovan s. 48.

²⁴⁰ Även bestämmelserna om reklamationsplikt i köplagen och i andra lagar vila delvis på synpunkter av nu dryftade art. Att utveckla detta skulle emellertid här föra för långt. Se de värdefulla men dock något ensidiga anmärkningarna i ämnet hos Ehrlich a. a. s. 189 ff.

tillägnelse av godset föranleder, att detsamma icke behörigen återställas, går alltså sin hävningsrätt förlustig, d. v. s. måste betala den betingade köpeskillingen,²⁴¹ även om denna är högre än godsets värde; avtalet »konvalescerar». Varför skall här säljarens intresse av godsets återfående, trots att köpet i och för sig skulle vara mot köparen overksam, tillgodoses icke blott genom en värdeersättningsplikt för denne utan genom att, såvitt hävningsbefogenheten angår, samma rättsverkningar inträda som om köparen förklarat sig vilja vidbli köpet? Något direkt svar härpå lämnas icke i motiven till köplagen,²⁴² ej heller, efter vad det synes, i Alméns kommentar. Man torde emellertid icke misstaga sig, om man utgår ifrån att de praktiska hänsyn, som ligga bakom bestämmelsen, i sak överensstämma med de förut skildrade; det är ur omsättningens synpunkt angeläget att sörja för att en säljare kan leverera sin vara utan att riskera, att därest köpet av en eller annan anledning skulle gå åter, godset ändock av köparen behållas på andra villkor än de av honom i avtalet bestämda.²⁴³

²⁴¹ Resp. den betingade köpeskillingen med det avdrag, som — för den händelse köpet häves på grund av fel eller brist i godset — prisminskningens föranleder. Genom utövandet av denna rätt kommer ett »partiellt» hävande till stånd. I övrigt slipper emellertid icke köparen undan med en värdeersättningsskyldighet. (Jfr Almén, Köp och byte II s. 17 ff.).

²⁴² Det räknas då icke vad som säges därom, att det »följer av köpeavtalets ömsesidiga natur, att prestationerna, då de återgå, skola mot varandra utväxlas, så att vardera kontrahenten äger innehålla vad han mottagit, till dess han utbekommer motprestationen» (N.J.A. II 1906 nr 1:1 s. 98). Uttalandet syftar synbarligen närmast på den i lagbudet stadgade »retentionsrätten». I allt fall kan väl denna begreppsjurisprudens icke ha varit reellt avgörande för lagstiftarens ställningstagande.

²⁴³ Angående den omständigheten, att köparen dock så till vida får tillägna sig godset på andra villkor än de av säljaren stipulerade, att han vid fel eller brist i detsamma åtnjuter prisminskningens rätt, jfr Ussing s. 210 vid not 22 och ovan not 229 och 241.

Den subjektiva betingelse, som i realanbudsfallen måste för ansvarighetens inträde vara uppfylld, nämligen att anbudstagaren äger eller bör äga kännedom om att godset mottagits från annan person och om de av denne föreskrivna villkoren för tillägnelsen, har här sin motsvarighet i bestämmelsen i 58 §, att hävningsrätt likväl föreligger, där godset undergått förändring allenast till följd av åtgärd, som av köparen vidtagits,

Tydligt torde vara, att 57 § köplagen för sin del endast under *den* förutsättningen anknyter uppkomsten av berörda betalningsansvar till en skedd tillägnelse, att densamma har till följd, att godset icke i väsentligen oförändrat och oförminskat skick till säljaren återställles. Det är hänsynen till den förmögenhetsförlust, som säljaren skulle tillskyndas genom det bristande återställandet, som varit avgörande för regeln i fråga. Härav följer, i enlighet med vad ovan beträffande realanbudsfallen anförts, att om köparen, innan säljaren vunnit kännedom om tillägnelsehandlandet, neutraliserat detsamma och tillhandahåller godset, säljaren icke kan på själva tillägnelsen som sådan grunda någon rätt. Detta understrykes också med skärpa av Almén.²⁴⁴ Att dock undantag från denna princip kunna ifrågasättas, har likaledes förut antytts. En viktig punkt må särskilt framhållas. Skulle uteslutande nyssnämnda hänsyn tillmätas betydelse, ginge köparen icke sin hävningsrätt förlustig, om han för det fall att godset vore av *generisk* beskaffenhet förfogade över detsamma så att återkallelse vore omöjlig, blott han tillhandahölle säljaren ersättning för godset i egendom av samma slag. Men tveksamt är, om icke en sådan regel, särskilt i handelsrättsliga förhållanden, bör förkastas med hänsyn till den möjlighet att spekulera på säljarens bekostnad, som köparen därigenom skulle erhålla.²⁴⁵ — Av den

innan fel eller brist, på grund varav han vill häva köpet, märkts eller bort märkas. Före denna tidpunkt har ju köparen fog för att utan vidare behandla godset som sin egen tillhörighet, varmed grunden för den omtalade ansvarigheten bortfaller. Ur denna synpunkt är, inom parentes sagt, utgången i N.J.A. 1916 s. 428 att beklaga (Alméns uttalanden i ämnet, Köp och byte II s. 256 not 71, äro föga övertygande, då han egentligen icke ingår på själva kärnfrågan, huruvida tredje mans underlåtenhet att tillhandahålla godset för återställelse bör av *den* orsak ha »kraftigare verkan» än köparens egen ovillighet därtill, att sagda underlåtenhet beror på en åtgärd, som ägt rum *innan* köparen märkt eller bort märka felet; jfr dissidentens votum).

²⁴⁴ A. a. s. 232 f. Det framhållles, att hävningsrätten icke utan vidare förloras därigenom, att köparen i sin ordning försäljer godset: »Om godset av den, till vilken detsamma försållts av köparen, ställes till dennes disposition och av köparen till säljarens, kan säljaren icke på grund av den mellankomna försäljningen i och för sig motsätta sig köpets hävande».

²⁴⁵ Till vad jag på denna punkt yttrat i uppsatsen »Utan det vises,

omständigheten, att köparen dock sålunda i allmänhet äger, innan säljaren blivit underkunnig om tillägnelsen, taga tillbaka densamma, så vitt han är i stånd att tillhandahålla godset

att det honom till nytta använt är», i Minnesskrift till 1734 års lag (s. 644 not 1), ställer jag mig alltså numera tvivlande. — En viss tveksamhet i ämnet kommer också till synes hos Lassen-Ussing, Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del, I, 1923, s. 274 not 33: »Kjøberen kan ikke slippe med at afgive en anden lige saa god Ting af samme Slags. Spørgsmaal herom kunde dog maaske rejses med Hensyn til Aktier o. desl. . . » Varför skall köparen just beträffande aktier ha dylik utbytesrätt? Eller syftas det med »o. desl.» på generiskt bestämd egendom över huvud?

Även i ett annat avseende skulle det kunna diskuteras, om icke ett undantag från omförmälda regel bör göras. Kan det vara rimligt, att en köpare, som ägt eller bort äga kännedom om de omständigheter vilka ge honom befogenhet att häva köpet, skall ha sin hävningsrätt i behåll trots att han före godsets återställande i väsentlig grad *brukat* detsamma, låt vara att godset icke genom brukandet väsentligen *förändrats*? (Här bortses naturligen från de fall, då brukandet på grund av förhållandena kan sägas vara förenligt med säljarens intressen). Ett dylikt resultat är uppenbarligen i många fall stötande. Jfr emellertid Almén II s. 238 och 255 f. samt Riezler, Venire etc. s. 155 ff.

Än ytterligare bör uppmärksammas, att det icke är tillräckligt, för att en hävningsberättigad köpare skall undgå ifrågavarande ansvarighet, att han (i oförändrat och oförminskat skick) återställer godset; återställandet måste också ske omedelbart eller dock *utan väsentligt dröjsmål* (se närmare Almén II s. 236). Genom att köparen gör sig skyldig till mora härutinnan förverkas hävningsrätten. I någon mån kan detta motiveras redan därav, att säljaren under sådana omständigheter ej sällan måste kunna sluta sig till att köparen icke ämnar företaga någon återställelse utan trots allt vill »godset behålla» (jfr ovan vid not 239). Men grundsatsen gäller även eljest. Gällde den icke, skulle hela regeln om tillägnelsens acceptverkan lätt förfela sitt ändamål. — Motsvarande princip synes för övrigt böra erkännas även i realanbudsfallen. Visserligen blir i allmänhet anbudstagaren där icke bunden blott genom sin passivitet. Men om han, *sedan godset återfördrats*, underlåter att inom skälig tid tillhandahålla detsamma, synes detta böra ha till följd, att avtalet blir gällande, därest anbudsgivaren det påyrkar. En sådan underlåtenhet måste rimligen till sina verkningar jämnställas med en tillägnelse. Anbudsgivaren bör få utgå ifrån, att när godset icke efter återkravet tillhandahålles honom (något *ötersändande* kan han naturligtvis icke fordra), en tillägnelse ägt rum, och sålunda ej vara hänvisad till att genom utverkande av dom och verkställighet därå förskaffa sig viss- het om, huruvida godset finnes i behåll eller ej. T. o. m. om anbudstagaren försäkrar, att han icke har en tanke på tillägnelse, bör hans

i väsentligen oförändrat och oförminskat skick, följer nu som nämnt icke utan vidare, att säljaren skulle vara förhindrad att taga fasta på ett tillägnelsehandlande, som kommit till hans kännedom före den tidpunkt då godset ställts till hans disposition — med hänsyn till den slutsats om att godset icke kommer att återställas, som han på grund av handlandet bibringas. Om *detta* spörsmål, som har en mera allmän räckvidd, uttalar sig 57 § köplagen icke. Vad ovan i det hänseendet yttrats beträffande realanbudsfallen torde här, *mutatis mutandis*, kunna tillämpas. *Vilket som helst* tillägnelsehandlande av en köpare, som äger eller bör äga kännedom om sin hävningsrätt, är sålunda icke av beskaffenhet att under nu avsedda förhållanden föranleda uppkomsten av ifrågavarande ansvarighet.^{246, 247}

Av intresse ur förevarande synpunkt äro vidare sådana fall, där den som mottagit ett anbud att till visst pris få köpa en

oförmåga eller ovillighet att inom skälig tid ställa godset till motpartens disposition ådraga honom skyldighet att betala köpeskillingen. Eljest skulle även här regeln om tillägnelsens acceptverkan kunna bli illusorisk.

²⁴⁶ Almén yttrar (a. st.) om det fall att en köpare, som på grund av fel i godset har hävningsrätt, säljer godset till tredje man: »Icke ens om köparen, när han sålde godset vidare, bevisligen hade kännedom om felet, bör han enligt vårt förmenande ovillkorligen gå sin hävningsrätt förlustig» (förutsatt att godset kan behörigen återställas och erforderlig reklamation äger rum). Denna mening är otvivelaktigt, *så vitt man endast utgår från den i 57 § lagfästa grundsatsen*, i allmänhet riktig; med samma utgångspunkt är det ock meningslöst att skilja mellan en definitiv försäljning till tredje man och ett försäljningsförsök (se Almén not 79). Men saken kommer i ett annat läge under de särskilda omständigheter, som i texten senast berörts. — Tilläggas må, att Almén som en särskild rättsgrund för köparens ansvarighet, vid sidan av 57 §, då och då omnämmer avtalets *godkännande* (jfr Lassen-Ussing a. a. s. 250 ff.). Fullt tydligt är emellertid icke, om författaren därvid endast har ett till säljaren riktat eller utgivet godkännande i sikte (s. 176, 232, 255 not 67).

²⁴⁷ I detta sammanhang må slutligen erinras om att ett mot 57 § köplagen svarande stadgande även återfinnes i 41 § 2 st. samma lag. Se härom Almén I s. 652 ff. När författaren hänför avyttring av godset eller annat förfogande däröver till »*facta concludentia*», jämförliga med en »i förhållande till säljaren avgiven förklaring», får detta alltså icke missförstås så, att grunden till konkursboets ansvarighet skulle vara dess uttryckligt eller tyst tillkännagivna vilja att övertaga betalningsskyldigheten.

sak eller eljest göra visst rättsförvärv, tillägnat sig saken eller den erbjudna förmånen *utan att tillägnelsen möjliggjorts genom prestation å anbudsgivarens sida*. En jordägare ger t. ex. sin arrendator anbud på att till ett bestämt pris övertaga vissa jordägaren tillhöriga inventarier, som befinna sig i arrendatorns besittning, och denne tillgodogör sig sedan inventarierna för egen räkning, så att de icke kunna återställas, men vägrar betala högre belopp än som motsvarar deras objektiva värde. Eller för att taga ett exempel ur (icke offentliggjord) rättspraxis: en fastighetsägare förklarar sig på förfrågan från sin granne villig att mot viss ersättning upplåta ett för denne behövt markområde; grannen, som finner det begärda beloppet för högt, avslår anbudet men tager egenmäktigt området i besittning och utnyttjar detsamma.²⁴⁸ Även i sådana situationer synes böra gälla, att anbudstagaren blir genom tillägnelsen pliktig att erlagga det fordrade vederlaget. Visserligen har anbudsgivaren här icke, såsom i de förutnämnda realanbudsfallen, av utsikten till detta vederlag föranletts till förskottsuppfyllelse av avtalet. Men icke dess mindre kan väl anbudet sägas ha »möjliggjort» anbudstagarens tillägnelse, så till vida som det genomsnittligt sett lär kunna förutsättas, att en anbudstagare i dylika fall icke skulle, därest ett medgivande till en tillägnelse på vissa villkor saknats, ha företagit någon tillägnelse alls.²⁴⁹ I den meningen har vederbörande även här *begagnat sig* av anbudet för tillägnelsens verkställande.²⁵⁰ Den principiella överensstämmelsen med de ovan undersökta rättslägena är alltså stor.²⁵¹

²⁴⁸ Se vidare de intressanta exempel, som anföras av Stang a. a. (1 uppl.) s. 254 under III.

²⁴⁹ Jfr till frågan om det *straffrättsliga* bedömandet av de fall, då en person, som erhållit medgivande att på vissa villkor för egen räkning förfoga över annans egendom, företager förfogandet men åsidosätter villkoren, N.J.A. 1932 s. 564 och 1933 s. 133.

²⁵⁰ Annorlunda om i en butik varor med åsatla prislappar stjälas av en inbrottstjuv eller förskingras av butiksföreståndaren. Jfr ovan not 212.

²⁵¹ Jfr ock det gränsfall, som omnämnes hos Ussing s. 210 not 22: »Naar Ting er købt ugyldigt hos en Fuldmægtig, der har overskredet sin Ordre, og Tilegnelsen finder Sted, efter at Fuldmagtsgiveren har underrettet Køberen om Vilkaarene, bindes Køberen ved disse trods Aftalen med Fuldmægtigen».

Ytterligare torde de ovan angivna synpunkterna leda till att under särskilda omständigheter jämväl en till annan eller andra personer *riktad* eller *utgiven* viljeförklaring tillerkännes en förhöjd rättsverkan, nämligen på det sättet att förklaringens avgivare berövas den återkallelserätt, som enligt 7 § Avtl skulle stå honom öppen. Sålunda tala starka skäl för att i beställningsfallen anse anbudstagaren-säljaren oåterkalleligt bunden redan i och med godsets avsändande, och motsvarande regel kan måhända även eljest antagas i vissa fall, där motparten står *faran* för en försändelses framkomst.²⁵² I detta sammanhang må ock särskilt hänvisas till den av Ussing uppställda regeln — som även för svensk rätts del synes böra godtagas —, att vid sådana ömsesidigt förpliktande avtal (försäkringsavtal, köp av lottsedlar etc.), där *slumpen* spelar den avgörande rollen, anbudstagaren saknar rätt att återkalla sin (avsända) accept, sedan den händelse inträffat, som var betingelse för den rätt till prestation, vilken skulle ha tillfallit anbudsgivaren enligt avtalet.²⁵³ För dylika fall, där det kan vara lämpligt att söka motverka en ur samhällelig synpunkt onyttig

²⁵² Se närmare Ussing i Ugeskrift for Retsvæsen 1929 B s. 154 f. (med hänvisningar). Författaren uppställer regeln, att säljaren vid genusköp, där hans leveransplikt endast går ut på att avsända varor till köparen, blir oåterkalleligt bunden med avsändandet. »Dette er et naturligt Modstykke till Reglen om at Risikoen gaar over paa Køberen ved Afsendelsen. Var Sælgeren ikke bundet, kunde han 'tilbagekalde' Overdragelsen, naar Forsendelsen forløb heldigt, og omvendt lade Køberen faa Tabet, naar der intraf Skade.» Naturligen kan det dock tvistas om huruvida ej denna ståndpunkt bottnar i en överskattning av den praktiska betydelsen av att en kontrahent står *faran*. — Jfr vidare beträffande beställningsfallen Himmelschein a. a. s. 101 f.: »Cujus periculum, ejus commodum. Das ist einer der Grundsätze der bona fides». Emellertid bör enligt författaren »jedesmal das konkrete Periculum und das konkrete Commodum gegeneinander abgewogen werden» (?).

²⁵³ A. a. s. 42. »Saaledes maa en Lotterikollektor, der har accepteret et Tilbud om at købe en Lotterisedel, idet han har afsendt Sedlen eller afsendt Svar med Opgivelse af Sedlens Nummer, være uberettiget til at tilbagekalde Accepten, efter at der er faldet Gevinst paa Sedlen.» Fallet är berömt. Se *Entscheidungen* des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd 36 s. 322 ff., Wedemeyer a. a. s. 32, Himmelschein a. a. s. 117 ff.; se ock Ehrlich a. a. s. 212 ff. (även om försäkringsavtal).

spekulation av anbudstagaren på motpartens bekostnad, visa sig alltså kontraktsteoriens strävanden att så vitt möjligt söka undvika eller begränsa tillståndet av ensidig bundenhet för endera kontrahenten vid avtals ingående samt att låta rättsverkningarna för bägge kontrahenterna »datera» från en och samma tidpunkt²⁵⁴ ha en riktig kärna.

Till sist möter frågan, huruvida icke hänsyn av den art, varom i det föregående varit tal, undantagsvis böra anses ha till följd, att acceptverkan (eller annan ofördelaktig rättsverkan) måste anknytas jämväl till en »oäkt» rättsverkningsvilja, till ett blott *förberedande* handlande å subjektets sida. Sådana fall kunna säkerligen förekomma. Om t. ex.²⁵⁵ A anmodar B att, mot viss ersättning, för A:s räkning inköpa ett antal aktier, utan att begära annat svar på sin hänvändelse än att aktierna sedermera (inom viss föreskriven tid) till honom översändas, samt B verkställer inköpet, torde B icke vara berättigad att, efter det aktierna stigit i värde, behålla dem för egen räkning, även om A, innan han vunnit kännedom om inköpet, underrättas om att B icke är villig efterkomma A:s anmodan²⁵⁶ (alltså underrättas om att B avböjer A:s anbud om ingående av ett uppdragsavtal).²⁵⁷ Man kan icke grunda denna omedelbara uppkomst av äganderätt för A till aktierna på någon vilja hos B att ikläda sig dylik »bundenhet». Vad skulle väl B (om man bortser från det inflytande, som en redan i samhället genomförd regel av förevarande art må kunna utöva på hans inställning vid handlandet²⁵⁸) ha för anledning att omedelbart med inköpet avhända sig möjligheten att, om det

²⁵⁴ Se för den nordiska doktrinen del t. ex. Hagerup i Tidsskrift för Retsvidenskap 1894 s. 56.

²⁵⁵ Ett annat, i viss mån extremt exempel erbjuder den förut anmärkta växelrättsliga lagbestämmelsen (21 § tredje stycket i 1880 års växellag).

²⁵⁶ B förutsättes här icke ha någon skyldighet att åtaga sig uppdraget, icke ens i den form att det åligger honom en svarsplikt, om han vill undandraga sig detsamma (jfr 5 § kommissionslagen).

²⁵⁷ Enligt tysk rätt hänföres ofta jämväl dessa fall under § 151 B.G.B. Se särskilt Himmelschein a. a. s. 40 (överst) och 45 ff. Jfr vidare ovan s. 65 f.

²⁵⁸ Se ovan vid not 217.

skulle visa sig fördelaktigt för honom, tillgodogöra sig aktierna för egen räkning?²⁵⁹ Och man torde icke ens kunna säga, att den vilja till inträdet av *gynnsamma* rättsverkningar (erhållande av vederlag för uppdragets fullgörande), som förelåg hos B, var en äkta rättsverkningsvilja. Ty denna förmånliga rättseffekt för B kunde ju icke direkt realiseraras genom förvärvet av aktierna utan först sedan B satt sig i förbindelse med A och överlämnat papperen till denne.²⁶⁰ Själva inköpet kan i det hänseendet knappast betraktas annorledes än som en förberedande åtgärd.²⁶¹ — Grunden till att A omedelbart med B:s inköp bör anses vara ägare till aktierna ligger emellertid i öppen dag. En sådan regel är påkallad ur synpunkten av att den möjliggör eller underlättar uppdragsavtals ingående i nu avsedda ordning. Om en uppdragsgivare i dylika fall icke kunde utgå ifrån att det är *han*, som erhåller den vinst som vid en kursstegring å aktierna må uppkomma efter inköpet, utan finge räkna med att uppdragstagaren för egen räkning utnyttjar anbudet i spekulationssyfte,²⁶² måste benägenheten att på detta smidiga och för omsättningen gagneliga sätt anlita mellanhänder för avtals slutande motverkas.²⁶³

²⁵⁹ Däremot är det självklart, att B önskar, att köpet gäller *mot* A (en rättsverkan som ju emellertid, enligt löftesteorien, följer redan av A:s anbud). Med andra ord: B kan tills vidare vilja ha fria händer; ett svävande rättstillstånd är mest förenligt med hans intressen.

²⁶⁰ Något som han enligt det valda exemplet måste göra inom viss föreskriven tid, vid äventyr av att anbudet eljest förfaller.

²⁶¹ Jfr den visserligen icke fullt analoga situationen, då i beställningsfallen anbudstagaren-säljaren för att fullgöra beställningen i sin tur inköper varan från tredje man.

²⁶² Jfr ovan vid not 235.

²⁶³ Det må icke invändas, att konsekvensen härav bleve, att man även i beställningsfallen borde anse det motiverat att låta bundenhet för anbudstagaren-säljaren inträda på ett tidigare stadium än varans avsändande. Ty risken för att anbudstagaren här (på ett ur samhällelig synpunkt skadligt sätt) spekulerar på anbudsgivarens bekostnad är av lätt insedda skäl i allmänhet icke ens tillnärmelsevis så stor som vid uppdragsavtal. — Jfr i detta sammanhang även de bestämmelser i *kommissionslagen*, som gå ut på att trygga uppdragsgivaren (kommittenten) mot illojal spekulation av kommissionären (särskilt 42 § 2 st.).

V.

För ytterligare belysning av det undersökta ämnet kan det slutligen vara av intresse att dels beröra några fall, då vid tillkomsten av *nyare svensk lagstiftning*, särskilt då lagstiftningen på familjerättens och successionsrättens område, frågan om verkan av till en adressat icke riktade eller utgivna viljeyttringar blivit i någon mån uppmärksammas, dels referera ett antal *rättsfall* i ämnet.

1) I 1 kap. 1 § giftermålsbalken stadgas, att trolovning är sluten, då man och kvinna med vittnen, ringväxling eller annorledes överenskommit att ingå äktenskap med varandra. Angående trolovnings *brytande* finnes däremot ingen föreskrift i lagen. Av motiven till densamma²⁶⁴ inhämtas emellertid, att »trolovningen bör kunna brytas icke blott efter överenskomelse mellan parterna, utan även genom den enes tillbakaträdande». — »Och liksom trolovningen slutes formlöst», säger lagberedningen vidare, »bör den ock kunna formlöst brytas; det bör vara tillräckligt att båda parterna komma överens att häva trolovningen eller att den ene av dem *på vad sätt som helst, i ord eller handling, tillkännagiver sitt tillbakaträdande*».²⁶⁵ Då ordet »tillkännagiver» här som eljest är dubbeltydigt, kan det vara tveksamt, om enligt lagberedningens mening det för trolovningens ensidiga brytande erfordras ett uttryckligt eller konkludent meddelande från den ene parten till den andre — en utgiven viljeförklaring — eller om det är till fyllest, att medkontrahenten av vederbörandes uppträdande kan draga den slutsatsen, att hans vilja att ingå äktenskap numera upphört.²⁶⁶ Enligt allmänna grundsatser skulle, då det här rör sig

²⁶⁴ Lagberedningens förslag till lag om äktenskaps ingående och upplösning m. m., 1913, s. 109.

²⁶⁵ Kurs. här.

²⁶⁶ I vilket fall som helst gäller, av särskilda skäl som här icke omedelbart intressera, att en trolovning i princip mister sin giltighet, om endera kontrahenten ingår äktenskap (eventuellt även om han sluter trolovning) med en tredje person. Se härom närmare lagrådets yttrande N.J.A. II 1916 s. 14 ff.

om en rättsverkan *mot* medkontrahenten,²⁶⁷ det förra böra antagas.²⁶⁸ Emellertid är på grund av rättsförhållandets särskilda natur kravet på ett meddelande här icke på långt när lika starkt motiverat som i vanliga fall. Medan det i allmänhet skulle vara mycket olämpligt, att en motpart vore nödsakad att låta mot sig gälla en annan viljeyttring än en sådan, som genom sin egenskap av en till honom riktad, ja t. o. m. tillhandakommen förklaring är ägnad att med relativ tydlighet bibringa honom vetskap om den handlandes rättsverkningsvilja, säger det sig självt, att det i förevarande läge skulle framstå såsom en onödig formalism, om icke även den kännedom, som en kontrahent på annat sätt än genom en dylik viljeförklaring vunnit om medkontrahentens inställning till rättsförhållandets fortbestånd, skulle rättsligt sett kunna komma i betraktande. Det kan här icke som eljest anses obilligt, att en part *måste* bilda sig ett omdöme om andra partens vilja blott med stöd av dennes allmänna uppträdande el. dyl.

I ett rättsfall av sent datum (N.J.A. 1932 s. 401) ha domstolarna ock uttryckt sig på ett sätt som ger ett visst stöd för att denna ståndpunkt av dem omfattats:

En person, A, ingick år 1877 äktenskap, som, efter det makarna år 1905 på grund av oenighet hävt sammanlevnaden, år 1920 upplöstes. I äktenskapet föddes flera barn. Under år 1907 kom Hilda B. såsom hushållerska till A, hos vilken hon sedermera stannade. På grund av intimt förhållande dem emellan föddes åren 1916 och 1920

²⁶⁷ Se ovan s. 81 ff.

²⁶⁸ Så Bentzon, Familieretten, I, 1924, s. 23: »Loven omtaler ikke, hvad der udkræves, for at 'hæve' en Forlovelse. Efter vor Skik og Brug kan det ske ved en ensidig Beslutning, der dog synes at maatte være meddelt den anden Part, førend 'Ophævelsen' kan siges at være sket.» — Jfr vidare Westring, Den nya giftermålsbalken, 2 uppl. utg. av Ekeberg & Stenbeck, 1933, s. 18: »eller den ene *för den andre* tillkännagiver sin önskan att träda tillbaka» (kurs. här). Av detta uttryckssätt kan dock icke någon bestämd slutsats dragas. Frasen synes vara hämtad från lagrådets yttrande vid tillkomsten av 1915 års lag om äktenskaps ingående och upplösning (N.J.A. II 1916 s. 15). Men i samma yttrande förekom en annan passus, som skulle kunna tyda på en motsatt ståndpunkt: »att anse såsom en trolovning, tills medkontrahenten tillkännagivit sin önskan att bryta *eller eljest den nya förbindelsen blivit den övergivna bekant*» (s. 14 nederst, kurs. här).

två barn, som i församlingsboken antecknades såsom trolovningsbarn. År 1928 avled A. Hilda B. yrkade nu, efter stämning å A:s i äktenskapet födda barn, att enär hon och A med varandra överenskommit att ingå äktenskap — vilken överenskommelse, som slutits under det A:s äktenskap bestod, efter äktenskapsskillnaden bekräftats — samt trolovningen upplösts genom A:s död, det måtte jämlikt 1 kap. 6 § giftermålsbalken tillerkännas henne viss skälig andel i A:s kvarlåtenskap. — Denna talan ogillades av samtliga instanser på grund av att trolovning mellan Hilda B och A icke kunde anses ha bestått vid A:s fränfälle. Det åberopades i underrättens, av överinstanserna ej ändrade utslag särskilt, att A och Hilda B visserligen vid ett tillfälle, då A ännu var gift, överenskommit att, sedan A vunnit äktenskapskillnad, ingå äktenskap med varandra; att emellertid den omständigheten att äktenskapskillnad sedermera beviljats icke hade, även om nämnda överenskommelse kunde hava blivit därefter bekräftad, föranlett åtgärd från A:s sida för verkställighet av överenskommelsen; att såväl Hilda B som andra personer vid upprepade tillfällen bragt på tal frågan om äktenskapets ingående men att saken städse avvisats av A; samt att, av omständigheterna att döma, Hilda B hade »under de senare åren A levde förstått, att denne icke ämnade låta viga sig vid henne».

Det ligger närmast till hands att tolka denna motivering så, att någon underrättelse från A till Hilda B om trolovningens brytande ej ansågs vara för rättsförhållandets upphörande erforderlig, eftersom Hilda B själv på grund av omständigheterna måste ha varit i stånd att med nödig säkerhet sluta sig till A:s ifrågavarande inställning. Tänkbart är dock även, att domstolarna menat, antingen att i A:s uppförande gentemot Hilda B verkligen måste inläggas ett meddelande om trolovningens hävande, låt vara icke ett uttryckligt utan ett konkludent meddelande (märk särskilt A:s hållning när frågan om äktenskapet bragtes på tal), eller ock att Hilda B åtminstone mot slutet av A:s liv resignerat och själv varit med om, att något äktenskap icke skulle komma till stånd. Helt uteslutet är icke heller, att en *giltig* trolovning mellan parterna över huvud ej ansetts föreligga.²⁶⁹

²⁶⁹ I målet förelåg ett (hos Kungl. Maj:t åberopat) utlåtande av Björling, som är av stort intresse för det i denna avhandling diskuterade ämnet och därför här skall återges, med några ord till kommentar. Det lyder enligt referatet i N.J.A.:

»Av domskälen synes framgå, att ett huvudspörsmål i tvisten är, huruvida A må anses hava brutit den trolovning med Hilda B, som ganska tydligt bestått under ett tidigare skede. Som bekant är varje trolovad ostridigt behörig att när som helst bryta trolovningen. Han behöver blott, såsom lagberedningen uttrycker sig, 'på vad sätt som helst, i ord eller handling' tillkännagiva sitt tillbakaträdande. Då nu — såsom i förvarande tvist — den ene synes hava önskat vigsel men den andre ej,

2) Jämlikt 4 § i lagen om äktenskaplig börd den 14 juni

kommer det alltså an på, om den senare verkligen tillkännagivit sitt tillbakaträdande. Uppenbarligen kan det icke, för brytande av trolovningen, hava varit nog, att en part själv icke velat låta sig vigas. Vad han inom sig beslutat kan härvidlag icke hava någon rättslig betydelse. Hans beslut måste hava tillkännagivits, och detta just för den andra parten. Att berätta för en tredje, att man icke ärnar låta sig vigas, är icke detsamma som ifrågakomna tillkännagivande; detta är en viljeförklaring som skall riktas till motparten. Trolovningen är nämligen enligt giftermålsbalken erkänd såsom en överenskommelse, en utväxling av sammanstämmande viljeförklaringar; för dess brytande kan man icke gärna fordra mindre än en viljeförklaring av motsatt innehåll. Har en trolovning en gång kommit till stånd, består den utan hinder därav att ena parten inför utomstående uttrycker sin motvilja mot vigsel eller ändrade känslor mot den andre. Först när hans uttalanden innebära ett bestämt uttryck för hans *vilja* att göra slut på förbindelsen — såsom angiven önskan att upphöra med samlivet eller att förlova sig med en annan — först då skulle uttalanden till en tredje man kunna anses innebära en viljeförklaring med (låt vara indirekt) adress till den andra parten och alltså vara verksamma till hävande av trolovningen. Det nu sagda är icke blott ett teoretiskt juridiskt resonemang, det motsvarar utan tvivel den gängse uppfattningen hos vårt folk. Såsom teoretiskt resonemang är det icke veterligen motsagt i svensk litteratur. Vad den allmänna uppfattningen i frågan beträffar, torde densamma obetingat erkänna en trolovning såsom alltjämt bestående, om parterna fortsätta sitt samliv utan uppsägning av förbindelsen från enderas sida, änskönt något fullbordande med vigsel ej kommer till stånd och ena parten tydligen avser att förhåla vigseln. Vår äldre rätts ofullkomnade äktenskap — särskilt de icke domfästa — voro just sådana trolovningar, fortbestående åratals igenom med samliv utan vigsel; och det i förevarande tvist åberopade lagrummet, 1 kap. 6 § giftermålsbalken, siktar ju på dylika förbindelser, som enligt äldre rätt skulle varit att räkna som ofullkomnade äktenskap. Det skulle vara i strid mot lagstiftarens mening, om man underlätte att tillämpa nämnda lagrum i ett fall, där trolovningen kommit att draga ut på längden därför att mannen varit obenägen att vigas men alltjämt fortsatt samlivet. Det synes icke hava blivit styrkt — det har åtminstone icke sagts i R.R:s utslag — att A skulle hava för Hilda B tillkännagivit sitt tillbakaträdande från trolovningen. Detta moment skulle dock hava varit det för trolovningens brytande avgörande.»

Av det ovanstående får man utan tvivel först det intrycket, att Björling förutsatte som självklart, att brytandet av en trolovning i sin egenskap av »viljeförklaring» måste vara till motparten riktat eller utgivet. Beslutet härom måste, heter det ju, »hava tillkännagivits och detta just för den andra parten». I fortsättningen säges emellertid, att en »indirekt

1917 får sådan talan, som avses i 1—3 §§ samma lag, icke

adress» till andra parten, bestående i uttalanden till tredje man om ett tillbakaträdande från trolovningen, under vissa omständigheter kan räcka. Vad detta innebär är nu visserligen svårt att avgöra. Det skulle kunna tänkas att meningen vore, att dylika uttalanden kunna tillkomma i *syfte* att de, låt vara på omvägar, skola nå fram till motparten. Kravet på riktning hos viljeyttringen skulle därmed fullt ut upprätthållas. Men så vitt man kan förstå är det icke detta som avses. Snarare ser det ut, som om författaren haft motsättningen mellan en äkta och en oäkta rättsverkningsvilja i tankarna: rör det sig om något som vederbörande blott »ärnar» företaga, är viljeyttringen överksam, under det att ett »bestämt» uttryck för en »*vilja*» att göra slut på trolovningen (= en avsikt att direkt, utan någon vidare åtgärd, föranleda dess hävande?) måste respekteras även när man blott vänder sig till tredje man. I så fall skulle Björling, när allt kommer omkring, ha varit av den åsikten, att brytandet av en trolovning icke kräver ett till motparten riktat eller utgivet handlande, blott rättsverkningsviljan är äkta.

Man frågar sig emellertid: om denna tolkning är riktig, vad skulle då hindrat författaren att anse, att det hos A förelåg en äkta rättsverkningsvilja, avseende trolovningens upphörande? A hade ju tydligen slagit alla tankar på äktenskaps ingående ur hägen, något som också torde ha av Hilda B insetts. Ja, antingen kan författaren ha haft den uppfattningen, att detta icke var genom utredningen i målet styrkt, i det man icke med säkerhet kunde säga mera, än att A velat »förhåla» vigseln; åtminstone kunde *Hilda B* ha trott på att äktenskapet trots alla förhållningsförsök till sist skulle gå av stapeln. Eller, mera sannolikt, har här medvetet eller omedvetet inverkat ett *trolovningsbegrepp*, som förefaller vara sär eget. Enligt detsamma skulle för trolovning icke krävas, att *vardera* kontrahenten, så vitt av medkontrahenten kan uppfattas, vill ingå äktenskap. Det vore tillfyllest, att blott den ena parten önskar detta, medan den andra, enligt vad även motparten förstår, är nöjd med ett samliv utan äktenskap. Med utgångspunkt från *detta* trolovningsbegrepp är det uppenbart, att något hävande av trolovningen från A:s sida icke skett. A ville för visso icke »göra slut på förbindelsen», icke »upphöra med samlivet eller förlova sig med en annan». — Nämda utgångspunkt är emellertid knappast hållbar. En trolovning kan visserligen slutas, oaktat ena parten faktiskt icke ämnar ingå äktenskap, men förutsättningen härför är, att den andre dock *tror*, förlitar sig på den förres äktenskapslöfte (jfr lagberedningen a. st. s. 117). Följaktligen måste trolovningen också upphöra, när det för ena parten blir klart, att, på grund av den andres ovillighet att ingå äktenskap, ett sådant varken förr eller senare är att påräkna. Frågan är blott, om denna klarhet icke skall kunna anses vara uppnådd med mindre än att ett (uttryckligt eller konkludent) meddelande tillställles vederbörande.

föras om »mannen efter barnets födelse erkänt barnet såsom sitt». Härom säges i motiveringen ²⁷⁰:

»I likhet med de tyska och schweiziska lagarna har beredningen i förevarande paragraf upptagit det stadgande att, om mannen erkänt barnet såsom sitt, han eller hans arvingar icke skola äga tala å dess börd. Stadgandet står i överensstämmelse med de antagna grundsatserna för talerätten. Så vitt barnets börd är beroende av mannen, bör han även kunna genom erkännande göra bördens oangriplig. Erkännandet bör med andra ord medföra den verkan att han själv och hans arvingar uteslutas från talerätt. Härigenom är tillfälle berett mannen att redan före preskriptionstidens utgång trygga barnets ställning. Erkännande kan äga rum såväl uttryckligen som tyst, men det måste även i sist nämnda fall innefatta bestämt uttryck för den förklarandes vilja att låta barnet gälla såsom hans. Frågan får avgöras med ledning av omständigheterna i det särskilda fallet. Av vikt kan vara, om mannen haft kännedom eller misstanke därom, att barnet icke är hans. Är nämligen detta fallet, lärer väl mannen ofta träffa förbehåll eller avgiva protest, då hans uppträdande kan anses tyda på ett erkännande av barnet.»

Ett erkännande av ifrågavarande art lär icke, för att vara giltigt, behöva riktas eller utgivas till en adressat. Ofta saknas rent av någon, som är i stånd att fungera såsom adressat för viljeförklaringen. Den ställning modern intager gör henne icke alltid därtill lämpad,²⁷¹ och barnet självt har i regel ingen särskild representant. Och i vilket fall som helst kan ett erkännande med meddelesesyfte stundom icke påräknas. Mannen har icke under alla förhållanden anledning att, om han är nöjd med det tillstånd som faktiskt råder (nämligen att barnet enligt presumptionsregeln i lagens 1 § har äktenskaplig börd), därom särskilt underrätta annan eller andra personer. I motiven förutsättes också, att man av mannens »uppträdande» överhuvud får sluta sig till hans vilja att erkänna barnet som sitt. Naturligt är då också, att lagberedningen var angelägen att inskräpa, att erkännandet måste innefatta ett *bestämt* uttryck för den förklarandes vilja. Häri ligger väl

²⁷⁰ Lagberedningens förslag till lag om barn utom äktenskap m. m., 1915, s. 198.

²⁷¹ Jfr lagberedningens motivering för att åt modern icke givits befogenhet att vid ifrågavarande talan företräda barnet (s. 196).

först och främst en erinran om att rättsverkningsviljan skall vara äkta; ord eller åtgärder, som allenast ge uttryck för ett *planerat* erkännande å mannens sida, hava ingen rättslig betydelse. Antagligen har man även velat uppställa ett krav på handlandets *tydlighet*. Risken för en förhastad slutsats, när man blott har en persons allmänna uppträdande att hålla sig till, är naturligtvis icke ringa.²⁷² Ett visst tolkningsdatum anvisas ock. I övrigt pekas endast på den ledning man kan erhålla av omständigheterna i det särskilda fallet. Att ovillkorligen fordra att mannens handlande åtminstone skall vara *ägnat* att komma till andra personers kännedom kan näppeligen vara rimligt. Till och med om mannen velat *hemlighålla* åtgärder, som tyda på faderskapets erkännande, synas dessa kunna åberopas.²⁷³ Även yttranden till helt främmande personer kunna väl ådagalägga en äkta rättsverkningsviljas förhandenvaro, ehuru man naturligtvis i sådana fall får vid tolkningen vara vida försiktigare än när det gäller yttranden till mera närstående.

3) »Har omyndig utan erforderligt samtycke ingått avtal», stadgas det i första punkten av 5 kap. 8 § i förmynderskapslagen, »äge den, med vilken avtalet slöts, frånträda avtalet, så länge det ej blivit godkänt eller behörigen fullgjort». Enligt andra punkten i samma lagrum är vidare medkontrahenten under en angiven betingelse skyldig att viss tid avvakta ett godkännande.

Frågan, huruvida detta godkännande måste vara till medkontrahenten riktat eller utgivet, besvaras i motiven²⁷⁴ på följande sätt:

²⁷² En felbedömning lär på detta område, där viljeteoriens grundsatser härska, gå ut över den tolkande.

²⁷³ Jfr beträffande motsvarande bestämmelse i B.G.B. (§ 1598 st. 1) följande kommentar av Manigk, Willenserklärung s. 521: »Es ist gerade im Interesse der Familie und insbesondere des Kindes, dass der Ehemann, der seinen Anerkennungswillen irgendwie betätigt, ja auch nur verraten und als vorhanden damit dokumentiert hat, die Stellung des Kindes als eines ehelichen nicht soll in Frage ziehen können».

²⁷⁴ Lagberedningens förslag till lag om förmynderskap m. m., 1921, s. 266 f.

»Den tyska lagen bestämmer uttryckligen, att medkontrahenten kan rikta ett meddelande om avtalets frånträdande icke blott till förmyndaren utan ock till den omyndige, samt att endast om medkontrahenten förfrågat sig hos förmyndaren angående godkännande, ett sådant måste riktas direkt till medkontrahenten. I förstnämnda hänseende intager förslaget samma ståndpunkt. Förslagets mening är däremot, att allenast ett godkännande, som kommit medkontrahenten tillhanda, skall äga rättslig betydelse. Denne behöver ej räkna med ett till den omyndige riktat godkännande *och äger ej heller till sin förmån åberopa ett sådant*.²⁷⁵ Att detta är förslagets tankegång säges väl ej uttryckligen men lärers med erforderlig tydlighet framgå av det sätt, varpå rätten att frånträda avtalet bestämmes. Den sålunda valda ståndpunkten har enkelhetens företräde och gör det överflödigt att uppställa regler om interpellation, motsvarande den tyska lagens.»

Avfattningen av 5 kap. 8 § förmynderskapslagen kan nog sägas utvisa, att, såsom också naturligt och lämpligt är, ett av förmyndaren lämnat godkännande till den omyndiges avtal icke medför rättslig verkan *mot* medkontrahenten, med mindre det är till honom riktat och även kommer honom till handa. Blott under denna förutsättning²⁷⁶ avskäres alltså medkontrahenten från den rätt att frånträda avtalet, som eljest är honom tillerkänd, resp. förebygges att hans bundenhet efter utgången av den i andra punkten av lagrummet omförmälda tid av sig självt utesllocknar.²⁷⁷ Däremot kan det icke inses, att i lag-

²⁷⁵ Kurs. här.

²⁷⁶ Jfr ovan not 77.

²⁷⁷ Härmed torde dock icke, trots lagbudets lydelse, vara avgjort, att när avtalet *blivit å medkontrahentens sida uppfyllt*, och särskilt om den presterade egendomen befinner sig i förmyndarens besittning, det till medkontrahenten riktade godkännandet ovillkorligen måste, för att vara verksamt, »hinna före» dennes frånträdande av avtalet, så att även om förmyndaren omedelbart efter frånträdandet till medkontrahenten avlåter ett meddelande om avtalets godkännande, detta skulle sakna rättslig betydelse och följaktligen icke kunna möjliggöra en rättsenlig tillägnelse för den omyndiges räkning av egendomen i fråga. Ett sådant resultat måste understundom te sig stötande. Snarare kunde i sagda läge en analogisk tillämpning av 8 § Avtl förefalla naturlig. På denna fråga är dock icke anledning att här ingå, lika litet som på frågan, *huru länge* (i de fall som avses i stadgandets första punkt) ett avtal, som icke av medkontrahenten frånträtts men ej heller av honom fullgjorts, är svävande, så att ett godkännande av förmyndaren kan med rättslig verkan avgivas.

texten ens indirekt är utsagt, att medkontrahenten är berövad rätten att, *om han det önskar*, taga fasta på även ett sådant godkännande, som icke har karaktären av ett honom tillställt meddelande. Vad lagbudet reglerar är i och för sig endast frågan, under vilka förutsättningar *medkontrahenten* skall vara bunden av avtalet, och även om det framgår, att ett godkännande å förmyndarens sida medför bundenhet för den omyndige, saknas i lagtexten varje antydning om att godkännandet måste för att äga denna verkan vara av den kvalificerade beskaffenhet, att också medkontrahenten därigenom blir definitivt bunden. Lagberedningen synes visserligen, av de kursiverade orden att döma (som dock verka något parentetiska), ha utgått därifrån, att om ej särskilt förbehåll göres, det ena enligt sakens natur bör korrespondera med det andra. Detta är också riktigt när det gäller en rättsordning, som, i likhet med den av lagberedningen här uppmärksammade tyska rätten, står på kontraktsteoriens grundval. Men för svensk rätts vidkommande finnes ingen anledning att, med avvikelser från allmänna avtalsrättsliga principer, koppla ihop dessa två frågor.

En regel om att den omyndiges medkontrahent aldrig skulle äga till sin förmån åberopa ett till honom icke riktat eller utgivet godkännande leder också till oantagliga resultat. Man behöver blott tänka på de fall, då avtalet är av medkontrahenten uppfyllt och förmyndaren, sedan den presterade egendomen kommit i hans besittning, ådagalägger sin vilja att godkänna avtalet²⁷⁸ genom att för den omyndiges ändamål förfoga över egendomen eller genom att under långa tider iakttaga passivitet.

Nu är det också tänkbart, att lagberedningen med sitt uttalande blott avsett *det* slag av godkännande, som består i förmyndarens skriftliga eller muntliga (i denna mening »uttryckliga») meddelande, så att man velat säga, att medkontrahenten endast äger stödja sig på ett till honom själv avlåtet

²⁷⁸ För korthetens och överskådlighetens skull användes här och flerstädes i förevarande kapitel detta hävdvunna uttryckssätt, ehuru det sanma, såsom den föregående framställningen visat, icke är korrekt.

brev eller riktat tal men icke på motsvarande »interna» meddelande från förmyndaren till den omyndige. Härpå tyder — förutom i viss mån det sammanhang, vari uttalandet förekommer — även ett märkligt tillägg, som Stenbeck i sin och Lindhagens kommentar till förmynderskapslagen²⁷⁹ gör, omedelbart efter det innehållet i lagberedningens ovan citerade yttrande återgivits:

»Den sålunda intagna ståndpunkten hindrar ej, att ett *tyst* godkännande från förmyndarens sida kan åberopas av medkontrahenten. Om ett godkännande framgår av omständigheter, som äro uppfattbara även av tredje man, t. ex. konsumtion med förmyndarens samtycke, får godkännandet anses hava en sådan riktning utåt, att det kan åberopas av medkontrahenten.»

Man får alltså den upplysningen, att ett *tyst* godkännande å förmyndarens sida på sätt och vis skall verka kraftigare än ett uttryckligt. Den tankegång, som skulle vara »lagens», äger nämligen tillämpning endast när det gäller ett uttryckligt godkännande. Det *tysta* godkännandet har enligt författaren rättslig effekt, även om det icke är till medkontrahenten riktat eller utgivet.²⁸⁰ Dock icke *varje* *tyst* godkännande utan endast ett sådant, beträffande vilket en riktning utåt kan framkonstrueras, d. v. s. som är uppfattbart av tredje man. Vad härmed förstås är, särskilt med hänsyn till det valda exemplet,²⁸¹ något dunkelt. Troligen avses dock, att godkännandet skall ha avgivits under sådana förhållanden, att det varit *ägnat* att komma till medkontrahentens kännedom. Att ett av förmyndaren till den omyndige lämnat muntligt eller skriftligt meddelande om

²⁷⁹ Stenbeck & Lindhagen, Den nya förmynderskapslagen, 1924, s. 81.

²⁸⁰ Nota bene så vitt det icke är fråga om rättsverkan *mot* medkontrahenten?

²⁸¹ Varför skall just ett sådant godkännande som »konsumtion med förmyndarens samtycke» vara uppfattbart av medkontrahenten? Antag att samtycket till konsumtionen lämnas i form av ett skriftligt eller muntligt meddelande till den omyndige. Detta skulle ju icke få göras gällande av medkontrahenten? Det syftas väl dock på de fall där den omyndige konsumerar i närvaro av förmyndaren, i dennes omgivning eller eljest under sådana förhållanden, att samtycket är ägnat att komma till medkontrahentens kännedom.

godkännande icke kan få åberopas, beror väl då just därpå, att det vanligen icke är ägnat att nå fram till medkontrahenten. Huruvida i de undantagsfall, då likväl så är händelsen, lagens tankegång enligt författaren bör vika även beträffande uttryckliga godkännanden, framgår icke med tydlighet. — Det är under alla omständigheter av intresse, att sålunda från auktoritativt håll kommit till uttryck en uppfattning icke blott om nödvändigheten över huvud att på förevarande område tillerkänna ett internt handlande rättslig verkan utan även om den utsträckning, vari detta bör ske. Såsom förut framhållits,²⁸² är förvisso också den framhävda faktorn — handlandets egenskap av att vara ägnat att komma till motpartens kännedom — en av de viktigaste.

I påfallande kontrast till lagberedningens principiellt avisande hållning, när det gäller frågan huruvida ett efterföljande godkännande, som avgivits i form av ett meddelande från förmyndaren till den omyndige, äger verkan trots frånvaron av riktning till medkontrahenten, står beredningens ställningstagande till motsvarande spörsmål beträffande ett av förmyndaren *på förhand* lämnat samtycke till den omyndiges avtal. Härom heter det i motiven²⁸³:

»Det är vidare att märka, att omyndigheten allenast betager den omyndige rätten att själv, det vill säga på egen hand, 'utan erforderligt samtycke' (jfr 8 §), företaga rättshandlingar. Föreligger tillstånd av förmyndaren och, då det undantagsvis erfordras, jämväl av överförmyndaren eller rätten, blir rättshandlingen från början giltig, förutsatt naturligtvis, att den omyndige besitter erforderlig förståndsutveckling. Ett behörigen meddelat samtycke torde förläna rättshandlingen giltighet, även om det ej åberopas vid dess ingående. Såframt ej motsatsen uttryckligen påståtts vid rättshandlingens ingående, lär nämligen medkontrahenten vara skyldig räkna med att den omyndige handlar med vederbörandes lov. Kan medkontrahenten blott styrka, att samtycke förelåg, kan han göra rättshandlingen gällande. Vill tvärt om medkontrahenten frånträda avtalet på grund av omyndigheten, torde den omyndige kunna motsätta sig detta genom att åberopa och vid behov styrka förhandenvaron av samtycke.»

²⁸² Se ovan före not 239.

²⁸³ S. 238 f.

Här finnes det sålunda praktiskt taget inga gränser för lagberedningens uppskattning av det interna handlandets effektivitet. Till och med när fråga är om verkan *mot* medkontrahenten, skall det av förmyndaren till den omyndige lämnade samtycket göra avtalet giltigt, oavsett om samtycket återopas vid dess ingående eller ej.²⁸⁴ I *detta* avseende, så vitt alltså angår medkontrahentens befogenhet att frånträda avtalet m. m., är det svårt att förstå, att lagberedningens ståndpunkt ens i princip skulle kunna upprätthållas. Också har densamma i Stenbecks kommentar till förmynderskapslagen i högst väsentlig grad frånfallits.²⁸⁵ Däremot är det utan tvivel starkt motiverat, att medkontrahenten, om det ligger i hans intresse, *äger* taga fasta på ett dylikt internt samtycke (förutsatt att samtycket är uttryck för en äkta rättsverkningsvilja)²⁸⁶ — låt vara att det även här torde kunna diskuteras,

²⁸⁴ Beträffande av den omyndige företagna *ensidiga* rättshandlingar är motsvarande regel dock icke så litet uppmjukad (s. 269). Den ensidiga rättshandlingen är visserligen icke, när samtycke föreligger, såsom eljest »rättsligen betydelslös» utan tvärtom »principiellt gällande». Men medkontrahentens intresse tillgodoses här på det sättet, att verkan av rättshandlingen bortfaller (eller kanske rättare uteblir), om ej *på hans begäran* samtyckets förhandenvaro »utan oskäligt uppehåll och senast före utgången av uppsägningstid eller annan frist för rättshandlingens företagande» styrkes.

²⁸⁵ S. 83 ff. Medan lagberedningen kategoriskt utgick ifrån att grundsatsen i 5 kap. 8 § förmynderskapslagen, som gäller för den händelse en omyndig *utan* erforderligt samtycke ingått avtal, icke får komma till användning i de fall då avtal *med* samtycke slutits, förordar Stenbeck, på goda grunder, att lagrummet i dessa senare fall blir föremål för en viss analogisk tillämpning. Väl synes författaren icke vilja gå så långt som att göra gällande, att förutsättningen för att samtycket skall äga verkan mot medkontrahenten är, att den omyndige vid avtalets ingående *åberopat* detsamma (jfr dock s. 84 r. 10 uppifrån och s. 85 r. 15 nedifrån). Men samtycket bör icke hindra tillämpningen av sagda lagrum, om »anledning verkligen ej funnits för medkontrahenten att antaga, att samtycke givits» (bevisbördan åvilar tydligen medkontrahenten). — Huruvida Stenbeck även beträffande av den omyndige företagna *ensidiga* rättshandlingar avsett att modifiera lagberedningens ståndpunkt (jfr nästföregående not), är svårt att avgöra; se det något sammandragna yttrandet s. 85.

²⁸⁶ Sålunda icke om t. ex. förmyndaren avser att framdeles träda

om icke en viss begränsning i grundsatsens tillämpning måste eftersträvas. Man har för övrigt på ett annat område en pendang till den företeelse, varom nu är fråga. Enligt avtalslagen kan en *fullmakt* grunda sig »allenast å fullmakts-givarens meddelande till fullmäktigen» (18 § och 11 § 2 st.). Ett av A till B lämnat samtycke till att B i A:s namn företager en rättshandling föranleder alltså (generellt?), att den i A:s namn ingångna rättshandlingen kan av tredje man göras gällande, även om A icke alls avsett att B skulle underrätta tredje man om det meddelade samtycket.²⁸⁷ Tredje man grundar då sin rätt på en viljeyttring, som icke är till honom riktad eller utgiven.²⁸⁸

I 5 kap. 8 § förmynderskapslagen stadgas ytterligare, att meddelande, varigenom avtalet av medkontrahenten frånträdes, må ske jämväl till den omyndige själv. Med detta stadgande, som icke av lagberedningen motiverats med annat än en hänvisning till att en motsvarande regel finnes i tysk rätt,²⁸⁹ är uttalat, att oaktat det här gäller en rättslig effekt till nackdel för motparten (nämligen förlusten av möjligheten att godkänna avtalet), frånträddandet *dels* är verksamt utan hänsyn till att det icke må vara till den rätte adressaten, för-

i förbindelse med medkontrahenten för avtalets slutande och förberedelsevis underrättar den omyndige om sin inställning till detsamma.

²⁸⁷ Se Ussing i Tidsskrift for Retsvidenskab 1930 s. 9 ff. (särskilt s. 10 nederst och s. 12 överst). Som bekant har Ussing i denna avhandling uppvisat oriktigheten av den av obligationsrättskommittén och Almén hävdade uppfattningen, att en fullmakt under alla förhållanden utgör en till tredje man riktad viljeförklaring av huvudmannen.

²⁸⁸ »At der skabes en Fuldmagt sammen med selve Bemyndigelsen — svarende til denne — er iøvrigt saa naturligt, at det næppe kræver yderligere Begrundelse. Der er jo ingen som helst Betænkelighed ved at anerkende en Fuldmagt, der dækker Bemyndigelsen; thi Fuldmagtsgiveren bindes da kun i det Omfang, hvori han overfor Fuldmægtigen har indvilget i at lade sig binde» (Ussing a. a. s. 9). Märkligt är att författaren här anser det så självfallet, att tredje man äger taga fasta på en viljeförklaring, som icke är (eller dock icke behöver vara) till honom riktad eller utgiven.

²⁸⁹ B.G.B. § 109 st. 1 p. 2. Även den tyska motiveringen är knapphändig: »mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles»; se Staudinger-Riezler § 109, 7 a.

myndaren (utan till den omyndige) riktat eller utgivet, *dels* är verksamt utan hänsyn till att det eventuellt icke alls kommer förmyndaren till handa, *dels* slutligen, om dock så sker, är verksamt redan vid den tidpunkt då det kommer den omyndige till handa och icke först när det når fram till förmyndaren. Grunden till bestämmelsen lär vara, att i betraktande av det nära förhållande, vari förmyndaren och den omyndige stå till varandra (till följd av rättssubjektets identitet om man så vill), det icke medför någon våda att på denna speciella punkt avvika från vad som i allmänhet måste anses gälla beträffande förutsättningarna för att en viljeyttring skall utöva verkan *mot* sin adressat.²⁹⁰

²⁹⁰ Det skulle kunna tänkas, att man åtminstone i förstnämnda hänseende (beträffande fordran på riktning hos viljeförklaringen) borde anse den återopade grunden föranleda en motsvarande regel även när det rör sig om sådana mot den omyndige företagna ensidiga rättshandlingar som uppsägning, krav etc. Härom yttrar emellertid Stenbeck (s. 85 f.):

»I den *tyska* civillagen (B.G.B. § 131) stadgas, att en viljeförklaring, avgiven till en omyndig, i regel ej blir verksam, förrän den kommit dennes representant till handa. Ej heller i detta ämne har i förmynderskapslagen upptagits annan bestämmelse än om rätten att råda över omyndigs egendom. Denna rätt innefattar jämväl behörighet att mottaga uppsägning, krav, förklaring om avtals hävande och andra sådana ensidiga rättshandlingar. Dessa skola således, i fråga om egendom, som står under förmyndarens förvaltning, riktas till denne. Den omständigheten, att en sådan åtgärd från tredje mans sida, riktad till den omyndige, kommer till förmyndarens kännedom, medför ej, att åtgärden blir gällande. Rätts handlingen blir däremot gällande, om ett bemyndigande till myndlingen kan anses ha förelegat från förmyndarens sida.»

Av det allmänna stadgandet i 5 kap. 1 § förmynderskapslagen följer givetvis, att den omyndige icke är behörig att vara adressat för ensidiga viljeförklaringar av ifrågavarande art (Jfr Ekeberg i Svensk Jurist-tidning 1922 s. 397 ff.). *Den omyndiges* mottagande av uppsägningen, kravet o. s. v. är alltså ogiltigt. Man frågar sig emellertid för det första, om mottagandet (såsom en kvasirättshandling betraktat) är en nullitet eller om ogiltigheten allenast är relativ i den meningen, att felet *med tillbakaverkande kraft* undanröjes, om viljeförklaringen sedermera kommer förmyndaren till handa. Härom lämnas ingen direkt upplysning i förmynderskapslagen. Emellertid bör helt visst, i enlighet med vad som gäller i tysk rätt (§ 131 B.G.B.), det senare alternativet anses uteslutet. En dylik regel kan nämligen icke utan stöd i lag anta-

4) Enligt 2 kap. 5 § testamentslagen är ett testamentariskt förordnande utan verkan, om testator i den ordning, som gäller för testamentes upprättande, återkallat sitt förordnande eller *förstört testamentshandlingen* eller eljest *otvetydigt givit tillkänna*, att förordnandet ej längre var uttryck för hans yttersta vilja.

Att en återkallelse genom testamentshandlingens *förstörande* icke behöver vara företagen i riktning mot annan eller andra personer, ligger i sakens natur. Testator har här ingen anledning att adressera sig till yttervärlden, då han till följd av testamentsrättens (relativa) anknytning till den upprättade urkunden kan genom förintandet av densamma på egen hand uppnå den med en återkallelse avsedda effekten. I någon mån tveksamt är däremot, huru det »otvetydiga tillkännagivandet» skall vara beskaffat för att kunna som återkallelse av testa-

gas. Den andra frågan som uppkommer är denna: om alltså den omyndiges mottagande av den ensidiga rättshandlingen är ogiltigt och felet icke heller sedermera kan läkas med tillbakaverkande kraft, bör då rättshandlingen icke anses vara mottagen av *förmyndaren* i det ögonblick det till den omyndige riktade meddelandet kommer förmyndaren till handa? Kan med andra ord gentemot den omyndige åberopas en ensidig viljeförklaring av tredje man, som så till vida är utgiven, att den icke riktar sig mot den det vederbör (förmyndaren), men ändå kommer denne till handa? På denna fråga, som icke heller är i förmynderskapslagen direkt behandlad, lämnar den tyska rätten, enligt härskande mening, ett *jakande* svar (se sagda 131 §; märk uttrycket »bevor»). Vissa skäl kunde också tala för att man även för den svenska rättens del borde ge samma svar. Framhållas må särskilt, dels att det ofta är mycket svårt att avgöra, om icke ett meddelande, som i och för sig är riktat till den omyndige, dock får anses *tillika* eller *eventuellt* ha adress till förmyndaren (jfr Planck-Flad § 131, 2 b, Staudinger-Riezler § 131, 3), dels att på grund av förmyndarens och den omyndiges inbördes rättsförhållande en till den senare utgiven rättshandling dock *i viss mån* måste sägas vara även till den förre utgiven; man kan icke utan vidare behandla förmyndaren och den omyndige som två helt skilda subjekt (jfr Zitelmann a. a. s. 40). Icke dess mindre torde även här bli avgörande, att den ifrågasatta regeln, som för resten nog ur praktiskt synpunkt även har sina avigsidor, knappast kan utan positivt stöd i lag vinna erkännande. Från det i texten behandlade stadgandet kan naturligen någon analogi icke dragas; fallet är ju speciellt så till vida, att det rör sig om giltigheten av ett avtal, som den omyndige själv slutit.

mente anses. Vägledning härutinnan erhålles i förarbetena till testamentslagen.²⁹¹

Enligt *lagberedningens* förslag lydde lagbudet sålunda: »Har testator i den ordning, som gäller för testamentes upprättande, återkallat sitt förordnande eller har han förstört testamentshandlingen eller *finnes eljest uppenbart*, att testamentet ej längre var uttryck för hans yttersta vilja, vare förordnandet utan verkan». Innebörden av denna bestämmelse var, synes det, ganska klar. Något krav på att testator företagit en åtgärd, åsyftande att bibringa annan eller andra personer kännedom om hans återkallelsevilja, uppställes icke; det räcker, att man av testators handlande (eller underlåtenhet) kan sluta sig till att en återkallelsevilja hos honom förefunnits. Men naturligtvis gäller här som i allmänhet eljest, att den ifrågavarande viljan skall vara en *äkte* rättsverkningsvilja; detta är något som principiellt²⁹² måste underförstås i *varje* lagbud, som anknyter rättsverkningar till en persons uttryckta vilja. Har sålunda testator själv utgått därifrån, att testamentets rättsliga verkan kommer att fortbestå intill dess en viss ytterligare åtgärd av honom vidtagits, kan ett handlande å hans sida, som ådagalägger ett beslut att framdeles företaga denna åtgärd — som med största tydlighet visar, att testamentet ej längre står i överensstämmelse med hans intressen — icke betraktas som ett relevant »tillkännagivande» av hans återkallelsevilja. — Enligt den anförda bestämmelsen upphäves emellertid icke testamentets giltighet av en återkallelse av vad slag som helst. Det skall finnas *uppenbart*, att testamentet ej längre var uttryck för testators yttersta vilja. Varför fordras detta? Av lagberedningen åberopades närmast,²⁹³ att det »med hänsyn till testamentets egenskap av formalavtal ligger i sakens natur, att stora krav måste ställas på bevisningen om en återkallelse, som ej kommit till uttryck i testamentsform eller så att säga genom den äldre testamentsformens förstörande». »Särskilt gäller detta», tillades det, »om testamentshandlingen befunnit

²⁹¹ N.J.A. II 1930 s. 202 ff.

²⁹² Om undantag från denna princip se ovan vid not 255 ff.

²⁹³ S. 209 (nederst).

sig i arvlåtarens besittning och av honom bevarats i oförändrat skick». Detta argument förefaller knappast övertygande, om man beaktar vad lagberedningen så energiskt framhöll, nämligen att de skäl, som tala för att formbinda ett testamentes upprättande, egentligen icke kunna åberopas beträffande dess återkallelse. Det finnes en vida mera vägande synpunkt: just därför att återkallelsen icke behöver vara till en adressat riktad eller utgiven, måste det krävas ett högre mått av *tydlighet* hos rättshandlingen, om icke annat så för att förekomma misstag när det gäller att avgöra huruvida en äkta rättsverkningsvilja förefinnes eller ej. Att denna synpunkt medverkade vid lagbudets tillkomst, framgår också av vad lagberedningen omedelbart efter det nyss citerade anförde: »Liksom hittills bör uppmärksammas, att avgörande betydelse ej får tillmätas åt samtalsvis fällda yttranden eller andra uttalanden, vilka ej klart framstå såsom ett slutgiltigt uttryck för arvlåtarens önskningsvilja». ²⁹⁴

Lagrummet undergick sedermera på hemställan av *lagrådet* en omformulering. Lagrådet anförde därvid följande ²⁹⁵:

»Frågan, om och i vilken mån återkallelse av testamentariskt förordnande bör vara formbunden, hör till de mest tveksamma inom testamentsrätten.

Såsom lagberedningen även antytt, ligger det nära till hands att anse samma skäl, som anföras för kravet å viss form för upprättande av testamente, kunna åberopas till stöd för att stadga form jämväl vad angår återkallelse av testamente. Utländska lagar föreskriva också nära nog genomgående viss form för testamentes återkallande. Lagberedningen har dock ansett fordran på form i detta fall icke böra uppställas och har därvid gått så långt att, åtminstone efter det föreslagna stadgandets ordalydelse, det icke skall krävas, att testators ändrade vilja manifesterat sig i någon viss, på återkallelsen direkt

²⁹⁴ Rörande rättspraxis före testamentslagens tillkomst yttrade lagberedningen: »Att emellertid domstolarna äro benägna att ställa stora anspråk på tillförlitligheten av bevisningen rörande skedd återkallelse och ej minst beträffande allvaret i arvlåtarens uppsåt framgår av flera rättsfall» (s. 207).

²⁹⁵ S. 212 ff.

riktad handling,²⁹⁶ tillräckligt är, att det finnes uppenbart, att testamentet vid tiden för dödsfallet ej var uttryck för hans yttersta vilja.

Den föreslagna bestämmelsen ger sålunda dem, som hava intresse i saken, inga fasta hållpunkter för bedömande av om giltig återkallelse skall i det särskilda fallet anses föreligga, utan det beror av en värdering av omständigheterna, huruvida det skall anses uppenbart eller ej, att testamentet icke längre var uttryck för testators yttersta vilja, en värdering, som helt naturligt den enskilde i allmänhet måste hava svårt att tillfredsställande utföra.»

Sedan lagrådet under hänvisning till den osäkerhet, som skulle komma att råda, därest lagberedningens förslag i denna del genomfördes, i första hand förordnat ett visst formbindande av testamentes återkallelse — innebärande krav på att testator skall ha återkallat testamentet i testamentsform eller »förstört testamentshandlingen eller eljest därmed vidtagit åtgärd, varav framgår, att vad däri förordnats icke längre var uttryck för hans yttersta vilja» — fortsatte lagrådet:

»Anses emellertid förslagets ståndpunkt i huvudsak böra bibehållas, torde i allt fall, med hänsyn till vad ovan anmärkts beträffande det ifrågavarande stadgandets alltför obestämda avfattning, i det samma böra komma till uttryck, att för återkallelse kräves, att testator vidtagit åtgärd, varmed han måste antagas hava avsett att återkalla testamentet. De föreslagna ordalagen skulle medgiva den säkerligen icke avsedda tolkningen, att för giltig återkallelse icke skulle fordras mera än att, enligt förebragt utredning, testator ändrat mening och *ämnat* ²⁹⁷ återkalla sitt förordnande.»

Av stort intresse är här lagrådets pointerande av att, såsom nyss erinrats, förhandenvaron av en oäkta rättsverkningsvilja icke är tillfyllest för att en viljeförklaring, avseende återkallelse av testamentet, skall kunna anses föreligga. Men därav följer väl icke, att man bör kräva att testator »vidtagit åtgärd, varmed han måste antagas hava avsett att återkalla testamentet», om nämligen frasen får tolkas så, att det enligt lagrådets mening bör fordras en åtgärd, åsyftande att bringa återkallelseviljan till annan eller andra personers kännedom.²⁹⁸ Detta

²⁹⁶ Kurs. här.

²⁹⁷ Kurs. av lagrådet.

²⁹⁸ Någon fordran på riktning hos viljeyttringen eller utgivande av densamma i teknisk mening skulle detta visserligen icke innebära. Ty

vore att gå till överdrift åt motsatta hållet. Det är svårt att inse, varför det icke skulle räcka, att man av testators uttredande över huvud kan — otvetydigt — draga den slutsatsen, att han förutsätter testamentet ha förlorat sin giltighet (t. ex. därför att han anser testamentshandlingen vara bortkommen) samt att han, då testamentet icke längre står i överensstämmelse med hans vilja, är belåten med förhållandet. Möjligt är också, att nämnda tolkning innefattar en alltför hård pressning av uttryckssättet i lagrådets yttrande.²⁹⁹

Departementschefen vände sig för sin del mot lagrådets i första hand framställda förslag om att endast sådan återkallelse skulle gälla, som kommit till uttryck i testamentsform eller genom åtgärd med testamentshandlingen; det skulle verka stötande, framhöll han bl. a., om ett testamente måste verkställas, fastän testator otvetydigt inför vittnen givit tillkänna, att testamentet ej längre är uttryck för hans yttersta vilja. Vid sådant förhållande kunde icke tillstyrkas övergivande av den ståndpunkt, som rättstillämpningen för närvarande finge anses intaga och på vilken lagberedningens förslag byggde. I övrigt anfördes endast, att med anledning av vad lagrådet alternativt hemställt vidtagits den »jämkning i paragrafens avfattning», att »återkallelse skall äga rum i testamentsform eller genom förstörande av testamentshandlingen eller eljest förmedelst otvetydigt tillkännagivande, att testamentet ej längre är uttryck för den yttersta viljan». *Departementschefens* ståndpunkt gillades också av *riksdagen*, sedan lagutskottet framhållit, att »den, som på principiella grunder fordrar återkallelse i testamentes form, av de praktiska skäl, som anförts i propositionen, drives till att såsom återkallelse godtaga icke

uppenbart är, att det i allt fall icke för återkallelse av testamente är av nöden, att testator adresserar sig till den eller dem som kunna anses vara *intressenter* (testamentstagare, arvingar).

²⁹⁹ För tolkningen talar emellertid den omständigheten, att lagrådet icke — så vitt ifrågavarande alternativt framställda yrkande angår — direkt framhävde erforderligheten av att återkallelsehandlandet är otvetydigt. Detta har möjligen kunnat anses obehövt, om handlandet måste ha riktning till annan person.

blott förstörande av testamentshandlingen och annan därmed vidtagen åtgärd utan även varje annan otvetydigt avgiven förklaring, att förordnandet ej längre är uttryck för den yttersta viljan». Synbarligen ha både departementschefen och utskottet icke ansett sig göra någon saklig ändring i lagberedningens förslag utan, när lagrådets i andra hand gjorda hemställan togs till efterföljd, uppfattat densamma blott såsom avseende ett förtydligande av sagda förslag. Under sådana omständigheter finnes ingen anledning att — fastän man väl från departementschefens och utskottets sida närmast haft i tankarna sådana fall, då återkallelse sker genom ett till annan eller andra personer, låt vara eventuellt helt utomstående, riktat meddelande — i lagbudet inlägga något krav på att återkallelsen, för att vara giltig, skall ha dylik riktning.

I detta sammanhang bör anmärkas ett färskt rättsfall (N.J.A. 1933 s. 52), som är av betydelse för spörsmålet i fråga³⁰⁰:

Ett testamente hade redan under testators livstid förkommit. Testator, som hade vetskap därom, underlät det oaktat att upprätta nytt testamente. Fråga, huruvida testamentet skulle äga giltighet eller anses vara av testator återkallat. — Ehuru det vore utrett, att testamentet före testators död på obekant sätt förkommit samt att testator därom haft vetskap och ändock underlåtit att upprätta nytt testamente, likväl och som med hänsyn till omständigheterna i målet »berörda underlåtenhet icke kunde föranleda till antagande att testator före sin död velat återkalla testamentet», ogillades av domstolarna den i målet förda klandertalan. Utgången hade sålunda blivit en annan, om testators underlåtenhet att föranstalta om ett nytt testamentes upprättande kunde sägas ha häntytt på en vilja att det gamla testamentet icke längre skulle gälla.³⁰¹ Underlåtenheten hade då, trots frånvaron av varje meddelelseavsikt, varit uttryck för en äkta återkallelsevilja, alltså icke blott uttryck för att vederbörande »ämnat» återkalla, emedan testator i förevarande läge kunnat utgå ifrån att någon vidare åtgärd icke behövde vidtagas för att testamentet skulle sakna giltighet. Utredningen i målet pekade emellertid på en motsatt inställning hos testator.³⁰²

³⁰⁰ Testamentslagen var icke å fallet tillämplig, enär testator avlidit före lagens ikraftträdande. Domstolarnas ställningstagande har dock säkerligen icke påverkats av detta förhållande.

³⁰¹ Se lagberedningens uttalanden om detta läge s. 206 f. och s. 212.

³⁰² Märk särskilt, att testator gjort försök på skilda håll att åter-

Det må tilläggas, att även ett återtagande av en verkställd återkallelse av testamente torde — åtminstone om testamentsurkunden fortfarande är i behåll — kunna ske genom ett till annan eller andra personer icke rikta: handlande. Här om förekommer i motiven till testamentslagen³⁰³ följande intressanta uttalande:

»I främmande rätt möter man stundom vissa särskilda regler om verkan därav att en återkallelse av testamente i sin ordning blir föremål för återkallelse. ... Beredningens förslag innehåller inga direkta stadganden i detta ämne. Av 5 §:s avfattning lär dock med erforderlig tydlighet framgå, att ett lagligen återkallat testamente kan ånyo bli gällande. Där fråga är om en ren återkallelse utan förening med ändringar i testamentet, blir detta i regel åter verksamt, om arvlåtaren uppgiver sin önskan att återkalla och testamentet följaktligen ånyo framstår såsom 'uttryck för hans yttersta vilja', för att tala med lagrummets egna ordalag. En förutsättning härför är dock att återkallelsen icke förknippats med ett förstörande av testamentsformen. Det ligger i sakens natur, att ett testamente, som arvlåtaren i återkallelsesyfte rivit sönder eller kastat på elden, icke kan försättas i kraft därigenom att testator ger otvetydigt uttryck åt sin ånger över det skedda. Detta fall kan ej likställas med ett sådant, där ett testamente, som alltjämt är välbehållet, blivit återkallat genom särskild handling, vilken arvlåtaren rivit sönder i syfte att testamentet skall bli gällande. En på själva testamentshandlingen tecknad återkallelse bör däremot kunna berövas sin betydelse genom påskriftens överstrykande. Och har återkallelsen skett allenast genom muntliga yttranden, förlora dessa sin verkan i samma stund arvlåtaren ger tillkänna sitt beslut att stå fast vid testamentet.»

finna testamentet samt att hon därvid uttryckt bekymmer över att testamentet förkommit men tillagt, att det funnes tre testamentsvittnen, vilka kunde intyga dess innehåll. Och även om, såsom i målet uppgavs av ett vittne, testator sagt sig kunna skriva ett nytt testamente av samma innehåll »om jag har lust», behöver detta icke innebära mera, än att hon blott med hänsyn till bevisvärigheterna, så att säga för säkerhets skull, planerat att bekräfta det gamla testamentet. — Se ock N.J.A. 1916 s. 478, där testators underlåtenhet att upprätta nytt testamente, trots vetskap om att den förut upprättade testamentshandlingen förelåg i stympat skick, av majoriteten i H.D. icke ansågs ge uttryck för någon återkallelsevilja — med hänsyn till att, enligt lagberedningens kommentar till rättsfallet (s. 206), testator trott testamentet, om vars tillkomst vittnesförhör redan hållits, äga laga verkan.

³⁰³ S. 210.

Ett testamente, som blivit återkallat, är alltså — när testamentsurkunden är i behåll — så till vida icke en nullitet, som overksamheten häves enbart genom att »arvlåtaren uppgiver sin önskan att återkalla», eller närmare bestämt: genom att å arvlåtarens sida förekommer ett handlande, som — det må vara till annan riktat eller icke — otvetydigt ådagalägger, att han uppgivit sin önskan att återkalla testamentet. Detta står i bästa överensstämmelse med vad ovan³⁰⁴ anförts därom, att ett godkännande av en ogiltig rättshandling, när påverkan av motparten icke för ändamålet är erforderlig, kan ske även genom en outgiven viljeyttring.

* *

*

Ytterligare några rättsfall från senaste tid, som äro ägnade att belysa det föreliggande ämnet, skola här i korthet omnämnas³⁰⁵:

N.J.A. 1925 s. 685: Fråga, huruvida en butiksinnehavare (K), till vilken en mattaffär (Sv), på anmodan av annan person (St), översänt ett par turkiska mattor, genom att under flera dagar ha mattorna utlagda på golvet i butiken blivit betalningsskyldig för desamma. — Det av K i målet framställda påståendet, att han erhållit mattorna till låns, måste anses ha blivit genom den förebragta utredningen vederlagt. Fullt klart är däremot icke, om det förelåg ett å K:s vägnar ingånget öppet köp (60 § köplagen), eller det rörde sig om ett fast köp, obehörigen avslutat av St i K:s namn. Det förefaller emellertid, som om frågan härom icke ägde någon avgörande betydelse för tvistens bedömande. Tydligt är i alla händelser, att K icke utan vidare blev bunden genom den av St gjorda rekvisitionen, samt att ej heller enbart mattornas *behållande* under den i referatet omnämnda tiden kunde för honom medföra bundenhet.³⁰⁶ Frågan gällde fastmera, om

³⁰⁴ Vid not 202 ff.

³⁰⁵ Något detaljreferat göres här icke utan hänvisas beträffande fakta i målen till *N.J.A.*

³⁰⁶ Det förhållandet, att *vissa* av de översända mattorna omedelbart återställdes, medan andra tills vidare behöllös, var säkerligen — »gångse uppfattning inom matthandeln» till trots — icke till fyllest för att under förhandenvarande omständigheter grunda betalningsskyldighet beträffande återstoden.

K genom mattornas *begagnande* på sätt som skett ådrog sig ansvarighet för köpeskillings gäldande. Hovrätten (på en ledamot när) besvarade denna fråga nekande. H.D. däremot fastställde underrettens dom, vari uttalats, att även om St icke haft K:s uppdrag att rekvirera mattorna, K i allt fall, efter det han av St erhållit meddelande om att denne för K:s räkning verkställt rekvisitionen, förfogat över mattorna genom att under flera dagar hava desamma utlagda på golvet i sin juvelerarebutik, samt att K vid sådant förhållande måste anses hava blivit till Sv betalningsskyldig för mattorna. Man finner, att domen icke grundades på något fingerat godkännande å K:s sida. Märk särskilt det sätt, varpå i motiveringen uttryckes, att även en subjektiv betingelse³⁰⁷ måste vara uppfylld för käromålets bifallande, då det talas om att K erhållit meddelande om den å hans vägnar av St gjorda rekvisitionen. Lika tydligt framgår icke, huruvida K ansågs vara betalningsskyldig redan därför, att han i detta läge gjort sig nytta av mattorna (genom att bruka dem i sin affär), eller huruvida hans ansvarighet grundades på att mattorna av honom begagnats på *sådant* sätt, att desamma väsentligen minskat i värde. Troligen har åtminstone H.D. gått på sistnämnda linje (se rubriken i N.J. A. till rättsfallet), ehuru avfattningen av motiveringen närmast kunde synas tala för det förra alternativet.

N.J.A. 1927 s. 22: Fråga, huruvida delägare i automobil (A) vore, i förhållande till sin andel i bilen, betalningsskyldig för varor — automobildäck och gummislangar — som från tredje man (C) inköpts av annan delägare i bilen (B) och tagits i bruk å desamma. — Man får genast det intrycket, att ett ogillande av kärandens talan i detta mål skulle innebära ett materiellt stötande resultat. Men på vilken grund bör denna talan (helt eller delvis) bifallas? Att rättsreglerna om ansvarighet i bolagsförhållanden eller annat »intressentskap» här vägra att göra tjänst, är ofrånkomligt. Lika litet kommer man någon vart genom att utnyttja institutet »negotiorum gestio», med den innebörd detsamma får anses ha i svensk rätt. Icke heller synes man i målet, så vitt referatet utvisar, ha ansett det möjligt att göra gällande, att A redan till följd av sin *passivitet* — underlåtenheten att reagera mot det å hans vägnar obehörigt ingångna men gentemot honom fullgjorda avtalet — blivit bunden. H.D. ålade emellertid, på hemställan av N.Rev., A betalningsskyldighet (i förhållande till hans andel i bilen) på den grund att A måste anses hava för sin del *godkänt* köpet. Det åberopades till stöd härför, att »C och B, mellan vilka avtalet om leverans av automobildäcken och gummislangarna träffades, därvid utgingo från att automobilens ägare skulle ansvara för köpeskillingen», samt att »A tagit däcken och slangarna i bruk, ehuru han uppenbarligen insett, att C vid köpet

³⁰⁷ Se ovan vid not 229.

trott sig vinna betalningsrätt mot automobilens ägare». Varför skulle däri ligga ett godkännande? Meningen kan icke gärna vara den, att — även om A saknat all vilja att godkänna köpet — C finge antagas ha vunnit kännedom om däckens och slangarnas användning och därifrån med fog slutit sig till en dylik viljas förefintlighet. Ty den återgivna motiveringen trycker ju icke alls på C:s objektivt välgrundade uppfattning av innebörden i A:s handlande utan härleder godkännandet ur så att säga handlandet självt, i förening med en rent subjektiv omständighet (som för övrigt starkt understrykes). Förklaringen måste då vara den, att det i realiteten rör sig om en helt annan rättsgrund än ett godkännande. Vad domslutet bygger på får fastmera anses vara den tanken, att A — som mottagit däcken och slangarna med vetskap om att C icke skulle ha varit med om att leverera desamma, om han ej utgått ifrån att han vunnit betalningsrätt mot automobilens samtliga ägare (sålunda även mot A) — måste, när han under dessa förhållanden tillgodogjorde sig varorna (så att återställelse icke kunde äga rum), underkastas nämnda »villkor» för tillägnelsen oberoende av huruvida någon vilja hos honom att foga sig i villkoret kan antagas ha varit för handen eller ej.³⁰⁸

N.J.A. 1931 s. 412: Agent för en firma åtog sig i eget namn leverans, vilken därpå av firman fullgjordes under meddelande i brev till köparen, att firmans samtidigt översända faktura skulle likvideras till firman, icke till agenten. Då köparen, som lämnat brevet obesvarat och tillställt agenten likvid, emellertid förfogat över varan, dömdes han att till firman utgiva köpeskillingen. — Här skulle man kunna tänka sig, att firmans talan bort bifallas redan med analog tillämpning av de för *cession* av fordran gällande rättsgrundsatserna. Domstolarna ha väl dock funnit, att köparen icke före likviden till agenten erhållit den *säkra* kännedom om firmans rätt till köpeskillingen, varpå krav måste uppställas, om man med utgångspunkt från cessionsreglerna skulle anse köparen sakna rätt att frigöra sig från sin skuld genom betalning till agenten (jfr hänvisningen under rättsfallets rubrik till N.J.A. 1928 s. 393).³⁰⁹ Utan då H.D., på hemställan av

³⁰⁸ Med hänsyn till att A sålunda själv mottagit och tillägnat sig den av C presterade egendomen (och densamma alltså icke blott av B använts till hans nytta) behövde frågan om tillämpningen av 18 kap. 3 § handelsbalken — vilket lagbud måhända låg till grund för underrättens utslag — ej bli aktuell.

³⁰⁹ Det kunde eljest legat nära till hands att, beträffande spörsmålet om firman vederbörligen styrkt sin rätt, tillmäta betydelse åt den omständigheten att köparen, när han genom breven och fakturorna erhöi så att säga en direkt anmaning att behandla firman som rättsägare, på grund av sin underlåtenhet att reklamera framkallade den missuppfattningen hos firman, att dess »behörighet» icke sattes i fråga. Möjligen

N.Rev., biföll käromålet, åberopades i stället som motivering, att de i målet anmärkta breven och fakturorna (varav framgick, att leveransen verkställdes av firman och att denna fordrade betalningens fullgörande till sig själv och icke till agenten) kommit köparen tillhanda senast samtidigt med den levererade varan, samt att med hänsyn därtill köparen genom att förfoga över varan ådragit sig skyldighet att till firman erlægga betalning för densamma. Alltså: när köparen mottog varan, blev det för honom tydligt, att firman icke skulle ha verkställt leveransen och därigenom möjliggjort en tillägnelse av varan å hans sida, om den icke räknat med att själv bli mot honom betalningsberättigad. Verkan av att köparen under sådana förhållanden tillägnade sig varan, med påföljd att densamma icke kunde återställas, borde då bli den, att han icke ägde undandraga sig betalningsskyldighet gentemot firman. Annorlunda skulle det ha ställt sig, om köparen först efter leveransens mottagande, sedan förfogandet redan ägt rum eller dock mottagandet inverkat bestämmande på hans handlingssätt, upplysts om villkoret i fråga.³¹⁰

N.J.A. 1931 s. 623: Sedan ett hyresavtal slutits och hyrestiden gått till ända, har hyresgästen fortsatt att nyttja lägenheten under viss tid, utan att för denna tid någon överenskommelse om hyresbeloppet träffats. Fråga om beräkningsgrunden för hyran. — I 3 kap. 5 § nyttjanderättslagen stadgas, att därest vid hyra, gällande för viss tid, hyresgästen suttit kvar i lägenheten efter hyrestidens utgång och hyresvärden ej inom en månad därefter anmanat honom att avflytta, avtalet skall anses förlängt på obestämd tid. Bestämmelsen torde närmast bygga på den uppfattningen, att man genomsnittligt sett kan tolka nämnda passivitet såsom uttryck för en önskan om det förutvarande hyresförhållandets fortbestånd (relocatio tacita).³¹¹ Även om emellertid hyresgästen bestämt givit till känna, att han icke är villig betala den tidigare, alltjämt av hyresvärden fordrade hyran, är det motiverat att, såvitt han ändock kvarbor i lägenheten, ålägga honom ansvarighet för ifrågavarande hyresbelopp³¹²; det bör icke (även om

ha här inverkat hänsynen till att firman och köparen icke förut stått i någon affärsförbindelse med varandra. Att märka är också, att köparen, som det förefaller, hade ett särskilt intresse att slippa taga befattning med annan än den ursprunglige leverantören (se det överst å s. 413 sagda).

³¹⁰ Åtskilliga beröringspunkter med detta rättsfall har det intressanta rättsfallet N.J.A. 1917 s. 343. — »Banken hade erbjudit bolaget att fullgöra K:s leveransåtagande under de i bankens skrivelse till bolaget angivna villkor. Bolaget hade kunnat acceptera eller förkasta det sålunda gjorda erbjudandet. Genom att stillatigande mottaga varorna hade bolaget accepterat bankens erbjudande» (s. 344 nederst).

³¹¹ Se för den svenska rätts del N.J.A. II 1908 nr 5:1 s. 128.

³¹² Ehrlich a. a. s. 167 f.

man bortser från nämnda lagbud) hjälpa honom att han gör gällande, att ett hyresavtal numera ej föreligger och att alltså någon betalningsskyldighet på sådan grund icke åvilar honom. Med ledning av de ovan utvecklade synpunkterna blir det nämligen förståeligt, att en dylik »protestatio facto contraria» är betydelselös.³¹³ Hyresgästen måste vara förhindrad att tillägna sig hyresförmånen gratis eller med erläggande av mindre vederlag än det, mot vilket samma förmån, enligt vad han vet eller bör veta, erbjudits honom. Skulle nu emellertid i ett visst fall det fordrade vederlaget vara lägre än det tidigare utgående hyresbeloppet, bör i åsyftade läge, trots anförda stadgande, hyresgästens ansvarighet endast omfatta detta vederlag och icke sistnämnda belopp. H.D:s dom i förevarande mål låter sig ock väl förena med en sådan uppfattning.³¹⁴

³¹³ Jfr Ehrlich s. 164. Varför det eljest skulle anses självklart, att en handling (en »realakt») icke »negeres ved et forbehold» (Stang a. a., 1 uppl., s. 254), är omöjligt att begripa; jfr Himmelschein a. a. s. 107 not 58.

³¹⁴ I det föregående ha endast berörts rättsfall från den allra senaste tiden. Av något äldre rättsfall må särskilt uppmärksammas följande:

N.J.A. 1921 s. 560: Avtal, gällande blott tills vidare, om leverans — till ett bolag såsom innehavare av en svingård — av den vid ett mejeri uppkommande kärn- och avfallsmjölken. Köparen har, trots erhållen kännedom om att säljaren uppblandade mjölken med vatten (i större mängd än vartill avtalet kunnat berättiga), fortsatt att dag efter dag mottaga mjölken. Äger köparen rätt till skadestånd och avdrag å köpeskillingen? — I detta intrikata rättsfall kunde det ifrågasättas, att köparen gått sagda rätt förlustig 1) på grund av köplagens reklamationsbestämmelser; 2) på grund av ett (låt vara motvilligt) godkännande av varan eller medgivande av avtalets förändring i för säljaren önskvärd riktning; 3) på ovan i denna avhandling dryftade grunder (se emellertid Ussing s. 210 vid not 22). Jfr i sistnämnda hänseende kärandens egen argumentering: »Bolaget måste hava mjölk för att om möjligt hålla sina djur i livet. Från annat håll kunde bolaget icke få mjölk. Ett bestridande att erlagga det överenskomna priset skulle säkerligen hava föranlett mjölkbolaget att inställa leveranserna; det var ju icke svårt att få avsättning för varan på annat håll.» Bättre kan en part icke plädera för sin motparts talan!

N.J.A. 1922 s. 495: Fråga huruvida betalningsskyldighet för vara, som för en icke registrerad ekonomisk förenings räkning mottagits av en hos föreningen anställd person (och som numera icke kunde till säljaren återställas?), skulle åläggas mottagaren.

N.J.A. 1920 s. 515: X har till förmån för sin fosterson Y upprättat testamente, dock med villkor att Y skulle sköta och vårda X till dennes död. Sedan X avlidit, har testamentet — av anledning att Y brutit mot

berörda testamentsvillkor — förklarats icke medföra någon rätt för Y. Yrkande nu av Y, att som han under lång tid, i tanke att han skulle komma i åtnjutande av testamentet, utan särskild ersättning utfört arbete åt X, stärbhuset måtte förpliktas att till honom utgiva arbetslön. — Om man tänker sig, att en person (X) tager i anspråk en annans (Y:s) arbetsprestationer med vetskap om att Y utför desamma endast därför, att han bestämt litat på (icke blott anser sig ha en viss utsikt till) att såsom vederlag erhålla gottgörelse i form av testamente — en förlitan som naturligtvis kan föreligga även om han känner till att ett testamente är en återkallelig rättshandling — samt att X, utan att Y givit honom någon anledning därtill, återkallar testamentet, kan det väl endast med ett mycket formalistiskt betraktelsesätt hävdas, att den omständigheten att Y:s förväntan att komma i åtnjutande av kvarlåtenskapen icke går i uppfyllelse skulle sakna rättslig betydelse (jfr Ehrlich s. 169 f.). Å andra sidan kan det självfallet icke vara tal om att på sådana grunder tillerkänna Y rätt såsom testamentstagare; regeln om testamentes återkallelighet är så att säga av den dignitet, att den måste taga över allmänna förmögenhetsrättsliga grundsatser. Det vore väl också att gå för långt, om Y ansåges berättigad till *det* vederlag för sina prestationer, som han, enligt vad antagas kunde, *skulle* ha uppställt som villkor för deras utförande, därest han icke litat på att erhålla ersättning i testamentsform. Här, som ofta eljest, synes man komma till ett rimligt resultat allenast genom en tillämpning av principen obehörig vinst. — I det föreliggande rättsfallet komplicerades (eller förenklades) emellertid saken därav, att det berodde på Y:s eget klandervärda beteende, att testamentet icke kom att tillföra honom någon rätt.

ÖPPET KÖP

I.

Då man talar om att en person i ett visst läge är bunden av ett avtal (eller annan rättshandling), under det att motparten är obunden, kan meningen härmed synas vara tydlig nog. Vid närmare betraktande visar det sig emellertid, att så ingalunda alltid är fallet. Det nämnda uttrycket användes i flera olika bemärkelser, och det är ofta oklart, vilken innebörd en författare, medvetet eller omedvetet, inlägger i detsamma. Särskilt på den allmänna avtalslärans område har detta förhållande varit en källa till missförstånd och onödiga kontroverser — understundom därjämte till oriktiga slutsatser i sakfrågor.

I synnerhet böra följande tre betydelser av förevarande uttryck hållas i sär. Att avtalet är för den ifrågavarande kontrahenten bindande, kan till en början ha den vidsträckta innebörden, att denne — utan hänsyn till motpartens obundenhet — måste förhålla sig på det sätt som avtalet angiver, framför allt sålunda fullgöra den avsedda *prestationsskyldigheten*. Bundenheten inbegriper med andra ord förpliktelsen att *uppfylla* avtalet.¹ Vidare kan en kontrahent vara bunden i den meningen, att det väl icke åvilar honom en dylik uppfyllelseplikt förr än även motparten för sin del blivit bunden, men att han i avvaktan härpå måste stå fast vid sin viljeförklaring, så att avtalet icke får av honom ryggas. Allt eftersom detta bun-

¹ Har t. ex. ett avtal slutits, som är ogiltigt på grund av svikligt föreläggande, lär den kontrahent, som utövat sveket, trots ogiltigheten vara pliktig att prestera till medkontrahenten, såvitt icke denne dessförinnan åberopat sig på det förelupna viljefelet. Presterar han icke, inträda (om avtalet över huvud å motsidan fasthålles) morapåföljder, och han torde icke kunna försvara sig därmed, att han ej ansåg sig prestationskyldig förrän medkontrahenten förklarat sig vilja godkänna avtalet.

denhetstillstånd är av längre eller kortare varaktighet, kan naturligen hans rättsställning vara väsentligt olika beskaffad. Slutligen kan bundenhet föreligga även i den formen,² att visserligen kontrahenten är befogad att frånträda sin avgivna viljeförklaring men att hans befogenhet i sådant hänseende är på ett eller annat sätt begränsad: frånträdandet måste ske före utgången av viss tid, företagas i viss angiven ordning etc. Vederbörande är här så till vida villkorligt, »latent», bunden, att avtalet blir för honom förpliktande *därest* han underlåter att inom stadgad tid eller i stadgad ordning rygga detsamma, även om denna underlåtenhet icke i någon mån beror på, eller kan uppfattas bero på, en hos honom förefintlig vilja att godtaga avtalet. Ju strängare de rättsliga förutsättningarna äro för att avtalet skall kunna frånträdas och ju mer lagets faktiska beskaffenhet är ägnad att förringa sannolikheten av att ett frånträdande i verkligheten kommer till stånd, dess mindre reell betydelse har det, att bundenheten allenast är, på antydda sätt, villkorlig eller latent.

Nu berörda skillnad mellan olika gradationer av bundenhet har sitt värde även för förståelsen av reglerna om avtals slutande i avtalslagens första kapitel. Ett anbud är alltid, enligt sitt begrepp, i sist angivna mening bindande: så vitt anbudsgivaren icke, innan accept följt, frånträtt sin viljeförklaring, »återkallat» anbudet, blir han på grund av förklaringen förpliktad. Denna sida av anbudets rättsverkningar — att det sålunda utgör underlag för accept, att det är »gällande»; jämför 5 och 7 §§ — är den ojämförligt viktigaste. Flertalet av lagbestämmelserna i fråga ha ock sitt huvudsakliga intresse ur synpunkten av att de närmare reglera spörsmålet, *i vilken utsträckning* anbudet äger dylik verkan, resp. under vilka förhållanden det åter skall anses ha »förfallit», d. v. s. ha upphört att vara i nämnda bemärkelse bindande. Saknas denna bundenhet *alldeles*, föreligger som sagt, enligt gängse juridiskt språkbruk, icke något anbud utan på sin höjd en uppfordran till ett sådant. — I en helt annan mening talar lagen om bun-

² Se för svensk rätts del den grundläggande utredningen hos Almén, Om auktion, II, 1900, s. 129 ff.

denhet, när den i 1 § stadgar, att anbud om slutande av avtal (och svar å sådant anbud) är »bindande» för den som avgivit anbudet eller svaret. Här fastslås, att anbudet tillika är (i viss omfattning; jämför 7 §) oåterkalleligt. Denna rättssats, vars praktiska och teoretiska betydelse säkerligen överskattats,³ gäller emellertid endast in dubio; oåterkalleligheten ligger icke i anbudets begrepp.⁴ Bestämmelsen i andra stycket av 1 §,

³ Redan *faktiskt* är ofta, vid avtal mellan frånvarande, anbudsgivarens möjlighet att återkalla anbudet innan accept ägt rum mycket begränsad; jfr Lassen, *Udvalgte Afhandlinger*, 1924, s. 140. Härtill kommer en annan omständighet. När såsom i svensk och tysk rätt anbudet in dubio är oåterkalleligt, medför detta gärna en benägenhet att — då oåterkalleligheten ej sällan måste te sig för sträng mot anbudsgivaren — såsom blott uppfordringar till anbuds avgivande stämpla vissa typer av erbjudanden, vilka i och för sig skulle kunna uppfattas som anbud, t. ex. annonser, cirkulär, utbudanden i form av skyltning o. s. v. Se däremot beträffande fransk rätt, där enligt härskande mening anbudet i princip är återkalleligt, Almén, *Lagen om avtal m. m.*, 1916, s. 53 i noten.

I *teoretiskt* avseende har, som bekant, omförmälda rättssats tagits till utgångspunkt för löfsteorien; se för svensk rätts del *obligationsrättskommittén* i motiven till avtalslagen, 1914, s. 116 (märk dock det försiktiga uttryckssättet: »ligger det nära till hands», »synes det vara naturligare»). Här om är kanske heller icke så mycket att säga. Framhållas må emellertid, att något logiskt sammanhang mellan dessa båda saker strängt taget icke existerar. Varför skulle icke den uppfattningen, att vid ett ömsesidigt förpliktande avtal vardera kontrahenten härleder sin rätt från den andres, låt vara villkorliga viljeförklaring och icke från avtalet betraktat som ett enhetligt rättsfaktum, kunna hävdas, även om den villkorlighet, som vidlåder den ifrågavarande viljeförklaringen, är genom förhandenvaron av återkallelserätt för förklaringens avgivare mer utpräglad, än då en sådan rätt icke tillkommer honom? Jfr Almén a. a. s. 11 not 30 och s. 143 not 5.

⁴ *Obligationsrättskommittén* påstår visserligen i motiven till avtalslagen (s. 39 f.) motsatsen: »Att den, som avgivit anbud eller svar, är bunden av detsamma, gäller enligt förslaget icke blott såsom en tolkningsregel utan är en utmärkande egenskap för anbud och svar. Har den, som avgivit en viljeförklaring, vilken eljest vore att anse såsom anbud, givit till känna, att han icke vill vara bunden av densamma, skall detta tillkännagivande visserligen lända till efterrättelse, men därav blir, enligt vad 10 § utmärker, en följd, att den avgivna viljeförklaringen betraktas icke såsom ett verkligt anbud utan allenast såsom en uppfordran att avgiva anbud. Lika litet kan ett svar, vars innehåll giver vid handen, att det icke skall vara bindande för avgivaren, anses såsom ett antagande.

att stadgandena i avtalslagens första kapitel allenast skola lända till efterrättelse, så vitt ej annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja, äger näm-

I nu nämnda avseende intager den grundläggande bestämmelsen i 1 § en särställning i förhållande till de följande bestämmelserna i samma kapitel. Dessa skola allenast tillämpas i den mån ej annat följer av anbudets eller svarets eget innehåll eller av handelsbruk eller annan sedvänja vid avtal av det slag, varom fråga är.»

Att man icke bör fästa större avseende vid detta uttalande, framgår emellertid genast, om man följer kommitténs hänvisning och ser på motiveringen till 10 (9) § Avtl. Där heter det (s. 59 f.):

»I affärsmeddelanden, som i och för sig äro att anse såsom anbud, inryckas understundom orden 'utan obligo', 'utan förbindelse' eller liknande uttryck, varigenom avsändaren giver till känna, att han icke vill vara bunden av meddelandet. Meningen härmed är icke allenast, att avsändaren skall hava rätt att återkalla sitt erbjudande, innan det antagits av den, till vilken det är riktat, utan att han, även om denne går in på den föreslagna affären, skall hava fria händer att antaga eller förkasta densamma. Då det måste anses ligga i anbudets begrepp, att genom dess antagande ett avtal skall kunna komma till stånd utan någon ytterligare viljeförklaring från anbudsgivarens sida, hava dessa s. k. anbud utan obligo i själva verket icke karaktären av anbud utan utgöra allenast en uppfordran till den s. k. anbudstagaren att å sin sida framställa anbud av det innehåll meddelandet utvisar.»

På detta ställe talas det sålunda, som man finner, icke alls om att det ligger i anbudets begrepp att vara bindande i mening av att *icke kunna återkallas*, utan det framhålles endast, att en viljeförklaring, som ej är gällande så till vida *att den kan utgöra underlag för accept*, enligt lagens språkbruk saknar egenskapen av ett anbud. Det först citerade uttalandet bygger alltså på en förväxling av två olika betydelser av begreppet bindande (gällande) anbud. — Det säger sig också självt, att *därest* det vore så, att det låge i anbudets begrepp att vara oåterkalleligt, den inledande regeln i avtalslagens första kapitel om att ett anbud är för sin avgivare bindande vore blottad på varje självständigt innehåll. Man finge ju då läsa densamma ungefär som om det stode: »Med anbud förstås i detta kapitel allenast ett sådant erbjudande om avtals ingående, som på en eller annan [i lagen ej omnämnd] grund icke kan återkallas». Naturligtvis är innebörden av lagrummet i stället den, att en viljeförklaring, som med hänsyn till sin egenskap av att kunna utgöra underlag för accept enligt vanligt juridiskt språkbruk betecknas som anbud, tillika in dubio är oåterkallelig. En återkallelserätt får endast, fastslår lagen, antagas, om den följer av anbudet självt eller av handelsbruk eller annan sedvänja. I sådant fall är 1 § satt ur spelet (men ingalunda för den skull utan vidare de övriga bestämmelserna i kapitlet).

ligen tillämpning också beträffande den grundläggande regeln i första stycket av samma paragraf.⁵ — Även om ett anbud är i nu nämnda mening bindande för mycket lång tid framåt, ja även om det förklarats, att svar å anbudet må lämnas så sent som helst, är anbudsgivaren i allmänhet icke *prestationspliktig*, innan accept kommit till stånd. Först genom accepten inträder alltså denna högre grad av bundenhet.⁶ Naturligtvis kan dock anbudsgivaren redan dessförinnan ha åtagit sig skyldighet att prestera, resp. ha i samband med anbudets avgivande fullgjort den ifrågavarande prestationen; jämför de i 8 § Avtl åsyftade realanbudsfallen.

Vad sedan *anbudstagarens* rättsställning beträffar, förutsätter avtalslagen, som naturligt är, att denne i normala fall är före accepten alldeles obunden. Detta är dock endast huvudregeln. Såsom i 8 § andra stycket antydes, kan anbudstagaren under särskilda omständigheter vara villkorligt bunden så till vida, att om han icke inom en på det ena eller andra sättet bestämd tid avböjer anbudet, avtal anses ha kommit till stånd. Han befinner sig då principiellt i samma läge som en anbudsgivare, vilken förbehållit sig återkallelserätt under viss tid. Bundenhet inträder nämligen genom blotta underlåtenheten att avslå anbudet, även om denna underlåtenhet icke kan

⁵ Bestämmelsen har alltså kommit på oriktig plats. Den borde ha stått först i lagen. Felredigeringen förklaras av vad i nästföregående not anmärkts.

⁶ Till detta förhållande tager Lassen knappast tillbörlig hänsyn, när han i sitt principiella försvar för löfteteorien hävdar, att anbudet skapar för adressaten, så snart det kommit till dennes kännedom, »den ved Løftet tilsagte Ret», samt att kravet på accept, när accepten får komma så sent som helst, i själva verket är betydelselöst, eftersom det blott utgör en omskrivning för att det beror på anbudstagaren, om han vill göra sin rätt gällande eller ej (Udvalgte Afhandlinger s. 84 f. och s. 140). Den rätt, som anbudstagaren har efter accepten, är väl dock, om därav föranledes prestationsskyldighet för anbudsgivaren, praktiskt sett ganska olika den som enbart anbudet tillförsäkrar honom. Skillnaden är viktig, även om man i enlighet med Lassen utgår ifrån, att denna olikhet i anbudstagarens rättsläge icke grundar sig på ett av rättsordningen i och för sig upprätthållet krav på accept, utan på hänsyn till att anbudsgivaren får anses ha uppställt accept som villkor för att han skall fullgöra prestationen.

sägas vara uttryck för hans vilja att gå in på det föreslagna avtalet. Under vilka förhållanden en dylik svarsplikt åvilar en anbudstagare, är nu ofta svårt att fastställa. Grundläggande torde dock följande synpunkt vara. Uppenbarligen skulle det stämma illa överens med den eljest i svensk rätt gällande principen om den enskildes självbestänningsrätt på avtalsrättens område, om det vore möjligt att genom anbudets framställande fullkomligt *ensidigt* påbörda folk den villkorliga bundenhet, som enligt det nyss sagda en svarsplikt innefattar. Men det är icke lika oförenligt med nämnda princip, att en person *på grund av något sitt föregående förhållande* ålägges skyldighet att svara på ett avgivet anbud vid äventyr av att anses ha accepterat detsamma.⁷ Sålunda tala starka skäl för att tillägga anbudstagarens passivitet verkan av accept, om denne själv genom ett meddelande *framkallat* anbudet⁸ och motparten med hänsyn därtill förutsätter, att avtal kommit till stånd⁹ (analog tillämpning av 9 § Avtl). Och även eljest lär en svarsplikt i stor utsträckning kunna erkännas i sådana fall, då anbudstagaren inser, att motparten med stöd av något tidigare mellanhavande mellan kontrahenterna utgår ifrån — och låter sitt handlingssätt bestämmas av — den oriktiga uppfattningen, att anbudet blivit accepterat¹⁰ (analogi från 4 § andra stycket, 6 § andra stycket och 19 § Avtl).¹¹

⁷ Jfr i detta sammanhang betydelsen av att en person, vilken i visst fall obehörigt uppträder å annans vägnar, tidigare vid upprepade tillfällen medgivits företräda denne; se t. ex. N.J.A. 1922 s. 131 och 1929 s. 124.

⁸ Ätminstone då meddelandet riktats till bestämd person. Jfr angående denna reservation *obligationsrättskommittén* i motiven till avtalslagen s. 60.

⁹ Motparten-anbudsgivaren förstår t. ex. icke skillnaden mellan anbud och uppfordran till anbud och tror därför, att han med sitt anbud avgivit accept. Eller han anser det i alla händelser uteslutet, att anbudstagaren icke skulle godtaga det av denne själv framkallade anbudet.

¹⁰ Detta har i synnerhet praktisk betydelse, när det gäller anbud om ändring eller upphävande av bestående avtalsförhållanden. Jfr N.J.A. 1913 s. 315 (Just.r. Sjögrens yttrande).

¹¹ Såsom förutsättning för att anbudstagaren på detta sätt skall vara skyldig att undanröja det missförstånd, vari motparten är fången, torde icke behöva uppställas, att dennes missförstånd kan sägas vara av omständigheterna rättfärdigat (jfr nyssnämnda lagrum).

Den omständigheten, att anbudet utgör ett *realanbud*, är åter enligt avtalslagens ståndpunkt icke i och för sig av beskaffenhet att ådraga anbudstagaren ifrågavarande villkorliga bundenhet. Anbudsgivaren kan icke göra gällande, att avtal kommit till stånd redan därigenom, att motparten behållit det honom tillsända godset under lång tid utan att på något som helst sätt ge till känna, att anbudet avböjes. Icke ens om anbudstagaren efter framställd förfrågan underlåter att ge besked om sin inställning till anbudet, leder detta till annan påföljd än att anbudet förfaller. Tillämpningen av »status-quo-principen» är i det hänseendet utesluten. Att det förhåller sig på detta sätt är allmänt erkänt och har också kommit till uttryck i 8 § Avtl och *obligationsrättskommitténs* motivering till densamma.¹²

Emellertid behandlas på annat ställe i lagstiftningen ett rättsläge, som i allt fall står realanbudet ganska nära. I 60 § köplagen talas om s. k. *öppet köp* (köp på prov), vilket enligt Almén karakteriseras därav att »köparen äger efter sitt fria behag vidbliva köpet eller därifrån avstå utan att ens behöva uppgiva något skäl för sitt belut».¹³ Vid sådant förhållande och då lagrummet utgår ifrån att godset blivit av säljaren avlämnat, kunde det synas som om köparen här, praktiskt sett, befunne sig i ungefär samma situation som mottagaren av ett realanbud. Men det visar sig genast, att köplagen underkastar denna situation en rättslig reglering, som i grunden skiljer sig från avtalslagens behandling av realanbudsfallen.

60 § köplagen stadgar nämligen:

»Är öppet köp avtalat, och har godset blivit av säljaren avlämnat, vare köparen ej berättigad att draga sig från köpet undan, med mindre han inom bestämd tid eller, där bestäm-

¹² Se ovan s. 37 ff. och 41 f.

¹³ Almén, Om köp och byte av lös egendom, II, 2 uppl., 1918, s. 272 f. — Så snart enligt avtalet köparen icke helt godtyckligt äger bestämma sig för köpet utan det i högre eller lägre grad skall bero av ett objektivt bedömande, om han måste stå fast vid eller får undandraga sig detsamma, är begreppet öppet köp icke tillämpligt. De av kontrahenterna använda ordalagen äro naturligen härutinnan icke avgörande. Jfr N.J.A. 1910 s. 397 ävensom 1900 s. 291.

melse om tiden ej träffats, utan oskäligt uppehåll giver säljaren till känna, att han ej vill godset behålla. Intill dess godset återlämnas, stånde köparen faran för dess förstörelse, försämring eller minskning.»

Tillämpningen av detta lagbud medför sålunda, att den kontrahent (köparen), som kan synas ha ställningen av en anbudstagare, alldeles icke är att betrakta som obunden. Om han uraktlåter att inom bestämd eller skälig tid underrätta säljaren om att han ej vill behålla godset, måste han erlægga köpeskillingen utan hänsyn till att omständigheterna i övrigt icke ge något stöd för att han önskar acceptera dennes reala erbjudande. Det hjälper honom icke ens, att säljaren inser, att hans uraktlåtenhet beror på glömska, oförstånd el. dyl. Särskilt faller i ögonen, att lagen för inträdet av sagda påföljd icke fordrar, att säljaren först framställt en förfrågan om erbjudandet godtages, som lämnats obesvarad. Härvidlag är för övrigt den nordiska rätten, såsom nedan skall beröras, strängare mot köparen än de tongivande kontinentala rättsordningarna. Av eget initiativ måste köparen ge till känna, att han icke reflekterar på köpet; han är också bevisskyldig för att tillkännagivandet kommit motparten till handa. Endast till fördel för *säljaren* tillmätes betydelse åt den omständigheten, att förfrågan framställts. Den skäliga betänketid, som köparen skall åtnjuta, kan nämligen härigenom komma att avkortas.¹⁴

Men det är icke blott på denna centrala punkt utan även i andra avseenden, som köplagens behandling av det öppna köpet skarpt kontrasterar mot de regler, som få anses gälla för realanbud. Sålunda torde köparens *vårdnadsplikt* beträffande det överlämnade godset sträcka sig mycket längre än realanbudstagarens;¹⁵ med hänsyn till den förre äro helt visst 55 och 56 §§ köplagen tillämpliga. Vidare stadgas det uttryckligen i 60 §, att köparen vid öppet köp står *faran* för att godset av våda förstöres, försämras eller minskas. Denna sats, som icke har någon motsvarighet då ett realanbud avgivits, är så mycket mera påfallande, som den motsatta principen är god-

¹⁴ Almén a. a. II s. 276.

¹⁵ Se ovan s. 103 not 227 samt Almén s. 198 not 3 och 278 not 51 a.

tagen för en vanlig köpare, vilken enligt köplagen är hävningsberättigad (58 §). Den nordiska rätten synes också stå tämligen ensam om rättsgrundsatsen i fråga; i utländska rättsystem är det en erkänd regel, att faran in dubio ligger å säljaren. Av köplagens reglering av kasusansvaret lärer ytterligare följa, att köparen icke äger draga sig från köpet undan, om han visserligen i rätt tid givit till känna, att han ej ämnar behålla godset, men blivit urståndsatt att i väsentligt oförändrat skick återställa detsamma på den grund att någon utomstående, utan hans vållande, förfogat däröver.¹⁶ Slutligen må anmärkas, att enligt Alméns åsikt¹⁷ köparen i regel är pliktig att ej mindre på egen bekostnad än även på egen risk återsända godset till säljaren, en förpliktelse som icke lärers åvila vare sig en anbudstagare i de i 8 § avsedda realanbudsfallen eller en vanlig köpare, som utövar en honom enligt köplagen tillkommande hävningsrätt.

Man frågar sig under sådana omständigheter, hur gränsen bör dragas mellan ett realanbud och ett öppet köp. Hur förhålla sig 8 § Avtl och 60 § köplagen till varandra? Frågan, som tydligen vid avtalslagens tillkomst icke var föremål för någon uppmärksamhet, kan icke utan vidare avfärdas med det beskedet, att avtalslagen förutsätter, att blott ett anbud afgivits, medan 60 § köplagen utgår ifrån, att det föreligger ett *köp*, om än ett »öppet» eller villkorligt sådant. Ty detta tal om köp är blott ord, en fras utan all mening, så länge man icke får någon upplysning om hur ett köp, ett ömsesidigt förpliktande avtal, kan vara förhanden, när avtalet går ut på att den s. k. köparen skall äga efter sitt fria behag godtaga säljarens erbjudande eller därifrån avstå. Har icke *avtalet* här till innehåll allenast, att »säljaren» avger ett anbud och att »köparen» (utan att vare sig direkt eller indirekt förbinda sig till något) förklarar, att han tager fasta på detsamma, låt vara att sedan *rättsordningen* ålägger köparen den villkorliga bundenhet m. m., som förut skildrats? Om detta är händelsen — om det alltså i realiteten rör sig om en anbudssituation — står den frågan

¹⁶ Annorlunda i realanbudsfallen; se ovan s. 103 vid not 226.

¹⁷ A. a. s. 277 och 280.

obesvarad kvar, *vilken* anbudssituation det är som köplagen har i sikte och som behandlas så olika realanbudsfallen i avtalslagen. Skall blott den omständigheten, att ett *avtal* slutits, ha en så stor betydelse härvidlag? — Svårigheten ligger följaktligen icke alls däri, såsom man av Alméns framställnings-sätt måhända skulle kunna förledas att tro, att *säljaren* kan vara bunden (= bunden utan rätt att återkalla sin viljeförklaring), när köparen är obunden.¹⁸ Detta är ju ingenting besynnerligt enligt en rättsordning, som tillerkänner redan anbudet bindande kraft. Utan spörsmålet gäller, på vad grund man kan påstå, att *köparen* enligt avtalet reellt sett är något annat än en anbudstagare, resp., om man icke påstår detta, på vad grund han skall behandlas helt olika anbudstagare i allmänhet.

För övrigt föreligger här en frågeställning, vars räckvidd icke är begränsad till öppet köp enligt köplagen. Även eljest uppkommer nämligen frågan, i vad mån ett avtal, som medger den ene kontrahenten rätt att efter sitt fria behag vidbliva den andres erbjudande eller därifrån avstå, föranleder andra rättsverkningar än motsvarande anbud, samt vad grunden till detta förhållande i så fall kan anses vara. Särskilt är denna fråga av intresse, när det gäller formbundna avtal, såsom då ett köpavtal av sagda art slutits rörande fast egendom, vare sig det nu är köparen eller säljaren, som befinner sig i en ställning jämförlik med en anbudstagares.

II.

Det kunde ligga nära till hands att anse 60 § köplagen tilllämplig allenast i sådana fall, där köparen genom själva avtalet åtagit sig en villkorlig bundenhet, nämligen på det sätt att han (uttryckligt eller tyst) gått med på att vidbliva köpet, där-est han icke sedermera tillkännagiver för säljaren, att han vill frånträda detsamma. Stadgandet skulle alltså gälla endast för i denna mening *resolutivt* villkorade öppna köp. För de fall

¹⁸ Almén (II s. 273) börjar med att tala om denna sak men glider sedan på det mest omärkliga sätt över till att något beröra det strax efteråt i texten omnämnda spörsmålet.

däremot, då avtalet har till innehåll, att köparen icke skall bli bunden, med mindre han framdeles tillträder köpet — så att villkorligheten kan sägas vara *suspensiv*¹⁹ —, skulle någon tillämpning av lagbudet icke kunna komma i fråga.

Enligt denna tolkning av 60 § köplagen — vilken icke alldeles saknar stöd i lagtextens avfattning²⁰ — är det uppenbart, att det öppna köpet verkligen gör skäl för benämningen köp. Någon förväxling med motsvarande anbudsläge behövde icke befaras. Under det att mottagaren av ett realanbud icke åtager sig någon bundenhet alls, vore köparen vid det öppna köpet *enligt själva avtalets innehåll* villkorligt förpliktad i den bemärkelse, som ovan angavs när det var tal om en anbudsgivare, vilken förbehållit sig återkallelserätt under viss tid. Att *lagen* då statuerar, att köparen skall vara på detta indirekta sätt förpliktad, kunde icke förvåna; vederbörandes egen viljeförklaring lämnade ju hemul härför. Under sådana omständigheter vore det också förklarligt, att man ansett att köparen icke heller med hänsyn till kasusansvar m. m. borde behandlas som en anbudstagare.

Uteslutet är icke, att ifrågavarande tolkning även överensstämmer med Alméns uppfattning av lagbudet.²¹ Almén framhåller inledningsvis, att ett öppet köp »närmast» medför förpliktelse blott för säljaren, under det att »för köparens bundenhet fordras, att han inom utsatt eller skälig tid antingen förklarar sig vidbliva avtalet eller underlåter att meddela, att

¹⁹ Skillnaden är, så preciserad, påtaglig och drabbas icke av de anmärkningar, som eljest (jfr nedan not 228) må kunna framställas mot begreppen *suspensivt* och *resolutivt* villkor.

²⁰ Orden »draga sig från köpet undan» kunde synas tyda på att köparen genom avtalet är i viss mån bunden (jfr emellertid 41 § köplagen, där samma uttryck förekommer beträffande det fall att en köpares konkursbo genom förfogande över godset tillträder ett tidigare för boet som sådant alls icke bindande avtal). Vidare talas det i 60 § om att köparen »inom bestämd tid» giver till känna, att han ej vill godset behålla. Detta måste ju, kunde man säga, vara liktydigt med en *för avtalets frånträdande* bestämd tid. Avtalet skulle sålunda i detta fall ha *resolutiv* innebörd. Detsamma borde väl då gälla även »där bestämmelse om tiden ej träffats».

²¹ A. a. II s. 272 ff., särskilt s. 273 f. och 276 f.

han frånträder detsamma». Därefter antyder författaren, att de försök, som i tysk rättsvetenskap gjorts att konstruera det öppna köpet såsom ett villkorligt köpavtal, mött svårigheter med hänsyn därtill, att det å köparens sida allenast föreligger en »Wollensbedingung» och att man sedan gammalt hävdar, att en förpliktelse, villkorad av den förpliktades blotta vilja, icke är någon verklig förpliktelse. Av den hänvisning, som Almén i detta sammanhang gör till ett föregående arbete,²² synes vidare framgå, att han visserligen anser nämnda svårigheter ofrånkomliga, när det gäller ett i berörda mening suspensivt villkorat öppet köp, men icke tillägger dem någon betydelse i de fall där villkorligheten är resolutiv.²³ I fortsättningen heter det:

»Tillämpad på öppet köp, leder vår där utvecklade åsikt till det resultat, att säljaren är bunden omedelbart genom avtalet, men köparen antingen alldeles obunden — om avtalet har det innehåll, att han skall inom utsatt eller skälig tid giva till känna sin vilja att vidbliva avtalet — eller ock villkorligt förpliktad — om hans underlåtenhet att giva besked skall hava till följd,²⁴ att han går miste om rätten 'att draga sig från köpet undan'.

*Endast om detta senare slag av öppet köp handlar lagtexten,*²⁵ vars regler äro givna för det fall, att 'godset blivit av säljaren avlämnat'. Har köpeavtal ingåtts om gods, som kvarblivit i säljarens besittning, och skall enligt avtalet köparen hava full frihet att vidbliva köpet eller därifrån avstå, lär hans tystnad, såvida ej annat uttryckligen överenskommits eller eljest må anses avtalat, böra uppfattas såsom ett avstående från köpet och således hava till följd, att säljaren icke vidare är av avtalet bunden. En uttrycklig bestämmelse av detta innehåll förekom i N.L.B. § 54 andra stycket, men vid för-

²² Om auktion II s. 129 ff. och 315 ff.

²³ I sagda arbete fann nämligen Almén, nära anslutande sig till en av pandekträttsliga författare och särskilt av Windscheid (Lehrbuch des Pandektenrechts I § 93) utvecklad grundtanke, att man måste komma till »ett olika bedömande av det fall, då en rättsföljd i en viljeförklaring gjorts beroende därav, att förklaringens avgivare inom viss tid *förklarar sig vilja* densamma, och det fall, då till villkor gjorts, att den förklarande *underlåter att inom samma tid förklara sig icke vilja* densamma» (s. 131). »I senare fallet», tillägges det, »är rättsföljdens inträde icke uteslutande beroende av den förklarandes blotta vilja».

²⁴ = »enligt avtalet skall hava till följd»?

²⁵ Kurs. här.

slagets granskning inom H.D. hemställdes, att densamma måtte såsom överflödigt utgå. Uttrycket öppet köp torde för övrigt knappast i det allmänna språkbruket omfatta sådana fall; vanligare är, att det bestämmes, att köparen under viss tid får varan 'på hand'. För sin bundenhet under den sålunda bestämda tiden kan säljaren hava betingat sig eller uppburit särskilt vederlag (handpenning); är detta händelsen, äger han utkräva eller behålla beloppet, om köpet kommer att förfalla. Har köparen å sin sida icke iklätt sig någon förpliktelse genom avtalet, synes detsamma till sina verkningar i intet avseende skilja sig från ett anbud, vari säljaren medgivit anstånd med svaret under lika lång tid.»

Almén tillägger längre fram:

»Första punkten av 60 § har till uppgift att besvara frågan, när ett öppet köp bliver för köparen definitivt bindande, och stadgar i sådant hänseende» etc.

»Påföljden av köparens underlåtenhet att giva besked om sin ståndpunkt angives i lagtexten därmed, att han icke är berättigad att draga sig från köpet undan. Denna tolkning av köparens tystnad står för här förutsatta fall — då godset befinner sig i hans besittning — i överensstämmelse med den även eljes i 1905 års lag omfattade grundsatsen, att den, som icke giver en motsatt vilja till känna, är för status quo.»

Det citerade *kan* onekligen betyda, att enligt Alméns mening läget vid öppet köp skiljer sig från en anbudssituation därigenom, att köparen genom själva avtalet iklätt sig ifrågasvarande villkorliga förpliktelse, att förty, när sådan förpliktelse icke åtagits, det i realiteten, såsom ock av det allmänna språkbruket indiceras, föreligger allenast ett anbud, att 60 § köplagen för sin tillämpning förutsätter, att avtalet har det innehåll, som sålunda gör det berättigat att tala om ett verkligt köp, resp. att därå använda köplagens status-quo-grundsats, samt att stadgandets uppgift är inskränkt till att närmare reglera, när det resolutiva villkor, som innefattas i avtalet, skall anses ha deficierat. Innebörden av Alméns uttalanden *behöver dock icke vara denna.*²⁶

²⁶ Meningen kan nämligen också tänkas vara, att avtalet vid öppet köp i och för sig endast utmärkes av köparens »frihet att vidbliva köpet eller därifrån avstå» (jfr s. 273 rad 4 nedifrån i texten), att emellertid, om hänsyn tages till vad som *genomsnittligt sett* bäst överensstämmer

Fullt tydligt är i alla händelser, att Winroth, som i sin behandling av köpläran lämnat en ganska utförlig framställning av institutet öppet köp,²⁷ bygger på nu berörda uppfattning av 60 § köplagen. Författaren säger till en början:

»Förutsättningarna för lagbudets tillämpning äro sålunda två, nämligen att säljaren dels avlämnat godset och dels lämnat köparen rådrum att efter sitt fria behag avgöra, om han skall behålla eller icke behålla det. Förhållandena äro alltså enahanda med dem, som enligt lag förut förelågo vid hästköp, såsom 1734 års lags förordnande i ämnet utlades i en senare tids rättspraxis. Säljaren är omedelbart bunden genom avtalet, medan köparen har viss tid på sig att därefter frånträda det, utan att därför behöva anförä kontraktself på säljarens sida eller eljest annan omständighet än sin vilja att rygga avtalet. Åtskillnaden är allenast den, att lagen ej utsatt en noga bestämd frestetid.»

Vid kommenteringen av andra punkten i 60 § anföres det vidare²⁸:

»Uppfattas, såsom sig bör, öppet köp såsom ett avtal under upplösande (resolutivt) villkor, är vad som stadgats om kasusansvaret också i full enlighet med den oomtvistade rättssatsen, att resolutivt villkor alltid i sig innefattar en tidsbestämmelse och ej tillintetgör verkan av de vid dess inträffande redan uppståndna förhållandena. Så sett, faller sig ock naturligt behovet av en köparens uttryckliga viljeförklaring, för att avtalet må förfalla.»

Winroth menar alltså, att det för öppet köp karakteristiska är, att själva avtalet är resolutivt villkorat. Härmed stämmer

med vederbörandes vilja, köparen i vissa fall bör vara bunden av köpet om han icke frånträder detsamma, i andra fall vara obunden av köpet om han icke tillträder detsamma, att till grund för 60 § köplagen också ligga sådana hänsyn, samt att lagens reglering har till *resultat*, att det öppna köpet under vissa omständigheter, nämligen när rättsverkningar av resolutiv art anordnats, blir ett verkligt köp, medan det eljest stannar vid rättsverkningar av anbudsnatur. Förstår man Almén på detta sätt, saknas hos honom upplysning om vad som karakteriserar ett öppet köp i jämförelse med en anbudssituation. — Möjligt är, att Almén influerats av *båda* de ifrågavarande, inbördes oförenliga tankelinjerna. Övergången från den ena till den andra skulle i så fall ha skett nederst på sidan 273.

²⁷ Winroth, Köp av lös egendom, 1917, s. 329 ff.; jfr ock s. 15 f.

²⁸ S. 332.

ock väl överens, att författaren å ena sidan anser öppet köp föreligga även i det fall, att godset skall förbliva hos säljaren att av köparen avhämtas, om det nämligen är »överenskommet, att till ett avtalets ryggande skall höra en köparens uttryckliga viljeförklaring»,²⁹ å andra sidan icke vill tillämpa samma begrepp för den händelse det är »avsett, att köparen skall inom viss tid delgiva säljaren sitt beslut att begagna sig av köpet, vid påföljd att detta eljest betraktas såsom förfallet». — »Det föreligger då», tillägger Winroth, »ett s. k. köp på hand, varvid, även då godset är bestämt samt hålles redo att när som helst av köparen avhämtas, kasusansvaret förblir hos säljaren, ända till dess att köparen förklarat sig stå fast vid avtalet. Hans förklaring bör nämligen fattas såsom ett inträffat uppskjutande (suspensivt) villkor, varmed först tillfälle beredes åt avtalet att utöva sina verkningar».³⁰

Försöket att på denna väg³¹ komma till rätta med förevarande lagbud är emellertid säkerligen misslyckat.

²⁹ S. 334. — Regeln om kasusansvaret skall då med en viss angiven »lämpelse» komma till användning.

³⁰ A. st. — Uttrycket *köp* på hand klingar ju egendomligt och torde i det praktiska rättslivet icke alltför ofta förekomma (jfr dock N.J.A. 1899 s. 263). — Winroth tillfogar i detta sammanhang följande dunkla ord: »Från köp på hand är åter att skilja sådan händelse, att någon väl gjort ett köpeanbud men avtal icke kommit till stånd på grund av vare sig felande antagande eller anbudsgivarens förbehåll att få höra sig för jämväl på annat håll. Ett dylikt tingande har ej fört över underhandlingarnas ståndpunkt och ålägger parterna i allmänhet ingen som helst förbindelse». (S. 335.)

Belysande är slutligen vad Winroth (s. 336) säger om det fall att *säljaren* betingat sig rätt att frånträda ett slutet avtal, för den händelse det från annat håll skulle bjudas honom mer än den överenskomna köpeskillingen (*addictio in diem*): »Ett avtal under resolutivt villkor, blir det bindande även för säljaren, så framt han icke inom avtalad eller eventuellt skälig tid efter ingående av avtalet meddelar köparen sitt ryggande därav».

³¹ Huruvida till hithörande författare även må räknas Lassen-Ussing, Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del, I, 1923, s. 314 ff., är icke fullt klart. Begreppet öppet köp (köp på prov) definieras där på följande sätt: »Som Kjøb med Forbehold til Fordel for Kjøberen om Handelens Tilbagegang nævnes Kjøb paa Prøve eller Besigtigelse : Kjøb med Aftale om, at Kjøberen kun skal være bunden ved Handelen, hvis

För det första torde det förhålla sig så, att avtalet vid öppet köp i största utsträckning saknar varje reglering, och ännu oftare varje *bevislig* reglering, av frågan, huruvida köparen sedermera måste tillträda köpet för att bli bunden eller frånträda detsamma för att undgå bundenhet. Vad särskilt angår de fall, då någon bestämd betänketid för köparen icke utsatts, är väl denna fråga icke ens i regel uppe i kontrahenternas medvetande; talet om en (låt vara »tyst») viljeförklaring i sådant hänseende har då intet verklighetsunderlag. Och under alla förhållanden — detta gäller även i de fall då betänketiden är bestämd — äro svårigheterna att föra bevisning på denna punkt utomordentligt stora. Skulle alltså för tillämpningen av 60 § köplagen krävas, att det i det särskilda fallet kunde styrkas, att köparen bundit sig för den händelse han sedermera underlåter ge till känna sin vilja att icke behålla godset, finge bestämmelsen helt visst ett mycket begränsat tillämpningsområde. — Det genmäles kanske, att man får nöja sig med att fordra, att kontrahenterna utgått från den *förutsättningen*, att köparen iklätt sig en i sagda mening resolutivt villkorad bundenhet. Men därmed är gärdet uppgivet, och man råkar ut i ett verkligt gungfly. Dels undgår man icke den kända cirkeln, att vad som i förevarande avseende skall anses vara »förutsatt» i hög grad beror på kontrahenternas rättsmedvetande, vilket i sin tur påverkas av den rättsregel, som på området faktiskt gäller och vars innehåll här just efterfrågas. Dels är det en ytterligt vanskelig uppgift att söka utforska kontrahenternas förutsättningar i det enskilda fallet beträffande ett så rent juridiskt färgat spörsmål som huruvida en viss bundenhet är av suspensiv eller resolutiv art. Om tillämpningen av 60 § köplagen skulle vara avhängig av de resultat, vartill man vid dylika efterforskningar kunde komma, bleve bestämmelsens praktiska brukbarhet minst sagt diskutabel.

För det andra måste man säga sig, att därest den kritiserade tolkningen vore riktig, stadgandet åtminstone i sin

han finner sig tjent med den». Uttrycket »Tilbagegang» får kanske icke pressas alltför hårt.

första del — som ju är den viktigaste — egentligen skulle vara överflödigt. Är nämligen vid det öppna köpets ingående resolutiv villkorlighet överenskommen, borde väl redan av *avtalet* (eller om man så vill av 1 § köplagen) följa, att köparen, för att icke bli definitivt bunden, måste frånträda det samma inom bestämd, resp. skälig tid. Möjligheten, att enligt avtalet ett frånträdande visserligen vore erforderligt men finge äga rum även efter oskäligt lång tids förlopp, kunde nog utan stöd av något lagbud anses utesluten. Än ytterligare skulle det under nämnda förutsättning vara omotiverat, att stadgandet inskränkts till att avse det fall, att godset blivit av säljaren avlämnat. Köparen bör väl *alltid*, om avtalet enligt sitt innehåll är resolutivt villkorat, bli definitivt bunden vid underlåtenhet att inom bestämd eller skälig tid draga sig från köpet undan?

60 § köplagen har verkligen också (för att nu tills vidare bortse från tillägget i andra punkten) en vida betydelsefullare uppgift än att blott bestämma, när ett öppet köp, som redan enligt avtalets innehåll har resolutiv karaktär, blir för köparen slutgiltigt bindande. Vad går då stadgandet ut på? Det kunde vara frestande att härpå svara följande. Lagen utsäger i 60 §, att det avtal, som föreligger vid öppet köp, skall under viss förutsättning *anses* vara resolutivt villkorat till sitt innehåll, även om omständigheterna i det särskilda fallet icke ge något som helst stöd för ett dylikt antagande. Det är just därför, att kontrahenternas viljeförklaringar så ofta lämna domaren utan vägledning rörande avtalets suspensiva eller resolutiva innebörd, som det är av praktiska behovet påkallat, att ett avgörande träffas i lag; bestämmelser i sådant syfte förekomma även allmänt i utländska rättssystem. Utgående från det (hållbara eller ohållbara) *motivet*, att kontrahenterna regelmässigt i nu avsedda läge »vilja» eller »förutsätta» en resolutivt villkorad bundenhet å köparens sida, har lagstiftaren — kunde man säga — föreskrivit, att situationen skall behandlas så, som om ett köp slutits med rätt för köparen att inom viss tid frånträda avtalet. Detta legala avgörande gäller t. o. m. om man i det enskilda fallet kan fastställa, att enligt kontrahenternas *föresättningar* villkorligheten var suspensiv. En-

dast om köparen kan visa, att det var mellan kontrahenterna överenskommet, att bundenhet icke skulle drabba honom med mindre han sedermera tillträdde köpet, sättes regeln ur tillämpning. — Om det sålunda antages, att med stadgandet avses att uppställa en presumtion beträffande beskaffenheten av avtalets villkorlighet *utan* att in casu kontrahenternas suspensiva eller resolutiva inställning behöver stå fast, blir det även förståeligt, att regeln allenast hänför sig till det fall att godset har av säljaren avlämnats. Är det nämligen icke åsyftat, att godset skall komma i köparens besittning, kan man icke räkna med en sådan genomsnittsinställning hos kontrahenterna vid avtalets ingående, som rättfärdigar att köpet, fastän in concreto intet stöd härför finnes, bedömes som resolutivt villkorat. Tvärtom bör man då motsättningsvis sluta sig till att avtalet in dubio är att anse som suspensivt villkorat.³²

Enligt denna åsikt om betydelsen av 60 § köplagen³³ skulle tydligen, trots allt, den kritiserade uppfattningen ha en riktig kärna. Grunden till att köparen vid öppet köp (under viss förutsättning) behandlas annorlunda än en anbudstagare skulle ju vara den, att situationen är sådan, att han kan presumeras ha iklätt sig en resolutivt villkorad bundenhet. Det vore även här köparens *förbindelse* att behålla godset för den händelse han underlåter att inom viss tid ge en motsatt vilja till känna, som lagbudet skulle bygga på — om än icke den verkliga förbindelsen utan endast den presumerade. Att köparen ådrager

³² Det är över huvud en ganska vanlig tendens att när det gäller utrönandet av ett avtals suspensivt eller resolutivt villkorade natur låta den omständigheten fälla utslaget, om tradition av vederbörande egendom avsetts skola äga rum omedelbart, medan villkoret ännu svävar, eller först sedan detsamma uppfyllts. Se t. ex. artikeln »Bedingung» (av Schwarz) i *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, utg. av Schlegelberger, Bd II, 1929, s. 397 b och 421 a. Jfr vidare Stiefel, *Über den Begriff der Bedingung im schweizerischen Zivilrecht*, 1918, s. 83 ff.

³³ Möjligen omfattas densamma av Chydenius (Finsk kontraktsrätt, I, 3 uppl., 1923, s. 44 not 1), som yttrar, att medan enligt fransk rätt köpet icke anses vara avslutat (en inom parentes sagt felaktig upplysning), 1905 års svenska köplag »behandlar» öppet köp såsom köp med resolutivt villkor, dock endast om godset av säljaren avlämnats till köparen.

sig förpliktelse genom sin tystnad, oberoende av om han är belåten med godset eller icke, vore jämväl enligt förevarande uppfattning ett slags preklusionspåföljd, direkt härflytande ur hans föreställda åtagande. — Härmed erhöles tillika en ledtråd för bestämmandet av det öppna köpets begrepp. Vål skulle för detsamma icke längre vara karakteristiskt, att en resolutivt villkorad förbindelse *faktiskt* åtagits av köparen. Men det måste ju, med ifrågavarande utgångspunkt, vid öppet köp föreligga något, som *kan* innefatta en resolutivt villkorad förbindelse å köparens sida (sannolikheten härför må vara stor eller liten). Detta något kunde då icke gärna vara annat än det, att köparen avgivit en förklaring — att det slutits ett *avtal* (eventuellt ett avtal med visst särskilt beskaffat innehåll).³⁴ Förhandenvaron av ett avtal bleve alltså för begreppet avgörande *ur den synpunkten*, att avtalet *kan* innefatta en resolutivt villkorad förbindelse å köparens sida.³⁵ Enbart det förhållandet, att bakom ett avtal *kan* dölja sig resolutiv villkorlighet, är nu visserligen icke tillräckligt för att man skulle ha fog för att tillerkänna detsamma andra rättsverkningar än motsvarande försäljningsanbud. Men om läget därjämte är sådant, att avtalet enligt lagstiftarens uppfattning *sannolikt* har resolutiv innebörd (godset skall av köparen omhändertagas), kan det vara påkallat att presumtionsvis behandla det på samma sätt, som om den resolutiva villkorligheten blivit i det enskilda fallet fastställd. Den som däremot emottagit en annans erbjudande utan att ha avgivit någon viljeförklaring alls kan man omöjligen påbörda ett åtagande att vara bunden för den händelse han underlåter att inom viss tid ge sitt missnöje till känna. I dylika fall — när ett avtal saknas — är det därför från början uteslutet att tillämpa annat än vanliga anbudsregler. Sådana böra även tillämpas, då visserligen ett avtal (resp. ett avtal med visst särskilt beskaffat innehåll) föreligger, men sannolikheten för att detsamma har resolutiv karaktär är på grund av omständigheterna liten (godset skall stanna i säljarens besittning).

³⁴ Såsom att köparen medgivits rätt att besiktiga eller prova godset el. dyl. Se härom vidare nedan i fjärde kapitlet.

³⁵ De fall, då avtalets suspensiva villkorlighet utan vidare framgår, skulle sålunda ligga utanför begreppet öppet köp.

Den nu ifrågasatta tolkningen av 60 § köplagen, enligt vilken man har att göra med en presumption om avtalets resolutivt villkorade natur, låter sig emellertid i princip icke positivrättsligt försvara. Väl uppställs i lagrummet en presumption, men denna hänför sig (det är åtminstone den för stadgandet grundläggande tankegången) icke till själva avtalets innehåll utan till köparens uppträdande *efter* avtalet, till hans *tystnad* sedan godset mottagits. Lagens principståndpunkt är nämligen, att köparens efterföljande tystnad (när den icke ådrager honom bundenhet redan av det skäl att avtalets resolutiva villkorlighet står fast) skall anses innebära ett *godkännande*, ett *tillträdande* av avtalet och på *denna* grund hindra honom att draga sig från köpet undan. Då köparen genom sin underlåtenhet att reagera mot köpet blir bunden, oaktat avtalets resolutiva villkorlighet icke är i det enskilda fallet fastställd, beror detta sålunda icke därpå, att en dylik villkorlighet dock presumeras vara för handen (så att man trots allt, av hänsyn till vad som är mest sannolikt, utgår ifrån, att han genom avtalet påtagit sig äventyret att bli bunden som ett slags preklusionspåföljd), utan därpå, att bundenheten anses motsvara den inställning köparen *numera*, efter det han kommit i tillfälle att prova godset, har till säljarens erbjudande. Tystnaden verkar i sin egenskap av (presumerad) *viljeförklaring*. Den förut alldeles obundne köparen tänkes i tystnadens form ha givit uttryck för sin önskan att behålla godset och blir av sådan orsak förpliktad. Och någon motbevisning om att tystnaden in casu icke haft denna innebörd är ej medgiven; det rör sig om en »presumptio juris et de jure». — Även med förevarande utgångspunkt blir det naturligt, att lagbudet tillmäter besittningsförhållandet avgörande betydelse som presumtionsdatum. Endast i de fall, då godset överlämnats till köparen, kan antagandet, att dennes efterföljande tystnad är uttryck för en vilja att godkänna avtalet, upprätthållas. Befinner sig godset ännu i säljarens besittning, bör man tvärtom presumera, att tystnaden³⁶ innefattar ett avstående från kö-

³⁶ Icke heller här hänför sig sålunda presumptionen till avtalets innehåll.

pet.³⁷ Denna senare presumption, som icke är legal (om än av lagstiftaren åsyftad),³⁸ kan likväl motbevisas.

Så är — på sätt närmare skall visas i det följande — ifrågavarande lagregel tänkt. Principens genomförande stöter emellertid på vissa svårigheter, som måste belysas i detta sammanhang, för att man skall få en riktig föreställning om stadgandets räjong och typiska användningsområde.

Av den nämnda utgångspunkten måste tydligen bli en konsekvens, att 60 § köplagen är tillämplig även när det gäller suspensivt villkorade öppna köp. Men kan en sådan slutsats verkligen dragas? Kommer man icke därmed i ohjälplig konflikt med 1 § köplagen? Om avtalet är suspensivt villkorat, synes ju eo ipso vara överenskommet, att köparens tystnad *icke* skall ha den effekt, som i 60 § ömförmåles. Måste alltså icke regeln, att köparen genom sin tystnad ådrager sig bundenhet, även enligt nu ifrågavarande tolkning vara oanvändbar vid suspensivt villkorade öppna köp — visserligen icke på grund av någon i 60 § själv liggande begränsning utan därför att hela stadgandet jämlikt 1 § där försättes ur tillämpning?

Svaret på detta spörsmål kräver till en början en precisering av begreppet suspensivt villkorat öppet köp. Ett sådant köp har i det föregående, i viss anslutning till Alméns definition,³⁹ förklarats vara karakteriserat därav, att enligt avtalet köparen icke skall bli bunden, med mindre han sedermera tillträder köpet. Definitionen får emellertid olika innebörd, allt eftersom man i tillägget: »med mindre han tillträder köpet» inlägger ett självständigt rekvisit, eller man bara fattar det samma som ett förtydligande av att köparen enligt avtalet är helt obunden. Vad man nu närmast vill utsäga med en dylik beskrivning av suspensivt villkorat köp är uppenbarligen, att köparen icke på något som helst sätt bundit sig genom avtalet. I motsats till den suspensiva formen av öppet köp ställes näm-

³⁷ Detta gäller t. o. m. om det avtalats, att godset *skulle* överlämnas och man förty enligt nyssnämnda tolkning av stadgandet väl borde ha fog för att uppfatta avtalet som resolutivt villkorat.

³⁸ Här om vidare nedan vid not 128 f. och 141.

³⁹ A. a. s. 273.

ligen det resolutivt villkorade köpet, vid vilket köparen i förut angiven ordning åtagit sig en viss latent bundenhet. Fasthåller man detta och med suspensivt villkorat öppet köp helt enkelt förstår ett sådant, där köparen ej iklätt sig någon som helst bundenhet, ingå under begreppet jämväl de fall, då kontrahenterna icke, vare sig uttryckligt eller konkludent, träffat ett avgörande i frågan, om köparen måste tillträda köpet för att bli bunden eller han måste frånträda detsamma för att undgå bundenhet — de fall alltså, där bundenhetsfrågan icke varit uppe i kontrahenternas medvetande och av dem berörts på sådant sätt, att man enligt vanliga regler kan säga, att saken blivit genom viljeförklaringar, genom avtal, reglerad. Här är köparen sålunda helt obunden *utan* att det tillika bestämts, att bundenhet icke skall för honom uppkomma med mindre han tillträder avtalet. — Ä dylika öppna köp, som i det följande skola betecknas som *suspensivt villkorade köp i egentlig bemärkelse*, är utan tvekan 60 § köplagen tillämplig. Någon överenskommelse om att köparens tystnad icke skall gälla som godkännande av avtalet är ju här icke för handen. Och det finnes intet skäl, varför ej det godkännande av köpet, som även i förevarande fall (liksom när i avtalet betingats ett tillträdande) måste följa för att bundenhet skall uppstå, skulle kunna ske genom tystnaden såsom enligt lagens presumtion innefattande en konkludent viljeförklaring å köparens sida.

För att det föreliggande spörsmålet skall bli brännande, fordras alltså, att kontrahenterna faktiskt (uttryckligt eller konkludent) överenskommit, att köparen icke skall bli bunden med mindre han framdeles tillträder köpet (suspensivt villkorat öppet köp i egentlig bemärkelse). Här kan då genast sägas så mycket, att *för så vitt* en överenskommelse av sagda art allenast är uttryck för, att det för uppkomsten av köparens bundenhet uppställts krav på ett tillträdande av avtalet *över huvud*, utan att något får anses vara bestämt om den *form* vari tillträdandet skall försiggå, varje anledning saknas att a priori utgå ifrån att den viljeyttring, varigenom bundenhet skall uppkomma för köparen, måste föreligga i form av ett till säljaren riktat *meddelande* eller *tillkännagivande*. Lika litet som

i nyss behandlade fall är det under nämnda förutsättning motiverat att uppställa ett dylikt kvalificerat krav på »viljeförklaring». Tillträdandet bör fastmera — om icke särskilda skäl tala för motsatsen — kunna äga rum genom vilket som helst efterföljande beteende å köparens sida, som rättsordningen i allmänhet tillägger verkan av viljeförklaring — som enligt allmänna regler medför förpliktelse för en dessförinnan helt obunden person. Köparen bör förty, då godset till honom överlämnats, kunna bli bunden genom vilket som helst uppträdande, som kan sägas tillförlitligen ådagalägga hans vilja att »godset behålla», i analogi med vad som gäller för mottagaren av ett realanbud, vilken ju ävenledes *kan* bli bunden genom ett blott konkludent godkännande av ett föreslaget avtal. Som ett dylikt uppträdande är nu understundom även att betrakta en av syftet att tillgodogöra sig godset faktiskt förestavad tystnad å köparens sida.⁴⁰ Det ligger då ingen motsägelse *däruti*, att när omständigheterna t. o. m. (vartill åter motsvarighet saknas vid realanbud) befunnits rättfärdiga en presumption om att köparens tystnad är uttryck för hans vilja att behålla godset, denna presumption kommer till användning jämväl i de fall, där köparen, alldeles obunden enligt avtalet, först genom ett tillträdande av detsamma avsetts skola bli förpliktad.

Emellertid: avgörande är naturligtvis frågan, om verkliga kontrahenternas överenskommelse, att köparen måste tillträda avtalet för att bli bunden, allenast kan sägas vara uttryck för ett krav på köpets tillträdande *över huvud*. Ligger icke häri, åtminstone i allmänhet, tillika en reglering av *formen* för tillträdandet så till vida, att detsamma bestämts skola ske just genom ett *meddelande* (tillkännagivande) till säljaren? Och följer då icke därav, att kontrahenterna måste jämlikt 1 § köp-

⁴⁰ Tystnaden har såsom rättsfaktum en dubbelkaraktär, som man alltid måste räkna med: dels kan den vara anknytningspunkt för en utan hänsyn till vederbörandes vilja inträdande rättseffekt (preklusionsverkan o. dyl.); dels kan den vara uttryck för en viljeyttring, en rättshandling. Beaktas icke tillbörligen den förra sidan, är faran för fiktioner överhängande. Blundar man för den senare, omöjliggör man för sig förståelsen av förekommande lagbud, rättspraxis och litteratur.

lagen anses ha uteslutit tillämpningen av en lagbestämmelse som uttalar, att redan köparens tystnad skall gälla som ett godkännande av avtalet? — Nej. Visserligen är det så, att kontrahenterna mestadels räkna med att köparen, om han är intresserad av affären, kommer att lämna säljaren ett meddelande härom. Även när vid godsets överlämnande till köparens påseende eller prövning det icke alls utsatts någon tid för besked, tänker man sig helt visst, att denne förr eller senare skall underrätta säljaren om sitt beslut (eventuellt på det sättet att han erlägger betalning). Men redan häri ligger ingalunda ett sådant uteslutande å kontrahenternas sida av tystnaden såsom form för köpets konkludenta godkännande, som enligt 1 § köplagen föranleder, att den ifrågavarande dispositiva rättsregeln sättes ur spelet. För det ändamålet fordras nämligen, att avtalet fått det innehåll, att tystnaden icke skall innebära ett tillträdande av köpet, och detta med hänsyn — direkt eller indirekt — till köparens intresse av att undgå bundenhets uppkomst i sådan ordning. Den omständigheten i och för sig, att kontrahenterna utgå ifrån att köparen kommer att lämna säljaren ett meddelande om sitt beslut rörande avtalets godkännande, är däremot utan betydelse i förevarande avseende. Ty till en början hindrar ju denna omständighet icke på något sätt, att köparen avses skola, om köpet behagar honom, *därjämte och dessförinnan* tillträda detsamma så till vida, att han *tillgodogör sig godset*. Om hänsyn tages därtill, att en tillägnelsevilja av rättsordningen — och av kontrahenter som stå under rättsordningens tryck ⁴¹ — i största utsträckning jämföras med en vilja att iklåda sig bundenhet, kan det förty vid öppet köp (då godset av säljaren överlämnats) mycket väl sägas vara åsyftat, att köparen, om han är belåten med affären, skall binda sig, tillträda avtalet, annorledes än genom ett meddelande, bl. a. då redan genom ett behållande av godset i syfte att tillgodogöra sig detsamma (låt vara att kontrahenterna *därutöver* räkna med att ett meddelande om tillträddandet förr eller senare skall komma säljaren till handa). Någon konflikt mellan 60 § köp-

⁴¹ Se ovan s. 98 f.

lagen och 1 § samma lag uppkommer sålunda ur denna synpunkt icke. Men även bortsett därifrån: ha kontrahenterna haft i sikte ett meddelande å köparens sida endast därför, att meddelandet utgör den *normala* formen för en viljeförklaring, så att någon *motsättning* till ett godkännande genom tystnad (eller annat konkludent förhållande) icke föresvävat vederbörande, kan det aldrig vara tal om att 60 § skulle på grund av sin dispositiva natur vara oanvändbar. Någon reglering av *formen* för köparens godkännande har då icke genom avtalet kommit till stånd; när kontrahenterna åsyftat att ett meddelande skulle lämnas, är det dettas egenskap av att innefatta ett tillträdande *över huvud*, som varit avgörande. — Förnekas skall nu icke, att stadgandets tillämpning trots allt innebär utövande av ett *visst* våld å partsviljan. Våldet ligger visserligen icke i och för sig däri, att rättsordningen med det godkännande av köpet, som avsetts skola ske genom ett meddelande (för att fortfarande bortse från att kontrahenterna själva kunnat räkna med ett tillträdande i form av köparens behållande av godset i tillägnelsesyfte), likställer det tillträdande, som ligger i köparens tystnad. Ty något ingrepp i kontrahenternas avtalsfrihet innebär detta icke, så vitt tystnaden faktiskt är uttryck för ett godkännande av avtalet. Köparen kan ju icke beklaga sig över att han blir bunden annorledes än genom ett meddelande, då han ändock vill bli bunden och enligt det nyss sagda planerat ett meddelande endast med hänsyn till detsamma egenskap av att innefatta ett tillträdande av köpet över huvud. Men ett våld å partsviljan, ett ingrepp i avtalsfriheten, är förhanden, så snart presumptionen i det enskilda fallet träffar fel. Tystnaden kan ju i sig själv vara uttryck antingen för ett godkännande av avtalet eller för ett avböjande av detsamma eller slutligen — det icke minst viktiga — för obeslutsamhet å köparens sida. Likafullt skall i förevarande läge tystnaden städse behandlas som ett godkännande, därför att denna eventualitet betraktas som den *sannolikaste*. Om nu köparen i ett visst enskilt fall blir bunden trots att han faktiskt icke velat behålla godset, bottnar denna bundenhet i ett slags tvingande natur hos rättsregeln. Men *detta* ingrepp i avtalsfriheten, detta inslag av bristande dispo-

sitivitet hos 60 § köplagen, möter på motsvarande sätt vid *varje* presumptionsregel och kan icke med stöd av 1 § köplagen undanröjas.

När inträffar det då, att avtalet får det innehåll, att köparens tystnad icke skall innebära ett tillträdande av köpet, med hänsyn till att det ligger i dennes intresse att undgå, att bundenhet för honom uppkommer i sådan ordning? Närmast har man naturligen att uppmärksamma köparens *direkta* intresse av att slippa ifrån den verkan av hans passivitet, som i 60 § köplagen statueras. Köparen förbehåller sig t. ex. — med tanke på affärsmäns stundom visade obenägenhet att återtaga till påseende översänd egendom och för att vara på den säkra sidan — att anspråk under inga förhållanden få resas mot honom, med mindre han underrättar säljaren om sin köpvilja. Dylika förbehåll, som emellertid icke torde vara synnerligen vanliga, lända då omedelbart enligt 1 § köplagen till efterrättelse.⁴² — Viktigare äro de fall, då presumptionens otillämplighet blott *indirekt* beror på hänsyn till köparen, i det att den följer av ett förbehåll i *säljarens* intresse. Vål kan denne ej ha intresse av att köparen undgår att genom passivitet bli bunden. Men säljaren kan — på grund av sin önskan att erhålla klarhet om motpartens ståndpunkt — i avtalet ha givit till känna, antingen att hans erbjudande förfaller, därest köparen underlåter att genom ett meddelande tillträda köpet, eller dock att samma underlåtenhet skall ha till följd, att han äger avfordra köparen besked, huruvida denne vill behålla godset eller icke. Ett förbehåll om att tystnaden å köparens sida skall medföra, att *säljarens* erbjudande förfaller, resp. att denne äger framställa en förfrågan, är visserligen icke utan vidare detsamma som ett förbehåll om att *köparen* ej skall bli bunden genom sin tystnad, resp. sin tystnad under tiden före förfrågningen. Men har säljaren träffat dylikt förbehåll, måste det anses, att jämväl köparen i sitt intresse förbehållit sig, att hans ifrågavarande underlåtenhet att giva sin ståndpunkt till känna icke skall ha

⁴² Även ett ensidigt förbehåll av sagda art, meddelat säljaren före godsets avlämnande, synes för övrigt böra tillerkännas samma verkan.

annan effekt än den av säljaren i utsikt ställda och sålunda icke skall få tolkas som ett godkännande av köpet. I alla händelser måste, jämlikt *grunderna* för 1 § köplagen och av de praktiska skäl, som strax skola beröras, läget bedömas *som om* köparen gjort sådant förbehåll.⁴³

Det senast anförda medför helt olika konsekvenser i de fall, då bestämd betänketid för köparen överenskommits, och i de fall då något avtal om betänketiden icke träffats.

I de förra fallen blir i själva verket resultatet det, att en tillämpning av 60 § köplagen å öppna köp, som (bevisligen) äro suspensivt villkorade (i egentlig mening), i allmänhet är utesluten. Om det nämligen står fast, att köparen enligt avtalet icke utan ett tillträdande av detsamma skall bli bunden, kan innebörden av, att en bestämd betänketid tillerkänts honom, endast mycket sällan vara någon annan än den, att säljaren i sitt intresse betingat sig, att hans erbjudande förfaller om betänketiden går till ända utan att han bekommer något meddelande om köpets godkännande, eller åtminstone att han vid betänketidens utgång skall äga av köparen kräva besked rörande dennes villighet att behålla godset. Och är detta avtalets mening, skulle det vara högeligen olämpligt att låta 60 § komma till användning. Antag sålunda först, att kontrahenterna åsyftat, att därest köparen icke inom den utsatta tiden tillställer säljaren ett godkännande av köpet, dennes erbjudande skall vara förfallet, så att han äger återhämta eller eljest återfordra godset. Även om det närmast är i säljarens intresse, som avtalet har dylikt innehåll (och icke direkt i köparens intresse av att undgå att bli bunden genom sin tystnad), vore det alldeles opåkallat att här laborera med en presumtion om att köparen genom underlåtenheten att ge sitt missnöje till känna godkänt avtalet. Köparen anser sig naturligen lätt sakna anledning att, om han icke vill behålla godset, besvära sig med ett avböjande av säljarens erbjudande, då han förutsätter att detsamma av sig självt, utan något hans initiativ, skall i motpartens intresse upphöra att gälla vid fristens utgång. Genom förbehållet har ju i viss mån kommit till ut-

⁴³ Att saken dock på en punkt är mycket tvivelaktig, se nedan not 46.

tryck, att säljaren själv räknar med att köparens tystnad under fristen icke kommer att vara uttryck för ett godkännande. Snarare kan för resten tystnaden här tolkas som avslag; hade köparen varit benägen för affären, borde han ha skyndat sig att ge ett meddelande härom på grund av risken för avtalets förfallande. Säljaren kan icke heller åberopa något legitimt intresse — ur synpunkten av hans behov av klarhet om rättsläget — för att han, själv numera obunden, skulle äga göra gällande avtalet mot köparen under hänvisning till dennes tystnad såsom innefattande en presumerad viljeförklaring. — På liknande sätt förhåller det sig, om kontrahenternas överenskommelse får anses ha haft den innebörden, att därest godkännande icke inom den utsatta betänketiden lämnas, säljaren skall äga förfråga sig hos köparen angående dennes inställning till hans erbjudande. Även här måste på grund av avtalets innehåll köparen kunna utgå ifrån, att initiativet till rättsförhållandets klarläggande skall tagas av andra parten, så att han icke själv, om han är missnöjd med godset, behöver inom betänketiden vidtaga någon åtgärd för ändamålet. Även här kan säljaren sägas ha i avtalet bragt till uttryck, att han icke räknar med att köparens tystnad under den utsatta fristen⁴⁴ innebär ett tillträdande av detsamma. Och icke heller i detta fall kan man åberopa säljarens intresse att erhålla klarhet om köparens ståndpunkt såsom motiv för presumptionens utnyttjande.

Har åter avtal ej träffats om den betänketid köparen skall åtnjuta, måste frågan om tillämpningen av 60 § köplagen å suspensivt villkorade öppna köp besvaras helt olika. Godset har sålunda, förutsätta vi, överlämnats till köparen för påseende eller prövning, och det är åsyftat att köparen icke skall bli bunden med mindre han tillträder köpet, men ingen tid har bestämts, inom vilken han har att lämna säljaren besked, eller det har uttryckligen medgivits honom rätt att ge beskedet hur sent som helst. Säljaren har med andra ord »förklarat sig icke påfordra uttryckligt svar», eller »omständigheterna utvisa, att han ej förväntar sådant». Här möta i allmänhet

⁴⁴ Angående verkan av köparens tystnad *efter* förfrågningen, se nästföljande stycke i texten (slutet).

icke några betänkligheter att, trots avtalets suspensivt villkorade natur, låta 60 § komma till användning. Tvärtom är det sannolikt denna *med läget i 8 § Avtl analoga situation, som den svenske lagstiftaren i första hand haft i sikte*.⁴⁵ Köparen har här, i vanliga fall, intet stöd i avtalet för att, därest han förhåller sig passiv, det är säljaren, som har att taga initiativet till rättsförhållandets klarläggande. En underrättelse till denne om att han icke önskar behålla godset framstår förty ingalunda som en överloppsgärning. Enbart den omständigheten, att kontrahenterna utgått ifrån att köparen, om han är villig att tillträda köpet, en gång i tiden kommer att meddela säljaren detta, kan ju, såsom ovan visats, icke göra en presumption därom, att en viss tids tystnad å köparens sida är uttryck för hans vilja att tillgodogöra sig godset, opåkallad. Uppenbart är framför allt, att säljaren i förevarande läge, där han sålunda regelmässigt icke, såsom i förut berörda fall, genom själva avtalet tillförsäkrats ett medel att förskaffa sig visshet om köparens ståndpunkt, kunnat anses ha behov av att direkt genom rättsordningens försorg tillhandahållas ett sådant medel. Alldeles samma hänsyn göra sig här gällande som i de i 8 § Avtl avsedda realanbudsfallen, fastän det remedium lagstiftaren på denna punkt tillgripit är ett helt annat än det som sagda paragraf anvisar. — På grunder, motsvarande de nyss anförda, torde emellertid även vid sådana öppna köp, vid vilka bestämd betänketid ej utsatts, presumtionsregeln undantagsvis kunna sakna tillämpning, nämligen, förutom i de fall då förbehåll härom träffats omedelbart i köparens intresse, jämväl i de fall då kontrahenterna särskilt överenskommit, att säljaren, så vitt han ingenting avhör, skall äga avfordra köparen besked rörande dennes villighet att tillträda avtalet. Säljaren får väl då på förhand anses ha givit till känna, att han räknar med att tystnaden icke som sådan uttrycker ett godkännande. Initiativet till uppnående av klarhet om rättsläget ankommer därmed enligt avtalet på säljaren, och detta synes då köparen böra kunna hålla sig till, så att han icke

⁴⁵ Härom vidare nedan vid not 127.

iråkar bundenhet genom att avvakta förfrågningen.⁴⁶ — Vad sedan angår spörsmålet, vilken verkan köparens tystnad *efter* förfrågningen må utöva, torde likaledes de angivna synpunkterna vara vägledande. Principiellt torde tystnaden, enligt grundsatsen i 60 §, medföra bundenhet för köparen. Men har säljaren, vare sig i avtalet eller vid förfrågningens framställande, förklarat, att om densamma icke besvaras, han kommer att betrakta sitt erbjudande som förfallet, kan köparen tryggt förhålla sig passiv, utan att för den skull riskera presumptionsregelns tillämpning.

Av det föregående får man emellertid icke draga den slutsatsen, att 60 § köplagen över huvud skulle sakna praktisk betydelse i alla de fall, då bestämd betänketid för köparen avtalats. Står det fast, att avtalet är suspensivt villkorat (i egent-

⁴⁶ Erkänns må dock, att riktigheten av detta antagande är långt ifrån oomtvistlig. Man skulle kunna invända, att köparen icke enbart därför, att säljaren betingat sig *rätt* att framställa en förfrågan, kan i förevarande läge väntas utgå ifrån, att denne också (i stället för att trygga sig vid köparens tystnad såsom uttryckande belåtenhet med godset) *begagnar sig* av nämnda rätt. Att köparen utgår från en dylik förutsättning, när i de fall då betänketiden är *bestämd* förfrågningsbefogenhet förbehållits säljaren, är visserligen ganska säkert. Men uppenbart är, att det i sådana fall ligger vida närmare till hands att räkna med, att befogenheten (vid fristens utgång) kommer att tagas i anspråk, än under nu avsedda omständigheter. Huruvida skillnaden är tillräckligt utpräglad för att motivera en olika behandling av de ifrågavarande fallen, är emellertid vanskligt att säga.

Härmed må vara hur som helst: i alla händelser är det en med lagen helt oförenlig tanke, att 60 § skulle sakna tillämpning redan på den grund, att även när köparen icke i *avtalet* har något stöd för att, om han iakttagit tystnad, ett initiativ från säljaren i form av förfrågnings framställande är att förvänta, han ändock borde anses ha fog för att förhålla sig passiv med hänsyn till att i säljarens viljeförklaring kunde presumtivt *intolkas* eller *underförstås* ett tillkännagivande, att denne, om han ingenting avhör, ämnar förfråga sig rörande köparens villighet att tillträda avtalet (och sålunda ej kommer att slå sig till ro med att tystnaden är uttryck för ett godkännande av köpet). Det är naturligtvis också en ofantlig skillnad mellan att låta en i det enskilda fallet faktiskt träffad *överenskommelse* om förfrågningsrätt utöva omförmälda verkan och att tillerkänna samma verkan åt motsvarande blott *hypotetiska* förbehåll.

lig mening), kan visserligen, enligt vad nu utvecklats, stadgandet i allmänhet icke tillämpas. Och står det fast, att villkorligheten är resolutiv, säger det sig självt, att köparen blir bunden om han icke inom betänketiden frånträder avtalet; i den delen är stadgandet obehövt. Men dels återstå de fall, då kontrahenterna faktiskt icke träffat något avgörande i frågan, om köparen måste inom den bestämda fristen tillträda köpet för att bli bunden eller frånträda detsamma för att undgå bundenhet (suspensivt villkorat köp i oegentlig bemärkelse). Dels och i synnerhet återstå de fall, då det i alla händelser icke kan *styrkas*, att avtalet är (resolutivt eller) suspensivt villkorat. Endast om köparen kan visa,⁴⁷ att kontrahenternas överenskommelse inneburit, att för uppkomsten av hans bundenhet skall krävas ett tillträdande av avtalet, blir effekten på anförda skäl den, att 60 § saknar tillämpning. Eljest gäller stadgandet. Det gäller t. o. m. om det framgår att villkorligheten enligt kontrahenternas *förutsättningar* var suspensiv.⁴⁸

Sannolikt är väl nu också, att lagstiftaren, så vitt angår de öppna köp där bestämd betänketid i avtalet utsatts, vid tillkomsten av 60 § icke haft i tankarna bevisligen suspensivt villkorade köp i egentlig mening, utan fastmera syftat på de praktiskt sett mycket vanliga fall, då det icke kan *utredas*, hurvida den villkorlighet, som av kontrahenterna avsetts, är av suspensiv eller resolutiv art (liksom möjligen även på de fall då det framgår att avtalet över huvud saknar reglering i detta ämne).⁴⁹ Det kan t. ex. icke visas mera, än att kontrahenterna överenskommit, att köparen, som får godset till påseende, skall ge besked före viss dag. I sådana lägen skall då, enligt den till grund för stadgandet liggande tankegången, underlåtenheten att ge dylikt besked binda köparen därför, att denna hans

⁴⁷ Att bevisskyldigheten åvilar *köparen*, måste, med hänsyn till att det här rör sig om en presumptionsregel, tagas för visst, även om man eljest i bevisbördeläran utgår från den tyska »Leugnungstheorie», som på sin tid vann Alméns varma gillande (a. a., särskilt I s. 34 ff.; eftergifterna åt motsatta hållet äro mera sken än verklighet) och som tyvärr fortfarande härskar i svensk rättspraxis.

⁴⁸ Jfr ovan s. 165 (nederst).

⁴⁹ Se vidare nedan s. 205 f.

tystnad presumeras innebära ett godkännande av köpet. Härigenom får, som sagt, 60 § en viktig uppgift att fylla även beträffande öppna köp med bestämd betänketid. — På denna punkt måste det emellertid sättas i fråga, huruvida icke en annan tankegång än den för lagbudet grundläggande tillika spelat in. Om det är riktigt som nyss antogs (vilket visserligen är något osäkert), att lagstiftaren icke tänkt sig att tillämpa presumtionsregeln på öppna köp med bestämd betänketid när avtalet bevisligen är suspensivt villkorat (i egentlig mening), undrar man, varför den omständigheten, att det icke kan *visas*, huruvida villkorligheten är suspensiv eller resolutiv, skall föranleda en tillämpning av samma regel. Detta är knappast försvarligt från annan utgångspunkt än den, att då betänketiden är i avtalet fixerad, det icke är *vanligt*, att avtalet är suspensivt villkorat. Och det ligger då nära till hands att gå ett steg längre och föreställa sig, att lagstiftaren, låt vara mer eller mindre omedvetet, utgått ifrån att det i nu anmärkta fall tvärtom är vanligast, att avtalet är resolutivt villkorat,⁵⁰ d. v. s. att man i köparens löfte att ge besked inom viss tid i allmänhet kan inlägga ett åtagande att vidbliva köpet och betala godset för den händelse han icke före fristens utgång ger sitt missnöje till känna. I realiteten skulle sålunda, när allt kommer omkring, 60 § köplagen i *denna* del — beträffande öppna köp med i avtalet utsatt betänketid — bäst kunna förstås, om man uppfattade stadgandet som uttryck för en presumption om själva avtalets resolutivt villkorade natur; jämför ock lagtextens avfattning.⁵¹ Mot en på sådant sätt begränsad presumption kunna icke heller lika bärande invändningar göras som mot en allmän presumption för att ett öppet köp (när godset skall av säljaren avlämnas) är resolutivt villkorat. Ty medan det vore mycket verklighetsfrämmande att i de fall, då det överenskommits att en köpare skall för påseende eller prövning få gods sig tillställt utan att tid för besked alls utsatts, i överenskommelsen presumtionsvis inlägga något som helst bun-

⁵⁰ Möjligheten att man föreställt sig, att kontrahenterna merendels icke reglera villkorligheten alls, är väl mindre sannolik.

⁵¹ Se ovan not 20.

denhetsåtagande å köparens sida,⁵² låter det åtminstone med *någon* reson säga sig, att en köpare, som lovat att inom viss tid, t. ex. före visst datum, ge besked rörande sin villighet att behålla för påseende eller prövning överlämnat gods, merendels får anses ha förbundit sig att, för den händelse han skulle försumma detta, vidbliva köpet.

* *

*

Men är det nu så, att den bundenhet, som i 60 § köplagen omförmäles, icke — eller i allt fall icke vid de köp, där bestämd betänketid ej överenskommits — ålägges köparen på grund av en faktisk eller ens en presumerad resolutiv villkorlighet hos själva avtalet, utan på grund av att köparens efterföljande tystnad, oansett kontrahenternas suspensiva inställning vid avtalets slutande, presumeras innebära ett godkännande av köpet, så är man på nytt tillbaka vid frågan, vad det är för en egenskap hos det öppna köpet, som enligt lagstiftarens uppfattning motiverar, att tystnaden här tillerkännes en så kraftig verkan. Vad är det *då* som skiljer det öppna köpet från motsvarande, till 8 § Avtl hänförliga realanbud, eftersom vid det förra men icke vid det senare den från början fullkomligt obundne kontrahenten ådrager sig bundenhet genom sin underlåtenhet att avvisa medkontrahentens erbjudande? Hänger det på innebörden av ett *efterföljande* beteende å vederbörandes sida, ur synpunkten av att detsamma anses innefatta ett *tillträdande* av ett föreslaget köp, borde man ju, kunde det synas, ha anledning att även för realanbudstagarens del komma till samma resultat, som när det gäller köparen vid öppet köp. Vad ligger alltså i det öppna köpets begrepp, så vitt detsamma varit för lagstiftningen bestämmande? Spörsmålet skall beröras i fjärde kapitlet av denna avhandling.

⁵² Att tradition åsyftats, kan här icke ha samma betydelse som eljest (se ovan not 32), eftersom traditionen närmast har till uppgift att möjliggöra den undersökning av godset, som skall vara avgörande för köparens beslut.

III.

Vad ovan anförts om innebörden i 60 § köplagen bekräftas till väsentliga delar vid ett studium av ej mindre motsvarande lagbestämmelser i den *kontinentala* rätten än även äldre svenska lagförslag i ämnet samt förarbetena till köplagen. Det är i själva verket en rättssats av internationell karaktär, som i lagbudets första punkt funnit sitt uttryck, om än denna rätts-sats naturligen i olika lagstiftningar blivit något olika utformad.⁵³

Öppet köp, eller som det utanför Sverige vanligen kallas, *köp på prov* (»Kauf auf Probe oder auf Besicht», »vente à l'essai»), återfinnes redan i de romerska rättskällorna.⁵⁴ Det är också reglerna i romersk rätt, så som desamma av dess uttolkare uppfattades, som ligga till grund för senare tiders lagstiftning och rättspraxis rörande öppet köp i skilda länder.

Karaktéristiskt för öppet köp plägar även enligt romersk rätt anses vara, att köparen har full frihet att avgöra, huruvida han skall vidbliva avtalet eller därifrån avstå.⁵⁵ Källstäl-len, som avse fall där köparen icke helt godtyckligt utan blott på vissa bestämda grunder äger undandraga sig köpet, skulle sålunda sakna intresse i detta sammanhang. Uppfattningen om, vilka de hithörande fallen äro, har emellertid skiftat genom tiderna. Av särskild betydelse är, att man ända till långt fram på 1800-talet allmänt ansåg, att det i åtskilliga källställen om-talade *vinköpet* med förbehåll om »degustatio» utgjorde en

⁵³ Grundläggande för ett inträngande i ämnet är den ypperliga avhandling av Goldschmidt, *Der Kauf auf Probe oder auf Besicht*, som återfinnes i *Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht* Bd 1 (s. 66 ff., 262 ff., 386 ff.).

⁵⁴ Angående institutet öppet köp i romersk rätt hänvisas till hos Windscheid-Kipp (9 uppl.) § 387 not 5 anmärkta författare även-som till Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8 uppl., 1929, s. 504 med not 1; jfr s. 765 ff. (särskilt s. 766 not 2 och 4). Märk i synnerhet, förutom Goldschmidt, Fitting, *Zur Lehre vom Kauf auf Probe oder auf Besicht*, i *Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht* Bd 2 (s. 203 ff.) och 5 (s. 79 ff.) (citeras nedan Fitting II och V), samt Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, II:1, 1884, s. 212—252 och 544—555.

⁵⁵ Energiska försök ha dock gjorts att hävda en motsatt ståndpunkt; litteraturuppgifter hos Windscheid-Kipp § 387 not 6.

underart, ja, en huvudform av öppet köp, ehuru så efter allt att döma icke var händelsen.⁵⁶ De romerska juristernas uttalanden om detta speciella slag av köp kommo förty att spela en framträdande roll, när under romerskrättsligt inflytande det öppna köpet i olika rättsordningar utbildades.

Enligt den uppfattning man i allmänhet hyste om den romerska rätten kände denna två typer av öppet köp, ett suspensivt och ett resolutivt villkorat,⁵⁷ och huvudfrågan blev sedan århundradena igenom, vad som *in dubio* skulle anses gälla i sådant hänseende, vilken natur hos avtalet vore att *presumera*. Skillnaden brukar, när den i 1800-talets äldre och nyare pandekträttsliga litteratur (ävensom i senare kontinental doktrin) närmare bestämmes, beskrivas ungefär så, som Windscheid formulerade densamma⁵⁸: vid suspensivt villkorat öppet köp kommer (enligt kontrahenternas vilja) ett definitivt köp »erst zustande durch die Billigung des Käufers»; har åter resolutiv villkorlighet åsyftats, »bleibt der zustande gekommene Verkauf bestehen bis zur Missbilligung des Käufers»; både »Billigung» (köpets tillträdande eller godkän-

⁵⁶ Se Goldschmidt s. 73—110, Fitting II s. 205 ff. och Bechmann s. 537 ff.

⁵⁷ Med utgångspunkt från Goldschmidts framställning (a. a., särskilt s. 111 ff.) skulle man för den romerska rättens del kunna skilja mellan ett suspensivt villkorat köp, ett resolutivt villkorat köp i egentlig mening samt ett resolutivt villkorat köp av sådant slag, att köparens frånträdande av avtalet icke verkar »ipso jure» (»dinglich») utan endast tillförsäkrar säljaren ett obligationsrättsligt anspråk, avseende undanröjande av de genom köpet för köparen uppkomna rättsverkningarna (författaren kallar dock icke sistnämnda köp för resolutivt villkorat utan karakteriserar detsamma som »ein durchaus unbedingtes Geschäft mit einem Nebenvertrag auf Rückgabe für den Fall der Displizenz»). Hur tidigare författare tänkte sig verkan av resolutiv villkorlighet vid öppet köp, må lämnas därhän. I opposition mot Goldschmidt hävdades utförligt av Fitting (a. a. II s. 240 ff.), att romarna icke — allra minst enligt klassisk rätt — vid resolutivt villkorat öppet köp kände annat än en obligationsrättsligt verkande villkorlighet. Frågan om effekten enligt romersk rätt av resolutivt villkor över huvud är som bekant ytterligt omtvistad; se Girard a. a. s. 767 ff. ävensom Mitteis, Römisches Privatrecht I (Bindings Handbuch I: 6 :1), 1908, s. 178 ff. och Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II, 1928, s. 424 ff.

⁵⁸ § 387 vid not 9—14.

ande) och »Missbilligung» (dess frånträdande) måste, för att åga avsedd verkan, ske »rechtzeitig», d. v. s. inom en på ett eller annat sätt fastställd eller beräknad provotid. Härvid betraktas det som självfallet, att vid ett suspensivt villkorat köp (eller vid ett köp som presumeras vara suspensivt villkorat)⁵⁹ ett tillträdande av avtalet kan ske icke blott uttryckligt utan även »stillschweigend», bl. a. genom en tystnad å köparens sida, som kan sägas ge uttryck för att denne numera är villig att gå med på säljarens erbjudande.⁶⁰ Det anses under sådana omständigheter icke heller strida mot avtalets egenskap av att vara (resp. på grund av ett lagbud antagas vara) suspensivt villkorat, om t. o. m. en presumption uppställles därom, att köparens tystnad under vissa förhållanden bör tolkas som en »stillschweigende Billigung».⁶¹ — Att märka är i detta sammanhang, att då i den kontinentala litteraturen laboreras med en presumption för själva avtalets suspensiva villkorlighet, man i regel är synnerligen angelägen om att genomföra denna presumption även så vitt det tillika presumeras, att köparens efterföljande tystnad är att uppfatta som ett tillträdande av avtalet. Detta kan ju förefalla opraktiskt. Vad tjänar det till, kunde man säga, att presumera, att köparen icke genom avtalet åtagit sig någon som helst bundenhet, om han ändock genom presumptionen om den efterföljande tystnadens betydelse icke *behandlas* annorlunda än om resolutiv villkorlighet överens-

⁵⁹ Huruvida man under begreppet suspensivt villkorat köp även hänför fall av suspensiv villkorlighet i *oegentlig* mening (jfr ovan s. 169 f.), är svårt att säga. Det ser ut som om man över huvud taget icke räknar med möjligheten, att kontrahenterna ej bildat sig någon mening om villkorlighetens natur. I alla händelser ligger, när det talas om suspensivt villkorat köp, huvudvikten på att betona, att köparen enligt avtalet är alldeles obunden.

⁶⁰ Det är sålunda i viss mån vilseledande, när Almén (II s. 273) om de kontinentala författarnas begreppsbildning säger, att villkoret »anses bestå däri, att antingen köparen *förklarar* sig nöjd (suspensivt villkor) eller ock underlåter att förklara sitt missnöje med godset (resolutivt villkor)». Härigenom har icke heller kunnat undgås, att Alméns antydningar om den utländska rättens innehåll på området (s. 279 nederst i texten, s. 280 not 63) blivit något missvisande.

⁶¹ Jfr ovan s. 170 ff.

kommit? I någon mån ligger väl förklaringen till detta förhållande däri, att det för frågan om uppkomsten av köparens bundenhet vanligen dock icke anses alldeles likgiltigt, att trots tystnadspresumtionen villkorligheten är av suspensiv art. Ty dels var det i äldre tid ingalunda uppenbart, att presumptionen ej fick *motbevisas*.⁶² Dels utgick man (och utgår fortfarande i allmänhet) däriifrån, att, åtminstone i princip, *bevisbördan* för att köparen iakttagit den tystnad, som enligt presumptionen innebär ett godkännande av avtalet, vid suspensivt villkorat öppet köp (men icke vid resolutivt) åvilar säljaren.⁶³ Men i huvudsak förklaras förhållandet därav, att ur den suspensiva villkorligheten härledas andra konsekvenser än sådana, som omedelbart hänföra sig till frågan om köparens bundenhet. Vad som åsyftas är nämligen, hur det i förevarande villkorliga läge ställer sig med hänsyn till dels *äganderättens* övergång, dels ock *faran* för godset. Man vill ge uttryck åt att vid det suspensivt villkorade öppna köpet — även om köparen alltså på grund av tystnadspresumtionen blir bunden genom sin underlåtenhet att före utgången av betänketiden ge sitt missnöje till känna — köpet så till vida icke är »perfekt» utan in suspensio, som äganderätten och faran för godset övergå å köparen först sedan den kritiska tiden utlöpt eller eljest ett tillträdande av avtalet ägt rum.⁶⁴ Över huvud synas dessa frågor — och speciellt frågan om faran för godset⁶⁵ — tidigare ha tilldragit sig ett väl så stort intresse som frågan om uppkomsten av köparens bundenhet.⁶⁶

⁶² Jfr bl. a. Fitting V s. 118 f.

⁶³ Se t. ex. Goldschmidt s. 436 och 453; jfr Staub-Könige, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, IV, 12—13 uppl., 1927, Anh. § 382 anm. 19 b.

⁶⁴ Vid resolutivt villkorat öppet köp övergår äganderätten omedelbart. Vem som i sådant fall står faran för godset är mycket omstritt; åtminstone i äldre litteratur torde dock den meningen ha övervägt, att faran drabbar köparen. Se hänvisningar hos Windscheid-Kipp § 387 not 10 och Staub-Könige Anh. § 382 anm. 23 och 54; jfr särskilt Fitting II s. 279.

⁶⁵ Se Goldschmidt s. 117 och 436 (»die Hauptfrage»). Jfr vidare exempelvis framställningen hos Vangerow, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, III, 9 uppl., 1847, s. 413 ff.

⁶⁶ Härav följer emellertid å andra sidan, att det kan vara oklart, om

Något stöd för att nu redan romarna vid öppet köp uppställde en presumption om avtalets suspensiva, resp. dess resolutiva natur lärar man knappast ha.⁶⁷ Flertalet källställen synas dock handla om resolutivt villkorat köp.⁶⁸ Även antagandet, att vid suspensivt villkorat avtal köparens tystnad, när godset blivit till honom överlämnat, enligt romersk rätt presumerades innefatta ett tillträdande av avtalet, torde vara svagt grundat.⁶⁹

Vad den följande rättsutvecklingen på romarrättens grundval beträffar, torde i äldre tider tendensen ha gått i den riktningen, att öppet köp in dubio betraktades som *resolutivt* villkorat, vare sig godset skulle till köparen överlämnas eller icke;

icke en författare understundom, när han talar om ett suspensivt villkorat öppet köp, direkt och enbart har i tankarna sistberörda rättsverkningar, så att han vill uttrycka, att kontrahenterna (*oberoende* av om köparen genom avtalet latent bundit sig eller ej) måste antagas ha åsyftat ett uppskov med äganderättens och farans övergång intill dess vederbörande blivit som en vanlig köpare bunden. En väsentlig förskjutning av begreppets innebörd har då försiggått. Som ett exempel härpå må ur den nyare litteraturen nämnas Staub-Könige Anh. § 382 anm. 14 a: »Das Konditions- oder Novitätengeschäft (sog. Buchhändlerisches Kommissionsgeschäft) ist eine Art des Kaufs auf Probe... Der Sortimentsbuchhändler erhält vom Verlagsbuchhändler (sog. Verlagskommittenten) Werke oder andere Druckschriften unter der *aufschiebenden* Bedingung (sog. Kondition), dass der Sortimenter (Verlagskommissionär genannt) diese Drucksachen behalten und bezahlen muss, *wenn er sie nicht innerhalb vereinbarter Frist*, regelmässig bis zur Buchhändlermesse des folgenden Jahres, *zurückgegeben* (remittiert) *hat*. *Mit Fristablauf erwirbt der Sortimenter das Eigentum*, auch wenn der Kaufpreis noch nicht bezahlt ist» (kurs. här).

En sådan begreppsbildning är dock icke den vanliga. I allmänhet anses uppskovet med äganderättens och farans övergång just *bero därpå*, att köparen enligt avtalet är (presumeras vara) helt obunden. (Även hos Staub-Könige synes för övrigt denna tankegång, om man ser till framställningen i dess helhet, dominera.)

⁶⁷ Se litteraturhänvisningar hos Windscheid-Kipp § 387 not 8.

⁶⁸ Jfr Goldschmidt s. 111 f. och 117 samt Bechmann s. 239 not 3. — Anmärkas må, att i källorna regelmässigt förutsättes, att provtiden är i avtalet fixerad; se Bechmann s. 245.

⁶⁹ Se de hos Windscheid-Kipp § 387 not 14 anmärkta författarna. — För en presumption av sistnämnda slag uttalar sig Fitting, under åberopande av D. 19, 5, 20, pr. (V s. 113 not 38).

bl. a. kunna härutinnan åberopas uttalanden av glossatorerna.⁷⁰ Sedermera inträdde i detta hänseende en omsvängning.⁷¹ Under 1700-talets senare och 1800-talets förra hälft blev alltmer den meningen förhärskande, att en presumption för *suspensiv* villkorlighet vore den riktiga. En del författare försvarade dock köpets resolutiva natur för det fall att enligt avtalet godset skulle övergå i köparens besittning.⁷² Hos dem som hävdade, att köpet in dubio borde anses suspensivt villkorat även när godset skulle av säljaren avlämnas, förekomma emellertid ofta uttalanden om att i nämnda läge köparens tystnad kunde för honom medföra bundenhet. Antingen grundades då denna ståndpunkt därpå, att tystnaden måste antagas innesluta ett konkludent samtycke till det föreslagna köpet. Eller också utgick man från det besynnerliga betraktelsesättet, att köparen genom sin underlåtenhet att inom provtiden undersöka godset, resp. uttala sig om undersökningens resultat, måste anses råka i *mora* och därigenom borde berövas möjligheten att draga sig från köpet undan.⁷³ Och i *rättstillämpningen* under ifrågavarande tid, särskilt den handelsrättsliga, framträdde — samtidigt som även här presumptionen om avtalets suspensiva villkorlighet alltmer vann gehör — ganska deciderat uppfattningen, att köparens ifrågavarande tystnad, så-

⁷⁰ Se Goldschmidt s. 71 och 116.

⁷¹ Se till det närmast följande Goldschmidt s. 70 ff., 116 f., 437 not 18.

⁷² Här möter man alltså motsvarigheten till den ovan s. 165 ff. diskuterade uppfattningen.

⁷³ Bakom denna konstruktion, som på ett extremt sätt betonar det öppna köpets egenskap av att vara ett köp *på prov*, spåras obenägenheten att erkänna köparens fulla frihet att efter sitt behag vidbliva avtalet eller därifrån avstå. — Från samma utgångspunkt förfäktades av talrika författare, att köparen även vid suspensivt villkorat köp i allt fall står *faran* för godset, *sedan* han gjort sig skyldig till dylikt dröjsmål. Konstruktionen medverkade för övrigt till det ganska vanliga antagandet, att när viss provtid icke var i avtalet bestämd, köparen icke av eget initiativ utan först efter anmaning av säljaren vore pliktig att bestämma sig för köpets godkännande eller avvisande; utan föregången uppfordran ansågos morapåföljderna icke böra inträda. Se i ämnet närmare Goldschmidt s. 128 ff.; jfr s. 93 och 126.

som innefattande en »stillschweigende Billigung», måste medföra köpets »perfektion».⁷⁴

När i de stora civilrättsliga kodifikationerna under 1800-talet (eller tiden däromkring) även det öppna köpet behandlades, blev uppgiften närmast den, att å ena sidan, i presumptionens form, träffa ett avgörande om själva avtalets suspensiva eller resolutiva natur, å andra sidan reglera frågan om passivitetens betydelse för uppkomsten av köparens bundenhet.⁷⁵

I den *preussiska landsrätten* av år 1794 avses med de bestämmelser, som handla om köp på prov (I. 11. §§ 333—339),⁷⁶ sannolikt allenast det fall, att köparen kommit i besittning av godset. Det stadgas, att köpet erhåller »seine volle Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte an, wo der Käufer seine Zufriedenheit mit der behandelten⁷⁷ Sache, ausdrücklich oder stillschweigend, zu erkennen gegeben hat» (§ 333). Att härmed åsyftas att uppställa en regel om suspensiv villkorlighet, torde kunna tagas för visst.⁷⁸ Äganderätten till godset och faran för detsamma skola alltså, trots köparens besittning, icke övergå förrän godkännande lämnats. Ja, enligt den preussiska landsrätten betraktades suspensiv villkorlighet icke blott in dubio utan rent begreppsmässigt sett vara för köp på prov utmärkande. Om nämligen det ifrågavarande avtalet är resolutivt villkorat, i det köparen förbehållit sig rätt att inom viss

⁷⁴ Se angående rättspraxis Goldschmidt s. 401, 409 not 10 och 11, 429 f., 435 ff., 444 f., 453 (nederst). Märk särskilt den betecknande motiveringen i det å s. 437 anmärkta rättsfallet.

⁷⁵ En redogörelse för dessa kodifikationer (fram till mitten av 1800-talet) återfinnes hos Goldschmidt s. 404 ff.

⁷⁶ Litteratur: Allgemeines Landrecht, utg. med kommentar av Koch, I, 6 uppl., 1874, s. 642 ff., ävensom Koch, Das Recht der Forderungen, III, 2 uppl., 1859, s. 746 ff. och 1106 ff.; Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, II, 3 uppl., 1882, s. 401 ff. (§ 153).

⁷⁷ Betyder »behandeln» här: sluta köp om, eller: köpslå om?

⁷⁸ Jfr Goldschmidt s. 409. Beträffande villkorliga avtal i allmänhet se däremot I. 11 § 263. Somliga författare göra t. o. m. gällande, att ifrågavarande lagrum bygger på den uppfattningen, att endast en anbudssituation föreligger; se särskilt den hos Koch, Kommentar anmärkte Förster.

tid »vom Kaufe wiederum abzugehen», föreligger icke »Kauf auf Probe» utan »Reukauf» (§§ 331—332). — Köparen skall anses ha givit uttryck för sin belåtenhet med godset, om han utan reservation betalar köpeskillingen (§ 334).⁷⁹ Likaledes inträder för honom bundenhet, om han, när i avtalet viss tid är utsatt »zur Erklärung: ob er die Sache behalten wolle», låter denna tid förflyta utan att avge någon sådan förklaring (§ 336).⁸⁰

Den allmänna borgerliga lagboken i *Österrike* av år 1811 innehåller i ämnet följande, ganska belysande stadgande (§ 1080) ⁸¹:

»Bei dem Kauf auf die Probe geht das Kaufstück vor Bezahlung des Preises nicht in das Eigenthum des Käufers. Der Käufer wird während der Probezeit als ein Entlehner; nach Verlauf dieser Zeit aber das Kaufgeschäft für unbedingt abgeschlossen, und der Käufer als Eigenthümer des Kaufstücks angesehen.»

Enligt denna bestämmelse, som förmodligen i likhet med förebilden i den preussiska landsrätten förutsätter, att godset blivit till köparen överlämnat, fastslås sålunda, dels att själva avtalet in dubio är suspensivt villkorat,⁸² vilket har betydelse med hänsyn till äganderättens (och farans) övergång, dels att köparen blir bunden redan genom att under provtiden — som inom parentes sagt är absolut bestämd: tre dagar för lös, ett år för fast egendom (§ 1082) — förhålla sig passiv.

Vid tillkomsten av den allmänna *tyska handelslagboken av år 1861* — vars bestämmelser ur svensk rätts synpunkt äro av

⁷⁹ Jfr i detta sammanhang Chydenius a. a. (3 uppl.) s. 44 (nederst i texten).

⁸⁰ Är ingen tid bestämd, står det säljaren fritt att »auf Ergänzung dieser Bestimmung durch den Richter anzutragen» (§ 337).

⁸¹ Jfr Krainz-Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II: 1, 5 uppl., 1915, s. 284 f. — Genom delnovellen den 19 mars 1916 modifierades förevarande lagbud i huvudsaklig överensstämmelse med 339 art. äldre H.G.B. (se nedan).

⁸² I § 1081 göres emellertid undantag för det fall att köparen erlagt köpeskillingen för det »övertagna» godset; då »gebührt ihm sogleich das Eigenthum», men han kan före provtidens utgång »von dem Kaufe zurücktreten».

särskilt intresse — blevo reglerna om öppet köp föremål för grundliga överbåganden. Några större nyheter infördes dock icke. Man inskränkte sig i huvudsak till att lagfästa resultaten av den föregående rättsutvecklingen.

Det grundläggande lagbudet innefattas i första stycket av 339 art. och lyder:

»Ein Kauf auf Besicht oder auf Probe ist unter der in dem Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, dass der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde. Diese Bedingung ist im Zweifel eine aufschiebende.»

Här antydes till en början på ett ganska behändigt sätt, att avtalet vid öppet köp går ut på att tillförsäkra köparen möjligheten att besiktiga eller prova godset, men att det å andra sidan är beroende av hans godtycke, om han skall taga denna möjlighet i anspråk.⁸³ Att det säges att köparen skall godkänna varan och icke att han skall *förklara*, att han godkänner den, är också avsiktligt; man ville förekomma missförståndet, att förklaringen icke skulle kunna vara »stillschweigend».⁸⁴ I motiven framhölls vidare,⁸⁵ att det vore nödvändigt, att lagstiftaren toge ståndpunkt till den gamla stridsfrågan om beskaffenheten av avtalets villkorlighet, samt att det bäst motsvarade kontrahenternas förmodade vilja och sakens natur att såsom »noch nicht vollständig abgeschlossen» betrakta ett avtal, vars bestånd vore avhängigt av en framtida, rent godtycklig förklaring å endera kontrahentens sida. Med skärpa underströks, att denna presumption för suspensiv villkorlighet måste gälla oavsett om godset skulle kvarstanna i säljarens besittning eller icke. Då nämligen traditionen vid öppet köp i allmänhet icke äger rum i uppfyllelsesyfte («als Erfüllung des Handels») utan för möjliggörande av godsets undersökning, kunde besittningsförhållandet icke i förevarande hänseende

⁸³ Jfr *Protokolle* der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, III, 1858, s. 1368.

⁸⁴ *Protokolle* a. st.

⁸⁵ *Entwurf* eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, nebst Motiven, I, 1857, s. 134 ff. Se ock referatet hos Goldschmidt s. 450.

vara utslagsgivande.⁸⁶ Endast om kontrahenterna »otvivelaktigt» åsyftat resolutiv villkorlighet, fölle sagda presumption.

I de följande styckena av 339 art. regleras sedan — sålunda som en fristående fråga —,⁸⁷ under vilka förutsättningar köparen skall bli av avtalet bunden, resp. säljarens bundenhet upphöra. Härutinnan voro under förarbetena till lagen ett flertal uppfattningar representerade. Man var visserligen ense därom, att ifall köparen kommit i besittning av godset, hans tystnad borde presumeras innebära ett konkludent tillträdande av köpet.⁸⁸ Men dels rådde olika meningar i frågan, huruvida, när ingen provtid var i avtalet bestämd, för inträdet av nämnda verkan skulle krävas, att säljaren först anmanade

⁸⁶ Meningen torde vara: därför att köparen gått med på att mottaga godset *zur Probe*, alltså för att så att säga erhålla ett underlag för sitt bedömande av, huruvida säljarens erbjudande bör antagas eller förkastas, finnes ingen anledning föreställa sig, att köparen velat åt själva avtalet förlåna resolutiv innebörd, så att han åtagit sig bundenhet även för den händelse han sedermera skulle vara missnöjd med godset men försumma att därom underrätta säljaren. Jfr ovan not 52.

⁸⁷ Under förarbetena hade av en kommissionsledamot påyrkats strykning av presumptionen om suspensiv villkorlighet, under återopande av att fjärde stycket i 339 art. (se nedan i texten) faktiskt utsade, att villkoret i där avsedda fall vore av resolutiv art. Men detta yrkande blev mycket snävt avvisat: »Der Entwurf wolle [vielmehr] in allen Fällen, also auch in dem des Abs. 4, die fragliche Bedingung als eine aufschiebende angesehen wissen, und dies ausdrücklich auszusprechen, sei von der höchsten Wichtigkeit, weil unter Anderem von der Entscheidung dieser Frage die Entscheidung darüber abhängt, wer in der Zwischenzeit von dem Abschlusse des bedingten Kaufes bis zur Genehmigung oder Nichtgenehmigung der Waare die Gefahr zu tragen habe. Die Absätze 2, 3 und 4 hätten somit keineswegs eine Beantwortung der Frage im Auge, wie in den einzelnen Fällen die Bedingung anzusehen sei, sondern nur die Frage, ob in den einzelnen Fällen das Schweigen des Käufers als Genehmigung oder als Nichtgenehmigung zu betrachten sei» (*Protokolle* II, 1858, s. 610 f.).

⁸⁸ Motiveringen har ett originellt inslag och är starkt handelsrättsligt präglad: »Dem Handel widerstrebt es im Allgemeinen, dass abgelieferte Waaren zum Verkäufer wieder zurückkehren; es ist hier der Wirklichkeit entsprechender, das Stillschweigen des Käufers als ein Belassen bei der bereits von der anderen Seite stattgehabten faktischen Ausführung des Vertrages, und den fortgesetzten Besitz der Waaren bis nach Ablauf der Erklärungsfristen dahin zu deuten, dass der Käufer den Handel genehmigen wolle» (motiven s. 135 nederst).

köparen att lämna besked, eller om denne av eget initiativ måste ge sitt ogillande av köpet till känna. Man stannade för den förra, försiktigare ståndpunkten, vilket är så mycket märkligare, som det här gällde en rent handelsrättslig lagstiftning. Dels dryftades det, huruvida icke principen, att köparens tystnad är att tolka som godkännande av avtalet, borde tillämpas i *varje* fall, då i avsaknad av en i avtalet fixerad provtid säljaren anmanat köparen att bestämma sig men denne lämnat anmaningen utan avseende (alltså även då någon tradition av godset icke kommit till stånd).⁸⁹ Tanken på en sådan utvidgning av principens tillämpningsområde blev emellertid till sist uppgiven.⁹⁰ — Slutligen må anmärkas, att presumtionsregeln formulerades så, att dess egenskap av en »presumptio juris et de jure» tydligt trädde i dagen. Att den icke uppfattades som tvingande, lär kunna tagas för givet. Men man har intet som helst stöd för att den avsågs skola sakna användning med hänsyn till vissa typer av suspensivt villkorade öppna köp.⁹¹

Lagbudet fick sålunda i förevarande del (st. 2—4) följande lydelse:

»Der Käufer ist vor seiner Genehmigung an den Kauf nicht gebunden. Der Verkäufer hört auf, gebunden zu sein, wenn der Käufer bis zum Ablauf der verabredeten oder ortsüblichen Frist nicht genehmigt.

In Ermangelung einer verabredeten oder ortsüblichen Frist kann der Verkäufer nach Ablauf einer den Umständen angemessenen Zeit den Käufer zur Erklärung auffordern; er hört auf gebunden zu sein, wenn sich der Käufer auf die Aufforderung nicht sofort erklärt.

Ist die auf Besicht oder Probe verkaufte Waare zum Zwecke der Besichtigung oder Probe bereits übergeben, so gilt das Stillschweigen des Käufers bis nach Ablauf der Frist oder auf die Aufforderung als Genehmigung.»

De nu skildrade reglerna för öppet köp äro i stort sett fortfarande gällande rätt i Tyskland.⁹² Bestämmelserna i ämnet

⁸⁹ Den icke ointressanta motiveringen härför var, att en sådan svarsplikt rättfärdigades av (billigheten och) hänsynen till det redan bestående kontraktsförhållandet (motiven s. 136).

⁹⁰ Se närmare *Protokolle* III s. 613.

⁹¹ Se ovan s. 174 ff.

⁹² Den nyare tyska litteraturen på området är mycket omfattande.

förekomma nu icke längre i handelslagboken utan i B.G.B (§§ 495 och 496),⁹³ och avfattningen är delvis en annan, men i sak ha inga mera betydande förändringar vidtagits.⁹⁴

I första hand komma naturligen i betraktande de vanliga större kommentarerna och läroböckerna till B.G.B. och H.G.B. (se icke blott framställningarna av »Kauf auf Probe» utan även, i anslutning till B.G.B. §§ 158 ff., uttalanden om »Wollensbedingung» i allmänhet): Planck (4 uppl.; I, 1913, II: 2, 1928); Staudinger (9 uppl.; I, 1925, II: 2, 1928); Oertmann (I, 3 uppl., 1927; II: 2, 5 uppl., 1929; samme förf. hos Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, IV: 2, 1918, s. 532 ff.); Das bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten (Busch m. fl.), II, 6 uppl., 1928, Crome, II, 1902, s. 485 ff.; Endemann, 1903, s. 1010 ff.; Enneccerus (I, 13 bearb. av Nipperdey, 1931; I: 2, 10 bearb., 1927); v. Tuhr, II: 2, 1918, s. 277 ff.; jfr samme författare i Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, II, 1925, s. 644; Staub-Könige (IV, 12—13 uppl., 1927); Düringer-Hachenburg (3 uppl.; IV, 1932, s. 59 ff., V: 1, 1932, s. 253 ff.). — Se vidare Gierke, Deutsches Privatrecht, III, 1917, s. 490 ff., Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907, s. 522 ff.; Henle, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1926, s. 310 ff.; Leonhard i Iherings Jahrbücher Bd 39 s. 174 ff. samt i Besonderes Schuldrecht des B.G.B. (Bindings Handbuch X: 2: 2), 1931, s. 95 ff., jfr s. 25; Muskat i Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd 48 s. 205 ff. och Bd 49 s. 472 ff., Walsmann i Iherings Jahrbücher Bd 54 s. 197 ff., särskilt s. 273 ff., Hölder i Iherings Jahrbücher Bd 56 s. 147 ff.; Raape, Wollensbedingung, 1912; se ock samme författare hos Dernburg, Das bürgerliche Recht, II: 2, 4 uppl., 1915, s. 112 not 5, Schwarz, Artikeln »Bedingung», i Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, II, 1929, s. 397, 412 och 420 f.

⁹³ Paragraferna lyda:

»§ 495. Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten.

§ 496. Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung.»

⁹⁴ Se *Motive* zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1888; I, s. 163 f., II, s. 333 ff.; *Protokolle* der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I, 1897, s. 75, II,

Den *schweiziska* rätten på området ansluter sig nära till den tyska⁹⁵ (lagen om obligationsrätten art. 223—225; art. 269—271 i 1881 års lag).⁹⁶ Avtalets suspensiva natur uttryckes i den formen, att det säges stå »im Belieben des Käufers, ob er die Kaufsache genehmigen will oder nicht». I lagtexten markeras uttryckligt, att denna regel — som här närmast tänkes ha betydelse för frågan om äganderättens övergång — är tillämplig jämväl då godset »in den Besitz des Käufers übergegangen ist» (art. 223 andra stycket). Köpet »gilt als genehmigt» först och främst under förutsättningar, motsvarande de i tysk rätt angivna, och därjämte om köparen utan förbehåll, helt eller delvis, betalar köpeskillingen eller förfogar över godset på annat sätt än som för dess undersökning är av nöden (art. 225 andra stycket).

Läget i den *franska* rätten är något svåröverskådligt. Man skiljer mellan »vente ad gustum», ursprungligen svarande mot det romerska vinköpet med förbehåll om »degustatio», samt det egentliga öppna köpet, »vente à l'essai». Såsom en tredje, närstående form av villkorligt köp nämnes stundom »vente au pesage ou au mesurage»⁹⁷ (art. 1585 Code civil; jfr 1 kap. 7 § handelsbalken i 1734 års lag: »nu köper man varor, som skola

1898, s. 77 f.; jfr ock Laband i Archiv f. d. civilistische Praxis Bd 74 s. 319 f. och Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, 1889, s. 237. — Vad särskilt angår 495 § sista stycket, enligt vilket lagrum säljaren är förpliktad att medgiva köparen rätt att undersöka godset, framhölls under förarbetena, att rättssatsen visserligen vore självklar (= låge redan i *begreppet* köp på prov?), men att dess intagande i lagen ändock kunde av vissa praktiska skäl försvaras (*Protokolle* II s. 78).

⁹⁵ Detsamma gäller om utkastet till en borgerlig lagbok för *Ungern*, 1914, §§ 1173 och 1174.

⁹⁶ Litteratur: Fick, Das schweizerische Obligationenrecht, I, 1915, s. 404 ff.; Oser, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V, Das Obligationenrecht, 1915, s. 528 ff.; 2 uppl., V: 1, 1929, s. 685 ff.; Becker, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, VI, Das Obligationenrecht, 2 Abt., 1922, s. 136 ff. — Beträffande den äldre schweiziska rätten se den icke ointressanta framställningen hos Bluntschli, Das zürcherische Obligationenrecht, 1855, s. 369 ff.; jfr Goldschmidt s. 426 ff.

⁹⁷ Se Colin & Capitant, Cours élémentaire de droit français, II, 7 uppl., 1932, nr 519 (s. 479 f.).

vägas, mätas eller räknas»). Sistnämnda slag av köp hör emellertid icke hit, eftersom köparen där saknar rätt att godtyckligt draga sig från köpet undan. Att köpet icke anses vara ovillkorligt eller »perfekt» förrän vägning, mätning eller räkning skett,⁹⁸ beror på att äganderätten och faran för godset först vid denna tid övergå å köparen.

Enligt Pothier⁹⁹ finns det »de certaines choses qui se vendent à la charge de les goûter, comme du vin, de l'huile, etc.». Beträffande vissa varuslag förutsattes alltså utan vidare eller underförstås, att köpet icke är ett vanligt fast köp utan ett »vente ad gustum».¹⁰⁰ Detta slags köp är uppenbarligen enligt författarens mening suspensivt villkorat. Köparen *måste* prova varan (eljest kommer han, dock först sedan domstol ålagt honom att göra detta, i mora, med påföljd att faran övergår å honom och att köpet »sera exécuté purement et simplement»), men han har full frihet att förklara, att han funnit att varan icke är i hans smak. — Såsom något helt artskilt behandlar Pothier¹⁰¹ »vente à l'essai». Här rör det sig om ett avtal, som enligt sitt eget innehåll är resolutivt villkorat. Äganderätten och faran för godset övergå omedelbart. Genom en särskild klausul förpliktar sig emellertid säljaren att återtaga det försålda godset, om detsamma icke skulle behaga köparen.¹⁰² En talan därom måste, när provtid icke är i avtalet bestämd, föras inom en (enligt domarens uppskattning) skälig frist; »il doit être court».

Mot bakgrunden av Pothiers framställning har man att se art. 1587 och 1588 i Code civil,¹⁰³ vilka lyda:

⁹⁸ Så även i åtminstone äldre tysk pandekträtt; se Goldschmidt s. 79 ff. och s. 556.

⁹⁹ *Traité du contrat de vente* (nouvelle édition), 1806, nr 310 (s. 184 f.).

¹⁰⁰ Se angående denna egendomliga art av presumption Goldschmidt s. 98 ff., jfr s. 72 not 9 och 412 ff., samt Fitting II s. 205 ff.

¹⁰¹ Nr 264—266 (s. 157 ff.).

¹⁰² Vad Pothier yttrar i andra stycket av nr 266 torde böra läsas under jämförelse med vad som säges i nr 477 (s. 277) och berör sålunda icke ämnet.

¹⁰³ Av litteraturen i ämnet se i synnerhet *Nouveau Code Civil*, utg. av Griotet & Vergé (Daloz), IV, 1905—07, s. 20 ff., med *Additions*, 1921, s. 273, och 1932, s. 322; *Répertoire général alphabétique de droit français*,

»Art. 1587. A l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées.

Art. 1588. La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive.»

Lagstiftaren tog sålunda beträffande »vente à l'essai» avstånd från Pothiers uppfattning — närmast var det väl konsekvenserna med hänsyn till kasusansvaret som avskräckte¹⁰⁴ — och presumerade, att villkorligheten även här vore suspensiv. Därmed uppkomma emellertid svårigheter att uppdraga en klar gräns mellan »vente ad gustum» och »vente à l'essai». Vanligen brukar skillnaden sägas ligga däri, att medan vid den förra köptypen avtalets egenskap av öppet köp anses på grund av varans beskaffenhet vara underförstådd, samma egenskap vid den senare grundar sig på en uttrycklig eller tyst överenskommelse. Konsekvensen härav borde ju då vara, att båda de citerade lagbestämmelserna tänktes handla om i princip ett och samma rättsinstitut, ehuru uppkomstgrunden vore olika.¹⁰⁵ Men den härskande meningen är åtminstone numera, att »vente ad gustum» — vars tillämpningsområde för övrigt genom rättspraxis betydligt inskränkts — till sina rättsverkningar på ett avgörande sätt skiljer sig från »vente à l'essai». Av det förhållandet, att uttryckssättet i de bägge lagrummen är olika (»il n'y a point de vente», resp. »la vente . . . faite sous une condition suspensive»), härledes nämligen, att säljaren vid »vente

utg. av Carpentier m. fl., Bd 36, 1905, art. Vente, nr 413—450, 2677, 2683—84; Baudru-Lacantinerie & Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, 3 uppl., Bd 19, 1908, s. 155—167; Colin & Capitant a. st.; Demogue, *Traité des obligations en général*, I: 2, 1923, s. 17 ff.; Josserand, *Cours de droit civil positif français*, II, 2 uppl., 1933, s. 558 ff.; Lyon-Caen & Renault, *Traité de droit commercial*, III, 4 uppl., 1906, s. 121 ff.; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 9 uppl., 1923, s. 464 f.; Planiol & Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, X: 1, 1932, s. 226 ff.; Heinsheimer i *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, Bd I, Frankreich, Code Civil, 1932, s. 539.

¹⁰⁴ Jfr Baudru-Lacantinerie a. a. s. 164.

¹⁰⁵ Så Goldschmidt s. 412 (överst), som till stöd för sin mening åberopar vissa äldre franska författare.

ad gustum» endast är obligationsrättsligt bunden, under det att vid »vente à l'essai» en villkorlig avhändelse föreligger så till vida, att om köparen sedermera godkänner köpet, han är skyddad i sin rätt till godset mot säljarens borgenärer eller, vid tvesalu, mot en dennes singularsuccessor.

Någon presumtion därom, att köparens efterföljande tystnad, när godset till honom överlämnats, är att uttyda som ett tillträdande av köpet, upptager Code civil icke. Emellertid är det — vad särskilt angår »vente à l'essai»¹⁰⁶ — erkänt, att tystnaden utöver den i avtalet bestämda eller annorledes (eventuellt genom hänvändelse till domstol) fastställda provtiden *kan* på grund av omständigheterna böra tilläggas sådan innebörd,¹⁰⁷ i all synnerhet när det gäller handelsrättsliga förhållanden. Vidare är i detta sammanhang av betydelse den egendomliga metod, med vilken den franska doktrinen i stor utsträckning söker göra allvar av lagens konstruktion, att »vente à l'essai» är ett villkorligt köp. Avtalet är, heter det, villkorat av att köparen *efter företaget prov* förklarar om han vill godkänna köpet eller icke. Förpliktelsen att verkställa en *prövning* får han icke undandraga sig, även om han har befogenhet att godtyckligt bedöma provningens resultat.¹⁰⁸ Eftersättes denna förpliktelse, kan köparen under givna förutsättningar bli bunden av avtalet, vare sig till stöd härför åberopas reglerna om

¹⁰⁶ Beträffande »vente ad gustum» äro uttalandena i litteraturen knapphändiga, möjligen beroende på att det förutsättes, att i de fall då en degustatio på grund av godsets beskaffenhet är underförstådd, densamma i regel avses skola ske *innan* säljaren levererar. Jfr Baudru-Lacantinerie a. a. s. 161.

¹⁰⁷ Några nyare rättsfall i ämnet (bl. a. angående hästköp) finnas anmärkta i ovannämnda Additions till Code civil, 1932, s. 322 (27—2, 43—2, 43—3, 44—2).

¹⁰⁸ Sådan befogenhet tillkommer honom för övrigt icke alltid; motsatsen kan ha åsyftats vid avtalets ingående. Enligt fransk rättsuppfattning ligger det alltså icke — det torde åtminstone vara den härskande meningen — i det öppna köpets begrepp, att köparen har full frihet att vidbliva köpet eller därifrån avstå. Understundom synes man i detta avseende göra en skillnad mellan »vente ad gustum» och »vente à l'essai», i det man är mera benägen att tillerkänna köparen dylik frihet vid det förre institutet än vid det senare.

mora å köparens sida¹⁰⁹ eller det hänvisas till den kända romerskrättsliga grundsatsen, att därest uppfyllelsen av ett villkor dolöst förhindras av den som har intresse av att det icke realiseras, villkoret anses uppfyllt (art. 1178).¹¹⁰

Nära överensstämmande med fransk rätt är på förevarande område den *italienska* rätten (art. 1452 och 1453 i italienska civillagen).¹¹¹

Jämväl i *engelsk* rätt återfinner man, förefaller det, i stort sett samma principer, som enligt det föregående känneteckna en rad kontinentala rättsordningar.¹¹²

Det öppna köpet plägar i den engelska rättslitteraturen omtalas blott med hänsyn till det fall, att godset blivit till köparen levererat (delivered »on sale or return» eller »on approval»). Här uppkommer för köparen bundenhet först och främst därigenom, att han uttryckligt meddelar säljaren sitt godkännande eller, genom ett positivt handlande, konkludent ådagalägger sin köpvilja (»act adopting the transaction»). Men samma verkan har, såvida icke annat framgår som kontrahenternas avsikt,¹¹³ redan den omständigheten, att köparen behåller godset utöver för dess återställelse i avtalet fastställd tid, resp. utöver »reasonable time», och icke underrättar säljaren om att han ej vill förvärva detsamma. Avtalet torde emellertid icke för den skull uppfattas som resolutivt villkorat. Äganderätten till godset övergår sålunda, i brist på särskild överenskommelse,¹¹⁴ först då godkännande genom meddelande eller

¹⁰⁹ Se ovan vid not 73.

¹¹⁰ Baudru-Lacantinerie a. a. s. 166 f. och Planiol & Ripert a. a. s. 227.

¹¹¹ Litteratur: Ruggiero, Istituzioni di diritto civile, II, 5 uppl., 1930, s. 314 ff. — Se vidare den fransk-italienska *Progetto* di codice delle obbligazioni e dei contratti (Projet de Code des obligations et des contrats) av 1927, utg. 1928, art. 326—27 (s. 152—153).

¹¹² Se The Laws of England (Earl of Halsbury), Bd 25, 1913, s. 178 ff. (Sale of goods nr 318 ff.), med supplement 1934; Benjamin, A treatise on the law of sale of personal property, 6 uppl., 1920, s. 367—374; Chalmers, The sale of goods act, 9 uppl., 1922, s. 57—60; Schirrmester & Prochownick, Das bürgerliche Recht Englands, II, 1929, s. 314 f.

¹¹³ Jfr Schirrmester & Prochownick s. 315.

¹¹⁴ Se The Laws of England a. st. nr 319, 3.

positivt handlande lämnats eller den ifrågavarande kritiska tiden gått till ända; intill denna tidpunkt är det vidare, såvitt man kan förstå, säljaren och icke köparen, som står faran.¹¹⁵

* *

*

I 1734 års lag förekommer ingen bestämmelse om öppet köp.¹¹⁶ Stadgandet i 1 kap. 4 § handelsbalken om viss frestetid vid hästköp torde, i motsats till vad som sedermera av lag-

¹¹⁵ Den ifrågavarande lagtexten (»The sale of goods act, 1893», sect. 18, inledningen samt rule 4) lyder:

»Unless a different intention appears, the following are rules for ascertaining the intention of the parties as to the time at which the property in the goods is to pass to the buyer.

When goods are delivered to the buyer on approval or on 'sale or return' or other similar terms, the property therein passes to the buyer: —

When he signifies his approval or acceptance to the seller, or does any other act adopting the transaction;

If he does not signify his approval or acceptance to the seller but retains the goods without giving notice of rejection, then, if a time has been fixed for the return of the goods, on the expiration of such time, and, if no time has been fixed, on the expiration of a reasonable time. What is a reasonable time is a question of fact.»

¹¹⁶ Hos Nehrman, Inledning til then swenska jurisprudentiam civilem, 1729, förekomma några av utländsk rätt tydligen starkt påverkade uttalanden i frågan. Sålunda beröres (dock utan att denna term användes) köp med förbehåll om »degustatio» (s. 278), vilket emellertid, liksom i Gemeines Recht, i sin egenskap av ett slags villkorligt köp sammanföres med »venditio ad mensuram» (se ovan vid not 97 f.); varken faran för godset eller äganderätten till detsamma övergår å köparen förrän köpet är »fullkomligt». Däremot synes Nehrman opponera sig mot att degustatio vid vissa varuslag bör underförstås: »smakandet hörer gemenligen til praeparatoria contractus».

På annat ställe (s. 277) omtalas det fall att köparen innan ett köp slutits lämnar handpenning (med verkan att säljaren bindes vid sitt anbud?); Nehrman kallar detta »pactum de emendo». Och i ännu ett annat sammanhang (s. 282) framhålles, att »de handlande kunna ock lämna varandra frihet att träda från köpet, emot handpenningens eller någon annan summas förlust». Här avser väl författaren närmast ett resolutivt villkorat öppet köp.

kommittén och äldre lagberedningen ävensom i rättspraxis antogs,¹¹⁷ icke röra ämnet.

I *lagkommitténs* förslag till civillag (1 kap. 13 § handelsbalken) stadgades:

»Slutes öppet köp, i ty att köparen förbehåller sig tid att prova det köpta, äge han våld lämna det åter till säljaren, innan den tid till ända går; och give säljaren ut vad han uppburit. Då häst köpes, have köparen sådan provtid, tre dygn, ändå att förbehåll därom ej skett».

Såsom motivering anfördes endast¹¹⁸:

»Med bibehållande av lagens stadgande, varigenom viss tid att prova köpt häst blivit köparen förbehållen, har man, då så kallade öppna köp, varvid köpare betinga sig rättighet att lämna åter det de köpt, om de ej därmed åtnöjas, ofta förefalla, härom anført en allmän bestämmelse.»

Vad ifrågavarande stadgande — som uppenbarligen förutsätter, att godset kommit i köparens besittning — egentligen avser att utsäga, är något oklart.¹¹⁹ Troligen var dock meningen att fastslå, att ett avtal av i lagtexten angiven art bör anses innebära, att köparen går med på att vara bunden för den händelse han icke inom provtiden ryggat avtalet. Alltså en presumtion för det öppna köpets resolutivt villkorade natur. Såsom ett uttryck för denna uppfattning torde man också ha att se bestämmelsen i 14 § andra punkten i samma kapitel, att köparen under provtiden skall stå faran för godset. Vid bedömande av nämnda ställningstagande å kommitténs sida bör uppmärksammas, att det citerade lagbudet endast hänför sig till det fall, att bestämd provtid blivit i avtalet utsatt.¹²⁰

¹¹⁷ Almén a. a. I s. 21 f. med litteraturhänvisningar. Jfr även Goldschmidt s. 391. Se vidare beträffande olika slag av »Rücktrittsrechte» i landskapslagarna Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, I, 1882, s. 567 ff.

¹¹⁸ Motiver, 1837, s. 171.

¹¹⁹ Särskilt som den definition å öppet köp, som lämnas i lagtexten, icke stämmer med samma definition i motiven.

¹²⁰ Jfr ovan s. 180. — Orden »vad han uppburit» syfta kanske icke på köpeskillingen för godset utan på en erlagd handpenning.

Motsvarande stadgande i *äldre lagberedningens* förslag (1 kap. 5 § handelsbalken) skilde sig till avfattningen föga från lagkommitténs:

»Slutes öppet köp, i ty att köparen förbehåller sig viss tid att prova det köpta; då äge han, om han därmed ej finner sig nöjd, våld att häva köpet och lämna det köpta åter till säljaren, innan provtiden till ända går; och give säljaren igen vad han uppburit.»

I motiven¹²¹ yttrades, sedan man utvecklat skälen för att icke bibehålla bestämmelsen i 1734 års lag om viss frestetid vid hästköp:

»För övrigt har man i förevarande paragraf, som handlar om sådana öppna köp, varvid köparen förbehåller sig viss tid att prova det köpta, gjort ett tillägg, som antyder att han i sådant fall äger *häva köpet*, om han därmed ej finner sig nöjd, varigenom man velat ännu bestämdare uttrycka vad som är mest överensstämmande med det i Sverige rådande föreställningssätt, eller att ett sådant köp skall anses hava skett under ett *resolutivt* villkor, till följd varav äganderätten övergår på köparen, då han på prov emottager varan, varemot enligt flera främmande lagar, vilka förutsätta att detta slags köp sker under ett *suspensivt* villkor, säljaren fortfar att vara ägare under provtiden, fastän han lämnat varan ifrån sig. I överensstämmelse härmed heter det ock i 6 § (lagförslaget 14 §), att då öppet köp är slutet, skall köparen, såsom ägare, stå faran för det köpta ...»

Här kommer rätt tydligt till uttryck, att stadgandet — som även här blott reglerar det fall, att provtiden blivit i avtalet fixerad — skulle innehålla en presumtion om att ett öppet köp, då godset kommit i köparens besittning, äger resolutiv innebörd. Denna självständighet i förhållande till Code civil och andra eventuella utländska förebilder är anmärkningsvärd.¹²²

¹²¹ Nya motiver, 1850, s. 5.

¹²² Varpå äldre lagberedningen grundade sin uppfattning om det i Sverige rådande föreställningssättet beträffande det öppna köpets natur, är givetvis svårt att gissa. Var det männe fortfarande läget vid hästköp, som man hade i tankarna (låt vara att man icke ville vara med om att sådant köp skulle *underförstås* ha egenskapen av öppet köp)? Och vilka praktiska konsekvenser, förutom beträffande kausansvaret, åsyftas, när köparen förklaras skola omedelbart med godsets mottagande bli »ägare»?

Så långt har man alltså snarast stöd för att den svenska rätten på förevarande område intog en annan ståndpunkt än den som i allmänhet kännetecknar den utländska rätten. I och med *nya lagberedningens* förslag till lag om köp och byte av år 1894 kom emellertid omslaget. Man anslöt sig nu i stort sett till den kontinentala, och särskilt den tyska,¹²³ uppfattningen av institutet.¹²⁴ Och samma principinställning ligger till grund även för 1905 års köplag,¹²⁵ ehuru rättsreglerna, såsom redan inledningsvis antytts, i vissa avseenden skilja sig från den tyska rättens.

I nya lagberedningens förslag lydde motsvarigheten till 60 § köplagen (54 §) på följande sätt:

»Är gods köpt på prov eller med annat dylikt förbehåll (öppet köp), och har det blivit till köparen överlämnat, vare han, så vida han ej vill behålla godset, pliktig att därom underrätta inom den tid, som avtalad är, eller, där avtal om tiden ej träffats, vid förfrågan, dock ej förrän han efter godsets mottagande haft skälig betänketid. Har godset utan köparens vanvård eller vållande förstörts eller försämrats, vare han ej därav hindrad att draga sig från köpet undan.

Finnes godset kvar hos säljaren och har ej köparen inom avtalad eller skälig tid tillkännagivit sig vilja stå vid köpet fast, vare avtalet icke vidare för säljaren bindande.»

Den mycket upplysande motiveringen till stadgandet hade denna lydelse¹²⁶:

»Det utmärkande för köp av det slag, som i allmänhet hos oss benämnes 'öppet köp', är att, medan säljaren från början är bunden av avtalet, det däremot står köparen fritt att efter eget val låta köpet gälla eller icke. Då detta tillstånd av ovisshet uppenbarligen ej bör få över hövan utsträckas, har beredningen ansett angeläget vara att

¹²³ Hela lagförslaget är för övrigt starkt påverkat av tysk rätt. Jfr härom högsta domstolens utlåtande i N.J.A. II 1901 nr 1 s. 9 ff.

¹²⁴ Densamma kan i 1800-talets svenska litteratur sägas vara representerad av Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civilrätt, II, 1857, s. 697 (§ 352).

¹²⁵ Jfr Lassen-Ussing a. a. s. 64 not 1: »de gennem Fællesarbejdet tilvejebragte Love ere i det hele en nærmere Udførelse af det svenske Forslag med Tilføjelse ifølge norsk Initiativ af Fastsættelse af adskillige Handelsklausulers Betydning».

¹²⁶ N.J.A. II 1901 nr 1 s. 102 f.

genom lag bestämmes, när och under vilka förhållanden säljarens bundenhet upphör eller köpet blir definitivt. Är ej i avtalet stadgat eller eljes av omständigheterna uppenbart, huru lång tid säljaren skall vara ensidigt bunden, finnes ej anledning antaga, att han velat medgiva köparen längre betänketid än som, med hänsyn till det därmed avsedda ändamålet, kan anses skälig. Inom denna tid bör köparen således vara beredd att fatta sitt beslut och därom underrätta säljaren. Men följden av att köparen i detta hänseende förhåller sig passiv måste bliva väsentligen olika, allt eftersom godset på förhand blivit till köparen utgivet eller icke. I senare fallet kan köparens tystnad ej betraktas annorlunda än som ett avstående från köpet, som då även upphör att vara bindande för säljaren. Har åter, där godset blivit till köparen överlämnat, denne ej inom avtalad tid förklarat sig icke vilja behålla godset, ligger utan tvivel närmast till hands att tolka denna hans underlåtenhet som ett definitivt godkännande av köpet. Avtalet blir därigenom för båda ovillkorligen bindande. Samma påföljd skulle möjligen kunna bestämmas även för köparens underlåtenhet att, då viss betänketid ej är avtalad, inom skälig tid giva säljaren del av sitt beslut. Men då ett sådant stadgande näppeligen skulle stämma överens med den hos oss gängse uppfattningen och för övrigt lätteligen kunde leda därtill, att köparen utan nämnvärd försummelse bleve mot sin vilja tvungen att behålla godset, innehåller förslaget, att i detta fall köparen blir bunden först om han efter att hava åtnjutit skälig betänketid underlåter att vid förfrågan giva till känna, att han ej vill vidhålla köpet.

Då tvekan kan uppstå, huruvida säljaren eller köparen skall bära faran för gods, som vid öppet köp blivit till den senare överlämnat, meddelas i förslaget föreskrift om det sätt, varpå frågan bör besvaras.»

Som man finner tog nya lagberedningen upp det föreliggande ämnet ur den synpunkten, att eftersom det öppna köpet medför bundenhet blott för endera kontrahenten (säljaren), det vore av vikt att förskona denne kontrahent från en oskäligt lång bundenhet. Något behov av rättsskydd i det hänseendet föreligger nu, som lätt inses, knappast, när en bestämd betänketid är i avtalet utsatt. I olikhet mot lagkommittén och äldre lagberedningen var man också endast mera i förbigående intresserad av detta fall. Det gällde i stället, i första hand, att skydda säljaren mot den *obegränsade* bundenhet, som på grund av avtalets innehåll kan synas hota honom, då någon tid icke överenskommits, inom vilken köparen har att fatta sitt beslut. Anslaget i nya lagberedningens motivering är sålunda ungefär

detsamma som sedermera *obligationsrättskommitténs* beträffande 8 § Avtl.¹²⁷

Det faller vidare i ögonen, att beredningen, så vitt alltså först angår de köp, då bestämd betänketid för köparen ej avtalats, synbärigen icke hade någon tanke på att låta frågan om *avtalets* suspensiva eller resolutiva villkorlighet bedömas olika, allt eftersom tradition av godset åsyftats eller icke. Frågeställningen var fasthellre, hur i de fall, då tradition (faktiskt) kommit till stånd, resp. då godset kvarblivit i säljarens besittning, köparens *efterföljande tystnad* borde »betraktas» eller »tolkas». Beträffande själva avtalets natur undvek man över huvud att i lagbudet uppställa någon presumtion. Tämmligen tydligt är dock, att nya lagberedningen, i likhet med den tyske lagstiftaren, vid regleringen av det öppna köpet åtminstone i princip utgick ifrån att köparen enligt avtalet icke är (eller icke kan visas vara) på något som helst sätt bunden. Det är just med utgångspunkt från denna fullständiga obundenhet, som frågan om tolkningen av köparens tystnad efter avtalet blir av så stor betydelse.

Om nu godset stannat i säljarens besittning, skall enligt andra stycket i det föreslagna stadgandet rättsskydd beredas säljaren på det sättet, att hans bundenhet upphör efter skälig tids förlopp — och upphör automatiskt. Läget skall alltså *icke* behandlas så, att säljaren först efter en förfrågan, som lämnas obesvarad, blir från sin bundenhet fri. Häri ligger en (måhända oavsiktlig) avvikelse från den tyska rätten (se 496 § B.G.B.). Beredningens ståndpunkt i denna del är förvisso starkt motiverad; även om säljarens erbjudande enligt orden gäller för obestämd tid framåt, bör det, när besittningen icke övergått å köparen, eo ipso förfalla efter skälig tid.¹²⁸ Högsta domstolen fann t. o. m., vid granskningen av lagberedningens förslag, regeln så självklar, att man uttalade att »stadgandet torde kunna såsom överflödigt utgå».¹²⁹

För det fall åter, att godset till köparen överlämnats, skall

¹²⁷ Se ovan s. 6.

¹²⁸ Jfr ovan s. 11 f., 14 f.

¹²⁹ N.J.A. II 1901 nr 1 s. 103 f.

säljaren omvänt skyddas sålunda, att köparen blir, därest han förhåller sig passiv, av avtalet bunden (första stycket i samma paragraf). Men i gengäld inträder enligt nya lagberedningens förslag, liksom enligt den tyska förebilden, denna bundenhet icke utan vidare efter skälig tids förlopp utan först genom passivitet efter säljarens förfrågan (jfr 10 § i förslaget, numera 8 § Avtl). Den motsatta regeln i detta avseende vore, menade man, för sträng; den kunde så att säga innefatta en snara för köparen. Mot beredningens åsikt på denna punkt framställdes icke någon erinran från högsta domstolens sida.

Av särskilt intresse är det uttalande, som lagberedningen — visserligen som sagt mera en passant — gjorde om det fall att bestämd betänketid blivit i avtalet utsatt. Även här skall köparens tystnad, när godset kommit i hans besittning, ådraga honom bundenhet (men utan att först någon förfrågan å säljarens sida är av nöden). Och grunden är den, att köparens underlåtenhet att »inom avtalad tid» förklara sig icke vilja behålla godset bör *tolkas* som ett godkännande av köpet. Detta tyder ju på att lagberedningen även i förevarande läge räknade med att köparen enligt avtalet är helt obunden. Skulle här ha åsyftats ett resolutivt villkorat köp — så att med »avtalad tid» förstås en *för avtalets frånträdande* bestämd tid —, vore det ju ganska meningslöst att resonera om hur köparens tystnad bör tolkas, eftersom tidens utlöpande då omedelbart på grund av avtalets innehåll binder köparen, utan hänsyn till om någon vilja hos denne att godkänna köpet kan antagas vara för handen eller icke. Å andra sidan kan man knappast tro, att beredningen här tänkte på de fall, då det står fast att köparen icke utan ett tillträdande av köpet skall bli bunden men det bestämts en viss tid, efter vars utgång säljaren, om han ingenting avhör, äger betrakta sitt erbjudande som förfallet eller åtminstone har rätt att avfordra köparen besked rörande hans ståndpunkt; till vilka egendomliga resultat en tillämpning av presumptionsregeln även å denna form av suspensivt villkorade öppna köp skulle leda, har ovan utvecklats.¹³⁰ Återstår då att föreställa sig, att beredningen syftade på sådana fall, då en

¹³⁰ S. 175 f.

viss tid fixerats, inom vilken köparen har att lämna besked, utan att kontrahenterna reglerat, och framför allt utan att kontrahenterna kunna *visas* ha reglerat, påföljden av att beskedet utebliver. Men förhåller det sig så, har man, såsom likaledes ovan berörts,¹³¹ svårt att undgå den slutsatsen, att beredningen, i strid med sin principiella utgångspunkt, i realiteten kommit över på en annan tankelinje, nämligen till att för *dessa* fall godtaga en presumtion om avtalets resolutiva villkorlighet. Betecknande är också, att det citerade uttalandet i motiven motsvaras i *lagtexten* av ett uttryckssätt, som hänleder på att med »avtalad tid» trots allt menas en för avtalets *frånträdande* bestämd tid.¹³²

Förvånande kan synas vara, att nya lagberedningen i motiven så lättvindigt behandlade den viktiga frågan om *faran* för godset. Med all sannolikhet berodde emellertid förhållandet därpå, att man ansåg sig ha på annat ställe i förslaget lämnat erforderlig motivering för den föreslagna regeln. I 24 § (motsvarande 17 § köplagen) stadgades nämligen i tredje stycket: »Är det avtalat, att köpet ej skall komma till stånd förrän visst villkor gått i fullbordan, bäre säljaren emellertid *faran*».¹³³ Och beredningen kommenterade¹³⁴: »Är köp slutet under suspensivt villkor, så att köpet endast under viss förutsättning skall komma till stånd, kunna i allmänhet de rättsliga följderna av köpet ej inträda, förrän villkoret uppfyllts. Att köparen ej därförinnan står *faran* för godset har i 24 § sista stycket uttalats. Huruvida denna regel bör gälla även för det fall, att godset, innan villkoret uppfyllts, blivit till köparen avlämnat, kan emellertid ifrågasättas, men torde dock böra bejakas, så framt ej nämnda åtgärd kan anses innebära, att villkoret frånträtts».

¹³¹ S. 180.

¹³² Motsvarande förhållande kan någon gång misstänkas även när det gäller utländsk lagstiftning; jfr sålunda avfattningen av art. 225 i den schweiziska lagen om obligationsrätten.

¹³³ Jfr 1 kap. 3 § handelsbalken i lagkommitténs ävensom samma lagrum i äldre lagberedningens förslag till handelsbalk. Enahanda rättsats härledes ur B.G.B. § 158 st. 1. Se vidare den schweiziska lagen om obligationsrätten art. 185 st. 3.

¹³⁴ N.J.A. II 1901 nr 1 s. 59.

Då nu beredningen, såsom förut nämnts, i allt fall i princip torde ha utgått ifrån att köparen enligt avtalet är alldeles obunden — att sålunda även enligt »den hos oss gängse uppfattningen» det öppna köpet in dubio *ej* är resolutivt villkorat —, behövde den ifrågavarande regeln, som ju likaledes (och av samma orsak: köpets suspensiva natur) tillämpas i bl. a. tysk rätt,¹³⁵ icke ytterligare utvecklas. — Emellertid mötte nya lagberedningens förslag om att låta kasusansvaret vid öppet köp drabba säljaren opposition hos högsta domstolen. Samtliga i granskningen av förslaget deltagande ledamöter voro ense därom, att i stället köparen borde bära nämnda ansvar. Tre justitieråd anförde, märkligt nog, som motivering, att »med den *här i landet allmänt rådande uppfattning* torde bäst överensstämma, att vid öppet köp köparen står faran för gods, som blivit till honom utlämnat», ävensom att denna uppfattning »synes överensstämma med vad billigheten kräver». Här upptogs alltså av sagda ledamöter äldre lagberedningens motivering för att köparen omedelbart skulle anses som ägare till godset (och bära kasusansvaret). Troligen delade man då också äldre lagberedningens mening, att enligt härskande åskådning i Sverige ett öppet köp in dubio vore resolutivt villkorat, och kom från denna teoretiska utgångspunkt — som alltså *icke* var förslaget — fram till berörda praktiska rättsats. Måhända medverkade dock — och det är väl detta, som ligger bakom det i och för sig innehållslösa talet om »billigheten» — vissa andra, reella hänsyn, såsom vikten av att genom en kasusregel av förevarande art skydda säljaren mot en (i det enskilda fallet svårbevislig) vanvård av godset å köparens sida. Att märka är även, att två ledamöter av högsta domstolen icke anslöto sig till nyssnämnda motivering utan nöjde sig med att biträda det framställda yrkandet om ändring av paragrafen därhän, att faran för godset lades å köparen.

Stadgandet om öppet köp i 60 § *köplagen*¹³⁶ anknyter i

¹³⁵ Se den föregående redogörelsen, särskilt not 87.

¹³⁶ Av den dansk-norska litteraturen från tiden före köplagen må anmärkas Vogt, Den nordiske Obligationsret, Speciel Del (i Nordisk Retsencyklopædi), 1888, s. 116 f., Lassen, Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del, 1897, s. 105 ff. samt Hagerup, Om Kjøb og Salg, 2 uppl.,

väsentliga punkter till nya lagberedningens förslag men föret också några skiljaktigheter. De svenska kommitterades motivering är (väl just på grund av sagda överensstämmelse) knapphändig¹³⁷:

»För det fall, att vid s. k. öppet köp godset är av säljaren avlämnat, synas bestämmelser tarvas såväl i fråga därom, när köpet kan anses vara för köparen bindande, som beträffande faran för godset. Vad angår det förra spörsmålet lär den omständigheten, att köparen ej inom överenskommen eller skälig tid avgiver bestämt yttrande, naturligtast vara att uppfatta så, att han önskar upprätthållande av det bestående förhållandet, d. v. s. att godset förbliver hos honom på förut avhandlade villkor. I fråga åter om faran för godset har kommittéen, med anslutning till vad högsta domstolen vid granskning av nya lagberedningens förslag uttalat, funnit det mest överensstämmande med såväl rådande rättsuppfattning som billighetens krav, att faran ligger å köparen.»

1884, s. 15 ff. (se ock de hos Almén II s. 271 anmärkta arbetena av Federspiel och Hindenburg ävensom Grundtvig, Om Reklamation i Formueretsforhold, 1903, s. 166 f.). Lassen (liksom väl även Vogt) gör gällande, att öppet köp måste anses vara resolutivt villkorat för det fall, att godset kommit i köparens besittning. Meningen härmed synes dock huvudsakligen vara, att köparen under denna förutsättning bör anses bli genom sin efterföljande tystnad bunden (jfr Lassens uttalande i Tidsskrift for Retsvidenskab 1898 s. 107, att 54 § i nya lagberedningens förslag »maa vistnok ganske billiges»). Enligt Hagerup skall det tydligen, då godset traderats till köparen, vid avgörandet av frågan om avtalets suspensiva eller resolutiva villkorlighet ankomma därpå, om traditionen skett eller avsetts skola ske blott för att bereda köparen tillfälle att prova godset, eller om den skett i uppfyllelsesyfte (jfr även Lassen s. 106). Detta är en inom pandekträtten ofta förekommande distinktion (se t. ex. Thöl, Das Handelsrecht, I, 3 uppl., 1854, s. 303), men det är svårt att förstå, hur densamma kan ha någon resonlig innebörd. Är det icke vid köp på prov *alltid* så, att traditionen närmast avser att möjliggöra godsets undersökning (bortsett från sådana fall, då säljaren tror att fast köp slutits el. dyl.)? Jfr ovan not 52 samt 86. — Beträffande *kasusansvaret* antages såväl av Lassen som av Hagerup, att detsamma åvilar säljaren trots att godset kommit i köparens besittning (jfr dock även Lassens uttalande i Tidsskrift for Retsvidenskab 1898 s. 98 om faran vid villkorligt köp över huvud).

¹³⁷ N.J.A. II 1906 nr 1 s. 101. — Något utförligare äro de *danska* och *norska* motiven: Forslag til Lov om Køb, 1905, s. 98, resp. Udkast til lov om kjøb, 1904, s. 70 f.

Ur detta uttalande — sammanställt med vad som säges i de danska och norska motiven — synes man kunna utläsa, att lagstiftaren avsiktligt avstått från att uppställa någon presumption om själva avtalets suspensiva eller resolutiva villkorlighet.¹³⁸ Antagligen har det, på goda grunder, resonerats på följande sätt. Även om avtalet är suspensivt villkorat, bör köparen ändock, om han förhåller sig passiv sedan godset av honom mottagits, åvälvas enahanda ansvarighet, som vid det resolutivt villkorade köpet inträder redan till följd av avtalets beskaffenhet. En presumption om avtalets natur är därför ur denna synpunkt överflödig. Vad vidare faran för godset angår, kan även denna fråga bedömas enhetligt för suspensivt och resolutivt villkorade köp; icke heller med hänsyn härtill är sålunda en dylik presumption påkallad. Huruvida slutligen i sakrättsligt hänseende, beträffande äganderätten till godset m. m., en skillnad bör göras allteftersom villkorligheten enligt avtalet är suspensiv eller resolutiv, får bero på vad som följer av de i ett vart av de nordiska länderna gällande rättsgrundsatserna. Ty detta spörsmål faller utom ramen för köplagen, som icke reglerar köpets sakrättsliga verkningar. — Av det anförda framgår emellertid tillika, att om än stadgandet i 60 § köplagen (första punkten) enligt sin lydelse inrymmer även de lägen, då avtalets resolutiva villkorlighet står fast, stadgandet egentligen icke har någon betydelse för andra fall än sådana, då köparen är (eller då man i brist på utredning om motsatsen finge antaga, att han är) enligt avtalet helt obunden.¹³⁹ Endast för dessa fall passar ju det i motiven åberopade argumentet, att köparens efterföljande tystnad naturligast bör »uppfattas» så, att köparen »önskar upprätthållande av det bestående förhållandet».¹⁴⁰

¹³⁸ I de *norska* motiven anföres, sedan det framhållits, att i den rättsvetenskapliga litteraturen tvivel rått därom, hur öppet köp skall uppfattas och vilka rättsregler det skall underkastas: »Komitéen er ved de undersøgelser den har anstillet kommet til det resultat, at der trænges en afgjørelse ved lov af to spørsmåal som knytter sig til denne art af kjøb.» Liknande i de *danska* motiven (inledningen).

¹³⁹ När villkorligheten (bevisligen) är resolutiv, är stadgandet obetydligt; se ovan s. 164 f.

¹⁴⁰ I de *norska* motiven anföres, försiktigt nog, ingen motivering

Den omständigheten, att i köplagen saknas stadgande om det fall, att godset vid öppet köp finnes kvar i säljarens besittning, torde endast innebära en formell olikhet i jämförelse med nya lagberedningens förslag. Meningen var säkerligen, att regeln om att köparens tystnad i detta läge icke skall gälla som ett tillträdande av köpet utan tvärtom medföra, att säljarens erbjudande förfaller — och förfaller automatiskt —, vore självklar och därför icke behövde lagfästas.¹⁴¹ — Däremot vidtogs den betydelsefulla förändringen, att kravet på föregående förfrågan å säljarens sida såsom förutsättning för att en köpare, till vilken godset överlämnats, skall (då bestämd betänketid icke i avtalet utsatts) på grund av sin passivitet iråka bundenhet, ströks. Möjligen ansåg man, att den uppfattningen vore i handel ochandel förhärskande, att en säljare under ifrågavarande omständigheter omedelbart förlitar sig på att köparens tystnad är uttryck för belåtenhet med godset.¹⁴²

Någon klarhet om innebörden i lagtextens ord: »inom bestämd tid» ger det citerade uttalandet icke. Lika litet som enligt nya lagberedningens förslag låter sig i denna del motiveringen utan vidare förena med lagtextens lydelse.¹⁴³

Vad som i de svenska motiven anföres till stöd för att köparen bör bära kasusansvaret är skäligen svagt. Man inskränkte sig till att okritiskt återge den hänvisning till rådande rättsuppfattning och billighetens krav, som förekom i de tre högstadsdomstolsledamöternas utlåtande över nya lagberedningens förslag — utan att uppmärksamma, att denna hänvisning åtminstone i högst väsentlig grad vilade på en annan

alls för tystnadens ifrågavarande betydelse: »Udkastet foreskriver», heter det bara. Och i de *danska* motiven består motiveringen i en hänvisning till »den naturlige Opfattelse» och till ett gammalt rättsfall (torftigt refererat i Ugeskrift for Retsvæsen 1881 s. 839).

¹⁴¹ Se Almén s. 273 f.; jfr ock de *norska* motiven in fine.

¹⁴² Jfr de *norska* motiven (s. 70 b i mitten). »Denne regel vil give støtte for den praxis, som saavidt vides alle detaljister anser sig beføiet til at følge, at de nemlig, naar nogen tid er gaaet uden at kjøberen har udtalt sig, sender regning og forlanger den betalt».

¹⁴³ Se ovan vid not 130 ff. — De *norska* motiven (70 b i mitten) uttrycka sig på ett sätt som synes tyda på att med »aftalt tid» menas för avtalets frånträdande överenskommen tid.

tankegång än den till grund för köplagen (ävensom sagda förslag) liggande.¹⁴⁴

IV.

Den föregående utredningen har givit vid handen, dels att det icke utgör en förutsättning för tillämpningen av 60 § köplagen (första punkten), att avtalet direkt på grund av sitt eget innehåll är resolutivt villkorat, dels att det ej heller — åtminstone icke då kontrahenterna underlåtit utsätta en bestämd betänketid — i lagbudet uppställes någon presumtion om själva avtalets resolutiva natur. Uppkomsten av ifrågavarande bundenhet grundas fastmera — när den icke är en följd redan av att i det enskilda fallet den resolutiva villkorligheten hos avtalet står fast — på att köparens efterföljande tystnad presumeras innebära ett *tillträdande* av det förut för honom på intet sätt bindande avtalet. Men under sådana omständigheter uppstår, på sätt likaledes ovan berörts, frågan, vad det är som skiljer det öppna köpet från motsvarande anbudssituation (närmast det i 8 § Avtl avsedda realanbudsläget). Utan klarhet på denna punkt hänger 60 § köplagen i luften.

Den härskande tyska doktrinen¹⁴⁵ går vid besvarandet av nämnda spörsmål fram på en mycket radikal linje. Man bestrider helt enkelt, att den omständigheten att köparen genom avtalet icke åtagit sig någon som helst bundenhet — utan för-

¹⁴⁴ I de *danska* och *norska* motiven åberopas mera reella skäl för ståndpunkten i fråga. Även de danska kommitterade hänvisa visserligen i första hand till »den raadende Opfattelse» (ett slags desavuering, besynnerligt nog, av Lassen och andra danska författare; se ovan not 136), men utslagsgivande har väl varit vad som säges i fortsättningen: »En modsat Regel vilde ogsaa i altfor høj Grad prisgive Sælgeren til Køberens større eller mindre Paapasselighed og paa Grund af Køberens Herredømme over Bevislighederne ofte medføre, at Sælgeren mister Købesummen i Tilfælde, i hvilke Genstandens Undergang eller Forringelse er at henføre til en Fejl eller Forsømmelse hos Køberen.» (Jfr ovan s. 207). Och i de *norska* motiven heter det: »Da ogsaa laantageren efter vor ret bærer faren for tingen, er denne regel naturlig».

¹⁴⁵ Litteraturhänvisningar ovan not 92. I *schweizisk* doktrin uttala sig i samma riktning Oser a. a. 2 uppl., 1929, s. 685 f. och, särskilt utförligt, Stiefel a. a. s. 237—269.

klarat sig köpa endast på villkor att han framdeles är till köpet villig, framdeles tillträder avtalet ¹⁴⁶ — utgör ett hinder för att anse ett verkligt köpslut, för bägge kontrahenternas del, omedelbart vara förhanden. Det rör sig jämväl för köparens vidkommande om ett *villkorligt* köp, låt vara att villkoret endast är en »Wollensbedingung». Köparen har, menar man, icke blott ställt i utsikt att köpa, utan det föreligger även å hans sida ett avslutat, perfekt köp,¹⁴⁷ fastän detsamma icke utan en i hans fria skön stående »beträffande» blir verksamt. Den gamla pandekträttsliga satsen, att en förklaring »volo si voluero» icke innefattar en verklig viljeförklaring, är över huvud som sådan ohållbar. Att till en viljeförklaring fogas en Wollensbedingung kan visserligen tyda på att en rättsverkningsvilja tills vidare saknas hos förklaringens avgivare, men detta gäller ingalunda alltid eller ens i regel.¹⁴⁸

Om försöken att på nu antydda väg lösa den föreliggande svårigheten kan man förvisso, med Almén,¹⁴⁹ fälla det omdömet,

¹⁴⁶ I det följande bortses från de fall, där det står fast (eller där man eventuellt, visserligen i strid mot lagens principuppfattning, skulle kunna tänkas ha fog för att presumera; jfr ovan s. 180), att själva avtalet är resolutivt villkorat. Dessa fall bereda ju ur nu diskuterade synpunkt inga svårigheter.

¹⁴⁷ Så brukar det heta. Däremot synes man i allmänhet draga sig för att säga, att köparen genom avtalet åtagit sig en på nämnda sätt villkorad *förpliktelse* eller *bundenhet*. Se dock (beträffande Wollensbedingung i allmänhet) Planck § 158, 8a: »nur darf, was Frage der Auslegung, nicht schon das Vorhandensein eines Verpflichtungswillens beim Erklärenden überhaupt zweifelhaft sein, vielmehr muss feststehen, dass eine Erklärung als eine (bedingt) bindende gewollt ist». Jfr likaledes Reichsgerichtsräte a. a., I, 1928, s. 269.

¹⁴⁸ Jfr Staub-Könige Anh. § 382 anm. 13 a: »Allein der Kauf auf Probe oder auf Besicht ist ein wirklich zustande gekommenes Rechtsgeschäft, bei dem die Bindung des Verkäufers aufhört, wenn der Käufer innerhalb der Frist nicht genehmigt, während beim befristeten sog. Offertvertrag ein Rechtsgeschäft erst durch die Genehmigung des Käufers zustande kommen soll. Darüber, ob das eine oder das andere gewollt war, bestimmen die Umstände (RG. 104, 276). Es liegt also kein Kauf auf Probe vor, wenn ein Kauf noch nicht abgeschlossen ist, d. h. wenn der Käufer sich freie Entschliessung vorbehält, ob ein Vertrag nach Erprobung der Kaufsache zustande kommt.»

¹⁴⁹ A. a. II s. 273.

att de »icke kunna sägas ha slagit väl ut». Att i detalj påvisa ohållbarheten av dessa dunkla, motsägande konstruktioner, skulle vara ett skäligen ofruktbart företag. Alla de mer eller mindre sinnrika utläggningarna till trots har det icke lyckats de tyska författarna¹⁵⁰ att på minsta sätt göra begriplig skillnaden mellan det fall, att någon blott ställt i utsikt att köpa, och det fall att han köpt på villkor att icke bli bunden förrän han framdeles är till köpet villig.¹⁵¹ Man kan också tryggt påstå, att denna skillnad är obefintlig.¹⁵²

¹⁵⁰ Ätminstone närstående är i nordisk doktrin Platou, *Forelæsninger over udvalgte Emner af Privatrettens almindelige Del*, 1914, s. 317 ff.

¹⁵¹ Dråpligt är det exempel, som stundom anföres för att åskådliggöra skillnaden (se bl. a. Stiefel s. 246). Om en person blir erbjuden att köpa en häst för 600 mark och han säger: »ich nehme das Pferd, wenn mir (nach gemachter Probe) der Handel noch zugesagt» eller »wenn mir das Pferd gefällt» eller »wenn ich meine Zufriedenheit erkläre», så är det »otvivelaktigt», att vederbörande gått med på köpet, om än blott under en suspensiv »Wollensbedingung». Men säger han: »ich nehme das Pferd, wenn ich es (später) haben will» eller »anzuschaffen mich entschliesse», så ställer han blott i utsikt möjligheten av ett avtals slutande i framtiden och något öppet köp har icke kommit till stånd. Det överensstämmer som sagt med *härskande* mening i tysk doktrin, att för dessa båda fall skola tillämpas olika rättsregler!

¹⁵² I en sammanträngd översikt må här beröras de argument, som anförts till stöd för att ett (suspensivt villkorat) öppet köp icke blott för säljarens utan även för köparens vidkommande bör anses utgöra ett verkligt köp, resp. för att över huvud en viljeförklaring kan vara verksamt oaktat den är villkorad av en (suspensiv) »Wollensbedingung» å den handlandes sida. Det bortses då från sådana uppenbart ohållbara vändningar, som att avtalet ålägger köparen förpliktelsen att »zur Vermeidung bestimmter Rechtsfolgen» (avtalets förfallande m. m.) *förklara sig*; se *Düringer-Hachenburg* a. a. IV s. 60 och *Staub-Könige Anh. § 382 anm. 13 a. Denna »förpliktelse»* kan man gott påbörda även en vanlig anbudstagare (jfr ock nedan under c).

a) Allmänt erkänt är, säger man, att en viljeförklarings verkan kan göras beroende därav, att förklaringens avgivare företager ett visst *annat* handlande (jfr läget vid vitesavtal). Vederbörande är då, eftersom det står i hans fria skön huruvida handlandet skall komma till stånd eller utebli, icke bunden i vidare mån, än att *om* han beslutar sig för och verkställer detsamma, han utsättes för rättsverkningarna i fråga. Motsvarande gäller även vid öppet köp: köparen är visserligen icke direkt bunden, men för den händelse han företager det handlande, som köpets tillträdande utgör, blir avtalet mot honom gällande. Mellan det fall, att

Föreställningen, att det öppna köpet (när köparen icke

villkoret består av en förklaring att tillträda köpet, och det fall att det består av ett annat handlande än en dylik förklaring, är på sin höjd en gradskillnad för handen. Så resonera exempelvis Muskat a. st. (Bd 49) s. 484 ff., Stiefel s. 247 f., 257 f. — Felet med denna sofistik är naturligtvis, att det endast i sistnämnda fall ligger någon realitet i talet om att vederbörande får anses bunden därigenom, att *rättsverkningarna* inträda utan eller mot hans vilja, fastän det *handlande*, vari villkoret består, icke kommer till stånd utan att han vill detsamma. Ty man behöver praktiskt sett icke räkna med möjligheten, att köparen avger en förklaring om att tillträda avtalet av annat motiv än att han vill köpa, medan det däremot är synnerligen vanligt, att ett annat handlande än avgivandet av en förklaring kan vara eftersträvat, trots att en vilja till de därmed enligt avtalet förbundna rättsverkningarna saknas (man önskar t. ex. livligt bedriva den i vitesavtalet förbjudna rörelsen men har stark motvilja mot de för sådant fall, enligt samma avtal, inträdande rättsverkningarna). Skillnaden har förresten, med oöverträfflig klarhet, utvecklats redan av Windscheid (a. a. § 93).

b) Varför skulle det vara uteslutet, frågar man vidare, att två köpförklaringar å köparens sida (den vid avtalets tillkomst och den vid dess godkännande avgivna) *samverka* för uppnående av de åsyftade rättsverkningarna, så att en *viss* förändring i köparens rättsläge försiggår omedelbart, under det att rättsverkningarna i övrigt inträda först vid godkännandet? Så t. ex. Hölder i Iherings Jahrbücher Bd 56 s. 147 ff.; jfr ock v. Tuhr II: 2 s. 277 med not 49. — Frågan innefattar, om därmed skall motiveras det öppna köpets rättsverkningar så vitt köparen angår, en *petitio principii*: vad som skall visas är just, att dennes förklaring vid avtalets slutande kan i sin egenskap av köpförklaring ha betydelse för köpets verkan mot honom, oaktat han icke på något sätt åtagit sig bundenhet. Att faktiskt rättsordningen låter det öppna köpet även för köparens del medföra en viss rättsförändring, är obestridligt. Men det betvivlas, att denna rättsförändring, såsom man påstår, har något underlag i en verklig köpförklaring å dennes sida. — Understundom synes man nu med en argumentering av sagda art närmast ha i tankarna, att genom det öppna köpet en förändring sker i kontrahenternas rättsställning därutiinnan, att *säljaren* blir bunden, så att sedan köparens »einseitige Wille eine ihm sonst nicht zukommende Wirkung äussern kann» (v. Tuhr a. st.). Men för att motivera *den* effekten av det öppna köpet är apparaten med samverkande viljeförklaringar etc. enligt tysk (och svensk) rätt överflödigt; redan *anbudet* har ju enahanda effekt. Alla utläggningar, som mer eller mindre direkt bygga på antagandet, att om icke möjligheten av en »Wollensbedingung» erkännes, även medkontrahenten (säljaren) måste anses obunden (se t. ex. Leonhard i Iherings Jahrbücher Bd 39 s. 205 ff.), äro därför helt misslyckade.

genom avtalet åtagit sig någon bundenhet alls, icke ens en

c) Ofta betonas, att vid *ömsesidigt förpliktande avtal* några betänkligheter icke kunna anföras mot att anse endera kontrahentens, av en »Wollensbedingung» avhängiga viljeförklaring verksam, eftersom då icke blott den handlandes *plikt* utan också hans *rätt* är beroende av att han sedermera förklarar sig vilja det som förklaringen går ut på (se t. ex. Oertmann § 158, 4 c β, s. 579 och § 495, 2, s. 670). Så vitt därmed icke ånyo blott åsyftas det förhållandet, att den *andre* kontrahenten (vid öppet köp säljaren) blir genom ett dylikt avtal bunden, torde man här ha att göra med samma tankegång, som, beträffande öppet köp, i den franska litteraturen av Girard (a. a. s. 504 not 1) uttryckes sålunda, att någon renodlad »Wollensbedingung» å köparens sida icke föreligger (villkoret är »*simplement*», icke »*purement*» potestativt), alldenstund köparen icke kan undandraga sig att betala köpeskillingen på annat villkor, än att han avstår från godset. Argumentet, så naivt det i förstone än låter, är ur den allmänna rättslärans synpunkt av stort intresse och går mycket djupt. Det är tydligt, att icke blott risken av en hotande nackdel utan även utsikten till en fördel kan, på grund av den psykologiska press den utövar, under givna omständigheter förväntas garantera ett visst regelbundet handlande hos samhällsmedlemmarna (jfr Stjernberg, Artikeln Rätt, 2 a, i Nordisk Familjebok). Betecknas det tillstånd, vari en person som är underkastad dylikt psykologiskt »tvång» befinner sig, som ett slags »bundenhet», kan även köparen vid suspensivt villkorat öppet köp, helst om han är i besittning av godset, sägas vara bunden. Men med detta konstaterande kommer man icke ett steg närmare lösningen av det spörsmål, som här dryftas. Ty åvilar icke alldeles samma psykologiska tryck, alldeles samma »bundenhet», en anbudstagare, särskilt om anbudet utgör ett realanbud?

d) Ej sällan framhålles det, att det icke ligger någon motsägelse i att betrakta köparens förklaring vid öppet köp, trots densammas avhängighet av en »Wollensbedingung», som en verklig köpförklaring med hänsyn till att viljan att *företaga* en rättshandling är »av annat slag» än viljan att *förstärka* eller *bekräfta* samma rättshandling (jfr t. ex. Leonhard a. a. s. 188 f., Hölder a. a., Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts, I, 5 uppl., 1894, § 91, 4). Skall ett försök göras att avvinnas denna argumentering någon förnuftig innebörd, blir väl resultatet följande. Det öppna köpets egenskap av att även för köparens vidkommande vara ett verkligt köp grundar sig därpå, att kontrahenterna vid avtalets ingående åsyftat, att om ett godkännande sedermera lämnas, rättsläget skall bedömas så, som om köpet kommit till stånd redan genom avtalet, icke först genom godkännandet. Köparens förklaring vid avtalets slutande innefattar visserligen intet bundenhetsåtagande, men den har ändock rättslig betydelse därigenom, att den i förening med säljarens viljeförklaring *normerar* den blivande, eventuella köpförpliktelsens inne-

indirekt eller »latent» sådan) för bägge kontrahenternas del

håll därhän, att densamma skall medföra enahanda rättsverkningar som om bundenhet redan genom avtalet blivit av köparen åtagen; jfr Hölder, Pandekten, 1891, s. 258: »so kann ich auch durch meinen Willen einen bestimmten Inhalt zu einem solchen erheben, *welcher einem schon jetzt von mir gewollten gleichsteht*, wenn ich später ihn gelten zu lassen erkläre» (kurs. här); se vidare (angående ratihabition i allmänhet) Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, II, 1889, s. 229. — I ett sådant resonemang ligger otvivelaktigt *något* riktigt. Den omständigheten att köparen dock deltagit i slutandet av ett avtal, alltså avgivit en förklaring, föranleder, att det ofta måste anses vara kontrahenternas mening, att avtalet, sedan det genom köparens godkännande blivit perfekt, skall kontrahenterna emellan äga tillbakaverkande kraft (räknas från avtalets datum). Så till vida finnes det alltså en realitet bakom talet om att köparens godkännande blott utgör en »bekaftelse» av ett förut ingånget avtal. Emellertid är det uppenbarligen uteslutet att låta förhandenvaron av en dylik avsikt hos kontrahenterna vara avgörande för inträdet av de rättsverkningar, som förbindas med begreppet öppet köp; något logiskt sammanhang mellan nämnda förhållande och den i 60 § köplagen stadgade bundenheten för köparen torde icke kunna påvisas. Det mesta man skulle kunna ifrågasätta vore, att berörda tillbakaverkande kraft *in dubio* måste anses vara av kontrahenterna åsyftad (så åtskilliga tyska författare; se t. ex. Enneccerus I:2 § 338 not 12). Men även detta är nog att gå för långt. För övrigt lär den praktiska betydelsen av hela frågan därom, huruvida godkännandet vid öppet köp äger, kontrahenterna emellan, tillbakaverkande kraft, icke vara synnerligen stor.

e) Åtminstone i ett fall måste det, anför man slutligen, erkännas, att en rättshandling, avhängig av en »Wollensbedingung», kan vara verksam, nämligen om den framtida viljeyttring, som den handlande uppställt som villkor, avsetts icke behöva uppfylla de krav man i allmänhet ställer på en (uttrycklig eller konkludent) viljeförklaring. Så torde man ha att förstå Walsmanns mycket uppmärksammade men allt annat än lättfattliga utredning om skillnaden mellan »eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung» och »ein (geäussertes) *factisches* Wollen» (a. a., särskilt s. 211—213, 217, 242 f., 262 f., 276; jfr Oertmann a. st.). — Det sagda är i sig självt riktigt. Vederbörande är nämligen här »bunden» i den meningen, att rättsverkningarna sedermera inträda genom ett handlande, som enligt vanliga regler icke skulle haft förmåga att ådraga honom förpliktelse. Handlandet kan visserligen icke tänkas komma till stånd utan att han vill inträdet av rättsverkningarna i fråga, men väl utan att han vill deras inträde på *det* sätt, som rättsordningen eljest kräver, vilket är det avgörande. Förhållandet saknar emellertid praktisk betydelse vid öppet köp. Ty det torde vara ytterligt sällsynt, att kontrahenterna avse, att köparens godkännande skall vara av annan, mindre

innefattar ett verkligt, villkorligt köp, måste följaktligen avvisas.¹⁵³ I realiteten rör det sig i förevarande fall endast om en anbudssituation.¹⁵⁴ Men *vilken* anbudssituation¹⁵⁵ är det då,

kvalificerad beskaffenhet än en vanlig, uttrycklig eller konkludent, viljeförklaring. Detta understrykes också av Walsmann själv (s. 273 ff.), som därför icke anser nämnda betraktelsesätt tillämpligt beträffande öppet köp. Särskilt må framhållas, att det för den svenska rättens del är höjt över allt tvivel, att något godkännande icke föreligger redan därmed, att köparen uttrycker sin belåtenhet med *godsets* beskaffenhet, om ej däri tillika innefattas ett gillande av *avtalet* (annorlunda Enneccerus § 338 not 13, Gierke, Deutsches Privatrecht, s. 492; jfr uttryckssättet i B.G.B.: »Billigung des gekauften Gegenstandes»). — Endast i *ett* fall skulle det praktiskt sett kunna tänkas, att kontrahenterna hade intresse av att det blivande godkännandet å köparens sida icke behövde uppfylla eljest gällande krav på en viljeförklaring, nämligen om avtalet (även å köparens sida) vore formbundet. De kunde då understundom finna med sin fördel förenligt att upprätta avtalet i vederbörlig form men göra dess verkan beroende av ett framtida formlost tillträdande av köparen. I ett sådant fall innefattar faktiskt, enligt det nyss sagda, dennes medverkan vid avtalets tillkomst i någon mån en verklig köpförklaring, ett åtagande av en viss »bundenhet». Frågan är bara den, om icke i en dylik »förskottsuppfyllelse» av ett formkrav får anses ligga ett kringgående av detsamma, så att avtalet på *denna* grund blir overksam (se Walsmann s. 228 ff. och Henle s. 311). Spörsmålet, som för den svenska rätten är av föga vikt när det gäller lös egendom, skall nedan i annat sammanhang upptagas till behandling.

¹⁵³ Att teorien om det öppna köpet såsom ett även å köparens sida villkorligt köpavtal också för den positiva tyska rättens del leder till vissa egendomliga konsekvenser, har påvisats av Walsmann a. a. s. 281 ff. (märk särskilt § 460 B.G.B.). Jfr ytterligare Staub-Könige Anh. § 382 anm. 21 samt (bl. a. beträffande stämpelrättsliga frågor) Raape a. a. Det sätt, varpå man i tysk rättspraxis brottas med uppgiften att i berörda avseende framkonstruera en skillnad, där ingen skillnad finnes, är underhållande; se Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd 104 s. 275 ff. och Bd 131 s. 24 ff.

¹⁵⁴ Redan Bekker uttalade på sin tid, att öppet köp vore »in der That nichts anderes als das vertragsmässige Ausmachen einer die normale Frist überragenden Dauer der Wirkungen einer Verkaufsofferte» (a. a. II s. 216; märk att författaren under åberopande av praktiska skäl jämväl för »Gemeines Recht» hävdade anbudets bindande kraft: s. 89); jfr vidare Koeppen i Iherings Jahrbücher Bd 11 s. 336 ff., Fitting II s. 230 ff. samt i svensk litteratur Trygger, Om fullmakt såsom civilrättsligt institut, 1884, s. 123 ff. I nyare tysk litteratur avvisas merendels denna åsikt mycket överlägset (jfr ock Almén, Om auktion II s. 319 not 1).

som lagen betecknar som öppet köp och underkastar denna för anbudsgivaren förmånliga reglering?

Till utgångspunkt i detta avseende må tagas det obestridligen för öppet köp karakteristiska draget, att *säljaren* blir genom detsamma bunden, samt att denna bundenhet uppkommer genom ett *avtal*.

Det är intet tvivel underkastat, att det öppna köpet är ett rättsinstitut, som har sin viktigaste funktion att fylla i *sådana rättssystem, vilka i princip icke erkänna anbudets bindande kraft*, d. v. s. dess oåterkallelighet under viss tid. Om anbudet, den ensidiga viljeförklaringen, icke är bindande, inträder bun-

Ett undantag utgör nyligen Henle a. a. s. 311 f. Se beträffande *schweizisk* rätt Fick a. a. art. 223, 5.

I *engelsk* rätt synes det vara en vanlig uppfattning, att vid det i Sale of Goods act 1893 sect. 18 rule 4 reglerade öppna köpet faktiskt är fråga om blott en anbudssituation. Se t. ex. Benjamin a. a. s. 367 samt The Laws of England (Halsbury), Vol. 25, 1913, s. 178 not n: »The person called a »buyer« here is only a bailee, as he has not bought or agreed to buy, but has merely an option to buy... The position of the seller is that he has made an irrevocable offer to sell... and so cannot require a return of the goods, unless, e. g., a course of dealing allows him to do so».

I den *finländska* doktrinen ansluta sig till ifrågavarande åsikt Chydenius och Ekström. Se beträffande den förre Finsk kontraktsrätt (3 uppl.) s. 44; framställningen kan rätt uppfattas endast vid en sammanställning med samme författares avhandling i Tidskrift, utg. av Juridiska föreningen i Finland, 1892—93 s. 131 ff.; jfr s. 371. Egenomligt nog synes Chydenius mena, att även ett resolutivt villkorat öppet köp blott inrymmer ett anbudsläge. Beträffande Ekström se Privaträttens allmänna läror, 1921—25, s. 737 f.; jfr sagda tidskrift 1909 s. 73 ff., särskilt s. 80 f.

Ingen av dessa författare inlåter sig emellertid närmare på frågan, varför det öppna köpet, om det blott innefattar ett försäljningsanbud, skall behandlas annorlunda än ett vanligt sådant anbud.

¹⁵⁵ Det behöver knappast särskilt framhållas, att det för användningen av begreppet öppet köp givetvis är en förutsättning, att säljarens erbjudande icke allenast utgör ett pactum de contrahendo i den meningen, att han åtagit sig att framdeles utfärda en saluhandling eller eljest företaga den åtgärd, varigenom försäljningen enligt hans mening skall komma till stånd. Ett direkt försäljningsanbud måste alltid föreligga.

denhet för säljaren genom ett *avtal*.¹⁵⁶ Vad anbudet icke förmår, förmår det *accepterade* anbudet, även om accepten icke innefattar ett åtagande av någon som helst förpliktelse å köparens sida.

Enligt rättsordningar av denna typ (den romerska, de pandekträttsliga, i princip även den nutida franska, engelska o. s. v.) är det sålunda fullt naturligt, att någon förväxling mellan det öppna köpet och motsvarande anbudssituation icke kan förekomma. Ty det må vara med *köparens* rättsställning hur som helst: *säljarens* är av berörda orsak ej en vanlig anbudsgivares. Men än mera: naturligt är också, att man från den ifrågavarande synpunkten betecknar avtalet just som köp och som ett *villkorligt* köp. Det föreligger verkligen en *försäljning*, villkorad av köparens blivande godkännande. Om nämligen säljarens viljeförklaring, i motsats till ett vanligt anbud, icke kan återkallas, måste det ligga nära till hands¹⁵⁷ att anse den för köpavtalet karakteristiska avlåtelsen *å säljarens sida* villkorligt ha ägt rum, särskilt då det därutöver kan till stöd för förhandenvaron av ett köp åberopas, att ett *avtal* slutits. I själva verket torde det vara löftesteoriens grundtanke, som här i sak adopterats, även om väl detta kunnat ske endast tack vare att kontraktsprincipen på grund av sistberörda förhållande rent formellt räddats.

Vad den *romerska* rätten beträffar, hävdas ock av den främste forskaren på förevarande område, Goldschmidt,¹⁵⁸ att det öppna köpet (i dess suspensivt villkorade gestalt) faktiskt icke var något annat än en ensidig utfästelse till försäljning, som likväl av motparten accepterats och härigenom skilde sig från enbart en *pollicitatio*, att en formlös sådan utfästelse i äldre tider — bortsett från det fall att prestation ägt rum och principerna för innominatkontrakt därmed kunde bringas till användning — icke medförde några rättsverkningar med hänsyn till det i allmänhet upprätthållna kravet på stipulation såsom form för avtals ingående, *samt att* emel-

¹⁵⁶ Jfr Chydenius i nämnda tidskrift 1892—93 s. 132.

¹⁵⁷ Jfr ovan not 3.

¹⁵⁸ S. 262—279. Häremot Fitting a. a. II s. 228 ff. (jfr emellertid s. 232 not 31).

lertid romarna så småningom kommo att uppfatta rättsförhållandet som ett av motpartens sedermera avgivna godkännande villkorat *köp*, bl. a. just på grund av fördelen av att avtalet på detta sätt blev delaktigt av den för emtio venditio utmärkande formfriheten. Även inom pandekträtten var det en mycket spridd uppfattning, trots skilda konstruktioner i övrigt, att det öppna köpets egentliga kännemärke utgjordes av den ensidiga bundenhet, som åvilar endera kontrahenten (*säljaren*) och som icke annorledes än genom en hänvisning till det mellan vederbörande ingångna *avtalet* kan förklaras. Bl. a. utvecklades en sådan åsikt av Windscheid.¹⁵⁹ Dennes prin-

¹⁵⁹ A. a. § 93 not 1; § 321 avd. 5, under jämförelse med vad som säges i avd. 4 och i not 2 i samma § ävensom i § 306 not 7 och 10; § 307 not 7 a; § 387 vid not 3. Bakgrunden till Windscheids åsikt, som vanligen mycket ytligt refereras, är hans allmänna uppfattning om naturen av det ömsesidigt förpliktande obligatoriska avtalet. Författaren utgår ifrån, att det principiellt kräves accept för att en kontrahent skall bli bunden av en avgiven viljeförklaring; eljest är förklaringen i regel icke gällande. Men *har* vid ett avtal bundenhet uppkommit för bägge kontrahenterna, förpliktas vardera enligt *sin* viljeförklaring, icke enligt avtalet som ett odelbart helt. Två skilda obligationer äro för handen, »nur kann keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen hat» (närmare utfört, under hänsynstagande till vissa speciellt romerskrättsliga förhållanden, i § 321 not 2 och 23). Inom parentes sagt faller det i ögonen, hur stark anknytning till Windscheid (liksom till vissa andra pandekträttsliga författare, särskilt Koeppen a. a.) den nordiska löftesteorien har, när densamma hävdar, att vid ett avtal den ene kontrahenten grundar sin rätt icke på avtalet som sådant utan på andra partens i princip självständiga viljeförklaring, om än denna förklaring må vara av den förres förpliktelseåtagande, resp. pliktuppfyllelse villkorad. — Därest nu vid ett ömsesidigt förpliktande avtal den ene kontrahentens förbindelse väl för sin *uppkomst* kräver accept men förbindelsen är med hänsyn till sitt *inhåll* allenast på nyssnämnda sätt avhängig av medkontrahentens viljeförklaring, blir enligt författaren innebörden av det (suspensivt villkorade) öppna köpet lätt att förstå. *Så till vida* rör det sig om ett slags ofullbordat, »haltande» avtal, som icke bägge kontrahenterna äro förpliktade; köparen är ju än så länge alldeles obunden. Ur den synpunkten är avtalet icke perfekt, förrän även köparen godkänt detsamma. Men för *säljarens* del föreligger från början ett verkligt och giltigt köpavtal. Å ena sidan är hans viljeförklaring, då densamma accepterats, för honom bindande. För att utöva *denna* verkan behöver nämligen accepten icke inrymma något förpliktelseåtagande å köparens sida, helst som säl-

cipiella ståndpunkt gick igen i första utkastet till B.G.B.¹⁶⁰ I nyare tysk doktrin har man däremot i allmänhet, såsom av

jaren »damit zufrieden ist», att en accept av sistnämnda slag är överflödig (§ 307 not 7 a). Och å andra sidan har säljarens förbindelse samma (i viss mån villkorliga) innehåll som den enskilde kontrahentens förbindelse har vid ömsesidigt förpliktande avtal i allmänhet.

En i sak föga avvikande ståndpunkt intaga de pandekträttsliga författare, som i likhet med Goldschmidt (s. 270 ff.) uppfatta det öppna köpet såsom ett »pactum de vendendo» (jfr bl. a. Thöl a. a. s. 299 samt Adler i Iherings Jahrbücher Bd 31 s. 253 ff.). Visserligen skulle detta rent formellt betyda — och med ett så enkelt argument tror man sig vanligen kunna avfärda denna uppfattning —, att säljaren, när sedermera köparens godkännande följer, icke skulle direkt drabbas av ett köps rättsverkningar utan endast vore pliktig att medverka till slutandet av ett köpavtal (jfr ovan not 155). Meningen med uttrycket är emellertid uppenbarligen att framhåva, att en *emptio venditio* i betydelsen av ett för *bägge* kontrahenterna bindande avtal tills vidare icke är för handen utan blott ett »pactum», ett ensidigt förpliktande avtal, eftersom det uteslutande är säljaren som är (villkorligt) förpliktad. Att man likvisst kan tala om ett (villkorligt) köp, beror, säger Goldschmidt, därpå, att villkoret är av sådan beskaffenhet, att genom dess realiserande köpet (d. v. s. de ömsesidiga köpförpliktelse) uppkommer (se särskilt s. 271 och 276). Översatt till löfte teoriens språk betyder väl detta: genom säljarens bindande viljeförklaring har, så vitt honom angår, den för köpet säregna avlåtelsen ägt rum, låt vara att densamma, enligt förklaringens eget innehåll, är villkorad av att även köparen för sin del ikläder sig köpets förpliktelser.

¹⁶⁰ Här uttalades såsom en *allmän* rättsgrundsats, att därest vid ett ömsesidigt förpliktande avtal den ene kontrahentens viljeförklaring gjorts avhängig av en »Wollensbedingung» (och följaktligen saknar rättslig verkan), avtalet dock är för *motparten* bindande (§ 79). Det var alltså *detta*, som ansågs vara den reella innebörden i rättslägen av ifrågavarande slag. Se närmare motiven till utkastet (I s. 163 f. och II s. 333 f.): det är, vad särskilt angår öppet köp, icke avtalet utan blott *säljarens* viljeförklaring, som är villkorad av köparens godkännande; denne senare är på intet sätt, icke ens suspensivt, bunden.

Vid andra läsningen av utkastet undvek man likväl att på detta sätt legalisera den Windscheidska uppfattningen (Protokolle I s. 75 och II s. 78). Anmärkta allmänna bestämmelse i ämnet vore, framhölls det, onödigt med hänsyn till att man ur reglerna om öppet köp kunde utläsa »das zu Grunde liegende höhere Prinzip» (?) och betänklig på grund av spörsmålets sammanhang med frågan om det ömsesidigt förpliktande avtalets »väsen». Förmodligen hade Zitelmans anmärkning (Rechtsgeschäfte II s. 135 f.), att bestämmelsen innebar en »Durchbrechung» av »die Grundsätze vom gegenseitigen Verträge», imponerat.

det förut sagda framgår, inga synnerliga sympatier till övers för tanken, att det öppna köpet blott för säljarens del innefattar ett köp, genom den bundenhet som avtalet åsamkar honom. Man har förmodligen en känsla av att detta nu för tiden, sedan anbudet i B.G.B. tillerkänts bindande verkan, är en alltför mager effekt av en så stor apparat.¹⁶¹ Icke dess mindre verkar den äldre uppfattningen efter så till vida, att faktiskt huvudvikten ofta lägges vid köpets »konsekvenser» med hänsyn till säljarens bundenhet.¹⁶²

Skall man då av det anförda draga den slutsatsen, att öppet köp såsom särskilt rättsinstitut numera för de rättsordningar, som tillerkänna anbudet bindande kraft, förlorat sin raison d'être? Är det blott en kvarleva från ett äldre rättstillstånd, då en ensidig bundenhet för en kontrahent i ett planerat ömsesidigt rättsförhållande icke inträdde annat än med stöd av ett därom träffat avtal? Enligt gällande svensk rätt kan ju redan ett vanligt försäljningsanbud, tack vare att det är bindande, för säljarens del anses som ett »öppet», av accepten villkorat köp. Någon principiell skillnad i jämförelse med det öppna köpet innebär det naturligtvis icke heller, att vid det senare anbudsbundenheten består under längre tid än den i 3 § Avtl omnämnda legala acceptfristen,¹⁶³ jfr 2 och 8 §§ samma lag.¹⁶⁴ Saknar alltså det öppna köpet, så vitt det med-

¹⁶¹ Nära denna åskådning står emellertid en och annan författare, som anser det öppna köpets innebörd vara, att köparen förlänas en »Gestaltungsrecht», genom vars utövande han ensidigt förmår åvägbringa uppkomsten av ett (ömsesidigt förpliktande) köp eller, om man så vill, köpavtal (så Walsmann s. 224 f., 277 f.; jfr ock Raape, Wollensbedingung s. 51 ff.). Då nu såsom gestaltningsrätt (ett dunkelt begrepp!) ofta betecknas även en anbudstagares befogenhet att acceptera ett avgivet anbud (se t. ex. v. Tuhr II:1 s. 468, 487, Oertmann § 145, 3 a), kunde man ju tro, att dessa författare betrakta det öppna köpet som en anbuds-situation. Men denna åsikt vill man icke direkt vidkännas; jfr Walsmann s. 296.

¹⁶² Jfr ovan not 152 under b) och c).

¹⁶³ Se däremot Bekker a. st.

¹⁶⁴ En principiell skillnad skulle föreligga, om man, såsom tydligen enligt tysk rätt är fallet (se v. Tuhr II:1 s. 467), måste antaga, att ett vanligt anbud icke kan, oaktat det är bindande, i *sakrättsligt* hänseende verka som en villkorlig avhändelse; det skulle gälla t. ex., att en anbuds-

för särskilda rättsverkningar för *köparens* vidkommande, reellt underlag? Är det månne så, att nämnda rättsverkningar, under begreppsjurisprudensens tryck, *härletts* ur avtalets karaktär av »köp», med förbiseende av att konstruktionen i och för sig endast är uttryck för *säljarens* bundenhet och alltså icke kan utnyttjas när det gäller *köparens* rättsställning?

Svaret på dessa frågor synes böra gå i den riktningen, att det öppna köpet visserligen, på åberopade grunder, nu för tiden förlorat sin för rättslivet *viktigaste* funktion, men att det innebär en bestämd överdrift att göra gällande, att institutet ej längre har någon självständig uppgift att fylla. Det är verkligen icke så, att den i sina grunddrag internationella regeln i 60 § köplagen om uppkomsten av bundenhet för köparen ge-

givare (i motsats till säljaren vid öppet köp) vore behörig att företaga en giltig föryttring till annan person av den egendom anbudet avser, låt vara att han därigenom, på grund av den kränkning av hans obligatoriska förpliktelse gentemot anbudstagaren som föryttringen innefattar, kunde ådraga sig skadeståndsskyldighet el. dyl.. Men denna ståndpunkt är säkerligen icke den svenska rättens; jfr Trygger a. st. samt, beträffande verkan av anbudsgivares konkurs, Almén, Lagen om avtal m. m. s. 46 f. (Det bortses då från anbud om försäljning av *fast* egendom, med hänsyn vartill spørgsmålet är mera komplicerat; se härom nedan i sista kapitlet ävensom N.J.A. 1918 s. 424).

Läget i den *franska* doktrinen är i förevarande avseende belysande. Enligt härskande mening är anbudet icke bindande (= under viss tid oåterkalleligt). Däremot råder enighet därom, att en »promesse unilaterale de vendre», d. v. s. en utfästelse att sälja, som av motparten accepterats utan att dock denne åtagit sig någon som helst förpliktelse, föranleder bundenhet för utfästelsens avgivare; se t. ex. Colin & Capitant a. a. II nr 513 ff., Planiol & Ripert a. a. II, 1930, nr 144 ff. och X, 1932, nr 174 ff.; jfr redan Pothier a. a. nr 476 ff. I äldre tider ansågs utfästelsen t. o. m. medföra samma verkan som ett av motpartens godkännande villkorat köpavtal; se Heinsheimer a. a. (Zivilgesetze der Gegenwart) s. 540. Men numera är det en vedertagen åsikt, att en »promesse unilaterale de vendre», varunder bl. a. ingår »vente ad gustum» enligt art. 1587 Code civil, icke *sakrättsligt* innefattar en villkorlig försäljning utan allenast (med en modifikation, motsvarande den princip som för den svenska rättens del tagit sig uttryck i rättsfallen N.J.A. 1924 s. 329 och 1925 s. 80) verkar obligationsrättsligt. Däremot är det allmänt erkänt, att en »vente à l'essai» enligt art. 1588 Code civil även sakrättsligt (för säljarens del) verkar som en villkorlig överlåtelse; jfr ovan s. 196 f.

nom passivitet saknar reellt underlag. Man har intet stöd för antagandet, att denna regel — delvis utbildad genom rättspraxis i olika länder — är en begreppsjurisprudensens produkt.

Det måste nämligen även ur synpunkten av köparens bundenhet anses vara av stor betydelse, att det vid öppet köp föreligger ett *avtal* av visst innehåll. Vad innehåller då, frågar man sig först, detta avtal? Vad går accepten ut på, om köparen icke genom densamma ikläder sig någon som helst bundenhet?

Avtalet innefattar¹⁶⁵ för det första, att köparen »tager fasta på», »tillägnar sig», säljarens anbud. Detta kan betyda två (eventuellt tre) olika saker.¹⁶⁶ Innebörden kan vara den, att det träffats en överenskommelse om att säljaren skall stå fast vid sitt anbud under en bestämd frist, resp. för obestämd tid framåt. Det är då själva anbudsbundenheten, som utgör föremål för kontrahenternas reglering; det har slutits ett s. k. *offertavtal*. Så mycket torde emellertid icke kunna fordras för tillämpningen av begreppet öppet köp, åtminstone icke för den gällande rättens del med hänsyn till att anbudets oåterkallelighet numera är erkänd och en kontrahent därför ofta ej har anledning att särskilt betinga sig densamma. Innebörden kan emellertid vidare vara den, att köparen *ställt i utsikt* ett tillträdande av avtalet. Just detta torde, när icke ett offertavtal föreligger, vara det för begreppet öppet köp karakteristiska; möjligheten av anbudets godkännande har förespeglats. Där emot lär man, enligt allmänt juridiskt språkbruk, icke kunna anse ett öppet köp vara för handen redan i och med att en så »passiv» tillägnelse å anbudstagarens sida ägt rum, som att denne blott erkänt sig hava *mottagit* anbudet.

¹⁶⁵ Om det fall, att avtalet enligt sitt eget innehåll är resolutivt villkorat, är fortfarande icke fråga. Då är ju, även för köparens del, ett verkligt köp för handen (se ovan s. 159).

¹⁶⁶ De nämnda uttrycken användas flitigt i rättslitteraturen utan att i allmänhet, så vitt man kan se, deras betydelse preciseras. Enligt Lassen (Afhandlingar s. 109) menas med en »Tilægnelsehandling» å en adressats sida en (uttrycklig eller konkludent) förklaring av adressaten, »at han fastholder Løftet». Detta är ju blott en bild (jfr Windscheid § 305 vid not 2).

För det andra innehåller avtalet, att köparen skall äga rätt att, innan han definitivt bestämmer sig, besiktiga eller prova godset. Antingen kan därvid ha varit avsett, att godset skall stanna i säljarens besittning. Eller ock har det åsyftats, att besiktningen eller prövningen skall ske hos köparen, d. v. s. att godset för sådant ändamål skall till honom överlämnas.

För frågan om köparens bundenhet¹⁶⁷ blir det nu av grundläggande betydelse, att avtalet vid öppet köp har sagda innehåll. Ty även om köparen icke åtagit sig någon som helst bundenhet, har han genom ingående av ett så beskaffat avtal på ett särskilt sätt lagt i dagen, att det hos honom förefinnes *intresse* för det ifrågasatta köpet.¹⁶⁸ Det är denna omständighet, som blir avgörande, när man har att tolka innebörden av hans tystnad efter det godset »zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung» till honom överlämnats. Även när ett vanligt realanbud avgivits, skulle man kunna tänka sig, att anbudstagarens tystnad, hans behållande av godset utan att avvisa anbudet, tydde på att han vore intresserad för den föreslagna affären (jfr status-quo-principen). Men detta är alltför litet att bygga en presumption om godkännande på. Först när tystnaden sammanställes därmed, att den härrör från en person, som genom ett visst föregående beteende av anmärkta art¹⁶⁹ ådagalagt, att han allvarligt reflekterar på säljarens erbjudande, är sannolikheten för att tystnaden är uttryck för en vilja att tillträda avtalet så stor, att en presumption härom är försvarlig. Att det föregående avtalet blir utslagsgivande, beror sålunda icke därpå, att bakom detsamma eventuellt döljer sig ett resolutivt villkorat åtagande å köparens sida,¹⁷⁰ utan därpå, att avtalet bil-

¹⁶⁷ Huruvida för inträdet av *säljarens* bundenhet — enligt de rättsordningar, som icke erkänna anbudets bindande kraft — varit avgörande samtliga nu angivna moment i köparens »accept» eller blott dennes iutsiktställande av ett godkännande, resp. betingande av bundenhet å motpartens sida, är svårt att med säkerhet uttala sig om. Sannolikt är väl dock icke, att den köparen tillförsäkrade rätten till besiktning eller prövning av godset haft någon självständig betydelse i *detta* avseende.

¹⁶⁸ Detta kan däremot icke sägas, om tillägnelsen av säljarens erbjudande inskränker sig till ett erkännande av dess mottagande.

¹⁶⁹ Se ovan s. 154.

¹⁷⁰ Jfr ovan s. 167.

dar underlag för en utfolkning av tystnaden såsom innebärande köpets godkännande. — Från en annan synpunkt sett är det tydligt, att då presumptionsregeln följaktligen icke kommer till användning, med mindre köparen på nämnda sätt visat intresse för anbudet, förebyggas missbruk av det slag som skulle uppstå, om tystnaden efter mottagandet av ett vanligt realanbud presumerades innebära accept. En dylik regel kunde ju av hänsynslösa anbudsgivare utnyttjas sålunda, att de även i fall, då ett godkännande icke vore att påräkna, skickade på folk varor under förhoppning att vederbörande komme att försumma fullgörandet av sin reklamationsplikt.

Enligt det ovan sagda ligger i begreppet öppet köp inneslutet ett krav på viss beskaffenhet hos avtalet så till vida, att det fordras icke blott att köparen ställt i utsikt ett godkännande av säljarens erbjudande, utan även att det tillförsäkrats köparen rätt att, innan han definitivt bestämmer sig, besiktiga eller prova godset, vare sig nu avtalet i det hänseendet innebär, att godset skall för påseende eller prövning till honom överlämnas eller icke. Om mottagaren av ett anbud ställt i utsikt dess godkännande *utan* att överenskommelse om rätt till besiktning eller prövning träffats, rör det sig alltså icke om något öppet köp; han har då, på sin höjd, fått godset »på hand».¹⁷¹ Det skulle visserligen kunna göras gällande, att man icke hade tillräckligt positivrättsligt stöd för det senare rekvisitet och förty borde nöja sig med att kräva, att köparen ställt i utsikt ett godkännande av avtalet. Detta skulle bl. a. ha den praktiska betydelsen, att 60 § köplagen bleve tillämplig, även om det icke varit avtalat, att godset skulle för påseende eller prövning omhändertagas av köparen, utan säljaren på eget bevåg till köparen översänt det gods, som denne ställt i

¹⁷¹ Jfr Alméns förut citerade yttrande å s. 274, att uttrycket öppet köp »enligt det allmänna språkbruket» icke omfattar de fall, då godset kvarblivit i säljarens besittning, utan att man då vanligen brukar säga, att köparen fått detsamma »på hand». Förhållandet är väl det, att när icke avtal om godsets överlämnande för påseende eller prövning träffats, det regelmässigt ej heller medgivits köparen rätt att besiktiga eller prova godset, varför rättsförhållandet av *den* orsaken faller utanför begreppet öppet köp.

utsikt att förvärva. Emellertid kan, till en början, till förmån för nämnda rekvisit åberopas det sedan gammalt brukliga namnet å ifrågavarande avtal: köp *på prov*.¹⁷² Att den svenske lagstiftaren undvek denna term, berodde endast på den i detta sammanhang ovidkommande omständigheten, att man ville förebygga en förväxling med begreppet köp *till* prov (och måhända även med begreppet köp *efter* prov).¹⁷³ I andra länder — bl. a. Tyskland, vars lagstiftning ju på detta område så starkt påverkat den svenska — synes också allmänt förutsättas,¹⁷⁴ att det för öppet köp är utmärkande, att köparen enligt avtalet har rätt till godsets besiktigande eller prövning.¹⁷⁵ Ytterligare måste det sägas vara ganska naturligt, att då det gäller att presumtionsvis tolka innebörden av tystnaden å en kontrahents sida, vilken är i besittning av det gods som erbjudes honom att förvärva, hänsyn tages därtill, huruvida det är *med hans vilja*, som denna besittning uppkommit eller icke. Just det förhållandet att vederbörande själv gått med på att till påseende eller prövning *omhändertaga* godset tyder på att han har ett verkligt intresse för den föreslagna affären.¹⁷⁶

Den föregående utredningen torde vidare vara ägnad att bidra till förståelse av *andra* punkten i 60 § köplagen, enligt vilken köparen, intill dess godset återlämnats, står faran för dess förstörelse, försämring eller minskning. Regeln är märklig och, såsom förut framhållits, egenartad för den nordiska rätten. Den innebär ju varken mer eller mindre, än att principen om köparens befogenhet att efter sitt fria behag vidbliva köpet eller därifrån avstå i förevarande avseende

¹⁷² Jfr *lagkommittén och äldre lagberedningen*: »öppet köp, i ty att köparen förbehåller sig tid att prova det köpta».

¹⁷³ Se N.J.A. II 1901 s. 103 samt Almén s. 272.

¹⁷⁴ Ett undantag utgör, efter vad det förefaller, Leonhard, Schuldrecht s. 95.

¹⁷⁵ Däremot framhålles ofta, att det naturligtvis är likgiltigt, om köparen gör bruk av denna sin rätt eller icke.

¹⁷⁶ Ja, ofta måste denna omständighet t. o. m. vara uttryck för att han redan beslutat sig för att godtaga säljarens erbjudande för det fall att godset efter verkställd undersökning visar sig motsvara den föreställning, som han vid avtalets ingående gjort sig om dess beskaffenhet. Jfr Unger i Iherings Jahrbücher Bd 25 s. 351.

överkorsas; han blir ju genom olyckshändelsen *bunden* av köpet (jfr 17 § köplagen *in fine*). Regeln bottnar nu, enligt vad likaledes ovan utvecklats,¹⁷⁷ åtminstone delvis i en äldre föreställning därom, att det öppna köpet *in dubio* är att uppfatta som ett resolutivt villkorat avtal. Är villkorligheten av denna art, måste godset — det är väl tankegången — betraktas som köparens egendom, och »*casum sentit dominus*» (i allt fall om dominus är i besittning av egendomen).¹⁷⁸ Emellertid är det ingalunda ens från nämnda utgångspunkt självfallet, att köparen genom olyckshändelsen skall berövas den möjlighet att frånträda köpet, som enligt avtalet tillkommer honom.¹⁷⁹ Och i allt fall kan icke regeln försvaras på detta sätt, om man bygger på den tankegång, som åtminstone i princip är köplagens: att köparen enligt avtalet är alldeles obunden och först genom sin efterföljande, legalt uttolkade tystnad tillträder köpet. Ty under sådana omständigheter måste det i själva verket sägas, att man här har att göra med ett av de fall, då den svenska rätten ålägger en person att svara för kasuell skada å *annans* egendom.¹⁸⁰ — Att köparen vid öppet köp med hänsyn till kasusansvaret behandlas strängare än mottagaren av ett

¹⁷⁷ Se ovan efter not 135.

¹⁷⁸ Såvida man icke rent av —vilket dock är föga sannolikt — resonerat så troskyldigt som Pothier a. a. nr 266 (s. 158): »L'acheteur ne peut plus dire que cette chose ne lui convient pas, lorsqu'elle n'est plus». Pothier fortsätter för resten omedelbart: »Cette clause [om köpets annullerande vid missnöje med godset], comme nous l'avons observé, n'étant que résolutoire, la vente faite sous cette clause est parfaite, et la chose est par-conséquent devenue aux risques de l'acheteur» (kurs. här).

¹⁷⁹ Annorlunda Winroth, som — utgående från att öppet köp till sitt begrepp är resolutivt villkorat (ovan vid not 27 ff.) — anser stadgandet vara »i full enlighet med den oomtvistade rättssatsen, att resolutivt villkor alltid i sig innefattar en tidsbestämmelse och ej omintetgör verkan av de vid dess inträffande redan uppståndna förhållandena» (s. 332 f.). Någon *oomtvistad* rättssats av detta innehåll finnes icke. Jfr ovan not 64.

¹⁸⁰ Förhållandet blir av praktisk betydelse bl. a. därigenom, att man med denna utgångspunkt knappast har anledning att anse tillämpningsområdet för kasusregeln i andra punkten av 60 § vara inskränkt till de fall, då presumtionsregeln i första punkten av samma lagbud är användbar. Även när, på ovan (s. 174 ff.) skildrade grunder, denna senare bestämmelse måste skjutas åt sidan, skulle sålunda faran för godset åvila köparen.

realanbud, är emellertid lätt att förstå. Även härvidlag måste nämligen den omständigheten väga tungt, att köparen på förhand ådagalagt intresse för säljarens erbjudande, och framför allt att godset kommit i köparens besittning *med dennes begivande*, enligt därom träffat avtal, icke genom en ensidig åtgärd av anbudsgivaren. Likaledes låter det sig väl försvara, att en skillnad beträffande kasusansvaret göres mellan köparen vid öppet köp och en vanlig köpare i det fall som omförmåles i 58 § köplagen, d. v. s. då en hävningsberättigad köpare på grund av godset övergången olyckshändelse icke är i stånd att återställa detsamma väsentligen oförändrat och oförminskat. De anförda hänsynen kunna även här indirekt anses tillämpliga. Ty i detta fall har visserligen köparen samtyckt till godsets mottagande, men samtycket var så att säga inficierat av en ogiltighetsanledning; det avsåg icke det läge, att säljaren genom att prestera felaktigt gods, göra sig skyldig till mora o. s. v. skulle brista i avtalets vederbörliga uppfyllelse.¹⁸¹ Däremot är det svårare att på sakliga grunder motivera, att köparen vid öppet köp skall bära kasusansvaret, när det i åtskilliga andra fall förekommer, att en person, som i sitt intresse innehar

¹⁸¹ Jfr Alméns yttrande (s. 278), att andra punkten i 60 § köplagen »finner sin förklaring i den omständigheten, att rätten att frånträda avtalet vid öppet köp innebär en förmån för köparen och icke har sin grund i bristande uppfyllelse av avtalet å säljarens sida». Talet om »en förmån för köparen» är emellertid oklart. Männe här tillika föresvävat författaren tanken, att godset till följd av avtalets förment resolutiva karaktär egentligen är köparens, fastän han av särskild nåd, som icke får missbrukas, förlänats befogenheten att draga sig från köpet undan? Eller är det meningen att antyda, att det öppna köpet till sin typ utgör ett enbart för köparen förmånligt avtal, så att det av sådan orsak är påkallat att behandla säljaren på ett särskilt älskvärt sätt? Denna föreställning, som då och då dyker upp i litteraturen (se redan Pothier nr 264 (s. 157): »cette clause, qui est entièrement en faveur de l'acheteur»), är ogrundad. Avtalet ligger lika mycket i säljarens som i köparens intresse. Någon benefik anstrykning har detsamma, i motsats till låneavtalet, icke (jfr ock Düringer-Hachenburg V:1 s. 258). — Vad till sist angår det argument för ifrågavarande regel, som av Almén omnämnes s. 278 not 55, gör detta intryck av att ha tillkommit något i efterhand och torde knappast ha någon synnerlig bärkraft. Varför just här denna rädsla för en diskretionär prövning av vad som bör förstås med ett »oskäligt uppehåll»?

främmande egendom (till vars mottagande han samtyckt), icke drabbas av sådant ansvar (t. ex. vid pant- eller legoavtal).¹⁸² Och i alla händelser framstår regeln som egendomlig, om hänsyn tages därtill, att enligt den i vårt land härskande åsikten — mot vilken visserligen erinringar nog kunna framställas¹⁸³ — en *låntagare* icke står faran för det lånade godset.¹⁸⁴

Det må tilläggas, att även den utsträckning av köparens *vårdnadspflicht*, som det öppna köpet föranleder i jämförelse med ett realanbud,¹⁸⁵ måste ställas i samband med att det är på grund av avtal med säljaren, som godset blivit till honom överlämnat. Av enahanda skäl är det slutligen naturligt, att man ofta, ja kanske in dubio, har anledning att anse det vara av kontrahenterna åsyftat, att köparen skall vara pliktig att, om avtalet icke av honom tillträdes, på egen bekostnad återsända godset till säljaren.¹⁸⁶

V.

Till fullständigande av den föregående framställningen må nu ytterligare på ett antal punkter reglerna om öppet köp i 60 § köplagen kommenteras.

1) *Avfattningen* av lagrummet är i åtskilliga hänseenden

¹⁸² Tveksamt är därför, om icke med det i de *danska* motiven anförda, ovan not 144 återgivna försvaret för köparens kasusansvar i själva verket bevisas *för mycket*. Skulle icke enahanda hänsyn kunna åberopas även i många andra fall, då man alldeles icke vill vara med om att ålägga en besittare faran för främmande gods?

¹⁸³ Se i ämnet å ena sidan Winroth a. a. s. 332 (med hänvisningar) samt Lundstedt, Obligationsbegreppet, I, 1929, s. 170 not 1, å andra sidan Hasselrot, Juridiska skrifter VII, 1923, s. 217 ff. och Björling, Lärobok i civilrätt för nybörjare, 7 uppl., 1934, s. 134.

¹⁸⁴ Det omvända förhållandet, att låntagaren bure kasusansvaret men icke köparen vid öppet köp, vore snarare begripligt. Det förra rättsinstitutet men icke det senare har nämligen benefik färg; se not 181 här ovan.

¹⁸⁵ Se ovan vid not 15.

¹⁸⁶ Jfr ovan vid not 17. Huruvida han även har att bära *risk* för transporten, är en annan fråga (se härom nedan vid not 195 ff.).

bristfällig eller dock icke så klargörande som önskvärt hade varit.

»Är öppet köp avtalat, och har godset blivit av säljaren *avlämnat*», heter det i stadgandets inledning. Detta får anses vara en ren felredigering. Det bör stå: »har godset kommit i köparens *besittning*». Det vore alldeles oförnuftigt att, såsom Winroth på grund av den misslyckade lagtexten anser sig tvungen att göra,¹⁸⁷ antaga, att köparen blir bunden genom sin underlåtenhet att inom skälig tid räknad från avlämnandet rygga avtalet, även om godset blivit under transporten fördröjt och långt senare kommer honom till handa, ja även om det samma aldrig når sin bestämmelseort utan förolyckas på vägen. Tanken på att i svensk rätt introducera en så unik lagbestämmelse har säkerligen också varit lagstiftaren främmande (jämför uttrycket »behålla»);¹⁸⁸ därpå tyder såväl paragrafens lydelse enligt nya lagberedningens förslag¹⁸⁹ som ock Alméns framställning.¹⁹⁰ Avgörande äro framför allt hänsynen till att överlämnandet ju skall ske till möjliggörande av köparens undersökning av godset.¹⁹¹ — På sin höjd kunde man fråga sig, om icke 60 § första punkten borde analogt tillämpas för det fall, att köparen ådagalägger passivitet efter mottagen

¹⁸⁷ A. a. s. 330.

¹⁸⁸ Winroths försök (a. st.) att bortförklara detta uttryck förefaller konstlat; något begär att imitera 1734 års lag (vad nu uttrycket där må ha betytt; se 1 kap. 5 § handelsbalken) hade lagstiftaren näppeligen.

¹⁸⁹ »Blivit till köparen överlämnat»; jfr 496 § B.G.B.: »War die Sache ... dem Käufer übergeben».

¹⁹⁰ Jfr s. 277 (överst) och 276 not 38, å vilket sistnämnda ställe Winroths uppfattning ganska skeptiskt refereras. Almén vill i övrigt komma ifrån saken genom tillägget, att så allmänt hållen som tidsbestämmelsen i lagrummet är, det låge föga vikt uppå att »noggrant» fixera tempus a quo. Denna anmärkning synes icke vara riktig beträffande det av Winroth behandlade fallet, att godset under transporten försenas eller t. o. m. icke kommer fram. Vore avlämnandet den bestämmande tidpunkten, skulle säljaren efter skälig tids förlopp äga räkna med att köparen vore bunden av avtalet.

¹⁹¹ Jfr i detta sammanhang *Entscheidungen* des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd 137 s. 297: nekande svar på frågan, om presumptionsregeln borde tillämpas i det fall, att köparen kommit i besittning icke av godset självt men av prov på detsamma.

underrättelse om avsändandet.¹⁹² En sådan utvidgning av lagbudet lärer dock redan på grund av sistnämnda hänsyn vara ohållbar.

Stadgandets avfattning är jämväl så till vida mindre tillfredsställande, som detsammas egenskap av att i princip utgöra en presumtionsregel beträffande innebörden av köparens tystnad, sedan godset av honom mottagits, mycket dåligt kommer till synes. Långt ifrån att såsom den tyska förebilden framhåva detta för tolkningen viktiga förhållande (»gilt als Billigung»), uttrycker sig lagen, när verkan av nämnda tystnad skall angivas, på ett sätt, som snarast leder tankarna i annan riktning, nämligen till att avtalet vid öppet köp enligt sitt eget innehåll skulle vara resolutivt villkorat (»berättigad att draga sig från köpet undan»).193 Mera korrekt är stadgandets lydelse i de danska och norska lagtexterna: »bliver köparen bunden ved köpet». Vägledande skulle också ha varit, om det i paragrafen utsagts, att överlämnandet av godset, för att medföra ifrågavarande rättsverkan, skall ske just i och för köparens påseende eller prövning (»zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung»). Detta tillägg hade visserligen varit skäligen överflödigt, om i lagen bibehållits institutets hävdvunna och upplysande benämning »köp på prov», vilken också återfinnes i de danska och norska lagtexterna. Ty det behöver då näppeligen särskilt framhållas, att om köparen på grund av någon annan rättstitel innehar eller kommer i besittning av godset, presumtionsregeln icke träder i tillämpning.¹⁹⁴ Men när nu sagda benämning bortfallit, skulle ett dylikt tillägg ha varit av värde ur den synpunkten, att med detsamma givits en

¹⁹² Jfr Winroth s. 330 (nederst). — Enligt Winroth (s. 331) skulle det vidare stundom finnas skäl att räkna köparens »besinningsstid» redan från avtalet, så att man alldeles lämnade åsido, »när avlämnandet ägt rum, eller till och med, om det kommit därtill». — »I sistnämnda fall står man dock», säger författaren, »redan utom lagrummet, som ovillkorligen förutsätter ett verkställt avlämnande». Ja, för visso står man med sådana antaganden (som delvis förklaras av vad ovan sagts om Winroths uppfattning beträffande öppet köp i allmänhet) »utom lagrummet».

¹⁹³ Jfr ovan not 20.

¹⁹⁴ Jfr Staub-Könige Anh. § 382 anm. 18.

antydning om innebörden i det begrepp öppet köp, varifrån lagbudet utgår.

Ikke heller andra punkten av 60 § köplagen är nöjaktigt redigerad. »Intill dess godset återlämnas», heter det, »stående köparen faran för dess förstörelse, försämring eller minskning».¹⁹⁵ Enligt orden skulle detta innebära, att kassansvaret åvilar köparen icke blott medan han har godset i sin besittning utan även, om köpet frånträdades, under transporten tillbaka till säljaren. Så tolkas även lagbudet av Winroth: »Med tanke på ett avtalets behöriga ryggande har ju detta [kassansvaret] förklarats skola vila på köparen intill godsets återställelse till säljaren. För en återflyttning på säljaren är alltså ej till fyllest, att vid distansköp köparen avlämnar godset för befordran till säljaren och än mindre att han håller det redo för avhämtning hos sig. Godset måste hava tillhandahållits säljaren på den plats, varifrån han avsänt det till köparen».¹⁹⁶ Tolkningen är emellertid, såsom av Alméns uttalanden bestyrkes,¹⁹⁷ icke alls av lagstiftaren åsyftad. Stadgandet hänför sig allenast till den tid, då, för att tala med de danska och norska lagtexterna, »Køberen har Genstanden til Prøve eller Besigtigelse». — Bristen på precision i lagbudets avfattning skulle nu icke spela någon praktisk roll, om, såsom Almén anser,¹⁹⁸ det ändock, trots frånvaron av ett stadgande därom, bör gälla, att transporten av godset tillbaka till säljaren in dubio sker »på köparens risk, liksom den sker på hans kostnad». Tveksamt är dock, huruvida tillräckliga skäl kunna anföras för en dylik åsikt. Man kan här icke, såsom i viss mån

¹⁹⁵ Av den omständigheten, att det icke, såsom i 17 § köplagen, talas om *av våda* förorsakad förstörelse, försämring eller minskning, får naturligtvis icke dragas den slutsatsen, att köparen enligt stadgandet ovillkorligen skulle svara för annan skada än skada genom olyckshändelse. Om t. ex. godset allenast genom sin egen beskaffenhet eller till följd av åtgärd, som för dess undersökande varit nödig, förstörts, försämrats eller minskats, är skadan icke köparens (se Almén s. 278 och Winroth s. 333).

¹⁹⁶ S. 331 f.

¹⁹⁷ S. 277.

¹⁹⁸ Så ock Grundtvig, Lov om Køb (2 uppl., 1922, utg. av Ross) s. 98.

är möjligt när det rör sig om kostnaden för godsets återställande,¹⁹⁹ åberopa sig på att regeln stämmer med vad kontrahenterna genomsnittligt sett måste antagas ha avsett. Detta vore en uppenbar fiktion.²⁰⁰ Under sådana omständigheter och om man beaktar vad ovan²⁰¹ sagts därom, att kassansvaret vid öppet köp, så vitt man bygger på den för 60 § grundläggande tankegången, i själva verket innebär en ansvarighet för kasuell skada å *annans* egendom, må det betvivlas, att man utan stöd i lag kan gå längre än att göra köparen ansvarig för vad som timat under den tid han varit i besittning av godset; redan detta innefattar ju en för svensk rätt säregen stränghet mot köparen. Särskilt är att märka, att de eljest till förmån för dennes kassansvar åberopade hänsynen till att en annan ordning skulle i alltför hög grad »prisgive Sælgeren til Køberens større eller mindre Paapasselighed»²⁰² icke i förutsatta läge äga någon tillämplighet. — Däremot synes av den formulering bestämmelsen erhållit framgå, att faran för godset icke återfaller å säljaren enbart därmed, att ett meddelande om avtalets frånträdande kommer denne till handa.²⁰³ En sådan ståndpunkt låter sig även väl försvara. Det lönar sig alltså icke för köparen att göra gällande, att godset efter ett dylikt meddelandes framkomst ej längre av honom innehaves för påseende eller prövning utan så att säga ligger för säljarens räkning.²⁰⁴

Enligt lagtexten är regeln, att köparen står faran intill dess godset återlämnas, undantagslös. Emellertid måste den begränsningen uppenbarligen göras, att köparen blir skyldig erlagga köpeskillingen (alltså står faran i den mening uttrycket

¹⁹⁹ Jfr ovan vid not 186.

²⁰⁰ Angående argumentet, att avtalet till sin typ är för köparen förmånligt, se ovan not 181.

²⁰¹ Vid not 180.

²⁰² Se ovan not 144.

²⁰³ Har emellertid säljaren redan före godsets *avlämnande* erhållit meddelande om avtalets frånträdande, torde han själv få bära kassansvaret. Så Winroth s. 334.

²⁰⁴ Men om säljaren gör sig skyldig till mora accipiendi, övergår enligt grunderna för 37 § köplagen faran å honom (Almén s. 279 not 55 a och Winroth s. 334).

användes i 17 § köplagen) endast om godset förstöres eller *väsentligen* försämras eller minskas (jfr 57 § köplagen).²⁰⁵ Även när försämringen eller minskningen är oväsentlig, lär han dock så till vida »stå faran», som ersättningsskyldighet med hänsyn till skadan åvilar honom.²⁰⁶

2) Så några ord särskilt om första punkten i 60 § köplagen.

Ovan²⁰⁷ har understrukits, att ifrågavarande regel — vid det förhållande att densamma principiellt innefattar en »presumtio juris et de jure» om att köparens efterföljande tystnad under viss betingelse är uttryck för hans vilja att godkänna avtalet — måste komma till användning oavsett om i det enskilda fallet motbevisning skulle kunna föras därom, att en sådan vilja faktiskt icke varit för handen. Icke dess mindre torde få antagas, att läget understundom *till sin typ* kan vara sådant, att hela underlaget för presumptionen saknas och regeln av det skälet måste försättas ur tillämpning.²⁰⁸

När nu detta senare skall anses vara händelsen, är emellertid ej sällan oklart. Hur ställer det sig exempelvis, om köparen efter avtalet förlorar sin rättsliga handlingsförmåga, t. ex. blir sinnessjuk eller förklaras omyndig? Här är det ju så, att köparens egen tystnad i och för sig icke ens *kan*, rättsligt sett, innebära ett godkännande av köpet. Att då genom en presumtion tillerkänna densamma sådan verkan, kan knappast vara rimligt.²⁰⁹ Därmed är dock icke uteslutet, att om den för köparen

²⁰⁵ Winroth s. 333; jfr Almén s. 279 överst.

²⁰⁶ Den omständigheten att sagda begränsning icke är i lagbudet uttalad inger misstanken, att lagstiftaren över huvud endast haft ersättningsskyldigheten i tankarna och sålunda vid avfattningen av 60 § glömt bort den definition av begreppet »stå faran», som lämnats i 17 §. Hur härmed förhåller sig, torde emellertid för stadgandets tillämpning vara likgiltigt.

²⁰⁷ S. 168.

²⁰⁸ Det må anmärkas, att man jämväl från denna utgångspunkt kan försvara de ovan s. 174 ff. diskuterade — där närmast med stöd av 1 § köplagen eller grunderna för densamma hävdade — inskränkningarna i presumptionsregelns tillämpningsområde.

²⁰⁹ Jfr v. Tuhr II: 1 s. 424 f., Enneccerus-Nipperdey § 144, IV, 2 (s. 473), Henle a. a. s. 312 (nederst). — Jfr vidare 25 § Avtl och vad

vederbörligen utsedde ställföreträdaren (förmyndaren o. s. v.) med vetskap om avtalet omhändertager godset, *dennes* sedermera iakttagna tystnad bör legalt tolkas som ett godkännande av avtalet.

Frågan, huruvida på grund av situationens typiska beskaffenhet underlag saknas för tillämpning av 60 § köplagen, uppkommer vidare vid s. k. urvalssändningar, d. v. s. i de fall då (enligt uttrycklig eller konkludent överenskommelse) köparen till påseende eller urval erhållit en större myckenhet gods av samma eller liknande slag än den han måste förutsättas ha för avsikt att förvärva. Här kan, säger Almén,²¹⁰ köparens »underlåtenhet att inom bestämd tid hava gjort sitt val och återvända vad han icke önskar behålla icke hava till följd, att han måste behålla alltsammans». Riktigheten av denna sats, som dock icke är obestridd,²¹¹ förefaller uppenbar. Att köparen icke på grund av sin tystnad skall vara nödsakad behålla *alltsammans*, följer väl redan därav, att han icke ställt i utsikt mera än ett köp efter urval, och i alla händelser vore det orimligt att presumtionsvis tillägga tystnaden en så omfattande innebörd. Svårare är att säga, om han icke måste anses förpliktad att övertaga *en del* av urvalssändningen, nämligen så mycket som, enligt vad omständigheterna vid avtalets ingående utvisade, han reflekterade på att (minst) förvärva. Ofta kan visserligen ett avgörande härutinnan vara omöjligt att träffa. Användningen av 60 § köplagen strandar då på det försålda godsets *obestämbarhet*. Men detta gäller visst icke alltid. I all synnerhet gör sig nämnda svårighet icke gällande, när köpet avser en individuellt bestämd sak och köparen tillställs flera saker av ifrågavarande slag att välja emellan. Om man icke dess mindre har anledning att ställa sig tvivlande

i motiven till densamma (s. 108) säges om det fall, att den som uppträtt som fullmäktig för annan (och enligt lagbudet presumeras ha iklätt sig garanti för fullmaktens förhandenvaro) var omyndig (se ovan s. 104 not 228).

²¹⁰ S. 275 (överst).

²¹¹ Se sålunda Staub-Könige Anh. § 377 anm. 201. Jfr ock Lassen-Ussing s. 314 not 32, enligt vilken rättsförhållandet visserligen icke utgör ett öppet köp men dock »vistnok i Almindelighed» bör behandlas i analogi härmed.

till lagbudets tillämplighet i förevarande fall, beror detta på att läget till sin typ är sådant, att presumptionens existensberättigande är diskutabelt. Då köparens behållande av urvalssändningen som sagt icke tyder på hans vilja att förvärva alltsammans, är det ej lätt att inse, hur det skulle kunna vara befogat att i tystnaden intolka ett godkännande av ens en del därav.

För att köparen icke skall gå miste om möjligheten att draga sig från köpet undan, måste han enligt stadgandet inom viss tid »giva säljaren till känna», att han ej vill godset behålla. Det fordras alltså en till säljaren riktad eller utgiven förklaring om avtalets frånträdande; ett utgivet handlande, även om det klart ådagalägger köparens vilja att icke behålla godset, kan av säljaren som vunnit kännedom om detsamma lämnas utan avseende.²¹² Förklaringen — som måste uppfylla skäligen anspråk på tydlighet men icke nödvändigt behöver vara uttryckt i ord²¹³ — måste vidare ha kommit säljaren till handa (jfr 61 §).²¹⁴ Bevisbördan för att ifrågavarande meddelande lämnats åvilar köparen.²¹⁵ — Lagens uttryckssätt, att

²¹² Omvänt gäller däremot, att säljaren äger, i allt fall i mycket stor utsträckning, till sin förmån åberopa ett utgivet handlande å köparens sida, som kan sägas vara uttryck för dennes vilja att tillgodogöra sig godset. Se härom den föregående avhandlingen i detta arbete.

²¹³ Godsets återsändande är naturligtvis till fyllest.

²¹⁴ Almén s. 276 och 284, Winroth s. 331; jfr N.J.A. II 1901 nr 1 s. 103 f. — Att köparens meddelande om avtalets frånträdande icke går på adressatens risk, är naturligt, då detsamma, om man tager hänsyn till presumptionsregelns innebörd, icke kan jämföras med en reklamation. Alldeles förfelad är Winroths antydan: »i gengäld för den honom [köparen] i avtalet tillagda förmånen».

²¹⁵ Detta icke därför, såsom Alméns framställning kunde synas ge vid handen (s. 276 vid not 33, jfrt med s. 168; se dock även s. 284), att meddelandet är jämförligt med en reklamation (se nästföregående not), utan därför att det vore praktiskt sett ytterst olämpligt att avfordra säljaren bevisning för en *underlåtenhet* å köparens sida, som icke blott hänförs sig till visst tillfälle utan till en hel frist. Såsom förut anmärkts (vid not 63), rygga dock flertalet tyska författare icke tillbaka för att även på denna punkt, åtminstone i princip, hävda »Leugnungsteorien». Så heter det hos Staub-Könige Anh. § 382 anm. 19 b: »Warum sollte diese zum Klagegrunde gehörige Tatsache vom Beweise frei sein? Dass sie auf den Beweis einer Negative hinausläuft, ist der heutigen Rechtslehre gleichgültig». Denna likgiltighet hedrar i så fall icke »die heutige Rechtslehre».

köparens förklaring skall gå ut på att han icke vill godset behålla (frånträder avtalet), är för övrigt något missvisande. Man torde icke kunna kräva mera, än att han ger till känna, att han ej godtager säljarens erbjudande. Sålunda uppkommer icke bundenhet, om han tillträder köpet genom ett meddelande, som på grund av tillägg, inskränkning eller förbehåll icke överensstämmer med det föregående avtalet. Icke heller torde köparen bli bunden, om han endast underrättar säljaren därom, att han ännu icke fattat sitt beslut, med hemställan att senare få återkomma till saken.

Köparens tillkännagivande måste, säges det i lagrummet vidare, lämnas »inom bestämd tid eller, där bestämmelse om tiden ej träffats, utan oskäligt uppehåll». Med bestämd tid åsyftas i *avtalet* (eller i ett tilläggsavtal) fastställd betänketid,²¹⁶ vare sig fastställelsen skett uttryckligt eller eljest »må anses överenskommen» (1 § köplagen). I andra hand bli, ehuru detta icke särskilt omnämnes i 60 §, eventuellt bestående handelsbruk eller andra sedvänjor avgörande; särskilt de senare kunna vid öppet köp tänkas ha en viss praktisk betydelse. I sista hand beräknas tiden efter vad som med hänsyn till omständigheterna får anses vara skäligt (»passende Frist»). Av lagen kunde synas framgå, att säljaren ej ensidigt äger bestämma fristen, vilket ju också förefaller rimligt. Så har dock tydligen endast delvis varit lagstiftarens mening. Det har nämligen förutsatts, att en frist, som i och för sig skulle vara alltför kort, på grund av säljarens mellankommande förfrågan eller påminnelse kan bli att bedöma såsom skälig.²¹⁷ I sak följer väl därav, att, liksom enligt tysk rätt, säljaren faktiskt har en låt vara begränsad möjlighet att ensidigt föreskriva köparen en viss frist för hans viljeförklaring. Skulle den av säljaren bestämda fristen icke vara tillräckligt lång, lär köparen äga njuta skälig betänketid till godo, utan att det i allmänhet härför kan fordras, att köparen reklamerar mot

²¹⁶ Beträffande de tolkningssvårigheter, som uttrycket »bestämd tid» bereder, hänvisas i övrigt till den föregående framställningen.

²¹⁷ Se ovan vid not 14 ävensom *danska* motiven s. 98 b, *norska* motiven s. 70 b, Almén s. 276, Winroth s. 330.

fristbestämningen.²¹⁸ Däremot föreligger, såsom ovan utförligt berörts, den viktiga skillnaden i jämförelse med den tyska rätten, att köparen icke är befogad att avvakta framställandet av en förfrågan från säljarens sida utan av eget initiativ måste ge sin ståndpunkt tillkänna. Endast undantagsvis torde omständigheterna kunna vara sådana, att när förfrågan ej föregått, ett uppehåll över huvud ej bör betraktas som oskäligt.

3) Den reglering av det öppna köpet, som innefattas i 60 § köplagen, är trots institutets stora praktiska betydelse som synes föga ingående. Någon olägenhet är dock icke härmed förbunden. Lagstiftaren har, enligt vad ovan framhållits,²¹⁹ inskränkt sig till att meddela bestämmelser i de två hänseenden, där det verkligen »trænges en afgjorelse ved lov», under det man eljest, förståndigt nog, i stort sett undvikit att (ens genom uttalanden i motiven) ge några direktiv i ämnet. Det är alltså icke riktigt, när Winroth²²⁰ gör gällande, att lagen genom sin knapphändighet »får anses lämna en anvisning på att efter tillämplighet använda reglerna för vanligt köp på s. k. öppet». En sådan anvisning *har* icke lämnats, och den skulle, *om* den lämnats, varit misslyckad — just med hänsyn till att det öppna köpet, så vitt köparens förpliktelser angår, faktiskt icke är (bortsett från dess resolutivt villkorade gestalt) något verkligt köp.

Det viktigaste ämne, som sålunda blivit oreglerat, avser kontrahenternas ställning i *sakrättsligt* hänseende, beträffande äganderättens övergång. I den utländska rätten anses detta ämne stå i omedelbart sammanhang med spørsmålet om det öppna köpets suspensiva eller resolutiva natur. Och när det i allmänhet uppställes en presumption för suspensiv villkorlighet, ligger häri inneslutet ett ställningstagande även till frågan om äganderättens övergång.²²¹ För den svenska rättens del saknas, såsom den föregående utredningen visat, motsvarighet till detta förhållande. Det kan då vara av intresse att se till, vad som i förevarande avseende må antagas gälla, och särskilt hu-

²¹⁸ Annorlunda Staub-Könige Anh. § 382 anm. 19.

²¹⁹ S. 209.

²²⁰ S. 332.

²²¹ Se ovan s. 185.

ruvida det har någon betydelse, om avtalet är suspensivt eller resolutivt villkorat.

Vad då först angår köparens rättsskydd mot *säljarens* borgenärer och singularsuccessorer, synes intet vara att tillägga till den förut²²² uttalade principen, att köparen efter avtalets ingående är skyddad i samma utsträckning som då ett verkligt köp slutits och sålunda bundenhet uppkommit för bägge kontrahenterna. På motsvarande sätt förhåller det sig nämligen även när ett vanligt anbud avgivits; redan (det icke accepterade) anbudet verkar gentemot sagda intressenter som en villkorlig avhändelse. Därav följer då, att efter det godset kommit i köparens besittning, denne befinner sig i en tryggad ställning (även om säljaren gjort s. k. äganderättsförbehåll), medan hans rättsskydd, så länge godset innehaves av säljaren,²²³ på grund av reglerna om lösöreköp, tvesalu m. m. är minst sagt mycket ofullständigt. Någon olikhet mellan suspensivt och resolutivt villkorat öppet köp är i detta avseende icke till finnandes.

Huruvida köparen även genom *straffrättsliga* sanktioner är skyddad mot ett handlande å motpartens sida, som eluderar hans villkorliga förvärv — och speciellt huruvida härvidlag föreligger någon skillnad mellan köparens och en vanlig anbudstagares rättsställning —, skall här icke undersökas.²²⁴

Beträffande sedan frågan om säljarens rättsskydd mot *köparens* borgenärer och singularsuccessorer, må till en början uppmärksammas det läge som uppkommer, när köpa-

²²² S. 222 med not 164.

²²³ Beträffande frågan om rättsskyddet under tiden mellan godsets avlämnande av säljaren och mottagande av köparen se Köersner i Tidsskrift for Retsvidenskap 1927 s. 217 ff. och Svensk Juristtidning 1928 s. 343 f. ävensom Benckert i Festskrift för Marks v. Württemberg, 1931, s. 32 ff.

²²⁴ Spörsmålet sammanhänger med hela frågan om det äganderättsbegrepp, varmed straffrätten laborerar. I vad mån äro i situationer, för vilkas karakterisering man numera civilrättsligt använder beteckningen »villkorlig», »inskränkt» eller om man så vill »delad» äganderätt, de straffrättsliga lagbud tillämpliga, som ingripa mot kränkning av »äganderätten»?

ren, efter det godset övergått i hans besittning, inom vederbörlig tid förklarar sig icke vilja behålla detsamma.

Skall säljaren omedelbart med förklaringen (för framtiden) betraktas som ägare till godset, så att hans rätt att återfå detsamma icke lider intrång av att köparen *efter* avtalets frånträdande kommer i konkurs eller avhänder sig godset till annan person?²²⁵ Eller åtnjuter hans anspråk på godsets återbekommande intet sådant »direkt», »sakrättsligt» skydd utan har endast obligationsrättslig karaktär? Helt visst måste det förre antagas. Detta gäller även om avtalet enligt sitt innehåll är resolutivt villkorat.²²⁶ Ty dels måste även vid dylikt öppet köp kontrahenterna anses ha åsyftat, att godset vid köparens frånträdande av avtalet direkt skall återfalla till säljaren; att endast en obligatorisk rättsverkan skulle vara av dem avsedd, är här uteslutet.²²⁷ Dels kunna icke i förevarande fall — och detta är det avgörande — anföras några vägande skäl, varför rättsordningen det oaktat skulle förvägra säljarens nämnda anspråk sakrättslig kvalitet.²²⁸ Läget överensstämmer i sådant

²²⁵ Här bortses från möjligheten av exstinktivt förvärv.

²²⁶ Så ock Lassen-Ussing s. 317: »Sælgeren har, hvad enten Kjøberens Ret opfattes som en suspensivt eller som en resolutivt betinget, tinglig Beskyttelse for sit Krav paa Tilbagegivelse.»

²²⁷ Jämför åter läget vid s. k. fiduciariska överlåtelse, där det åtminstone skulle kunna diskuteras, om icke kontrahenterna avsett, att köparen under alla omständigheter skall gentemot tredje man behandlas som ägare och säljaren endast få göra gällande ett obligatoriskt rättsanspråk mot köparen. Se i ämnet Benckert, Pantsättning eller överlåtelse till säkerhet för fordran, 1926, s. 31 ff.

²²⁸ Måhända skulle man dock vilja hävda, att sådana skäl verkligen föreligga. Argumenteringen skulle då vara följande. I det förutsatta läget är icke blott köparens bundenhet utan även hans äganderätt resolutivt villkorad. Situationen blir därmed jämförlig med det fall, att vid ett vanligt köp (av lös egendom) genom förbehåll å *säljarens* sida köparens äganderätt göres avhängig av ett resolutivt villkor. Men ett förbehåll av denna art, varigenom alltså köparens äganderätt icke »uppskjutes» utan de för honom redan inträdda rättsverkningarna kunna bringas att »återgå», bör med hänsyn till tredje mans och rättssäkerhetens intresse icke tillerkännas sakrättslig verkan. Följaktligen måste även i nu dryftade fall säljaren åtnöjas med ett blott obligatoriskt anspråk.

Denna argumentering är icke bindande. Till en början är nämnda sats, att ett resolutivt villkor enligt svensk rätt icke bör, trots att detta

hänseende nära med det som föreligger, då en köpare enligt 57 § köplagen utövar den honom enligt samma lag tillkom-

av kontrahenterna åsyftats, tilläggas sakrättslig verkan, allt annat än oomstridd. Bergman, som är den främste talesmannen för densamma (Köp och lösereköp, 1927, s. 95 ff.), kan knappast sägas ha förebragt någon övertygande motivering för sin uppfattning. Och att bevisbördan åvilar den som för den svenska rättens del hävdar en så generell regel, som att resolutiva villkor över huvud umbära sakrättslig verkan, är svårt att förneka, helst om man tager i betraktande den utländska rättens ställning på området (jfr vad Bergman själv säger om justiniansk rätt, »*Commones Recht*», nutida tysk och schweizisk rätt o. s. v.). I huvudsak inskränker sig Bergman till att för sin mening mobilisera »den allmänna tendensen» i svensk rättsvetenskap. Men kan en sådan tendens strängt taget anses vara för handen? De åberopade författarnas uttalanden (även Alméns) äro, åtminstone delvis, ganska obestämda. Och andra författare uttala sig *för* en sakrättslig verkan av resolutivt villkor; så Benckert a. a. s. 33, 36, 44, Hillgård, Bidrag till läran om säljarens stoppningsrätt, 1923, s. 166 ff. och väl även Kôersner i Tidsskrift for Retsvidenskap 1927 s. 208 not 3 (den därstädes ävensom å s. 244 gjorda reservationen synes Kôersner sedermera ha frånfallit; se Svensk Juristtidning 1928 s. 359 ff.). Huruvida Undén, med sitt yttrande att en klausul om återköpsrätt ej i och för sig torde ha sakrättslig verkan (Svensk sakrätt, I, 1927, s. 163), principiellt ansluter sig till Bergmans ståndpunkt, är osäkert; kanske avser yttrandet endast vissa typer av resolutiva villkor (jfr Lassen-Ussing s. 312 f., vartill Undén hänvisar).

Men vidare är att märka, att man även med utgångspunkt från ifrågasvarande uppfattning icke synes komma till det resultatet, att säljaren i det i texten behandlade fallet bör berövas sakrättsligt skydd med hänsyn till sitt krav på att vid avtalets frånträdande å köparens sida återfå godset. Sagda uppfattning innebar ju, att om vid vanligt köp köparens äganderätt på grund av förbehåll å säljarens sida ej är ovillkorlig, villkoret skall, *under förutsättning att detsamma är resolutivt*, medföra allenast obligatorisk verkan. Ett *suspensivt* villkor åter, ett äganderättsförbehåll i egentlig mening, brukar ju numera allmänt tillskrivas sakrättslig verkan. Men hur visar sig då — om kontrahenterna i båda fallen åsyftat sakrättslig verkan — skillnaden mellan det fall, att äganderätten avsetts vara suspensivt villkorad, och det fall att densamma avsetts vara resolutivt villkorad? Detta är en mycket dunkel punkt, vilken lämpligen bör utredas av en var som vill till berörda distinktion anknyta en så betydande olikhet i rättsverkningar (se den värdefulla, fastän kanske något överdrivna kritiken av distinktionerna mellan suspensiva och resolutiva villkor, i allmänhet och särskilt i sakrättsligt hänseende, hos Malmström, Till frågan om villkor vid fastighetsköp, II, 1933, s. 25 ff. och s. 39 ff.). Det kunde synas, som om blott en formuleringsskillnad föreläge (åtminstone

mande hävningsrätten. Och att säljarens anspråk på åter-

om man icke, i analogi med vad som i stor utsträckning sker beträffande obligatoriska rättsförhållanden, låter redan den omständigheten vara avgörande, huruvida prestationen, godsets överförande i förvärvarens besittning, tänkts skola äga rum före eller efter villkorets uppfyllelse). Varför kan man t. ex. icke när det gäller ett avbetalningsköp lika väl säga, att enligt kontrahenternas mening köparen genast skall bli ägare men äganderätten återgå till säljaren, därest köpeskillingen icke behörigen erlägges, som man säger att äganderätten avsetts skola kvarbliva hos säljaren intill dess köpeskillingen erlagts? (Jfr Malmström s. 44 not 94). I så fall skulle hela frågeställningen hos Bergman — har uppfyllelsen av ett resolutivt villkor enligt svensk rätt sakrättslig eller allenast obligatorisk verkan? — i viss mån vara innehållslös. Ty varje villkor, som till formen är resolutivt, kunde då (alltjämt antaget att sakrättslig verkan åsyftats) omskrivas till ett suspensivt och sålunda förhjälpas till giltighet gentemot tredje man; möjligheten att låta det ankomma på kontrahenternas *formulering* av villkoret kan väl nämligen icke på allvar diskuteras. Faktiskt uttrycker sig också Bergman flerstädes på ett sätt, som snarast tyder på, att han icke anser någon realitetsskillnad vara för handen (s. 100 f.: »förbehållet måste då göras i sådan form»; »i de ordalag kontrahenterna använt oftast utan tanke på dessas tekniska innebörd»; »säljare bör ... se till att villkoret får karaktär av sådant förbehåll»). Emellertid torde det vara så, att när i rättslitteraturen talas om en suspensivt eller en resolutivt villkorad äganderätt, man har följande reella, om ock något diffusa skillnad i sikte. En resolutivt villkorad äganderätt tänkes föreligga endast i de fall, då den möjlighet att faktiskt (eventuellt, särskilt vid fastighetsköp, jämväl rättsligt) tillgodogöra sig godset, som skall stå förvärvaren till buds innan villkorligheten avgöres, icke blott är relativt fullständig utan framför allt relativt *varaktig*, bestående under längre tid. Det är just för ett så beskaffat läge, som man kan vara betänksam mot att tillerkänna ett säljarens förbehåll om äganderättens återgång sakrättslig verkan. Köparen har här mera permanent framstått som ägare, och det skulle därför särskilt i dessa fall innebära en pinsam överraskning för hans borgenärer, om äganderätten »återginge» till säljaren (jfr i detta sammanhang det med härskande uppfattning av skillnaden mellan suspensivt och resolutivt villkor ingalunda i princip oförenliga sätt, varpå Malmström vill tillämpa 1 kap. 2 § 2 st. jordabalken). I andra fall åter, där köparens äganderätt före villkorets avgörande har så att säga en mera provisorisk karaktär och därför betecknas som suspensivt villkorad, är risken ur tredje mans synpunkt av att låta villkoret verka sakrättsligt mindre framträdande. En dylik karaktär har köparens äganderätt i regel (om än icke alltid; se Malmström s. 55 och 75), när säljarens förbehåll, såsom just vid avbetalningsköp är händelsen, hänför sig till köpeskillingens erläggande eller eljest till köparens

bekommande av godset där är sakrättsligt skyddat, är knappast tvivelaktigt (jfr 28 § andra stycket köplagen, *in fine*).²²⁹

Köparens frånträdande av köpet har icke i *den* mening tillbakaverkande kraft, att om han tidigare förfogat över godset genom avtal med tredje man,^{229a} förfogandet finge anses förlora sin giltighet, så att säljaren (när tredje mannen ej vore skyddad enligt reglerna om godtrosförvärv) ägde vindicera godset från denne. Även detta gäller jämväl i de fall, då avtalet enligt sitt innehåll är resolutivt villkorat. Oavsett vad man eljest må anse om villkors rättsverkningar mot tredje man,²³⁰ är här redan den omständigheten, att villkoret utgöres av en viljeförklaring av den villkorligt förpliktade själv, avgörande.²³¹ Har köparen genom ingående av avtal med tredje man lagt i dagen, att han vill vidbliva köpet, kan han icke på dennes bekostnad omintetgöra verkan av sitt eget handlande genom ett frånträdande av avtalet.²³² — Däremot torde in dubio frånträdandet äga tillbakaverkande kraft så till vida,²³³ att

fullgörande av förpliktelserna enligt avtalet (jfr det hos Malmström s. 49 citerade uttalandet av lagberedningen; se ock Undén s. 163: »likställt med *uttryckligt* ägareförbehåll»; kurs. här). — Men är det denna tankegång, som är grundläggande, då man vill skilja mellan förbehåll med sakrättslig verkan och förbehåll som verka blott obligatoriskt, är det tydligt, att samma tankegång, överflyttad på nu diskuterade situation vid öppet köp, leder till att säljarens anspråk på återfående av det till köparen överlämnade godset måste åtnjuta sakrättsligt skydd. Ty något varaktigt äganderättsläge inträder ju här icke å köparens sida, med hänsyn till att den befogenhet att frånträda avtalet, som tillkommer honom, i allmänhet måste utövas inom en relativt kort tid.

²²⁹ Jfr Almén II s. 222 f. och 183 ff. samt N.J.A. 1926 s. 589 och 1922 s. 399.

^{229a} Hinder för frånträdandet antages ej möta å *säljarens* sida.

²³⁰ Se i nordisk rättslitteratur särskilt Ussing, Aftaler s. 244 f.

²³¹ Se i ämnet Windscheid-Kipp § 89 vid not 15 (med hänvisningar till andra författare), § 93 not 3, § 323 not 6, Goldschmidt s. 122.

²³² Jfr Lassen, Afhandlingar s. 235 och *Lagberedningens* förslag till lag om förmynderskap i N.J.A. II 1924 s. 341 (nederst).

²³³ I det förra hänseendet brukar man för övrigt icke i *tysk* rättsvetenskap (men väl i *fransk*) tala om tillbakaverkande kraft. Man använder i stället uttrycket »dingliche Gebundenheit». Se Windscheid-Kipp § 89 och kommentatorerna till B.G.B. i allmänhet (vid § 161).

säljaren äger rätt att utfå avkastning, som efter köpslutet, medan godset varit i köparens besittning, erhållits av detsamma.²³⁴ Och något skäl, varför denna rätt icke skulle, när det rör sig om individuellt bestämd egendom, vara sakrättsligt skyddad, torde icke stå att uppbringa. Det skulle vara ett rent formaljuridiskt resonemang, om man förfäktade, att enär avkastningen aldrig såsom godset självt befunnit sig i säljarens besittning, den icke i sakrättsligt hänseende kunde behandlas på samma sätt som detta. Fastmera måste antagas, att om vid avtalets frånträdande säljaren »ipso jure» kan göra sin rätt till själva godset gällande mot köparens borgenärer och singular-successorer, han har enahanda möjlighet beträffande avkastningen.²³⁵

Återstår det fall, att köparen, som kommit i besittning av godset, försättes i konkurs²³⁶ innan han förklarat sig frånträda avtalet (och innan han genom betänketidens utlöpande eller annorledes blivit av detsamma bunden). Kan säljaren då, under återopande av att hans erbjudande icke blivit av köparen godkänt och något verkligt köp alltså ännu icke avslutats, hävda, att äganderätten till godset kvarblivit hos honom och att han förty bör åtnjuta separationsrätt? Eller skall godset, vid det förhållande att konkursboet naturligtvis underlåter att frånträda avtalet eller förklarar sig vilja å köparens vägnar (icke för egen räkning) tillträda detsamma, indragas i konkursmassan, så att säljaren blott är befogad att bevaka köpeskillingen i konkursen? Det förstnämnda alternativet är förmodligen i allmänhet det riktiga enligt de utländska rättsordningar, som uppställa en presumtion om att det öppna köpet in dubio är suspensivt villkorat. Och för den svenska rättens del ligger det nära till hands att ifrågasätta, om man icke åtminstone på denna punkt måste göra en skillnad, allt eftersom en suspensivt eller resolutivt villkorad bundenhet skall anses vara av kontrahenterna avtalad. I det förra fallet skulle ägan-

²³⁴ Jfr Almén II s. 225.

²³⁵ Iakttagandet av lösöreköpsförordningens formaliteter är sålunda icke en förutsättning för att dylikt rättsskydd skall tillkomma säljaren.

²³⁶ Eller att hans egendom tages i anspråk av utmätningsborgenärer.

derätten (i mening av rättsskydd mot köparens borgenärer) anses vara åt säljaren bevarad ända till dess köparen genom ett meddelande om avtalets tillträdande, på grund av presumptionsregeln i 60 § köplagen eller eljes ådragit sig bundenhet. I det senare fallet åter, där köparen gått med på att vara bunden om han icke ryggat sin viljeförklaring inom viss tid, skulle en även före denna tids utgång inträffande konkurs medföra, att godset betraktades som köparens. Då nu, på sätt ovan framhållits, omständigheterna ofta icke ge någon ledning beträffande kontrahenternas vilja, skulle man för att komma till rätta med föreliggande ämne vara nödsakad att ge sig in på spörsmålet om hur avtalet med hänsyn till villkorligheten in dubio vore att uppfatta. — Den ifrågasatta distinktionen torde emellertid böra förkastas. Även om avtalet vid öppet köp uttryckligen är suspensivt villkorat, lär säljaren principiellt i förevarande läge icke åtnjuta sakrättsligt skydd utan vara hänvisad till att i köparens konkurs bevaka köpeskillingen. Motsvarande regel synes nämligen gälla redan när ett vanligt realanbud avgivits. Genom godsets överlämnande till anbudstagaren måste anbudsgivaren, i enlighet med den svenska lagstiftningens grundsatser, i allmänhet anses ha åtnöjts med den säkerhet han har i (den blivande) fordringsrätten mot anbudstagaren. 28 § andra stycket köplagen bör här — vid realanbud liksom vid öppet köp — analogt tillämpas. Däremot saknas utrymme för den i 40 § köplagen förutsatta principen, att om vid ett ömsesidigt förpliktande avtal ingen av kontrahenterna fullgjort sin prestation enligt avtalet och endera kommer i konkurs, motparten icke kan åläggas att prestera med mindre konkursboet som sådant är villigt att tillträda avtalet. Ty anbudsgivaren (resp. säljaren) har ju före konkursen fullgjort sin prestation, låt vara i förskott, innan ännu ett avtal (resp. ett verkligt köp) slutits. Naturligtvis *kan* anbudsgivaren (säljaren) ha tills vidare förbehållit sig äganderätten. Men den omständigheten i och för sig, att anbudstagaren (köparen) vid godsets överlämnande ännu icke bundit sig, innebär ingalunda, att ett äganderättsförbehåll måste anses träffat. Den motsatta föreställningen bottnar i ett omotiverat fasthållande vid kontraktsteoriens grundsatser. För *anbudsgivarens (säljarens)*

vidkommande har äganderättsövergången²³⁷ realiserats genom *hans* viljeförklaring i förening med traditionen.

VI.

Till sist må i korthet beröras frågan, i vad mån man utanför området för öppet köp enligt köplagen återfinner det förhållandet, att ett avtal, som slutits med förbehåll om att endera kontrahenten äger efter sitt fria behag vidbliva detsamma eller däriifrån avstå, medför andra rättsverkningar än dem som inträda i motsvarande anbudssituation.²³⁸

Om någon analog tillämpning av regeln om köparens bundenhet i 60 § köplagen synes det i sådana fall sällan kunna bli tal. Det torde nämligen endast när det gäller köp av lös egendom vara vanligt, att på grund av bestämmelse i avtalet den obundne kontrahenten får till sig — för påseende eller prövning — överlämnad den egendom, som medkontrahenten enligt samma avtal har att presteras. Närmast finge man väl då tänka på legoavtal beträffande lös egendom.²³⁹

Av större intresse är spörsmålet om dylika avtals rättsverkningar i andra hänseenden.

Till en början skulle det kunna ifrågasättas, att motparten till den kontrahent, som enligt avtalet icke är på något som helst sätt förpliktad, måste anses vara bunden av sitt erbjudande även i fall, då svensk rätt undantagsvis vägrar att tillerkänna ett anbud bindande kraft. Förhållandet bleve av praktisk betydelse framför allt när det gäller fastighetsköp. Härskande åsikt lär vara, att anbud om försäljning av fast egendom icke är bindande, även om det avgivits skriftligen och med vittnen. Bland annat uttalas denna mening, så vitt man kan förstå, av *obligationsrättskommittén* i motiven till

²³⁷ Så vitt fråga är om förhållandet mellan överlåtaren och förvärvarens borgenärer.

²³⁸ Här bortses från avtal, som enligt sitt eget innehåll äro resolutivt villkorade.

²³⁹ Se närmare beträffande lega, lån, arbetsbeting, tjänsteavtal »auf Probe» Walsmann a. a. s. 289 ff.

avtalslagen²⁴⁰ (se tredje stycket i 1 § samma lag). Men tillika torde i regel anses, att om kontrahenterna i vederbörlig form avsluta ett köp, vilket icke skall bli gällande med mindre köparen inom viss tid förklarar sig tillträda detsamma — alltså ett köp, som är avhängigt av en »Wollensbedingung» å köparens sida —, avtalet medför den verkan, att säljaren (anbudsgivaren) är under betänketiden vid sitt erbjudande bunden.²⁴¹ Satsen fastslås ock kategoriskt av *lagberedningen* i motiven till dess förslag till jordabalk.²⁴² I dylika fall föreligger, om man så vill, ett (klart suspensivt villkorat) öppet köp beträffande fast egendom. Och här skulle man då kunna göra gällande, att det öppna köpet hade sin primära funktion i behåll: genom att köparen »accepterar» säljarens anbud i den meningen, att han

²⁴⁰ S. 40 (jfr Björling i Svensk Juristtidning 1916 s. 353). Kommittén yttrar:

»I vissa fall kräver svensk lag iakttagande av särskilda formaliteter för giltigheten av avtal eller andra rättshandlingar. Så t. ex. stadgas i fråga om fast egendom i 1 kap. 2 § jordabalken, att köp, skifte och gåva skola ske skriftligen med tveggemanna vittne... Avtal, som ingås utan iakttagande av sålunda föreskrivna former, äro ogiltiga. Därav blir också en följd, att ej heller anbud om slutande av sådana avtal äro bindande. Först därigenom att avtal upprättas i föreskriven form bliva kontrahenterna å ömse sidor förpliktade.»

Alldeles uteslutet torde icke vara, att kommittén här endast har *formlösa* anbud i sikte. Avfattningen tyder dock knappast härpå (märk särskilt orden: »å ömse sidor förpliktade»; jfr nedan not 246).

²⁴¹ Jfr N. J. A. 1884 s. 236 och 1887 s. 214; jfr ock N.J.A. 1899 s. 204 (märk att vederbörande där direkt förklarades vara ägare av fastigheten och att alltså föreläggande ej gavs att utfärda överlåtelsehandling).

I praxis lär ock förekomma, att man går till väga så, att en vanlig köpehandling upprättas, vari bestämmes, att om köparen icke å utsatt dag gäldar köpeskillingen (eller första posten därav), avtalet skall falla »utan påföljd för någondera parten».

²⁴² II, 1908, s. 167. Sedan beredningen framhållit, att en utfästelse att framdeles sälja fast egendom enligt gällande rätt icke vore för fastighetsägaren i något avseende bindande, samt att denna grundsats vore praktiskt otillfredsställande med hänsyn till att det under vissa omständigheter kunde »för avslutande av ett fastighetsköp vara nödvändigt att åt köparen lämnas något rådrum för övertvägande av försäljningsanbudet», såges det: »Förhållandet kan visserligen i dylikt fall så ordnas, att en köpehandling utfärdas, i vilken köparen förbehåller sig rätt att framdeles bestämma om han vill vidbliva eller frånträda köpet».

ställer i utsikt ett framtida tillträdande av avtalet eller rent av betingar sig bundenhet å säljarens sida (offertavtal), förlänas anbudet den bindande kraft, som det eljest saknar.²⁴³

Tveksamt är dock, om detta resonemang kan sägas vara hållbart. Möjligen kunde detsamma vara avgörande, om den vanligen antagna regeln, att ett anbud om fastighetsförsäljning saknar bindande verkan, vore en omedelbar följd därav, att köp av fast egendom utgör ett formalavtal, så att det låge i sakens natur, att vid dylika avtal bundenhet för en kontrahent icke kunde inträda, förrän avtalet vederbörligen kommit till stånd.²⁴⁴ Det vore nämligen då tänkbart, att man likvisst för det fall, att försäljningsanbudet blivit på det för öppet köp karakteristiska sättet accepterat, borde vara benägen att göra ett undantag från principen om att vid formalavtals ingående en ensidig bundenhet för en viss kontrahent icke kan erkännas. Den anförda slutsatsen är emellertid blottad på allt inre berättigande, och det finnes ingen anledning att för svensk rätts del godtaga densamma.²⁴⁵ Att ett *formlöst* anbud om ingående av ett formalavtal icke är bindande för dess avgivare (när formkravet är ett solennitetskrav), är visserligen naturligt.²⁴⁶ Men det är omöjligt att inse, varför redan den omständigheten, att fråga är om ett formalavtals slutande, skulle ointetgöra anbudets bindande kraft, om detsamma avgivits i den lagstadgade formen. Lika opåkallat är det för övrigt att enbart till följd av nämnda omständighet underkänna giltigheten av ett i vederbörlig form föreliggande pactum de contrahendo.²⁴⁷

²⁴³ För inträdandet av denna rättsverkan skulle det vara likgiltigt, att avtalet icke tillika innefattar bestämmelse om rätt för köparen att övertaga fastigheten till påseende eller på prov. Jfr ovan not 167.

²⁴⁴ Så, efter vad det förefaller, *obligationsrättskommittén* i det ovan not 240 citerade.

²⁴⁵ Något tvång att anse den sanktionerad genom tredje stycket i 1 § AvtL föreligger ej.

²⁴⁶ Nota bene så vitt formkravet hänför sig till *den* kontrahents viljeförklaring, som avgiver anbudet. Man kan sålunda icke redan på fastighetsköpets egenskap av formalavtal grunda den satsen, att ett formlöst anbud att *köpa* fast egendom ej skulle vara bindande (jfr dock fortfarande *obligationsrättskommittén* a. st.: »å ömse sidor förpliktade»).

²⁴⁷ Se närmare härom Almén, Om auktion II s. 313 ff.

Skall ett (formenligt) anbud om fastighetsförsäljning icke vara bindande, måste det alltså bero på någon just för *detta* slag av formalavtal tillämplig grund. Huruvida en sådan grund står att uppbringa, är emellertid tivelaktigt. Och i allt fall uppkommer frågan, om icke samma skäl, som kunde tänkas tala för att ett anbud saknar bindande kraft, även borde för- anleda, att ej heller ett öppet köp ansåges vara för säljaren bin- dande. Under alla omständigheter ligger sålunda den slutsat- sen nära till hands, att det öppna köpet icke med hänsyn till säljarens bundenhet medför någon särskild rättsverkan i jäm- förelse med motsvarande anbudssituation. Att ingå på en all- sidig undersökning av hur det förhåller sig i nämnda avseen- den skulle emellertid i detta sammanhang föra för långt. Blott på *en* mycket viktig punkt må här fästas uppmärksamhet. Ett lagbud, som i synnerhet kommer i betraktande, när det gäller att bedöma om man måste fränkänna ett anbud om fastighetsförsäljning bindande verkan, är naturligen *andra* stycket av 1 kap. 2 § jordabalken: förbudet mot återköpsklau- sul. Närmast med utgångspunkt från detta lagbud har ock som bekant i rättstillämpningen antagits, att ett pactum de vendendo, avseende fast egendom, saknar giltighet.²⁴⁸ Rätts- praxis är härvidlag så pass konstant, att man tills vidare lär få räkna med densamma som uttryck för »gällande rätt». Nu är det emellertid icke alls klart, att de synpunkter, som ansetts motivera en analogisk tillämpning av lagbudet å ett pactum de vendendo — i vilket fall ju fastighetsägarens förbindelse går ut på att framdeles utfärda en saluhandling —, även moti- vera en tillämpning därav å ett (formenligt) anbud om fastig- hetsförsäljning — då alltså anbudstagaren, liksom köparen vid öppet köp,²⁴⁹ avses skola direkt, utan ytterligare åtgärd av säl- jaren, bli ägare av fastigheten.²⁵⁰ Bland annat skulle det

²⁴⁸ Se från senare tid särskilt N.J.A. 1908 s. 347, 1909 s. 126, 1927 s. 372 och 1932 s. 290 (jfr dock även 1926 s. 336 och 1929 s. 225, minoriteten i H. D.). — I rättspraxis framträder också en motvilja mot att anse en utfästelse att *köpa* fast egendom bindande; se särskilt N.J.A. 1905 s. 206, 1912 s. 88 och 1923 s. 316.

²⁴⁹ Se ovan not 155.

²⁵⁰ Anbudet avges t. ex. så, att anbudsgivaren till motparten över-

kunna hävdas, att det tillstånd av ensidig bundenhet för fastighetsägaren, som av rättspolitiska skäl kan böra motarbetas, genomsnittligt sett måste antagas bli av vida kortare varaktighet vid ett försäljningsanbud än vid ett *pactum de vendendo*. Vilken ståndpunkt man än intager till denna fråga, lär det i alla händelser (och det är detta, som här huvudsakligen är av intresse) vara svårt att påvisa, att man skulle ha fog för att, när det gäller en analogisk tillämpning av berörda lagbud, skilja mellan å ena sidan ett anbud om fastighetsförsäljning, å andra sidan ett öppet köp (alltså ett av en »Wollensbedingung» å köparens sida avhängigt köpavtal). Ur de synpunkter, som ligga till grund för andra stycket av 1 kap. 2 § jordabalken, är det väl lika mycket eller lika litet betänkligt att anse ett öppet köp som att anse ett försäljningsanbud vara bindande. Varför skulle ur *dess* synpunkter den för det öppna köpet karakteristiska »accepten» tillmätas avgörande betydelse? Fastmera står man här, synes det, inför ett antingen-eller. *Antingen* finner man grunderna för förbudet mot återköpsklausul kunna åberopas till stöd för uppfattningen, att ett anbud om fastighetsförsäljning icke är bindande; i så fall bör lagberedningens åsikt, att det öppna köpet är för säljaren under betänketiden bindande, förkastas.²⁵¹ Eller också anser man, att en analogisk tillämpning av stadgandet icke är

sänder ett behörigen upprättat köpebrev å fastigheten, med begäran om svar inom viss tid. Jfr N.J.A. 1887 s. 214 och 1918 s. 424. — Den praktiska betydelsen av det diskuterade spörsmålet förringas naturligen, om man, trots den uppluckring av ifrågavarande formföreskrift, som skett i rättspraxis under senare tider, skulle förutsätta, att redan för att säljarens viljeförklaring (och sålunda även anbudet) skall anses vara formenligt upprättad, det kräves icke blott *skrift* och (i viss mening) *vitnen* utan även *köparens närvaro*.

²⁵¹ Såsom motståndare till sagda åsikt kan nämnas Björling, Artikeln »Öppet köp» i Nordisk Familjebok (2 uppl.): »Öppet köp förekommer knappast rörande annat än löst gods; *vår lag tillåter det över huvud ej i fråga om fast egendom*» (kurs. här). Meningen med detta uttalande är, enligt vad författaren upplyst mig om, att därest öppet köp vid fast egendom ansåges giltigt, detta med hänsyn till att villkoret blott utgöres av en »Wollensbedingung» å köparens sida i realiteten innebure det samma som att tillerkänna ett anbud om fastighetsförsäljning bindande kraft, vilket för svensk rätts del icke kunde komma i fråga.

motiverad beträffande öppet köp och att förty lagberedningens ståndpunkt i detta hänseende låter sig väl försvara; då bör också åsikten, att ett (formenligt) anbud om fastighetsförsäljning icke är bindande, uppgivas.

Även i ett annat hänseende kan det diskuteras, om icke ett avtal av här ifrågavarande art måste tillerkännas större rättsverkningar än som uppkomma i motsvarande anbudsläge. Man kunde göra gällande, att därest vid ett sådant avtals ingående uppfyllts det formkrav, som må vara för den helt obundne kontrahentens viljeförklaring stadgat, dennes sedermera följande tillträdande av avtalet skulle kunna försiggå formlost. Antag sålunda, att ett fastighetsköp slutits (skriftligen och med vittnen), enligt vilket *säljaren* förbehållit sig att icke bli bunden, med mindre han inom viss tid godkänner avtalet. Kan det då fordras någon viss form för godkännandet?²⁵² Bör det icke vara till fyllest, att säljaren (före fristens utgång) muntligen eller genom ett konkludent handlande tillkännagiver för motparten sin vilja att tillträda avtalet?²⁵³

Svaret på spørgsmålet avhänger givetvis därav, om ett formkrav, som närmast har till ändamål att förebygga förhastande och garantera ett moget övervägande hos viljeförklaringens avgivare,²⁵⁴ kan på detta sätt få göras undan »i förskott». Går icke hela syftet med formföreskriften i så fall om intet? —

²⁵² Motsvarande spørgsmål föreligger icke renodlat i det fall, att *köparen* har frihet att vidbliva avtalet eller därifrån avstå, med mindre fastighetsköp anses vara formbundet jämväl så vitt köparens viljeförklaring angår. Jfr i detta sammanhang N.J.A. 1927 s. 293.

²⁵³ I tysk rättslitteratur antages (för jämförliga fall) allmänt, att formkravets iakttagande vid själva avtalets ingående är, oaktat den ifrågavarande kontrahenten icke alls binder sig genom avtalet, tillräckligt; förhållandet brukar just anföras som bevis för riktigheten av uppfattningen, att även en viljeförklaring, vars verkan göres avhängig av en »Wollensbedingung», är en »perfekt» rättshandling (se ovan vid not 147). Emellertid kan man icke undgå intrycket, att erkännandet av denna regel mindre beror på sakliga hänsyn — om man bortser från att densamma dock har ett visst stöd i 182 § 2 st. B.G.B. — än på en begreppslogisk deduktion ur sagda uppfattning själv.

²⁵⁴ Av andra syften förestavade formkrav kunna i detta sammanhang lämnas å sido.

Här är det frestande att över huvud draga i tvivelsmål, att verkligt bärande skäl kunna förebringas för den vanliga uppfattningen, att en formfordran måste uppfyllas just vid det tillfälle, då en för subjektet *bindande* viljeförklaring avgives. Är det nödvändigt att koppla i hop frågan om formkravets realiserande med frågan om bundenhetens inträde? Blir icke det ovannämnda ändamålet med en formföreskrift tämligen väl tillgodosett, även om det önskade övervägandet hos vederbörande framtingas på ett tidigare stadium än det då han ikläder sig bundenhet, nämligen redan vid den tidpunkt, då han genom att ställa en rättshandling i utsikt (eventuellt t. o. m. betinga sig bundenhet å motpartens sida) lagt i dagen, att han reflekterar på dess företagande? — Om denna tankegång är att säga, att densamma åtminstone icke har någon generell giltighet. En solennitetsform (t. ex. närvaro av vittnen i vissa fall)²⁵⁵ skulle ofta väsentligen förfela sin rättspolitiska funktion, om den ej hänfördes till en tidpunkt, då den handlande känner sig medveten om att han företager den för honom avgörande, bindande dispositionen. Principen torde dock knappast kunna upprätthållas beträffande alla formföreskrifter. Sålunda får undantag möjligen göras för *skrift* såsom laga form. Allmänt erkänt är ju till en början, att upprättandet och undertecknandet av den skriftliga urkunden icke behöver äga rum vid det tillfälle då subjektet binder sig utan kan göras undan i förskott. Detta kan emellertid bero på att formkravet som sådant anses ha sin tyngdpunkt i överlämnandet av urkunden, så att dennas upprättande och undertecknande blott utgör en förberedelse till formföreskriftens uppfyllande.²⁵⁶ Utgår man härifrån, blir frågan den, om solennitetskravet tillräckligt tillgodoses därigenom, att den handlande överlämnar urkunden vid en tidpunkt, då han ännu icke i någon mån åtagit sig bundenhet utan blott ställt i utsikt ett framtida tillträdande av rättshandlingen. Svaret härpå synes

²⁵⁵ Upprättande av testamente!

²⁵⁶ Jfr angående detta ämne v. Tuhr II:1 s. 499 och 517, vilkens uttalanden dock knappast äro motsägelsefria. Se vidare Stang, Norsk Formueret, I:1, 2 uppl., 1921, s. 200 not 32; jfr Ussing, Aftaler s. 18 not 21 (märk ordet »normalt»).

böra vara nekande; samma skäl, som enligt det nyss sagda i allmänhet tala mot tillåtligheten av att på antydda sätt urvattna en lagstadgad form, torde även här äga tillämplighet. Den andra möjligheten — för vilken måhända vid fastighetsköp skäl kunna anföras — är emellertid den, att formkravet, så vitt det rör sig om skrift som solennitetsform, icke *i och för sig* får anses innefatta mera än ett krav på urkundens upprättande och undertecknande.²⁵⁷ Visserligen fordras naturligtvis även här, såsom vid alla rättshandlingar, en viljeyttring ådagaläggande att den ifrågavarande rättsverkningsviljan är för handen, och i flertalet fall måste man, när urkunden icke blivit överlämnad, draga den slutsatsen, att en sådan vilja icke existerar. Men överlämnandet såsom uttryck för en förefintlig rättsverkningsvilja kan med denna utgångspunkt *ersättas* med ett annat (formlöst) tillkännagivande för motparten om tillvaron av en vilja av det innehåll urkunden angiver.²⁵⁸ Och detta tillkännagivande behöver icke äga rum vid det tillfälle, då upprättandet och undertecknandet av urkunden försiggår, utan kan ske senare. Av sistnämnda ståndpunkt blir en följd, att ett avtal av omförmälda art måste — eftersom alltså formkravet i och för sig skulle anses uppfyllt redan därigenom, att vid avtalets tillkomst en skriftlig handling upprättats och undertecknats — kunna av den obundne kontrahenten formlöst tillträdas; i detta tillträdande ligger ju då det tillkännagivande om rättsverkningsviljans förhandenvaro, som fordras utöver själva formkravets uppfyllande.

Det behandlade spörsmålet torde för övrigt uppkomma även i sådana situationer, som då en omyndig ingår avtal med

²⁵⁷ Men för att *gåva* av fast egendom skall vara giltig lärer ovillkorligen krävas urkundens överlämnande.

²⁵⁸ Jfr Almén, Om auktion II s. 286 not 1. — Det måste sålunda, eftersom man naturligtvis icke kan fordra mindre för en formbunden rättshandling än för en formlös, stå fast, att subjektet verkligen velat binda sig. Motparten har t. ex. telefonledes erhållit meddelande om att den upprättade och undertecknade urkunden finnes att avhämta hos annan person men har underlåtit göra detta. Eller han har varit tillstades vid upprättandet och undertecknandet, men något överlämnande har icke kommit till stånd, emedan det avtalats att urkunden av ett eller annat skäl skulle kvarbliva i utfärdarens besittning.

tredje man under förbehåll om förmyndarens godkännande (jfr 5 kap. 8 § förmyndarskapslagen) eller då någon utan fullmakt handlar å annans vägnar under förbehåll om den andres godkännande. Kan t. ex. ett avtal om fastighetsförsäljning å den omyndiges eller representantens sida tillträdas formlost av förmyndaren resp. huvudmannen? Den omständigheten, att avtalet här ingåtts av annan person än den som sedermera har att ratihabera detsamma, utesluter näppeligen, att den förre, när dylikt förbehåll skett,²⁵⁹ måste anses ha gjort verkan av sin förklaring beroende av en »Wollensbedingung», så att fråga kan uppstå, om icke formkravet blir illusoriskt genom att göras undan i förskott.²⁶⁰ I förevarande läge tillkommer emellertid, vad överlåtelse av fast egendom beträffar, ett särskilt förhållande, som talar för att godkännandet måste anses vara formbundet, nämligen en analogi från 10 kap. 1 § jordabalken. Lagen uppställer ju på detta område ett dubbelt formkrav; såväl för själva överlåtelsen som för fullmakten därtill fordras skriftlig form. Med det föregående bemyndigande till en rättshandlings företagande, som en fullmakt innefattar, synes nu ett efterföljande godkännande av rättshandlingen böra jämnställas. Även om alltså genom den omyndiges eller representantens avtal det ena formkravet (det som hänför sig till själva överlåtelsen) får anses tillgodosett, står ändå det andra (det som hänför sig till förmyndarens eller huvudmannens godkännande) ouppfyllt kvar.²⁶¹

²⁵⁹ Väsentligt olika är läget, om vederbörande handlat i syfte att avtalets realiserande skulle gå i lås utan förmyndarens resp. huvudmannens mellankomst. Då har han icke skjutit frågan om bundenhetens inträde på framtiden utan har omedelbart velat binda sig, låt vara att denna hans viljeförklaring är behäftad med ett rättsligt fel. Jämför det fall, att den som sålt en fastighet blivit till försäljningen svikligen förledd; ett godkännande, som avlägsnar det förelupna felet, behöver uppenbarligen icke avgivas i laga form.

²⁶⁰ Då godkännandet skall lämnas av annan person än den som ingått avtalet, torde man visserligen oftast — det må medgivas — kunna förutsätta, att den senare kommit till en slutgiltig uppfattning om att avtalet är för vederbörande förmånligt, att han alltså för sin del definitivt gillar avtalet. Jfr ovan not 176.

²⁶¹ Jfr i ämnet N.J.A. 1897 s. 18.

INNEHÅLLSÖVERSIKT.

<i>Några spörsmål i anslutning till 8 § Avtl.</i>	3
Inledning	5
I.	5

Huvudmotivet för 8 § Avtl s. 6. Lagbudet ger icke *omedelbart* uttryck åt ifrågavarande motiv s. 10. Svårigheter, som uppkomma i detta sammanhang, särskilt beträffande »beställningsfallen» s. 11. Det resonemang, som i förevarande avseende torde ha varit för lagstiftaren i första hand bestämmande s. 15. Konsekvenserna härav med hänsyn till innebörden av begreppet »icke uttryckligt svar» i 8 § Avtl s. 17. Kritik av nyssnämnda resonemang s. 22. Omständigheter, som medverkat till stadgandets tillkomst: påverkan av tysk rätt s. 23, inflytande av en annan tankegång än den för lagbudet grundläggande s. 31. Betänkligheter mot samma tankegång, särskilt ur synpunkten av löftesteoriens erkännande i svensk rätt s. 34. Tillägg angående tillämpningen av 8 § Avtl i realanbudsfallen s. 37.

II. 40

I vad mån är det för tillämpningen av den i 8 § Avtl meddelade regeln om anbudsgivarens bundenhet av betydelse, att bundenhet inträder för *anbudstagaren* genom ett till motparten icke riktat eller utgivet handlande (resp. genom passivitet)? s. 40. Andra stycket av 8 § Avtl och *obligationsrättskommitténs* motivering för detsamma s. 41. Kritik av denna motivering s. 46. Slutsatser i ämnet s. 46.

III. 51

Frågan om verkan av till annan eller andra personer icke riktade eller utgivna viljeyttringar: ställningstagandet till denna fråga i *nordisk doktrin* s. 53 (Lassen s. 53, Ussing s. 56, Stang s. 58, *obligationsrättskommittén* s. 61); i *tysk doktrin* (*pandekträtten* s. 65, Titze s. 67, Manigk s. 69). Särskilt om § 151 B.G.B. s. 73.

IV. 77

Precisering av begreppet: till annan eller andra personer icke riktad eller utgiven viljeyttring s. 77. Grunden för kravet på riktning eller utgivande s. 81. Huvudlinjer för spörsmålets besvarande s. 84. Utveckling av ämnet särskilt med hänsyn till kravet på »äкта» rättsverkningsvilja s. 85. Resultat beträffande beställningsfallen s. 88. Exempel på fall, då genom till annan eller andra personer icke riktade eller utgivna viljeyttringar en vilja till för subjektet *gynnsamma* rättsverkningar kommer till uttryck s. 89. Frågan, om man i sådana fall kan ur handlandet utläsa en vilja jämväl till *ogynnsamma* rättsverkningar, undersökes närmast för realanbudsfallens del s. 93, under hänsynstagande såväl till de fall, då anbudstagarens tillägnelse föranleder, att godset icke till anbudsgivaren återställes (s. 93—106), som till de fall, då tillägnelsen sedermera återtages (s. 106—111). Andra jämförliga fall av tillägnelse; 57 § köplagen s. 111. Ytterligare några lägen, där en tillämpning av de förut utvecklade synpunkterna kan ifrågasättas: begränsning av möjligheten att enligt 7 § Avtl återkalla en utgiven viljeförklaring s. 117; även en »oäкта» rättsverkningsvilja undantagsvis relevant? s. 118.

V. 120

Undersökning av vissa fall, då vid tillkomsten av nyare svensk lagstiftning, på familjerättens och successionsrättens område, det ifrågavarande ämnet uppmärksamrats (med tillhörande rättsfall): äktenskapslagstiftningen s. 120, lagen om äktenskaplig börd s. 123, förmynderskapslagen s. 126, testamentslagen s. 134. Ytterligare rättsfall i ämnet s. 141.

Öppet köp. 147

I. 149

Innebörden av att ett avtal är »bindande» för viss kontrahent, under det att motparten är obunden s. 149. Tillämpning av det sagda med hänsyn till reglerna om avtals slutande i Avtls första kapitel: beträffande anbudsgivarens rättsställning s. 150, beträffande anbudstagarens s. 153. Särskilt om läget vid realanbud: 8 § Avtl s. 155. Jämförelse mellan detta läge och öppet köp enligt 60 § köplagen s. 155. Svårigheten att fastställa förhållandet mellan de båda lagbuden och att bestämma det öppna köpets begrepp antydes s. 157.

II. 158

Tolkning av 60 § köplagen. Uppfattningen, att det för stadgandets tillämpning är en förutsättning, att det föreligger ett enligt sitt innehåll resolutivt villkorat avtal, avvisas s. 158. Likaså avvisas i princip uppfattningen, att stadgandet har till syfte att uppställa en presumtion om avtalets resolutiva villkorlighet s. 165. Presumptionsregeln i 60 § hänför sig fastmera till innebörden i köparens uppträdande *efter* avtalet, till hans »efterföljande tystnad» s. 168. Blir konsekvensen härav den, att 60 § äger tillämpning å alla former av suspensivt villkorade öppna köp? s. 169. Närmast med stöd av 1 § köplagen eller grunderna för densamma måste vissa begränsningar i presumptionsregelns tillämpningsområde göras, framför allt då det gäller öppna köp med bestämd betänketid s. 174.

III. 182

Institutet öppet köp i utländska rättssystem: romersk rätt och den därpå grundade rättsutvecklingen s. 182, preussiska landsrätten s. 188, allmänna borgerliga lagboken i Österrike s. 189, tyska handelslagboken av år 1861 och gällande tysk rätt s. 189, fransk rätt s. 194, engelsk rätt s. 198. — 1734 års lag samt *lagkommitténs* och *äldre lagberedningens* förslag s. 199, *nya lagberedningens* förslag s. 202, *motiven* till köplagen s. 207.

IV. 211

Uppfattningen av det öppna köpet i härskande tysk doktrin s. 211. Kritik därav s. 212 (med not 152). Utredning om det öppna köpets kännemärken i jämförelse med motsvarande anbudssituation s. 214, såväl med hänsyn till säljarens bundenhet s. 218 som med hänsyn till köparens rättsställning s. 224. Utredningen är av betydelse jämväl för förståelse av *andra* punkten i 60 § köplagen s. 227.

V. 230

Anmärkningar rörande uppfattningen av 60 § köplagen s. 230. Ytterligare kommentar till första punkten i lagrummet s. 235. Sakrättsliga spörsmål beträffande öppet köp s. 239.

VI. 247

Motsvarigheter till institutet öppet köp utanför köplagens område s. 247.

Pris 6 kr.